

**NOVAS FRONTEIRAS
DO NEOCONSTITUCIONALISMO:**
direitos fundamentais,
processo e cidadania

Organizadores:

- Ricardo Maurício Freire Soares
- Flávia Sulz Campos Machado
- João Francisco Liberato de Mattos Carvalho Filho

**NOVAS FRONTEIRAS
DO NEOCONSTITUCIONALISMO:
direitos fundamentais,
processo e cidadania**

Organizadores:

- Ángela Figueruelo Burrieza
- Arthur Gonçalves
- Camila Miranda Sousa Race
- Charles Silva Barbosa
- Flávia Sulz Campos Machado
- Jairo Ramos Sento-Sé
- João Francisco Liberato de Mattos Carvalho Filho
- Juliana Maria Ribeiro Saldanha
- Marco Aurélio Nascimento Amado
- Mercedes Iglesias Báez
- Ricardo Maurício Freire Soares
- Ricardo Menna Barreto
- Sabine Silva Kauss
- Suellem Aparecida Urnauer
- Tauana Fernandes Fontenelle
- Tiago Ferreira Santos



Salvador, Bahia, Brasil.

2019

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:

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

Editoração eletrônica:

- Cendi Coelho – E-mail: *cendicoelho@gmail.com*

N935 Novas fronteiras do neoconstitucionalismo: direitos fundamentais, processo e cidadania / organizadores: Ricardo Maurício Freire Soares, Flávia Sulz Campos Machado e João Francisco Liberato de Mattos Carvalho Filho. – Salvador: Paginae, 2019. 380 p.

Inclui bibliografia.

ISBN: 978-85-54218-12-6

1. Direito – Brasil. 2. Direitos fundamentais. 3. Cidadania. I. Soares, Ricardo Maurício Freire, II. Machado, Flávia Sulz Campos, III. Carvalho Filho, João Francisco Liberato de Mattos, IV. Título.

CDD: 342.023

Sumário

Apresentação	13
– <i>Ricardo Maurício Freire Soares</i>	
– <i>Flávia Sulz Campos Machado</i>	
– <i>João Francisco Liberato de Mattos Carvalho Filho</i>	

Capítulo I

Apuntes para abordar una posible reforma constitucional en materia de derechos fundamentales	17
– <i>Ángela Figueruelo Burrieza</i>	
1. Planteamiento del tema.....	17
2. La reforma constitucional como institución de garantía de la norma suprema.....	20
3. Problemas que plantea la exégesis de los derechos fundamentales	24
4. Críticas a la sistemática del título primero de la constitución española.....	27
5. Los derechos fundamentales en la agenda de los partidos políticos.....	31
6. Bases a tener en cuenta de cara a una posible modificación del título primero de la constitución española.....	35
Bibliografía de referencia.....	42

CAPÍTULO II

O direito à proteção de dados como garantia à autodeterminabilidade informacional do sujeito	45
– <i>Arthur Gonçalves</i>	
Introdução	45
1. O Direito à privacidade	46
2. A teoria das esferas concêntricas	48

3. Os limites à autodeterminabilidade.....	50
4. O direito à proteção de dados.....	54
5. O direito aos dados como campo jurídico autônomo.....	55
6. Os principais marcos regulamentadores da União Europeia..	59
7. A Diretiva 95/46/CE.....	60
8. O Regulamento Geral de Proteção de Dados.....	62
Conclusão.....	67

CAPÍTULO III 69

A primeira condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos: o caso Damião Ximenes.....	69
– <i>Camila Miranda Sousa Race</i>	
1. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos..	69
2. A Comissão Interamericana de Proteção dos Direitos Humanos.....	74
3. A Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	75
4. O Caso Damião Ximenes.....	76
4.1. Breve relato dos fatos.....	78
4.2. A queixa individual perante a CIDH.....	79
4.2.1. Condições para apresentar uma denúncia.....	80
4.2.2. O trâmite na CIDH da petição nº 12.237.....	83
2.1. Encaminhamento do caso para a Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	90
4.3.1. Julgamento do caso pela Corte.....	91
4.3.2. A sentença condenatória da Corte.....	96
4.3.3. O cumprimento da sentença da Corte pelo Estado brasileiro.....	100
Conclusão.....	103
Referências.....	106

CAPÍTULO IV

Formação de precedentes através do incidente de resolução de demandas repetitivas: (in)compatibilidades com a teoria dos precedentes judiciais de origem inglesa.....	109
– <i>Flávia Sulz Campos Machado</i>	

Introdução.....	109
1. O incidente de resolução de demandas repetitivas.....	110
1.1. Litigiosidade em massa e demandas repetitivas.....	110
1.2. O incidente de resolução de demandas repetitivas como meio de formação de precedentes judiciais.....	115
2. Precedentes judiciais e teoria dos precedentes.....	124
2.1. Jurisprudência enquanto fonte jurídica.....	124
2.2. O surgimento da regra do precedente obrigatório no <i>commom law</i>	126
2.3. A teoria dos precedentes.....	132
Considerações finais.....	137
Referências.....	138

CAPÍTULO V

Uma releitura do benefício da justiça gratuita no processo do trabalho à luz da garantia constitucional do acesso à justiça.....

– Jairo Ramos Sento-Sé	145
1. Objetivo do artigo e metodologia utilizada.....	145
2. As garantias constitucionais do acesso à justiça e da assistência jurídica integral.....	146
3. Distinções necessárias: o acesso à justiça, a justiça gratuita, a assistência judiciária e a assistência jurídica.....	148
4. Impactos da reforma trabalhista no benefício da justiça gratuita.....	149
4.1. Pagamento de honorários advocatícios.....	150
4.2. Pagamento de honorários periciais.....	150
4.3. Pagamento de custas processuais na hipótese de ausência injustificada na audiência inicial.....	151
5. Benefício da justiça gratuita: processo civil versus processo do trabalho. Releitura da gratuidade no processo laboral.....	151
5.1. No processo civil.....	152
5.2. No processo do trabalho.....	153
6. Diretrizes interpretativas propostas.....	157
7. Posicionamentos aprovados na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho.....	161

8. Posicionamento do Ministério Público do Trabalho – MPT.....	162
9. Contradição legislativa	164
Conclusão	165
Referências.....	166

CAPÍTULO VI

O direito fundamental à prova e a atividade valorativa do juiz no CPC/2015	169
– <i>João Francisco Liberato de Mattos Carvalho Filho</i>	
Considerações iniciais.....	169
1. Direito fundamental à prova: tratamento constitucional	171
2. Limites à valoração das provas.....	176
2.1. Dever de fundamentação.....	179
2.2. Dever de fundamentação na valoração das provas.....	182
Conclusão	184
Referências.....	187

CAPÍTULO VII

A morte da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações de trabalho: uma visão crítica pós vigência da Lei nº 13.467/2017	189
– <i>Juliana Maria Ribeiro Saldanha</i>	
Introdução.....	189
1. A definição dos direitos fundamentais com fulcro na Constituição de 1988.....	190
2. A transição da eficácia vertical para a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.....	195
3. A relação de trabalho	196
4. Lei nº 13.467/2017	198
Conclusão	200
Referências.....	201

CAPÍTULO VIII

O Supremo Tribunal Federal no desempenho da jurisdição constitucional e o ativismo judicial	203
– <i>Marco Aurélio Nascimento Amado</i>	
Introdução.....	203

1. A nova configuração do modelo constitucional e a amplificação da jurisdição constitucional	204
3. O ativismo judicial dentro do prisma ideológico da Constituição dirigente: hipertrofia do poder judiciário, no controle da omissão inconstitucional, ou atrofia dos poderes executivo e legislativo?.....	207
4. O ativismo judicial e a efetivação de políticas públicas em face das omissões inconstitucionais do estado	209
5. O ativismo judicial e a busca do necessário equilíbrio	211
Conclusão	214
Referências.....	215

CAPÍTULO IX

La reforma de la ley orgánica de partidos políticos de 2002 por la ley 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico-financiera de los partidos políticos: un nuevo paso en la incorporación de los partidos políticos frente a la legalización.....

– Mercedes Iglesias Báez

Introducción	217
1. La creación, constitución e inscripción de partidos políticos en la Ley Orgánica 6/2002, de partidos políticos tras la reforma de la Ley 3/2015.....	220
1.1. La extensión de la titularidad del derecho de creación de partidos políticos a los ciudadanos de la Unión Europea.....	220
1.2. Constitución e inscripción de partidos políticos	
1.3. El deber de inscripción de las fundaciones y asociaciones vinculadas a los partidos políticos	234
2. La libertad de autoorganización del partido político y la exigencia de democracia interna en la Ley de Partidos tras la reforma de la Ley Orgánica 3/2015.....	237
2.1. La estructura organizativa democrática de los partidos políticos	237
2.2. El estatuto del afiliado. Especial consideración de las garantías procesales en los procedimientos sancionatorios	240

2.2.1. Los derechos y atribuciones de los afiliados y su protección judicial.....	240
2.2.2. Las garantías procesales en los procedimientos de sanción y expulsión de los afiliados.....	245
3. La declaración judicial de extinción de un partido político.....	247

CAPÍTULO X

A Constituição Espanhola de 1978 e sua ascendência sobre a Constituição Brasileira de 1988: constitucionalismo social e valores superiores.....	251
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------

– Ricardo Maurício Freire Soares

– Charles Silva Barbosa

Introdução 252

1. O Constitucionalismo Espanhol – Breves Referências.....	253
2. Momentos constitucionais de transição – Brasil e Espanha ...	255
3. O Constitucionalismo Social e as Influências	256
da Constituição Espanhola de 1978 na Construção da Constituição Brasileira de 1988: valores superiores.....	256
Conclusão	266
Referências.....	266

CAPÍTULO XI

Breves notas sobre a reserva do possível no neoconstitucionalismo brasileiro.....	269
----------------------------------------------------------------------------------------------	------------

– *Sabrina Silva Kauss*

1. A dignidade da pessoa humana como fundamento do neoconstitucionalismo	269
2. A inadequação do argumento da reserva do possível no neoconstitucionalismo brasileiro.....	270
Referências.....	274

CAPÍTULO XII

Elementos para uma superação do senso comum teórico jurídico: carnavalização, surrealismo e os direitos de alteridade em Luís Alberto Warat.....	279
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------

– *Suellem Aparecida Urnauer*

– *Ricardo Menna Barreto*

Introdução.....	279
1. Da dogmática jurídica ao senso comum teórico jurídico (SCTJ).....	281
1.1. Dogmática jurídica: caracteres constitutivos	283
1.2. Breves elementos da crítica waratiana do direito.....	287
2. Carnavalização e surrealismo jurídico como crítica do direito	292
2.1. Carnavalização e direito.....	295
2.2. Entre Cortázar e Warat: notas sobre o surrealismo jurídico.....	297
3. A última transgressão waratiana: da despinguinização aos direitos de alteridade	298
3.1. A despinguinização como processo de sensibilização.....	299
3.2. Alteridade, direito e o encontro com o outro.....	301
Considerações finais.....	305
Referências.....	306

CAPÍTULO XIII

Cultura constitucional: uma breve reflexão sobre sua necessidade para a sociedade brasileira	309
<i>Tauana Fernandes Fontenelle</i>	
1. Justificativa	309
2. Objetivo	311
3. O que é cultura constitucional?.....	312
3.1. O sentimento constitucional.....	316
3.2. A “vontade de constituição” de Konrad Hesse.....	319
3.3. A Constituição Aberta de Peter Haberle.....	321
4. A contribuição filosófica de Hans Kelsen	323
Considerações finais.....	327
Referências.....	329

CAPÍTULO XIV

Direito fundamental à boa administração na União Europeia, ombudsman e realidade jurídico-cultural brasileira: um diálogo é possível?.....	331
<i>Tiago Ferreira Santos</i>	

Introdução.....	331
1. Concepção de direito.....	333
2. Ineficácia da vontade de constituição, constitucionalização simbólica e constitucionalismo brasileiro tardio.....	345
4.1. Discurso jurídico da dignidade da pessoa humana no direito comparado como fundamento do reconhecimento do direito fundamental à boa administração no Brasil.....	363
3.2. Direito fundamental à boa administração pública na União Europeia.....	366
Considerações finais.....	374
Referências.....	375

Apresentação

Ricardo Maurício Freire Soares

Flávia Sulz Campos Machado

João Francisco Liberato de Mattos Carvalho Filho

A presente obra traz uma coletânea de instigantes artigos científicos que apresentam a Teoria Geral do Direito, o Direito Constitucional e a Teoria dos Direitos Fundamentais como partes integrantes das múltiplas discussões do pensamento jurídico atual, fruto de leituras e discussões realizadas por pesquisadores e pós-graduandos tanto no Grupo de Pesquisa – o Discurso Jusfundamental da Dignidade da Pessoa Humana no Direito Comparado, registrado na plataforma do CNPq bem como no âmbito das disciplinas ministradas pelo Professor Ricardo Maurício Freire Soares, docente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Conta também com a participação de autores convidados, inclusive do exterior, mormente da Universidade de Salamanca (Espanha).

Ángela Figueruelo Burrieza, em *Apuntes para abordar una posible reforma constitucional en materia de derechos fundamentales*, aborda as mudanças com o escopo de atualização do sistema de direitos fundamentais esculpido na carta política da Espanha, considerando o quadragésimo aniversário de vigência da Constituição Espanhola, a abundante jurisprudência da Corte Constitucional e a evolução da dogmática jurídica e da sociedade.

Arthur Gonçalves discute *O direito à proteção de dados como garantia à autodeterminabilidade informacional do sujeito*, enfatizando o impacto das tecnologias de informação na esfera privada do indivíduo e a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Camila Miranda Sousa Race elucida *A primeira condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos: o caso Damião Ximenes*, o qual representaria um avanço no sistema de proteção dos direitos humanos no Brasil. Para tanto, expõe aspectos principiológicos e procedimentais do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, bem como aborda o caso concreto de origem brasileira, incluindo o cumprimento da sentença que visou reparar a família de Damião Ximenes Lopes.

Flávia Sulz Campos Machado, em *Formação de precedentes através do incidente de resolução de demandas repetitivas: (In) compatibilidades com a teoria dos precedentes judiciais de origem inglesa*, propõe a análise do incidente de resolução de demandas repetitivas enquanto técnica de formação de precedentes judiciais a fim de identificar possíveis incompatibilidades do instituto processual brasileiro com a teoria dos precedentes desenvolvido no bojo do sistema jurídico do *common law*.

Jairo Ramos Sento-Sé propôs uma *Uma releitura do benefício da justiça gratuita no processo do trabalho à luz da garantia constitucional do acesso à justiça*, a partir dos impactos operados pela Lei 13.467 de 2017 no referido instituto, sugerindo diretrizes interpretativas para solucionar problemas relacionados a possíveis violações das garantias fundamentais.

João Francisco Liberato de Mattos Carvalho Filho, em *O direito fundamental à prova e a atividade valorativa do juiz no CPC/2015*, analisa os poderes de valoração da prova pelo juiz à luz dos direitos fundamentais esculpidos no texto constitucional, bem como diante das disposições do novo código de processo civil brasileiro.

Juliana Maria Ribeiro Saldanha reflete sobre *A morte da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações de trabalho: uma visão crítica pós vigência da lei nº 13.467/2017*, discutindo a mitigação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais no âmbito das relações laborais provocada pelas mudanças decorrentes da Reforma Trabalhista.

Marco Aurélio Nascimento Amado, em *O Supremo Tribunal Federal no desempenho da jurisdição constitucional e o ativismo judicial*,

questiona o papel da Suprema Corte brasileira no que tange às omissões inconstitucionais causadas pela inércia dos Poderes Legislativo e Executivo e aos limites de uma atuação proativa do judiciário.

Mercedes Iglesias Bárez aborda *La reforma de la Ley Orgánica de Partidos Políticos de 2002 por la Ley 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico-financiera de los Partidos Políticos: un nuevo paso en la incorporación de los partidos políticos frente a la legalización*, discorrendo acerca das modificações legislativas no domínio da atuação partidária, as quais representam uma intenção do legislador espanhol de estabelecer um mecanismo de controle quanto à criação, constituição, democracia interna e fiscalização econômica dos partidos políticos.

Ricardo Maurício Freire Soares e Charles Silva Barbosa, em *A constituição espanhola de 1978 e sua ascendência sobre a constituição brasileira de 1988: constitucionalismo social e valores superiores*, refletem a respeito da influência da experiência constitucional espanhola sobre a brasileira, especialmente no que concerne à carga axiológica atribuída aos denominados “valores superiores”.

Sabrina Silva Kauss apresenta *Breves notas sobre a reserva do possível no neoconstitucionalismo brasileiro*, sugerindo a inadequação do argumento da reserva do possível ante o fundamento da dignidade da pessoa humana.

Suellem Aparecida Urnauer e Ricardo Menna Barreto, em *Elementos para uma superação do senso comum teórico jurídico: carnavalização, surrealismo e os direitos de alteridade em Luís Alberto Warat*, apresentam proposta de ressignificação da teoria e da práxis jurídica a partir da crítica waratiana ao Senso Comum Teórico Jurídico (SCTJ), com a revisitação de valores epistemológicos enraizados no campo jurídico.

Tauana Fernandes Fontenelle, em *Cultura constitucional: uma breve reflexão sobre sua necessidade para a sociedade brasileira*, frisa a importância do sentimento constitucional pelos cidadãos para a concretização de uma cultura apta a garantir a máxima efetividade das normas e princípios esculpidos na Constituição Federal de 1988.

Tiago Ferreira Santos, em *Direito fundamental à boa administração na União Europeia, ombudsman e realidade jurídico-cultural brasileira: um diálogo é possível?*, propõe a importação e adequação do instituto do *ombudsman* à experiência jurídica nacional, com vistas à superação de incompatibilidades do direito fundamental à boa administração com a realidade do Brasil.

Salvador da Bahia, janeiro de 2019.

Capítulo I

Apuntes para abordar una posible reforma constitucional en materia de derechos fundamentales

*Ángela Figueruelo Burrieza**

SUMARIO: 1 Planteamiento del tema; 2 La reforma constitucional como institución de garantía de la norma suprema; 3 Problemas que plantea la exégesis de los derechos fundamentales; 4 Críticas a la sistemática del título primero de la constitución española; 5 Los derechos fundamentales en la agenda de los partidos políticos; 6 Bases a tener en cuenta de cara a una posible modificación del título primero de la constitución española; Bibliografía de referencia.

1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

En el momento de redactar estas líneas España estrena la Legislatura número XII a contar desde que comenzáramos el más largo periodo democrático en la historia de nuestro constitucionalismo. Es de esperar que su duración sea más extensa que su predecesora la Legislatura número IX y que en el transcurso del tiempo correspondiente podamos celebrar el cuarenta aniversario de la Constitución vigente que comenzó a regir el día 29 de diciembre de 1978. Hemos escuchado hablar de muchos temas referentes a las necesidades más apremiantes a las que debe hacer frente nuestro sistema democrático para un mejor funcionamiento de las instituciones y para lograr mayores cotas de confianza de la ciudadanía; todas las fuerzas políticas

(*) Catedrática de Derecho Constitucional – Universidad de Salamanca

representadas en el ámbito de la Cámara Baja han argumentado en torno a ellas en los tiempos reglamentarios que les han correspondido en los últimos debates de cara a la investidura del Presidente del Gobierno. Pero, sobre el tema de la reforma constitucional se ha pasado de puntillas aunque de alguna manera el mismo se hallase presente en los programas electorales de los distintos partidos políticos que se han presentado a las últimas elecciones generales.

Es cierto que corren tiempos de incertidumbre política que hacen poner el punto de mira en las dificultades técnicas que implica activar los mecanismos de reforma constitucional que están previstos en la Constitución Española de 1978 (Título X, artículos 166 a 169). Cualquier experto en el tema no puede olvidar el imprescindible y dificultoso consenso entre las distintas fuerzas políticas que el constituyente estableció al respecto (en unos casos 2/3 y en otros 3/5 de las Cámaras) y que tal y como se halla actualmente configurado el mapa parlamentario es prácticamente imposible de lograr. Sin embargo, hay muchas razones dogmáticas –dejamos a un lado las políticas– para considerar que podríamos estar ante el momento histórico adecuado para abordar un asunto de gran calado como es el de la reforma constitucional. Hay temas sobre los cuales se han pronunciado los especialistas en la materia e incluso el Consejo de Estado en su informe del año 2006: clarificación del marco de distribución competencial entre el Estado y las CCAA, redefinición de la Cámara Alta, relaciones del Estado con la UE, discriminación en la sucesión a la Corona (art. 57.1 de la CE)... Las mejoras en algunos apartados de la norma suprema se pueden lograr sin reformar la Constitución; sin embargo, hay razones políticas y no solo técnicas que pueden aconsejar abordar en estos momentos el tema que nos ocupa. Son muchos los foros en los que se habla de la importancia de aprovechar el momento que nos toca vivir actualmente para atrevernos con dicha tarea: desde la política, los medios de comunicación social, la academia... se recoge el clamor social (sobre todo en los más jóvenes que no votaron en su día el texto constitucional) que busca redefinir las reglas del pacto social. Las razones que avalan esta opinión, muy generalizada, traen su causa en la corrupción política, en la captura de las instituciones y en la convicción de que la crisis generalizada que nos azota desde

el año 2008 ha exigido sacrificios generadores de enormes desigualdades porque el reparto justo y equitativo de los mismos ha brillado por su ausencia. La actual composición del parlamento español es un buen reflejo de dicha situación. Por ello cualquier proyecto de reforma constitucional ha de consistir en un reto colectivo capaz de generar la ilusión de la ciudadanía de cara a garantizar la unidad y la paz social en el marco del complicado futuro que nos plantea el mundo globalizado al que pertenecemos.

Somos conscientes de que el fraccionamiento político actualmente existente hace muy difícil aceptar pactos estables que permitan centrar los trabajos parlamentarios en la preparación de una reforma constitucional "in extenso". Pero, creemos que ello no debería impedir plantear una reforma sobre temas muy concretos y cuyo resultado final pudiese ser exitoso. Sin pecar de optimista pienso que detrás de la habitual retórica política hay problemas que con voluntad de resolver cuestiones relevantes pudieran ser objeto de un cierto consenso y de una solución racional. Es obligación de los especialistas abrir el debate para identificar primero los problemas cuya solución sea más perentoria y aportar luego las ideas para una propuesta técnica y factible. Es tarea común de la ciudadanía evitar confrontaciones estériles que causen frustraciones difíciles de superar tanto en el presente como en el futuro más inmediato. Hace casi cuatro décadas, en un momento político más complicado aún que el actual, los españoles supimos estar a la altura de los tiempos. No hay suficientes razones que ahora lo impidan.

Los expertos, ya sean juristas, politólogos y otros especialistas, apoyan el momento actual como bueno para abordar cambios constitucionales porque "ninguna sociedad puede elaborar una Constitución perpetua" (Thomas Jefferson). Pero, como las cosas distan mucho de estar claras es preciso hablar en serie de las reformas que pueden ser imprescindibles. La reforma como técnica de garantía de la suprallegalidad formal de la Constitución permite que sea el poder constituyente constituido el que lleve a cabo los cambios necesarios por los cauces previstos por el poder constituyente originario. Creemos que ahora, debido al frágil momento político que vivimos, es la hora de que se pronuncien los expertos, preparando el camino para

cuando llegue el tiempo oportuno de los políticos y se pueda entonces proceder a la modificación de la “norma normarum” de acuerdo a la suma de razón y voluntad que eviten daños irreversibles en los fundamentos dogmáticos de nuestra ley de leyes. En este esfuerzo colectivo el debate debe abrirse a fundaciones, foros de opinión, sectores académicos y a una sociedad civil que debe actuar como protagonista (titular del poder constituyente soberano) y no como un mero sujeto pasivo.

En la línea de lo previamente expuesto el Instituto de Derecho Público de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid celebró los días 6 y 7 de octubre de 2016 unas jornadas de debate sobre “La reforma Constitucional” en el curso de las cuales un grupo de profesores/as de Derecho Constitucional reflexionamos de forma exhaustiva sobre los cambios más urgentes y profundos que necesita nuestro texto constitucional. En esas Jornadas y por encargo del Director del Instituto de Derecho Público me ocupé de disertar sobre los cambios que, en mi opinión, serían necesarios para actualizar el sistema de Derechos Fundamentales después de cuarenta años de vigencia de la CE, de la abundantísima jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto y de la evolución tanto de la dogmática sobre el tema como de la propia sociedad de la que surgen los nuevos derechos a los que deben dársele respuestas jurídicas eficientes.

2. LA REFORMA CONSTITUCIONAL COMO INSTITUCIÓN DE GARANTÍA DE LA NORMA SUPREMA

El tema de la reforma constitucional lleva años ocupando las distintas publicaciones especializadas en nuestro país. Hasta repertorios bibliográficos de decenas de páginas se han escrito recopilando las investigaciones existentes. Repertorios que se quedan pronto obsoletos, porque en nuestro país no dejan de aparecer continuamente publicaciones al respecto en editoriales jurídicas o en los medios de comunicación social donde se reflexiona sobre la conveniencia y la oportunidad de reformar la Constitución.

Se da la paradoja de que siendo probablemente el país europeo con más teoría sobre el tema, es al mismo tiempo el país que menos

ha utilizado dicho procedimiento para actualizar la Constitución vigente. No existen reformas internas generadas a partir de un debate en la sociedad española y donde se haya ejercitado el principio democrático: sólo se han realizado dos reformas, exigidas por cuestiones que podemos llamar exógenas, pues se derivan de nuestra pertenencia como Estado miembro de la Unión Europea: la modificación del artículo 13.2 de la CE para otorgar el sufragio pasivo en las elecciones locales y municipales a los ciudadanos de la Unión en 1992, como consecuencia del Tratado de Maastricht, y la reforma del artículo 135 de la CE llevada a cabo en septiembre de 2011 para introducir el principio de estabilidad presupuestaria con rango constitucional y por presiones de la Troika que son de sobra conocidas.

El tan manido consenso al que se alude cada vez que se habla de reformar algún apartado de la Constitución se consiguió fácilmente en ambas ocasiones pero no reflejó la opinión de la práctica totalidad de las fuerzas políticas parlamentarias como sucedió en la transición política. Aunque hemos de aclarar que el artículo 13.2 de la CE si aunó más apoyos parlamentarios que la reforma del art. 135 de la CE. Luego, seamos sinceros, el consenso se puede alcanzar cuando conviene... a quienes impulsan una determinada reforma constitucional. Y es utilizado como maniobra disuasoria cuando no se desean abordar las reformas constitucionales por los cauces establecidos en la norma suprema (artículo 9.1 de la CE en relación con los artículos 167 y 168 constitucionales).

Aunque haya perdido vigencia la distinción histórica entre Constituciones rígidas y flexibles (Lord Bryce), porque en la actualidad todas las Constituciones reconocen para su modificación un grado mayor o menor de rigidez, la institución de la reforma no deja de ser uno de los temas más relevantes en el marco de la dogmática constitucionalista ya que, en la actualidad todos los ordenamientos constitucionales recogen de forma clara y explícita este tema. La Constitución queda configurada como Ley Suprema gracias al establecimiento de un procedimiento de reforma constitucional más agravado y difícil del que se exige para las modificaciones a efectuar en las leyes ordinarias. Con ello se garantiza la superlegalidad formal de la Constitución, aprobada por el poder constituyente soberano y con capacidad

de reforma por el poder constituyente constituido (limitado por el poder constituyente originario que es quien le marca el procedimiento a seguir).

Lo antes dicho sirve de punto de partida a la hora de comprender el fundamento y la necesidad de la reforma. Es cierto que cuando las Constituciones se aprueban siempre se pretende que permanezcan en el tiempo; ello es algo ínsito a lo que la doctrina alemana denomina sentimiento constitucional. Pero, para que las Constituciones sirvan a su fin último, cual es garantizar la libertad del hombre frente al poder, si bien no deben ser continuamente modificadas tampoco deben ser instrumentos que sirvan para petrificar la historia. De ahí que sea necesario un obligado punto de encuentro entre lo peligroso de los cambios permanentes que disminuirían el principio de seguridad jurídica en el sistema de garantías de los derechos y libertades y se vería debilitado su valor simbólico como ley suprema y la inmutabilidad de la ley de leyes que significa, sin duda alguna, el divorcio entre la realidad constitucional y la realidad social y política. Esto conllevaría la inoperatividad de la Constitución en la vida del Estado. Para resolver este problema se creó la institución de la técnica de la reforma constitucional: al estar fijadas las reglas y el procedimiento de su transformación en el propio texto constitucional su identidad como estructura conformadora del Estado no desaparecerá.

Queda un tema sin resolver en la dogmática constitucionalista y del que es buen ejemplo el caso español: el problema de cuando es el momento político más conveniente para proceder a efectuar los cambios constitucionales. Al respecto se echa mano de un axioma ya clásico que al respecto viene a decir que la reforma constitucional es siempre políticamente conveniente cuando resulta jurídicamente necesaria. Es decir, que aunque las Constituciones modernas como resultado de los pactos y transacciones de las fuerzas políticas que concurren a su elaboración, están redactadas de forma amplia y ambigua para permitir interpretaciones de ideologías distintas y opuestas, no deja de ser cierto que cualquier interpretación, aunque tenga un amplio margen también tiene sus límites.

Cuando el momento político que vive un país o el mero transcurso del tiempo obligan a interpretar el contenido de las normas de forma totalmente distinta a lo que significan es cuando se debe optar entre reformar la Constitución o falsearla. Es cierto que existen mutaciones constitucionales que evitan la reforma como también lo hacen los procedimientos de la autorruptura o quebrantamiento constitucional. Pero, en situaciones límite, cuando no cabe interpretación posible y sólo es factible el falseamiento constitucional es cuando la reforma se hace jurídica y formalmente necesaria. En resumen, la necesidad jurídica de la reforma determina siempre su conveniencia política en base a la propia lógica jurídica democrática. Utilizar el procedimiento de reforma cuando lo exigen las circunstancias históricas, sociales y políticas constituye una actitud de defensa del ordenamiento constitucional.

Tenemos sobradas razones jurídicas, sociales, históricas, políticas... para abordar una reforma promovida desde dentro del sistema –sería la primera de la Constitución de 1978 en casi cuarenta años de vigencia–. Pero entre nuestra clase política existe un miedo reverencial a poner el tema sobre la mesa y encuentran sobradas excusas para no afrontarlo: se pide un consenso similar al que se dio en la transición política; se dice que no es buen momento político para retocar un texto que nos ha permitido vivir el periodo más largo de la democracia en paz y prosperidad; también se alude a la necesidad de fijar primero los temas que se consideran imprescindibles reformar y buscar luego el necesario punto de encuentro para abordarlos... pues la reforma debe “ser de todos” como también lo es la propia Constitución.

Lo que no deja de ser cierto es que la presente legislatura, donde el partido político más votado tiene 137 escaños no presenta un panorama político adecuado para lograr los votos necesarios y proceder a poner en marcha cualquier procedimiento de reforma –el normal o el agravado– que superan con creces los doscientos votos en la Cámara Baja. Pero ello no es impedimento para que desde el constitucionalismo crítico en la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales hagamos las correspondientes aportaciones sobre aquellos temas de naturaleza constitucional que consideramos que

deben ser modificados para que no solo “estemos en Constitución” sino que podamos “vivir en Constitución”.

3. PROBLEMAS QUE PLANTEA LA EXÉGESIS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El reconocimiento de los derechos fundamentales se lleva a cabo en los grados de mayor jerarquía del ordenamiento jurídico: el derecho internacional por medio de Declaraciones, Tratados, Convenios o Protocolos y las Constituciones en cuanto normas jurídicas supremas. Pero aquí no se agota el tema de cuáles son los derechos fundamentales porque estos pueden positivarse a través de una cláusula general de validez (*lex generalis*) o bien puede introducirse un catálogo más o menos amplio y detallado de los citados derechos (*lex specialis*). A la primera forma de positivación responden la mayoría de las Constituciones vigentes proclamando en sus textos la libertad, la igualdad, la justicia... (véase al respecto el artículo 1.1 de la CE).

Pero, también, las normas internacionales y las constituciones, además de las cláusulas generales, reconocen con detalle numerosos derechos fundamentales e intentan incluso una cierta sistematización. En el supuesto de las Constituciones, examinando el catálogo de derechos reconocidos pueden plantearse dudas sobre el carácter fundamental de todos los derechos que se consagran. Incluso en los textos constitucionales se suele incorporar el derecho internacional de los derechos humanos en sus contenidos (la Constitución Española de 1978 alude a este tema en el artículo 10.2) con lo cual aparecen refundidos los dos tipos de instrumentos jurídicos a que nos referimos.

El constituyente español de 1978, sin que podamos conocer muy bien los motivos, decidió incorporar la parte dogmática de la Constitución en un amplísimo Título Primero (artículos 10 a 55) en el que se incluyen no solo derechos sino también garantías para lograr su plena efectividad. Estas normas declaran los derechos que protegen al hombre frente al poder y por ello son normas materiales de la Constitución (es decir, fuente inmediata de derechos). Dichas normas han ido evolucionando a lo largo de los dos últimos siglos, en la misma medida en que ha evolucionado la forma de Estado: ya no garantizan

únicamente la esfera de la libertad del individuo, sino que fundamentan su estatus y se consideran elementos estructurales básicos del derecho objetivo. No obstante su contenido original no se ha visto modificado y siguen constituyendo la parte más importante de la Constitución como fuente del Derecho.

Es tan amplio el contenido que el constituyente español de 1978 dedicó a esta categoría normativa que podamos decir que quizás no haya ninguna Constitución que la supere. Pero si el contenido es amplio y rico y merece ser tenido en cuenta por ello, la estructura del mismo es merecedora de crítica porque no se corresponde de forma clara con ninguna teoría dogmática bien establecida sobre este tema.

Desde un punto de vista material los derechos fundamentales son aquellos cuya vigencia tiene tal grado de necesidad que sin él no podría desarrollarse una determinada idea del Estado y de la sociedad. La idea que al respecto se defiende condiciona una teoría de los derechos fundamentales ideológicamente determinada. De las ideologías que afirman el valor constitucional de los derechos fundamentales todas tienen a día de hoy relevancia especial; la teoría liberal burguesa, la teoría democrática y la teoría social del Estado interventor entienden la libertad desde perspectivas diferentes y por ello el catálogo y contenido de los derechos fundamentales es diferente en unas y otras.

Los derechos fundamentales, en cuanto discurso de la modernidad, están ligados en sus orígenes y evolución al pensamiento liberal burgués. El Estado de Derecho según las doctrinas del liberalismo se justifica en la separación del Estado y la sociedad y se configura como una organización política racional cuyo fin último consiste en el respeto de la libertad individual. Siendo fundamentales los derechos que le corresponden al hombre individual libre. El Estado como sujeto pasivo debe interferir lo menos posible en el goce de tales derechos por parte de los ciudadanos (a título de ejemplo en este concepto encajarían la libertad individual, la libertad de conciencia y religión, derecho a la propiedad, igualdad ante la ley...).

Por su parte la teoría democrática de los derechos fundamentales los entiende a partir de la función democrática que desempeñan:

permitir el proceso democrático de formación de la voluntad política gracias a la libre participación de los ciudadanos en los asuntos públicos y en el proceso político. Por ello el correspondiente catálogo incluye los derechos de participación democrática como el sufragio activo y pasivo, derecho de asociación, pluralismo político y demás formas de participación pública. La libertad en este caso no se justifica por sí misma como en la teoría liberal sino que cumple un fin funcional orientado hacia el proceso político democrático y su garantía es un medio para asegurar dicho proceso.

En cambio, la teoría de los derechos fundamentales en el Estado Social no concibe al hombre como sujeto aislado sino como un miembro activo de una sociedad plural en la que la libertad no es sólo un atributo formal sino que se aspira a la libertad real y efectiva para que disfruten de ella todos los ciudadanos en condiciones de igualdad. Así pues, se amplía el catálogo de derechos fundamentales con aquellos dotados de un contenido económico, social y cultural que tienen en común el ingrediente igualitario de la redistribución de la riqueza y de la participación de los ciudadanos en el proceso social y político. La consecución de los objetivos de esta categoría de derechos dado su contenido económico corresponde en principio al Estado. Ni que decir tiene que el contenido de los derechos de libertad del liberalismo burgués se amplía porque la función de los derechos públicos subjetivos no queda reducida a una mera garantía formal sino que es precisa, por parte del Estado, la obligación de procurar los presupuestos sociales imprescindibles para su consecución. De ahí que, al unir en su contenido esencial los aspectos jurídicos y los económicos los mayores problemas que plantean estos derechos sean los de disponibilidad y distribución de recursos materiales.

Si tenemos en cuenta que la naturaleza jurídica del Estado social trae su causa de la evolución del Estado liberal burgués apreciamos que a un modelo de Estado concebido con un carácter abstencionista con el nuevo postulado del Estado social se le encomiendan tareas de intervención del sector público en la esfera privada o social. Así las cosas, dada la relación de los derechos sociales con el reparto de la

riqueza y con la mayor participación de todos en el bienestar general, dichos derechos funcionan como uno de los componentes más relevantes de la dinámica política.

El artículo 1.1 de la Constitución Española define al Estado español mediante una fórmula compuesta: Estado de Derecho, Estado democrático y Estado social. Estos tres elementos de la fórmula (consagrado en el Título Preliminar de la norma suprema y protegido por el procedimiento de reforma del artículo 168 de la CE como una cláusula de intangibilidad) tienen su reflejo a lo largo del Título Primero o parte dogmática de la CE. La norma suprema en un amplio articulado reconoce derechos de corte liberal, democrático y social. Sin embargo, la simple lectura del texto normativo brinda la posibilidad de apreciar que no hay una buena sistemática en la Constitución a la hora de ubicar los distintos derechos; tampoco se conocen, ni hay posibilidad de hacerlo, los detalles de este desorden desde el punto de vista de una correcta dogmática jurídica.

4. CRÍTICAS A LA SISTEMÁTICA DEL TÍTULO PRIMERO DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

El Título Primero de la CE vigente se denomina “de los derechos y deberes fundamentales” y se subdivide a su vez en Capítulos y Secciones. Nos abre dicho título el artículo 10 considerado a modo de “pórtico” a regular en dos apartados las bases fundamentales de las grandes proclamaciones dogmáticas de la dignidad de la persona y de los derechos inviolables que le son inherentes... como clave de bóveda del orden político y de la paz social, en el párrafo primero. El apartado segundo constitucionaliza el derecho internacional de los derechos humanos.

A continuación el Capítulo Primero se dedica a regular los derechos “de los españoles y los extranjeros” (artículos 11 a 13) y el Capítulo Segundo, con un rótulo general de “Derechos y libertades” comprende los artículos que se extienden desde el artículo 14 al artículo 38 y se subdivide en Secciones. Deja fuera de ellas al artículo 14 que reconoce el principio de igualdad ante la ley y contiene cláusulas

antidiscriminación; no se entiende razón dogmática alguna para que esto suceda pues dicho derecho reconoce un auténtico derecho subjetivo. La Sección Primera de dicho Capítulo reconoce lo que la doctrina ha denominado el “núcleo duro” de los derechos en la norma suprema y aparece denominada como “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas” abarcando los artículos 15 a 29. Por su parte la Sección Segunda denominada “De los derechos y deberes de los ciudadanos” abarca los artículos 30 a 38 de la Constitución. Y, por último el Capítulo III al parecer no consagra derechos sino que reconoce “los principios rectores de la política social y económica” a lo largo de un amplio articulado: artículos 39 a 52.

Como previamente he señalado la abundancia de preceptos constitucionales dedicados a reconocer derechos no responde a una forma clara de entender los derechos fundamentales desde la dogmática constitucionalista. No es fácil comprender a qué razones teóricas obedece la sistematización de los distintos grupos de derechos en la parte dogmática de la Constitución Española. Sin causa jurídicas que lo avalen unas veces se utiliza la expresión “Derechos” sin adjetivos – que se utiliza en el Capítulo Segundo y en la Sección Segunda de dicho Capítulo del Título Primero–. Otras veces los derechos se califican de “fundamentales” como se hace en la Sección Primera del Capítulo II del Título Primero y en el artículo 81 de la CE. Tampoco se comprende fácilmente por qué los derechos y deberes de la Sección Segunda sólo se predicen de los ciudadanos y qué sentido tiene la diferencia entre derechos fundamentales y libertades públicas, y las causas de que nuestro constituyente no se atreviese a utilizar la expresión derechos sociales en el marco de la norma suprema y dejase reducida la calificación de los mismos a meros principios rectores de la política social y económica.

La diferencia entre derechos y libertades públicas proviene de la doctrina francesa que utiliza esta diferencia para contraponer los derechos de libertad a los derechos de prestación; es decir, aquellos que la norma suprema atribuye al ciudadano y que se pueden aplicar directamente o ser objeto de desarrollo legislativo y aquellos otros derechos que sólo podrán ser disfrutados por los ciudadanos

cuando el Estado cree las instituciones y preste los servicios públicos necesarios para su vigencia real y efectiva. Es evidente que esta distinción no se aprecia en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título Primero pues, al lado de los clásicos derechos de libertad como el derecho a la vida (art. 15), libertad y seguridad (art. 17), libertad de residencia (art. 19) aparece en el art. 27 el derecho a la educación que es un auténtico derecho de prestación. No se entiende que en esta Sección se mezclen derechos de libertad –a los cuales previamente ya he aludido– con derechos democráticos (a título de ejemplo los derechos de asociación y de sufragio activo y pasivo en los artículos 22 y 23 respectivamente) con las garantías institucionales del proceso elevadas al rango de derechos fundamentales (artículos 24 y 25 de la CE) y con derechos sociales como el precitado derecho a la educación. Si en esta Sección querían consagrarse los clásicos derechos de libertad es difícil comprender la exclusión del derecho de propiedad (art. 33), la libertad para contraer matrimonio (art. 32), o la libertad de empresa (art. 38). Desde luego estas libertades no están reservadas sólo a los ciudadanos pues, en el art. 13,1º de la CE no se aprecian diferencias entre los distintos preceptos que integran el Título. Y si “derecho es el derecho a la educación”, también lo son el derecho al trabajo (art. 35) en la Sección Segunda, o el derecho a la salud (art. 43), derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47) o el derecho a un sistema de seguridad social (art. 41). Estos últimos ubicados en el ámbito del Capítulo III donde están reconocidos los principios rectores de la política social y económica.

Después de lo previamente expuesto podemos resaltar que a lo largo del Título Primero de la CE los derechos reconocidos con gran amplitud no están bien sistematizados y no se corresponden con las teorías dogmáticas clásicas ni con los postulados que definen nuestra forma de Estado: Estado de Derecho, Democrático y Social. Así las cosas y ante las dificultades que presenta su sistematización y clasificación la doctrina se ha fijado en el artículo 53 de la CE donde se reconocen con generosidad el sistema de garantías de los derechos del Título Primero. Es cierto que reconocer derechos sin establecer garantías es reducirlos a papel mojado. El consenso sobre la necesidad

de protección de los derechos fundamentales ha centrado la preocupación doctrinal en la efectividad de sus garantías pero ello no debe dejar a un lado el difícil problema conceptual que plantean y no podemos olvidar que la naturaleza jurídica de los derechos fundamentales y los problemas que la misma genera no se resuelven con las distintas garantías constitucionalmente reconocidas.

En línea con lo antes expuesto hemos de resaltar que no hay razones jurídicas para la división en secciones del Capítulo Segundo. Y que la única razón apreciable es el distinto grado de garantías que se otorga a las diferentes secciones en el art. 53 constitucional que concede a los derechos de la Sección Primera un procedimiento de “amparo ordinario” y en su caso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, en tanto que los de la Sección Segunda sólo disfrutaban de una protección judicial ordinaria. Esta diferencia en las garantías (con un plus considerable para los de la Sección Primera) conllevaba una distinción formal entre libertades directamente exigibles desde la Constitución y derechos que no pueden ser invocados en ausencia de una ley. Esta diferencia no se ha efectuado pues ambas secciones gozan de aplicabilidad directa por parte de jueces y tribunales; aunque la técnica de la reserva de ley que garantizan ambas secciones es diferente en ambos casos: reserva de Ley orgánica (art. 81 de la CE) para los derechos fundamentales de la Sección Primera y reserva de ley ordinaria para los derechos y deberes de los ciudadanos de la Sección Segunda. Y ello a pesar de que, como antes hemos destacado, en ambas secciones hay derechos de libertad y en la Sección Primera hay derechos sociales con garantía formal y material de reserva de ley orgánica que no le ha sido otorgada a otros derechos sociales reconocidos en la Sección Segunda y en el Capítulo III.

Esta mala sistemática y el tema de las correspondientes garantías podrán ser corregidos en el momento de abordar la reforma del Título I de la CE. Los trabajos doctrinales muy abundantes al respecto y el desarrollo realizado durante estas décadas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional pueden ser considerados imprescindibles para el éxito del trabajo a realizar.

5. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA AGENDA DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

Si nos fijamos en los programas electorales presentados en las últimas elecciones generales en nuestro país por los cuatro partidos mayoritarios del arco parlamentario, podemos apreciar que el tema de la reforma constitucional en materia de derechos fundamentales no ocupa un lugar destacado. Como consecuencia de la crisis generalizada que hemos sufrido en los últimos años se insiste en la necesidad de reforzar algunos derechos sociales con la intención de “blindar el Estado social” sin que se pueda deducir de forma clara qué se pretende con esta expresión que aparece indeterminada en dichos programas y sin aportes de contenidos sustantivos para lograr esos objetivos.

El Partido Popular, ganador de las elecciones, entre sus declaraciones programáticas apuesta por los valores constitucionales que nos hacen libres e iguales en derechos y obligaciones, reforzando así nuestro sistema democrático. No se dedica ningún apartado en concreto a la reforma de los derechos y libertades pero se insiste en que estos han permitido gozar del periodo más próspero de nuestra historia y permitirán, con base en el principio de unidad superar los desafíos rupturistas de la nación española. Porque todos los españoles somos libres e iguales en derechos y obligaciones se proponen potenciar la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones afrontando la correspondiente reforma institucional pero preservando los actuales cimientos sociales: facilitar la participación de personas con discapacidad, iniciativa legislativa popular más amplia y fácil de tramitar, un derecho de petición más próximo a la “pregunta ciudadana”.

El acento se pone, sin duda alguna, en el derecho a la educación como motor del desarrollo de la sociedad, del progreso y bienestar. Este tema objeto de disenso enconado en las legislaturas previas ocupa y preocupa al Partido Popular que declara que con sus reformas se puede adquirir, a todos los niveles, una educación de calidad que prepare a nuestra juventud para competir en el mercado laboral base al principio de igualdad de oportunidades. Se insiste también en la inclusión y atención a la discapacidad como elemento básico del

derecho a la educación, en la toma de medidas para mejorar la convivencia y luchar contra el acoso escolar y la discriminación por razón de nacimiento, origen, orientación sexual, identidad de género... Con el ánimo de ampliar las libertades educativas consagradas en la Constitución Española se hacen convivir las mismas con la libertad de enseñanza que permite a los padres el derecho a elegir el tipo de educación y el centro escolar para educar a sus hijos conforme a sus propias convicciones religiosas y morales en el sentido de lo que establece la norma suprema.

El Partido Socialista en su programa electoral sí dedica un apartado al tema de la reforma constitucional y apuesta por un nuevo pacto de convivencia ampliando las garantías de los derechos y libertades ante la desconfianza que ha suscitado la crisis generalizada que aún no hemos terminado de superar. El reconocimiento formal de los derechos sociales como principios rectores de la política social y económica no ha evitado los recortes y la sensación de desamparo en que se halla sumida gran parte de la población. La nueva realidad social del siglo XXI avala la necesidad de reformar la norma suprema en base a distintas razones entre las que destacan que la realidad se ha transformado de forma tan profunda que es preciso extender y garantizar de manera suficiente los derechos fundamentales y en especial los derechos sociales.

Son varios los objetivos generales que proponen en su programa para la mejora del Estado y de la sociedad actual. El Estado Social en cuanto conquista de todo el pueblo español debe estar garantizado desde la Constitución de cara a su pervivencia, mejora y desarrollo. Ello implica reformar el artículo 135 de la CE para incorporar las condiciones de salvaguarda de la estabilidad social del Estado; reconocer como derechos fundamentales los derechos a la protección de la salud y a la protección por la Seguridad Social y el reconocimiento de un ingreso mínimo vital para el mantenimiento de una vida digna. Blindar el sistema público de Servicios Sociales como cuarto pilar del Estado del Bienestar, mejorar el reconocimiento del derecho al trabajo y sus garantías jurisdiccionales, la protección a las familias en el sentido más amplio del término y regular a nivel constitucional el

derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. Dotar de contenido efectivo el derecho a la vivienda con obligaciones para los poderes públicos, sobre todo en casos de desahucio y reforzar los derechos medioambientales y a la educación.

Por lo que respecta a la revitalización de Estado de Derecho proponen actualizar el catálogo de derechos fundamentales, reordenarlo en algunas materias, incorporar nuevos derechos surgidos en el ámbito social y que no tenían realidad de ser cuando se aprobó la Constitución de 1978 y tener en cuenta que el contenido de dichos derechos debe atender a nuestra condición de Estado miembro del Consejo de Europa y de la UE. Para ello el derecho a la igualdad se debe predicar de todas las personas y ampliar su contenido a todos los temas referentes a la igualdad entre mujeres y hombres, incluyendo nuevas causas de prohibición de la discriminación. Entre ellas eliminar la preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión a la corona; abolir la pena de muerte incluso en tiempo de guerra; actualizar y consolidar el principio de laicidad; reconocer los derechos vinculados a la bioética; fortalecer el derecho de asilo y sus garantías; configurar un derecho autónomo a la protección de datos de carácter personal incluyendo el llamado "derecho al olvido"; actualizar la configuración constitucional del matrimonio incluyendo el reconocimiento constitucional del matrimonio entre personas del mismo sexo; y mejorar la atención de los poderes públicos a las personas con discapacidad.

En el programa electoral de Ciudadanos no aparece de forma expresa un apartado dedicado a reformar la CE en el tema de Derechos Fundamentales pero de forma transversal la necesidad de que estos permeen las políticas públicas se aprecia con claridad meridiana. Destaca el propósito de garantizar la unión y la igualdad de todos los españoles y el diseño de políticas para promover la igualdad real y efectiva en todos los ámbitos e instituciones. Se acentúa la necesidad de incluir una nueva sección de Derechos Sociales en la Constitución ampliando un mayor grado de protección y garantías aprobando para ello una Ley de Garantía Presupuestaria de los Derechos Sociales. Entre estos destacarían los derechos a la salud; a los servicios sociales; a la vivienda; a la protección del medio ambiente; a la protección de

los consumidores y usuarios; a los servicios públicos y económicos de interés general y al derecho a una buena administración. Preferencia especial merece el desarrollo en dicho programa del derecho a una sanidad pública, universal y de buena calidad así como la atención detallada que se presta a la reforma del artículo 49 de la CE para proteger especialmente a las personas con discapacidad en consideración a este derecho con el rango de fundamental.

Por lo referente al programa político de Podemos se puede apreciar que en él se alude a la necesidad de abordar cambios constitucionales entre los que destaca el derecho a la igualdad y en dicho marco destaca la garantía del derecho a la salud, a la educación, al trabajo y a la vivienda con una cobertura similar al nivel que poseen los derechos civiles y políticos para lo cual se insiste en la reforma del art. 53 de la CE. Se insiste también en el cambio de modelo productivo mediante niveles estables de inversión pública en I+D+I en cuanto herramienta eficaz para luchar contra el desempleo y la precariedad laboral. En una línea similar apuestan por la derogación del artículo 135 de la CE, por el fomento de la economía social que potencie el bien común con apoyo a la economía colaborativa. Al tiempo que se entiende la salud como cuestión transversal a todas las políticas públicas (empleo, vivienda, alimentación, infraestructuras, educación, justicia...) se pone el acento en el derecho a la vivienda y a los suministros básicos. Con gran detalle se especifican las medidas para promover una educación pública, laica y gratuita como eje vertebrador del sistema educativo de calidad para todos los niños y niñas.

Destaca también la intención de crear por ley estatal una Cartera de Servicios Sociales garantizados que será introducida a nivel constitucional y que para su garantía exigirá la puesta en marcha de políticas activas de coordinación intersectorial diseñadas desde el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. En este marco merecen atención especial las personas en situación de dependencia y sus familias, las personas con discapacidad y la inclusión laboral de las personas con diversidad funcional.

Son especialmente destacables las medidas en pro de la igualdad y de la perspectiva de género que se reconocen en el programa

pretendiendo eliminar la discriminación y hacer efectiva la igualdad entre mujeres y hombres. Se hace especial mención al tema de las violencias machistas, al papel de la mujer en las fuerzas armadas, a los motivos de discriminación por identidad de género u orientación sexual, al grave problema de la trata de personas y el acoso escolar; todo ello implica la reforma del artículo 14 de la CE para incluir los nuevos motivos de discriminación.

Entre los nuevos derechos defienden la conciliación de la vida laboral y familiar, la necesidad en pro de la igualdad de proteger a las familias monoparentales, los planes de apoyo a los padres y madres jóvenes, el reconocimiento de las nuevas realidades familiares, el derecho a la maternidad libre y decidida, y en el ámbito de los derechos se insiste en que la cultura es un derecho básico, un bien común y un sector productivo estratégico que requiere un ministerio que atienda a sus peculiaridades.

6. BASES A TENER EN CUENTA DE CARA A UNA POSIBLE MODIFICACIÓN DEL TÍTULO PRIMERO DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Aunque en las páginas precedentes hemos manifestado nuestra opinión favorable a reformar la Constitución vigente en distintos temas y también en lo referente a los derechos fundamentales somos conscientes de que en estos momentos no se va a proceder a ello. El tema de la reforma no está en la agenda política del partido gobernante –Partido Popular– y puede que pasen varios años para que se pueda abordar este tema con la seriedad y precisión que se merece. En el supuesto del Título Primero de la Constitución Española tenemos una dificultad añadida pues el núcleo duro de sus derechos (que comprende los artículos 15 a 29) está protegido por el procedimiento agravado (casi cláusula de intangibilidad que recoge el artículo 168 de la CE). La reforma del resto del articulado, vía artículo 167, es más fácil de llevar a cabo. Teniendo en cuenta que la función del derecho consiste en proporcionar respuestas a los problemas sociales y que son estos los que hacen nacer a la vida jurídica los nuevos derechos, la velocidad a la que se producen los cambios en la sociedad de la

globalización en que vivimos haría que cualquier oferta de un nuevo catálogo de derechos a integrar en la norma suprema española quedase obsoleto en poco tiempo; a ello se debe añadir que abordar este tema no está en un horizonte próximo. Por ello cualquier propuesta pormenorizada de nuevas categorías de derechos en la Constitución que ahora aquí propusiéramos no sería definitiva. De ahí que hayamos optado por redactar unas bases generales orientadoras, que se puedan tener en cuenta para cuando en un momento futuro, se pueda proceder a una reforma debidamente consensuada. Estas bases que ahora proponemos, soy consciente de su carácter provisional, pero sin duda pueden servir de alguna ayuda al legislador reformista (en cuanto poder constituyente constituido) en un futuro más o menos próximo en cuanto aportaciones realizadas desde la dogmática jurídica y no desde el mundo de la política.

- Cualquier reforma de la parte dogmática de la Constitución Española pasa, en mi opinión, por dejar concentrado en el Título I todo el tema de los derechos y deberes fundamentales. Ese Título que es muy amplio y farragoso debe ser reordenado en su estructura y precisa de una mejor redacción; es decir hay que ayudarse de un manual de estilo. Las normas constitucionales no deben ser muy extensas en su redacción, deben ser fácilmente comprensibles y dejar el desarrollo de los detalles en manos del legislador ya sea orgánico u ordinario.
- El Título Primero debería quedar reducido a dos apartados: derechos, deberes y libertades fundamentales por un lado y los derechos sociales por otro. No hay ninguna causa dogmática que justifique el aislamiento de los artículos 10 y 14 (al margen de ningún apartado concreto y con menores garantías) cuando hacen parte del núcleo básico de la teoría de los derechos fundamentales. De esta manera se eliminarían las dudas que plantean sobre su naturaleza jurídica los distintos conceptos utilizados y no haría falta acudir al tema de sus garantías para arrojar luz sobre este asunto.
- Dentro del Título Primero los distintos derechos deberían estar mejor sistematizados: o bien se sigue el orden de los

postulados del Estado Liberal, democrático y social o se imita la sistemática de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que arroja mayor claridad sobre el asunto. El supuesto de la dignidad de la persona humana debe seguir siendo la puerta de entrada al tema de los derechos fundamentales por su valor axiológico y si cabe debe ser implementado.

- La diferencia entre los derechos de los españoles y los extranjeros tampoco creo que deba ser objeto de un acápite específico cuando el tema de la nacionalidad en España es competencia del Derecho Civil y la única referencia relevante entre ambos es la diferencia en los derechos al sufragio; ello podía ser regulado en el artículo dedicado a estos derechos de carácter democrático. Si consideramos que en el siglo XXI y con los avances que ha experimentado nuestra sociedad la mayoría de edad podría rebajarse a los 16 años; también con el peligro que sufren en esta sociedad globalizada los derechos de asilo y extradición deberían obtener la máxima calificación de derechos fundamentales y el mayor rango en sus garantías. Los movimientos migratorios a que obligan las guerras y la violencia extrema a nivel mundial convierten a los inmigrantes en personas (titulares de dignidad y derechos en la misma medida que el resto de los seres humanos) especialmente vulnerables y con escasas garantías de protección eficaz.
- Si rompemos las barreras entre las distintas divisiones de los derechos y libertades (arts. 14 a 38) será más sencilla su interpretación y lograremos una revisión al alza de los derechos fundamentales que evitará las disquisiciones dogmáticas sobre su naturaleza jurídica. En páginas anteriores hemos puesto de relieve cómo a lo largo de estos preceptos se mezclan derechos de libertad, derechos democráticos, garantías institucionales, derechos de configuración legal y algunos derechos sociales. Apostando por una noción amplia del carácter de fundamentalidad de los mismos podíamos facilitar su comprensión desde la dogmática y desde el tema de sus garantías constitucionales.

- La revisión de este bloque de derechos requiere sin duda alguna tener en cuenta para ser introducidos en sus articulados todo el desarrollo de sus respectivos contenidos esenciales llevado a cabo por la amplísima jurisprudencia constitucional al efecto durante todas estas décadas. En ella aparece con claridad meridiana la “vis atractiva” y la “fuerza de irradiación” de los derechos fundamentales que hace casi imposible establecer barreras que dificulten la interconexión de los derechos de las distintas secciones. También tiene que ser tenida en cuenta la jurisprudencia emanada al respecto de los organismos internacionales en especial, en especial de los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo en base a la actualmente vigente y en expansión tutela multinivel de los derechos fundamentales.
- En el ámbito del núcleo duro de los derechos fundamentales necesitarían especial revisión los contenidos del artículo 15 que debería eliminar la alusión a la pena de muerte incluso en los tiempos de guerra y en el derecho a la vida sería necesario incluir toda la jurisprudencia al respecto tras la evolución-involución del tema del aborto.
- No soy partidaria de sacar del ámbito en el que se hallan en la Constitución ni el artículo 24 (tutela efectiva) ni el artículo 14 (principio de igualdad formal). Ambos derechos, a los que se les acusa de la sobrecarga de trabajo ante el Tribunal Constitucional por ser objeto tutelable en amparo, han permitido a lo largo de décadas el mayor desarrollo dogmático de la CE. El derecho a la tutela judicial efectiva ha facilitado la puesta al día de los derechos y garantías de los justiciables y ha permitido adquirir una mayor confianza en la administración de la justicia. La vis atractiva del principio de igualdad y no discriminación le ha permitido al supremo intérprete constitucional otorgar amparo a derechos sociales y a nuevos derechos que en principio estaban excluidos de dicha protección.
- Pero, será cuestión de examinar si sigue teniendo sentido en el marco constitucional a día de hoy el artículo 26 que prohíbe

los Tribunales de Honor en el ámbito de la administración civil y de las organizaciones profesionales. También necesita una profunda revisión el art. 29 que regula el derecho de petición como una reliquia histórica; si permanece en el articulado debe ser dotado de una función y un significado más modernos. A través del recurso de amparo se protege la objeción de conciencia al servicio militar; hoy esta norma está vacía de contenido pues desapareció en la década de los años 90 el servicio militar obligatorio. En el caso de que las cosas cambiasen en algún momento el contenido de este derecho no queda desprotegido porque es una manifestación concreta del derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto que actualmente se reconoce y garantiza en el artículo 16 constitucional.

- Los derechos de contenido laboral están dispersos en distintas secciones y capítulos. Ello puede inducir a pensar que gozan de distinta naturaleza jurídica y por ello de distintas garantías (tanto normativas, como jurisdiccionales e institucionales). El reagrupación de los mismos aclararía su sistemática; así el derecho de huelga y sindicación (art. 28 CE), el derecho y el deber de trabajar (art. 35 CE) o el derecho a la negociación colectiva laboral o a la adopción de medidas de conflicto colectivo por parte de los trabajadores y empresarios (art. 37 CE), el mandato a los poderes públicos de velar por el progreso social y económico en el marco de una política de estabilidad económica orientada al pleno empleo (art. 40 CE).
- Cuando en 1978 se aprobó la Constitución vigente reconoció los derechos en base a unas categorías dogmáticas (elaboradas por la doctrina que ya entonces quedaban obsoletas). En el momento presente hay que olvidarse de aquella idea demasiado conservadora que nada o muy poco tiene que ver con los tiempos que corren. Si seguimos en ese diseño cerrado y rígido será difícil actualizar los derechos existentes a nivel constitucional y ampliamente desarrollados por la jurisprudencia. También sería complicado el reconocimiento de nuevos derechos que han surgido como consecuencia de los

avances tecnológicos o de nuevas realidades sociales: derecho al olvido, identidad digital, gestación subrogada, intimidad genética... En esa línea los principios rectores de la política social y económica (Capítulo III del Título Primero) han sido con frecuencia considerados meras declaraciones programáticas cuya eficiencia dependería de leyes de desarrollo. Sin embargo las nuevas declaraciones, tratados o convenios internacionales se centran cada vez más en el reconocimiento y la protección de estas “normas programáticas” porque son indispensables para el desarrollo de la procura existencial en cuanto objetivo esencial del Estado Social de Derecho. Considero que las transformaciones actuales del Estado Constitucional implican aunar esfuerzos y responsabilidades respecto a su naturaleza para atender a aquellos fines que sólo se obtienen actuando desde la colectividad: paz, progreso, desarrollo, medio ambiente, protección de los consumidores...

- El constituyente de 1978, en el amplio Capítulo III y en el marco de los principios rectores recogió auténticos derechos aunque tengan contenido prestacional: salud, medio ambiente, vivienda, derechos de los menores y consumidores. Son derechos que se asientan sobre el núcleo axial de la dignidad humana y se corresponden con sujetos titulares a los que el ordenamiento jurídico le otorga facultades para el ejercicio de acciones procesales de cara a su realización efectiva. Estos y otros derechos –también basados en el principio de la dignidad humana– como son sanidad, dependencia, pensiones, etc., dada su labilidad en la crisis del Estado del Bienestar son reclamados por los partidos políticos de ideología progresista como fundamentales para el Estado interventor y que requieren, sin duda, una reordenación del Capítulo III de la CE.
- Cualquier propuesta de *lege ferenda* que se hiciera ahora o de cara al futuro debería tener un carácter abierto. Recogería los derechos relativos a la protección del ecosistema y los avances tecnológicos que en ocasiones han supuesto graves peligros para el cambio climático que incide indudablemente en la calidad de vida y en la salud de los seres humanos. También la

evolución en la investigación genética obliga a pensar en las novedades que debe incorporar el derecho a la vida como la determinación de su inicio o los derechos inherentes al embrión. En una línea similar deberán ser reconocidos los tratamientos médicos y el consentimiento informado haciendo parte del derecho a la autodeterminación física; la clonación o el derecho a la información genética, el suicidio y la eutanasia (como derecho a renunciar a la propia vida) el derecho a la reproducción humana, a la libertad de investigación técnica, científica y biomédica para una protección más eficaz del derecho a la salud.

- Desde hace décadas los avances de la tecnología en la era digital se produce a velocidades de vértigo. Su reflejo (salvo el caso del *habeas data*, art. 18,4 CE) no existe en la norma constitucional española; por ello los derechos en la red, como pueden ser los derechos informáticos, el derecho a la propia imagen en la red, o a la propiedad intelectual, también en la red, o a conocer la identidad del emisor de información y opiniones, protección a los menores ante las nuevas tecnologías. Tampoco se deben olvidar las transformaciones sufridas en las últimas décadas en los derechos a la comunicación y a la información que obligan a adaptar a los nuevos tiempos su contenido constitucional: a modo de ejemplo derecho a la autodeterminación informativa, a la protección de datos de carácter personal y familiar, a la información genética,...
- Y, por último, pero no por ello menos importante una reforma constitucional sería requiere un nuevo pacto de Estado. En el año 78 la norma suprema fue redactada por hombres y para hombres. Las 26 mujeres parlamentarias presentes en las Cámaras hicieron lo que pudieron, pero pudieron poco. En el texto, redactado en masculino genérico, brilla por su ausencia la perspectiva de género. Una revisión al alza, después de los avances conseguidos por el movimiento feminista a lo largo de estos 40 años, requiere revisar el texto y redactarlo con un lenguaje no sexista donde se elimine el masculino genérico como sexo no marcado. Como lo que no se nombra no existe

es preciso resaltar en femenino los derechos de las mujeres titulares de los mismos en el mismo grado que los hombres. La introducción de la perspectiva de género en la norma suprema obligará a la introducción de nuevos derechos como el derecho a una vida sin violencia de género, los derechos a las distintas identidades sexuales, los derechos sexuales y reproductivos, los derechos a la conciliación de la vida personal y laboral... De todos estos derechos tenemos reconocimiento a nivel internacional comunitario, en la jurisprudencia nacional, internacional y de los Tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo.

Las mujeres son un colectivo que supone más del 50% de la población mundial. Cualquier democracia avanzada no puede ignorar sus derechos ni prescindir de los aportes de este sector poblacional que debe participar en igualdad de condiciones que los hombres en la vida política, económica, cultural y social; ello necesariamente pasa por el reconocimiento efectivo de dichos derechos en la CE.

BIBLIOGRAFÍA DE REFERENCIA

- ÁLVAREZ CONDE, E. y TUR AUSINA, R.: **"Derecho constitucional"**. Sexta edición, Ed. Tecnos. Madrid, 2016.
- ARAGÓN REYES, M.: **"Libertades económicas y Estado Social"**. McGrawHill. Madrid, 1995.
- ATIENZA, M.: **"Los derechos humanos en la Constitución Española de 1978. Sobre la clasificación de los derechos humanos en la Constitución"**. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, nº 2. Monográfico sobre Derechos Humanos y Constitución. Madrid, 1979.
- BLANCO VALDÉS, R.L. y TAJADURA TEJADA, J.: **"La reforma constitucional que surgió de Europa"**. En Claves de la razón práctica, nº 216. Madrid, 2011.
- BÖCKENFÖRDE, E.W.: **"Escritos sobre derechos fundamentales"**. Nomos Verlagsgesellschaft-Baden-Baden, 1993.
- BRYCE: **"Constituciones flexibles y constituciones rígidas"**. Madrid, 1963.
- CASTRO CID, B.: **"Derechos humanos y Constitución. Reflexiones sobre el Título I de la Constitución Española de 1978"**. Revista de Estudios Políticos, nº 18. Madrid, 1980.

- CORTES GENERALES. TRABAJOS PARLAMENTARIOS SOBRE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. Madrid, 1980.
- DÍAZ REVORIO, F.J.: **“Los derechos humanos ante los nuevos avances científicos y tecnológicos: genética e internet en la Constitución”**. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2009.
- FERRAJOLI, L.: **“Derechos y garantías. La ley del más débil”**. Editorial Trotta. Madrid, 1999.
- FIGUERUELO BURRIEZA, Á.: **“Los derechos fundamentales en el Estado social y su eficacia en las relaciones privadas”**. Memorias del Congreso internacional sobre “Derecho Público, Filosofía y Sociología jurídicas: perspectivas para el próximo milenio”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1996.
- FIORAVANTI, M.: **“Constitución. De la antigüedad a nuestros días”**. Editorial Trotta. Madrid, 2001.
- GALLEGO DÍAZ, S. y DE LA QUADRA, B.: **“Crónica secreta de la Constitución”**. Ed. Tecnos. Madrid, 1989.
- GARRORENA MORALES, A.: **“El Estado Español como Estado Social y democrático de derecho”**. Temas Clave de la Constitución Española. Ed. Tecnos. Madrid, 1984.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: **“Derecho constitucional europeo. Derechos y Libertades”**. Ed. Sanz y Torres. Madrid, 2005.
- HESSE, K.: **“Escritos de Derecho Constitucional”**. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2011.
- JIMÉNEZ CAMPO, J.: **“Derechos fundamentales. Concepto y garantías”**. Editorial Trotta. Madrid, 1999.
- KELSEN, H.: **“Esencia y valor de la democracia”**. Ed. Labor. Barcelona, 1977.
- LÓPEZ GARRIDO, L. (dir.) y MARTÍNEZ ALARCÓN, M.L. (coord.): **“Reforma constitucional y estabilidad presupuestaria. El artículo 35 de la Constitución Española”**. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2013.
- LUCAS VERDÚ, P.: **“Singularidad del proceso constituyente español”**. Revista de Estudios Políticos nº 1. Madrid, 1978.
- MARTÍN-RETORTILLO, L. y OTTO y PARDO, I.: **“Derechos fundamentales y Constitución”**. Cuadernos Civitas. Madrid 1988.
- MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J.M.: **“Las generaciones de derechos humanos”**, en “Constitución y derechos fundamentales”, Betegón, Laporta, Prieto Sanchís y de Páramo Argüelles (coord.). Madrid, 2004.

- MÜLLER, F.: **“La positividad de los derechos fundamentales. Cuestiones para una dogmática práctica de los derechos fundamentales”**. Editorial DyKinson S.A. Madrid, 2016.
- OSUNA PATIÑO, N.: **“Apuntes sobre el concepto de derechos fundamentales”**. Colección Temas de Derecho Público, nº 37. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1995.
- PECES BARBA MARTÍNEZ, G.: **“La elaboración de la Constitución Española de 1978”**. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1988.
- PÉREZ LUÑO, A.E.: **“Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución”**. Ed. Tecnos. Madrid, 1999.
- PÉREZ LUÑO, A.E.: **“Los derechos fundamentales”**. Ed. Tecnos. Temas Clave de la CE. Madrid, 1984.
- PÉREZ ROYO, J.: **“La reforma de la Constitución”**. Congreso de los Diputados. Madrid, 1987.
- PIZZORUSSO, A.: **“Las generaciones de derechos”**. Anuario Iberoamericano de justicia constitucional nº 5. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales., Madrid, 2000.
- RUBIO LLORENTE, F.: **“La forma del poder (estudios sobre la Constitución)”**. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1993.
- TORRES DEL MORAL, A.: **“Ideas para reformar la Constitución”**. EL MUNDO, 14 de diciembre de 2015.
- TUR AUSINA, R.: **“Problemas actuales de Derecho Constitucional en un contexto de crisis”**. Comares. Granada, 2015.
- VEGA GARCÍA, P.: **“La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente”**. Ed. Tecnos. Temas Clave de la CE. Madrid, 2011.

Capítulo II

O direito à proteção de dados como garantia à autodeterminabilidade informativa do sujeito

*Arthur Gonçalves**

SUMÁRIO: Introdução; 1 O direito à privacidade; 2 A teoria das esferas concêntricas; 3 Os limites à autodeterminabilidade; 4 O direito à proteção de dados; 5 O direito aos dados como campo jurídico autônomo; 6 Os principais marcos regulamentadores da União Europeia; 7 A Diretiva 95/46/CE; 8 O Regulamento Geral de Proteção de Dados; Conclusão.

Introdução

Nos agrupamentos antrópicos posteriores à égide das tecnologias de informação, em que as relações sociais e econômicas são indiscutivelmente influenciadas pela deflagração de redes virtuais globalmente conectadas, cuja finalidade básica é a partilha de dados nas mais variadas formas (*v.g.*, fotos, arquivos portáteis e mensagens instantâneas).

O controle sobre esse fluxo (dentro das relações jurídicas públicas e privadas) e seus respectivos meios técnicos de captação, classificação, manutenção, atualização, retenção e posterior transformação em informação útil, dá, àquele que detém discricionariedade sobre

(*) VER TITULAÇÃO ACADÊMICA DE Arthur Gonçalves
VER TITULAÇÃO ACADÊMICA DE Arthur Gonçalves

esses meios, manifesto potencial lesivo aos direitos da personalidade e, por consequência, à efetivação empírica dos Direitos Humanos Fundamentais.

Tal dimensão social instiga novo préstimo ao debate sobre o direito à privacidade. Tornando imprescindível que as organizações de cunho político, jurídico e social definam seus contornos quanto aos impactos tecnológicos na esfera privada do indivíduo.

Ou seja, ganha notabilidade aquilo que remonta ao controle dos dados pessoais, bem como as medidas tomadas a fim de garantir o direito subjetivo à autodeterminação informacional do indivíduo e o controle das informações atinentes a si próprio.

Consequentemente, efetivar o caráter irradiador da Dignidade da Pessoa Humana (princípio basilar nas Constituições democráticas modernas) em mais uma de suas acepções histórico-culturais, dimensionada em face da já inevitável penetrabilidade, em todas as esferas da atividade humana, das revoluções atinentes à tecnologia da informação e comunicação.¹

1. O DIREITO À PRIVACIDADE

Desde a segunda metade do século XX, tanto no estudo dos Direitos Humanos Fundamentais, quanto para a grande maioria dos países em Regime de Direito fundados na proteção da Dignidade da Pessoa Humana, que o direito à privacidade, como manifestação intangível da liberdade individual, constitui valor medular para a manutenção de um Estado Democrático.²

Desse modo, o direito à manutenção da esfera íntima de uma pessoa pode ser entendida, principalmente, como o direito subjetivo a segregar aquilo que só a si mesmo é pertinente; o de ter

-
1. CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. Volume 1. 8ª Ed. São Paulo: Paz e Terra. P. 67
 2. LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

meios para garantir a si – moral e fisicamente – um “espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas³”; a prerrogativa individual de fazer-se incógnito e a de decidir quando e de que modo mostrar-se.

Isso significa que quaisquer pessoas, independentemente de suas idiossincrasias, pode usufruir do direito à privacidade, isto é, de manter sob seu próprio julgo (discricionariedade de disposição, na forma da lei) informações íntimas as quais não devem reverberar publicamente. Não obstante o direito de resistir, inclusive jurisdicionalmente, à sua violação, defendendo, por conseguinte, a sua integridade psíquica e moral.

Nesse sentido, e acentuado pelo professor Tércio Sampaio Ferraz Jr., o direito à privacidade – considerado na sua dimensão subjetiva e de via dupla quanto à discricionariedade – consiste no “direito de o indivíduo excluir do conhecimento de terceiros aquilo que a ele só é pertinente e que diz respeito ao seu modo de ser exclusivo no âmbito de sua vida privada⁴”, isto é, toda a informação de natureza individual que não tem pertinência para a convivência social e, portanto, não deve ser apropriada indevidamente por terceiros.

Ainda assim, faz-se patente – tanto doutrinária quanto jurisprudencialmente – que nenhum tipo de liberdade individual é de caráter absoluto, de modo que o seu exercício não pode vir de encontro às liberdades e interesses públicos ou, então, servir como motivação para a limitação da privacidade alheia, encontra, neste sentido, limites intrínsecos ao seu exercício.

Tal qual salientado na consideração inicial de número 4 do Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu: “O direito à proteção de dados pessoais não é absoluto; deve ser considerado em relação à sua função na sociedade e ser equilibrado com outros

3. MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo:Atlas, 2018. p. 97

4. FERRAZ, Tércio Sampaio. **Sigilo de dados: direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**. Revista da Faculdade de Direito da USP v.88. 1999. p. 439

direitos fundamentais, em conformidade com o princípio da proporcionalidade.”⁵

2. A TEORIA DAS ESFERAS CONCÊNTRICAS

Naquilo que diz respeito à análise estrutural do direito à privacidade, a doutrina adota, em sua maior parte, e para efeito de cotejo didático, a *Sphärentheorie* ou teoria das esferas concêntricas do Direito alemão.⁶

São dispostos três níveis distintos(não obstante dinâmicos) de aferição daquilo que corresponde ao espaço de conteúdos disponibilizáveis(na medida da discricionariedade do titular) e aos objetos de interesse(bens, situações ou acontecimentos os quais devem ser resguardados) cujo sujeito(titular do direito) pretende manter junto ao seu domínio privado.⁷

A *privatsphäre*, primeiro nível de aferição, diz respeito à vida privada(em sentido estrito) do sujeito; são as “formas exclusivas de convivência(...) em que a comunicação é inevitável”⁸ e em que o titular dispõe, socialmente, dos objetos de interesse que considera adequados para a manutenção de um bom convívio interpessoal diário nos mais variados âmbitos da sua existência.⁹

Essas informações privadas representam, nesse sentido, aquelas que apesar de menos reservadas do que as dispostas na intimidade e no sigilo, não devem ser reverberadas a domínio público por terceiros,

5. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE.

6. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Handelsgesetzbuch*. 4ª ed. Berlim: De Gruyter Recht, 2005.

7. FERRAZ, Tércio Sampaio. **Sigilo de dados: direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**. Revista da Faculdade de Direito da USP. v.88 1999, p. 440.

8. FERRAZ, Tércio Sampaio. *Op. cit* p.442

9. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit*.

têm, em vista disso, teor intrinsecamente ligado à autodeterminação dos próprios dados e o direito de conviver com os seus pares.

A *intimsphäre*¹⁰ ou esfera da intimidade, figura como o segundo nível de aferição e tem, como seu atributo¹¹ um teor maior de exclusividade na sua disponibilização, compreendendo objetos de interesse mais restrito, aqueles “que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer em comum)”¹².

Já a *Geheimsphäre* ou esfera do segredo/sigilo, corresponde, por sua vez, àqueles objetos de interesse os quais, pressupõe-se que o sujeito não tenha volição alguma de tornar público; são as informações que não dizem respeito aos terceiros inclusos em sua vida privada, nem mesmo àqueles que compõem as suas relações interpessoais mais íntimas.¹³

Essa esfera de garantia ao sigilo informacional, pode ser aferido não só como um direito internacional e constitucionalmente consagrado nas sociedades ocidentais hodiernas, mas, também, como um *modus operandi* facultado ao detentor dessa prerrogativa, a qual é determinada, principalmente, pela “faculdade de resistir ao devassamento”¹⁴.

10. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Handelsgesetzbuch*. 4ª ed. Berlim: De Gruyter Recht, 2005.

11. Inc. X do art. 5º da CRFB: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”

12. FERRAZ, Tércio Sampaio. **Sigilo de dados: direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**. Revista da Faculdade de Direito da USP. v.88. 1999. p. 442.

13. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Handelsgesetzbuch*. 4ª ed. Berlim: De Gruyter Recht, 2005.

14. FERRAZ, Tércio Sampaio. *Op. cit* p. 443.

Do mesmo modo que pode ser analisado como uma “*liberdade individual de ‘negação’*”¹⁵ (limitável por lei, quando caracterizado interesse público que justifique a exposição) possuída pelo sujeito o qual deseja manter resguardada informação de caráter secreto, cuja exposição – por mais ínfima que seja – tem potencial para gerar profundos efeitos na sua integridade física e moral.

Em vista dessas três dimensões estruturais de correlação dinâmica e, não obstante, subjetivamente flexibilizáveis pelo seu detentor, as quais dizem respeito ao exercício da privacidade como pressuposto imprescindível para a garantia da Dignidade da Pessoa Humana.

A prerrogativa individual de autodeterminar-se ou autorrealizar-se, gestada no âmbito da filosofia de matiz iluminista em face do reverberar de teorias políticas, consiste no ato voluntário, de prerrogativa particular, insuscetível a juízos materiais, ao qual este disporá sobre as regras, as condições e os meios de consecução daquilo que lhe é pertinente.

3. OS LIMITES À AUTODETERMINABILIDADE

Dentro desse contexto de alterações político filosóficas, a então citada autodeterminabilidade tem o princípio da autonomia do ser como núcleo central. Essa considerada, nas palavras de Immanuel Kant – enquanto labora na interiorização da concepção de liberdade e vontade geral, desenvolvida previamente por outros teóricos iluministas – como “o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional.”¹⁶, ou seja, na faculdade individual negativa, independente de coações exteriores, de organizar quais regras nortearão as suas condutas.

Desse modo, o enlace temático então percorrido dispõe-se, portanto, à indústria versar, precipuamente, sobre aspectos atinentes à transfiguração histórico evolutiva das sociedades contemporâneas.

15. FERRAZ, Tércio Sampaio. *Op. cit* p. 444.

16. KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Portugal: Edições 70. P. 79

Isso em face dos novos meios de comunicação instantânea e seus impactos naquilo que considera-se, do ponto de vista doutrinário, como um “espaço privado” propício para o exercício da discricionariedade de disposição de informações pessoais.

Em vista disso, no concernente aos limites objetivos imputados, pelo ordenamento jurídico, ao titular quanto ao resguardo da própria imagem, o Enunciado 279, editado pelo Conselho da Justiça Federal na IV Jornada de Direito Civil, assinala, compondo parâmetro hermenêutico¹⁷ para a interpretação do artigo 20 do Código Civil¹⁸, outrossim, buscando melhor tutelar os possíveis choques entre direitos fundamentais, que:

A proteção à imagem deve ser ponderada com outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito de amplo acesso à informação e da liberdade de imprensa. Em caso de colisão, levar-se-á em conta a **notoriedade do retratado e dos fatos abordados**, bem como a **veracidade destes** e, ainda, as **características de sua utilização** (comercial, informativa, biográfica), privilegiando-se medidas que não restrinjam a divulgação de informações. (grifo nosso)

O direito à imagem, constituída como “expressão exterior sensível da individualidade humana”¹⁹, aqui apreciada tanto no plano objetivo (traços fisionômicos, variações fenotípicas e genotípicas de natureza plástica) quanto no subjetivo (características psicológicas, manifestações emocionais, cognitivas e sociais).

Da mesma maneira que o direito aos dados pessoais e outros direitos da personalidade que, apesar de manter relação direta e até

17. ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. 3ª Ed. Rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

18. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. **Código Civil**, Brasília, DF, Jan 2002. Artigo 20. “Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.”

19. GAGLIANO, Pablo Stolze/ PAMPLONA, Rodolfo (Filho). **Novo curso de direito civil**. Volume 1: parte geral. 14. ed. rev, atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 190

mesmo confundir-se, tutelam campos autônomos; referindo-se, exclusivamente, àqueles os quais o ordenamento jurídico não veda o exercício da discricionariedade pelo titular e, em razão disso, não têm teor incondicional.

Essa carência, no que diz respeito à disponibilidade, importa ponderações entre espécies normativas de caráter principiológico, dispostas abstratamente no mesmo nível²⁰, no sentido de limitar a sua incidência quando em face de interesse informacional constitucionalmente tutelado²¹.

Outrossim, para que seja possível falar em sopesamento de bens e interesses com posterior execução do juízo de precedência não invalidadora entre os princípios condicionados, analisar-se-á o campo dos respectivos pesos axiologicamente formados, de modo a dar veemência às eventualidades sucedidas no âmago social.²²

Desse modo, o direito à informação então cooptado, a fim de que seja admitido como objeto de sopesamento, deverá estar sob égide de justificável interesse público, devidamente atualizados, em plena consonância com o contexto fático apresentado no momento da disponibilização e, por pressuposto, nunca apreciados fora do caso concreto.²³

De maneira que efetue-se sempre em observância à máxima efetividade dos direitos humanos fundamentais e a necessária concordância prática dos interesses conflitantes, os quais constituem alguns dos princípios norteadores da Hermenêutica Constitucional.²⁴

20. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª ed. rev. Malheiros Editores. São Paulo, 2005.

21. Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 5º, inciso XIV – “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.”

22. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

23. SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

24. HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Fabris Editor, 1998.

Observado, também, que o aferimento de lesão por divulgação de quaisquer elemento imagético sem expressa autorização do titular independe da existência de prejuízo por parte deste, condicionado, alternativamente, ao fim – econômico ou não – dado à imagem irregularmente captada.

Tal como disposto na Súmula 403 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) a qual determina que “independe de prova ou prejuízo a indenização pela publicação não autorizada da imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais.”

Ademais, a premente massificação das tecnologias de comunicação e informação – principalmente de microcomputadores com alta mobilidade –, estas as quais podem ser introduzidas como um novo paradigma técnico organizado pela interação convergente entre *softwares*, *hardwares* e *peoplewares*, que visa o contínuo aprimoramento do processamento de dados e difusão em grande escala de informações²⁵.

Na medida em que seu tratamento, conglobado às transações e armazenamentos cotidianos de dados individuais, é realizado em ampla medida tanto por pessoas físicas quanto por entidades de direito público ou privado, as quais tomaram ciência da utilidade econômica e social que o domínio do tratamento dos dados pode ter, principalmente quando a efetuação da captura e do trato pouco exigem que seja possibilitado o controle pelos respectivos titulares.

Tal circunstância dá novo tom à declaração e garantia do direito à privacidade em face da digitalização da vida, suscitando relevo à desarmonia técnica das medidas de cunho político-jurídico que têm sido tomadas para a proteção dos espaços privados alheios e asseguramento da autossuficiência de meios para decidir quando, onde, de que forma e sob quais limites o titular poderá dispor com segurança dos seus dados pessoais.

25. CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. Volume 1. 8ª Ed. São Paulo: Paz e Terra. P. 67

4. O DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS

O direito à proteção dos dados pessoais, como efetivador das liberdades individuais e corolário lógico dos já consagrados direitos à privacidade e à intimidade, constitui nova dimensão de direitos humanos fundamentais, o qual decorre, principalmente, do avanço exponencial – quiçá irrefreável – das tecnologias de informação em âmbito global e do impacto indiscutivelmente elevado que elas exercem nas atividades cotidianas.²⁶

Corroborando com essa análise, o teórico francês, Pierre Lévy aponta que, apesar de carecermos do imprescindível distanciamento temporal para a realização de análise objetivamente verossímil das evoluções técnicas contemporaneamente sucedidas,

Uma coisa é certa: vivemos hoje em uma destas épocas limítrofes na qual toda a antiga ordem das representações e dos saberes oscila para dar lugar a imaginários, modos de conhecimento e estilos de regulação social ainda pouco estabilizados. Vivemos um destes raros momentos em que, a partir de uma nova configuração técnica, quer dizer, de uma nova relação com o cosmos, **um novo estilo de humanidade é inventado.** (grifo nosso)²⁷

De maneira que a confrontada conjuntura de desenvolvimento técnico dos meios de telecomunicação e informática altera a forma com que lidamos com o ambiente externo, seja no que tange às relações horizontais (travadas entre privados) ou naquilo que concerne às verticais (travadas entre um ente estatal e um privado).

O que eleva, conseqüentemente, o nível de descontrole e insegurança, tanto social quanto estatal, em face da intensa – não obstante progressiva – troca e disponibilização de informações no ambiente de proporções oceânicas, formalmente estruturado em meio digital, usualmente denominado de rede ou “ciberespaço”.²⁸

26. RODOTÁ, Stefano. **A Vida na Sociedade de Vigilância: A privacidade hoje.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 215.

27. LÉVY, Pierre. **As Tecnologias da Inteligência: O futuro do pensamento na era da informática.** Tradução de Carlos Irineu da Costa. 1988.

28. LÉVY, Pierre. **Cibercultura.** Tradução de Carlos Irineu da Costa. São paulo: Ed. 34. 1999.

Entretanto, para melhor explanação, é importante ressaltar que o direito à proteção dos dados pessoais tem como objeto toda e qualquer informação de caráter privado, logo, independentemente de qual seja o seu meio de obtenção e armazenamento.

Ponto esse o qual o Regulamento Geral de Proteção de Dados europeu²⁹, espécie normativa com eficácia para todos os países que fazem parte da União Europeia, deixa claro nas disposições iniciais, assim como adita, ao fim, especificação formal:

A proteção das pessoas singulares deverá aplicar-se ao tratamento de dados pessoais por meios automatizados, bem como ao tratamento manual, se os dados pessoais estiverem contidos ou se forem destinados a um sistema de ficheiros.

Por conseguinte, mesmo se realizado, virtual, mecânica ou epistolarmente (*v.g.*), o direito à sua proteção poderá ser arguido jurisdicionalmente, ainda que aquele, dada a conjuntura do contexto histórico, tenha especial notoriedade dentre os outros meios de compartilhamento de informações.

Essa remodelagem social, com foco principalmente nas evoluções de teor técnico-científico, torna juridicamente relevante a preocupação acerca de como será efetivada a tutela da imensa quantidade de dados pessoais – nas mais variadas matizes da individualidade da pessoa humana – os quais são diariamente captados, registrados e utilizados para os mais variados fins.

5. O DIREITO AOS DADOS COMO CAMPO JURÍDICO AUTÔNOMO

paulatinamente, tanto no mundo quanto – em mais tardar – no Brasil, o direito aos dados pessoais ganha espaço nos debates no âmbito doutrinário e da dogmática jurídica. Em especial no campo

29. REGULAMENTO (UE) 2016/679 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados)

da doutrina atinente aos Direitos Humanos Fundamentais, em virtude do consenso acerca do seu carácter historicamente aberto e permeável.³⁰

Ao passo em que, desde a segunda metade do século XX até a atualidade, ratificações jurídicas que estabelecem esse conjunto de prerrogativas como uma esfera necessariamente autônoma de direitos fundamentais, a fim de abarcar características intrínsecas da nova sociedade, têm sido comuns.³¹

Esse nupérrimo conjunto de prerrogativas então citadas tem como fundamento jurídico não só a garantia de ocultação das informações relativas à vida privada (sejam elas de teor privado, íntimo ou sigiloso), mas também o resguardo do pleno desenvolvimento da personalidade e o livre exercício dos seus direitos, a fim de impedir a instrumentalização do ser humano e a vilipendiação de sua dignidade.

Ana Isabel Herrán Ortiz, defendendo a estruturação político-jurídica autônoma do direito à proteção de dados como meio principal para a efetiva garantia da autodeterminação do ser e do pleno desenvolvimento de sua personalidade, disserta que:

[...] si bien es cierto que el derecho a la protección de datos nace vinculado a la idea de intimidad, ha de superarse esta concepción y avanzar em el reconocimiento de un nuevo derecho fundamental (...) Por tanto, la protección de datos no constituye una manifestación a más del derecho a la intimidad, sino que como instrumento jurídico de tutela de la dignidade y el libre desarrollo de la personalidad alcanza em el ordenamiento jurídico sustentatividad própria, y se configura como derecho a la personalidad.³²

-
30. MAÑAS, José Luis Piñar. **Derecho Fundamental a la Protección de datos personales. Algunos retos de presente y futuro**. Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid. ISSN 1575-5312. Nº. 13, 2005. (Págs. 21-46)
 31. MAYER-SCÖNBERGER, Viktor. **General development of data protection in Europe**. Cambridge: MIT Press, 1997.
 32. “Embora seja verdade que o direito à proteção dos dados nasce vinculado à ideia da intimidade, tem que ser superada essa concepção e avançar no reconhecimento de

Nada obstante, é imprescindível acentuar que a exegese histórica do artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos³³, o qual trata do Direito ao respeito pela vida privada e familiar, ajuda a elevar o direito à proteção dos dados pessoais à condição de garantia fundamental ao exercício da personalidade.

De modo que a sua execução será, nos moldes da eficácia normativa que exerce nos ordenamentos jurídicos internos, exigível quando as informações forem recolhidas por uma entidade pública ou por um sujeito de direito privado.

Ademais, figurando como uma das primeiras manifestações jurídicas sobre o reconhecimento do direito informacional, o Tribunal Constitucional Alemão, em um julgado de 1983, cita, pela primeira vez, a expressão “auto-determinação informativa” e estabelece a definição de sua natureza jurídica e conteúdo.³⁴

um novo direito fundamental (...) Portanto, a proteção de dados não constitui uma manifestação a mais do direito à intimidade, mais sim como um instrumento jurídico de tutela da dignidade e do livre desenvolvimento da personalidade atingindo, no ordenamento jurídico, autonomia própria, e se configurando como direito à personalidade.”(Tradução livre) **El Derecho a la protección de datos personales em la sociedad de la información**. Bilbao, Universidad de Deusto. p. 21. 2003.

33. Artigo 8º. Direito ao respeito pela vida privada e familiar
1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.
 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.
34. Nas palavras do Tribunal Constitucional Alemão: “A autodeterminação individual pressupõe, porém – mesmo sob as condições da moderna tecnologia de processamento de informação –, que ao indivíduo está garantida a liberdade de decisão sobre ações a serem procedidas ou omitidas e, inclusive, a possibilidade de se comportar realmente conforme tal decisão. Quem não consegue determinar com suficiente segurança quais informações sobre sua pessoa são conhecidas em certas áreas de seu meio social, e quem não consegue avaliar mais ou menos o conhecimento de possíveis parceiros na comunicação, pode ser inibido substancialmente em sua liberdade de planejar ou decidir com autodeterminação.”
Reclamação Constitucional voltada diretamente contra a Lei do Recenseamento de População, Profissão, Moradia e Local de Trabalho(Lei do Recenseamento de 1983)

O colegiado, na referida decisão, dispõe da proteção de dados como garantia da faculdade do indivíduo de determinar por si mesmo, enquanto membro de uma sociedade livre, a divulgação e utilização dos dados referentes a sua pessoa.

Não obstante, aponta essa prerrogativa como uma latente necessidade, dada as condições atuais e possibilidades futuras do processamento de dados e da velocidade com a qual eles podem ser acessados, isso quando comparado ao antigo processo de pesquisa manual em instrumentos físicos.

Não deixa também de analisar o que o receio acerca das possibilidades de registro e armazenamento de informações, podem ocasionar às liberdades fundamentais de ir e vir do sujeito e ao seu direito ao livre desenvolvimento. Pressupostos para a realização de medidas contra o levantamento, armazenagem, uso e transmissão irrestrito de dados.

De modo que o sujeito, possível alvo dessas medidas técnicas panópticas³⁵, justificadas aprioristicamente pela suposta necessidade de segurança coletiva e, por vezes, posta em prática até mesmo em vias horizontais, isto é, pelos seu congêneres os quais vagam a todo e qualquer ambiente portando um aparelho celular, garantindo onipotência máxima de vigilância.³⁶

Passa, portanto, a limitar as áreas de convivência interpessoal quando se depara com a expectativa de que seus atos, crenças, comentários, condição de saúde e posicionamento político possam estar sendo capturados e armazenados com pouquíssimos meios de controle.

CINQUENTA ANOS DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO, núm. 35, 2005, p. 237

35. *Panóptico* ou *Pan-optico*, conceito idealizado em 1785 pelo filósofo inglês Jeremy Bentham, designa um modelo estrutural que corresponderia a uma penitenciária ideal. Na qual um único agente teria a capacidade de exercer vigilância sobre todos os reclusos, ao passo que estes nunca saberiam se estão ou não sendo observados.
36. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramalhet. 41. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

Stefano Rodotá, discorre que o reverberar em rede de informações particulares ameaça o exercício da personalidade, na medida em que abre espaço para coerções difusas enquanto:

Sem uma forte tutela do 'corpo eletrônico', do conjunto de informações recolhidas a nosso respeito, a própria liberdade pessoal está em perigo e resulta muito evidente que a privacidade é um instrumento necessário para defender a sociedade da liberdade e para se opor às forças que levam à construção de uma sociedade da vigilância, da classificação, da seleção social.³⁷

Relegado à cristalização da própria existência, acaba por encontrar-se na constante iminência de estar sendo vigiado e, porventura, documentalmente vinculado a um dado pessoal malquistado. Condição danosa ao exercício pleno da sua personalidade e, conseqüentemente, de sua dignidade.

6. OS PRINCIPAIS MARCOS REGULAMENTADORES DA UNIÃO EUROPEIA

Coadunando com a conjectura de massificação tecnológica e conseqüente agigantamento do valor atribuído aos dados pessoais. O cenário internacional de proteção aos dados segue, a passos largos, o rumo de regulação político-jurídica.

Uma vez que tem sido comum, desde o sexto decênio do século XX – principalmente na comunidade europeia –, a edição sucessiva de espécies normativas de eficácia geral e específica (de maneira a coadunar com a amplitude de interesse do respectivo ente).

Editadas, inicialmente, com amplo enfoque técnico nos bancos de dados e no uso de informações pessoais pelo Estado nos procedimentos administrativos, de maneira que este – em detrimento dos titulares – constituía o principal destinatário dessas normas.³⁸

37. RODOTÁ, Stefano. **A Vida na Sociedade de Vigilância: A privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 215.

38. *Verbi Gratia*, expressões normativas como a Lei do Land alemão de Hesse, de 1970; a primeira lei nacional de proteção de dados, sueca, que foi o Estatuto para bancos de dados de 1973 – Data Legen 289 e o Privacy Act norte-americano de 1974.

Em período posterior, percebe-se que o fluxo de informações pessoais não mais se dá tão somente em mão única verticalizada (do cidadão para o Estado), mas, também, entre particulares em efetiva participação na vida social, trazendo, para este último, o foco da tutela normativa.

De maneira a, além de proporcionar o exercício da autodeterminabilidade informativa do indivíduo – assegurando a sua participação no contexto das sucessivas medidas de disponibilização, tratamento e utilização por terceiros – busca, não obstante, gerir meios coletivos de proteção.

Trabalhando, desse modo, na mitigação da autodeterminabilidade, uma vez que, paradoxalmente, garantir ao sujeito plenas possibilidades de disposição dos próprios dados não figura meio efetivo para evitar vilipêndios aos direitos da personalidade, principalmente àquilo que diz respeito aos dados de natureza sensível.³⁹

Nesse sentido e afim de regular com maior solidez e coerência, as possibilidades de ação nas searas política, administrativa e jurisdicional, enquanto objetiva, precipuamente, oferecer maior segurança ao tráfego diário de conteúdos pessoais.

7. A DIRETIVA 95/46/CE

Norma editada em 24 de outubro de 1995 e já revogada, a qual figura como uma das primeiras expressões regulamentadoras a tratar diretamente da necessidade de unir esforços para tutelar a circulação virtual e mecânica de dados, mercadorias, pessoas, serviços e capitais, em vista dos novos meios telecomunicativos então alçados.⁴⁰

39. DONEDA, Danilo. **A proteção dos Dados Pessoais como um Direito Fundamental**. V. 12, n. 2. Jaçoba: Espaço Jurídico. 2011.

40. DIRECTIVA 95/46/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 24 de Outubro de 1995 relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados

Desenvolvida, majoritariamente, objetivando normatizar as ações relacionadas com a tutela dos dados das pessoas físicas; reduzindo o seu objeto à privacidade do sujeito, nos termos do seu artigo 1º:

[...] a proteção das liberdades e dos direitos fundamentais das pessoas singulares, nomeadamente do direito à vida privada, no que diz respeito ao tratamento dos dados pessoais.

Portanto, no que se refere ao direito humano fundamental à proteção dos dados e garantia, na forma da lei, ao livre desenvolvimento das faculdades inerentes à pessoa, os efeitos da Diretiva não alcançava as pessoas jurídicas.

Apesar disso, preocupou-se, logo a seguir, em definir limites ao exercício estatal, tornando defeso aos Estados-Membros tomar medidas arbitrárias quanto a proteção dos dados transacionados em seus territórios. Consagrando, dessarte, o postulado da livre circulação de dados pessoais, norma a qual estrutura a aplicação da Diretiva.

A fim de reforçar esse aspecto, torna expresso, ainda no registro de suas motivações que

[...] os sistemas de tratamento de dados estão ao serviço do Homem; que devem respeitar as liberdades e os direitos fundamentais das pessoas singulares independentemente da sua nacionalidade ou da sua residência, especialmente a vida privada.

Ademais, teve o mérito de primeiro determinar os princípios norteadores do tratamento dos dados, os quais deverão ser: a) Lícitos e de boa-fé; b) Recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas, vedando o tratamento de forma incompatível com as finalidades precípuas; c) Adequados, pertinentes e não excessivos no que tange às finalidades para que foram recolhidos e para as quais foram tratados; d) Exatos e, se necessário, atualizados; e) Conservados em lapso temporal determinado e proporcional à finalidade que motivou o recolhimento.

Dentre os princípios enumerados na norma, aquele que cumpre maior força é o da finalidade de recolhimento. Que consiste na necessidade de determinar de maneira explícita e sob fito legítimo aquilo que motiva o recolhimento dos dados de um particular. Vedado,

consoante isso, medidas de tratamento que divirjam dos fins expressos *a priori*.

Determina, também, que o tratamento só será realizado quando em consonância aos princípios da proporcionalidade do tratamento, necessária adequação entre meios e fins e da pertinência dos dados captados, defeso, em vista disso, o tratamento daqueles os quais não dizem respeito aos fins almejados.

Os dados deverão ser, ademais, exatos, isto é, corretos e corresponderão com veemência à realidade fática do sujeito no momento do tratamento, assegurando isso, quando necessário, por intermédio da atualização desses dados.

Principia, assim, as primeiras possibilidades de arguição a respeito do resguardo dos dados eletrônicos como defluência indispensável para a garantia da dignidade humana. Da mesma forma que serviu de base para os posteriores projetos normativos de matéria análoga, principalmente no concernente ao Regulamento Geral de Proteção de Dados da comunidade europeia, seu sucessor normativo.

Mesmo que, considerando o descompasso técnico de algumas das suas disposições dado ao momento histórico tecnologicamente insipiente quando, comparado com a atualidade, relevou conceitos ainda hoje utilizados nos atuais projetos e expressões normativas vigentes no mundo.

8. O REGULAMENTO GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Dentre as expressões normativas que na atualidade disciplinam a proteção dos dados pessoais, encontra-se o Regulamento Geral de Proteção de Dados europeu, o qual ab-rogua a Diretiva 95/46, ratifica alguns e retifica outros dos seus conceitos-chave, de maneira a adequá-los melhor às evoluções técnicas do novo milênio.

O referido Regulamento europeu versa no, seu artigo 4º, sobre as definições constantes no texto, repetindo algumas expressas na Diretiva 95/46/CE e aumentando, em larga medida, o rol. Aditando em 18(dezoito) o número de definições, dentre elas, a de “perfis automatizados” (definição nº 4), a “violação dos dados pessoais” (definição nº

12), os “dados genéticos” (definição nº 13), “dados biométricos” (definição nº 14) e os “dados relativos à saúde do titular” (definição nº 15).

A primeira definição (já constante na espécie normativa predecessora), a qual corresponde ao elemento objetivo de relação jurídica tratada, a de dados pessoais em “sentido amplo”, encontra-se descrito no artigo 4º, definição 1), como toda a “informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável.”

Ressaltado aqui o “sentido amplo” de dados pessoais, o qual não foi grafado no texto normativo original, entretanto, interpretado consoante sistemática geral da expressão legal em análise.

Possibilitando, desse modo, que os meios de captação de dados do porvir e suas respectivas espécies de dados também sejam contemplados. Além de, sob novos elementos de identificabilidade, especificá-los e determinar os meios de tutela.

Essa conceituação de informação pessoal poderá efetuar proteção jurídica a quaisquer espécie de dado pessoal processado. Isto significa que todos os aspectos do titular (de âmbito objetivo ou subjetivo), sejam eles inerentes às suas relações íntimas, familiares ou sociais, de natureza privados ou públicos, quanto a características físicas ou mentais.

Pouco diferindo quanto à sua fidedignidade ou quão objetivamente supérflua seja, mesmo que os critérios jurisprudenciais utilizados para delimitar o que seria uma “informação pessoal” paute-se naquela relativa à vida privada, profissional e social.⁴¹

Nem mesmo atém-se ao formato pelo qual a informação foi recolhida e do suporte no qual se encontra armazenada, tais como CD, papel, HD (Disco Rígido), imagens gravadas em vídeo ou registros de entrada e saída de trabalhadores (vulgo “ponto”).

41. TJUE 30-mai.-2013, proc. C-342/12 (Worten v ACT), 18 ss; TJUE 29-jun.-2010, proc. C-28/08 (Comissão Europeia v The Bavarian Lager), 68 ss; TJUE 20-mai.-2003, proc. C465/00, C-138/01 e C-139/01 (Rechnungsof v Osterreichischer Rundfunk), 64 ss, em especial 73.

Ademais, visto que o conceito versado no Regulamento não delimita caracteres particulares, de modo a abrigar todo aquele que for tecnicamente palpável, na volição dos entes jurídicos competentes e nos termos do Regulamento Geral. Ficando vedada, em vista disso, uma definição de dado pessoal que venha de encontro ao ordenamento jurídico internacional.

Significa que o legislador europeu, ao evitar ater-se a quaisquer parâmetro discriminatório quanto à definição de “dado pessoal”, dá amplitude discricionária à normatização de especificidades regionais:

O presente regulamento também dá aos Estados-Membros margem de manobra para especificarem as suas regras, inclusive em matéria de tratamento de categorias especiais de dados pessoais (“**dados sensíveis**”...). Nessa medida, o presente regulamento não exclui o direito dos Estados-Membros que define as circunstâncias de situações específicas de tratamento, incluindo a determinação mais precisa das condições em que é lícito o tratamento de dados pessoais. (Consideração inicial 10) (grifo nosso)

Na primeira definição pode ser diferido o conceito de “titular identificável”, este o qual o Regulamento Geral de Proteção de Dados não define categoricamente os critérios de identificabilidade. Apesar disso, em face da conceituação de dados pessoais, determina que é titular identificável seria toda a

[...] pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo, um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrônica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, econômica, cultural ou social dessa pessoa singular.

Ademais, objetivando evitar cernes quanto os meios técnicos para determinar se um particular é, ou não identificável, prossegue, no considerando de número 30, que,

[...] para determinar se há uma probabilidade razoável de os meios serem utilizados para identificar a pessoa singular, importa considerar todos os fatores objetivos, como os custos e o tempo necessário para a identificação, tendo em conta a

tecnologia disponível à data do tratamento dos dados e a evolução tecnológica.

O legislador não qualifica fartamente por quais critérios um sujeito pode ser considerado identificado, de modo que, na prática, a diferenciação entre sujeito *identificado* e *identificável* não muda o nível de proteção que será disponibilizado⁴². O que não deixa de ser um problema no plano teórico-conceitual, dada a dificuldade de entender os níveis de identificabilidade dos dados pessoais de um sujeito.

Dado isso, a identificabilidade do titular é ditada, para efeitos práticos, pela natureza do dado pessoal. Ou seja, pessoa identificável, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, é aquele titular que pode ter a identidade descoberta, inequivocamente, por intermédio de um único dado singularmente aferido(desnecessidade de dados complementares) e sempre consoante o caso concreto.⁴³

A segunda definição, a de “tratamento de dados”, então parafraseada pelo regulamento aqui analisado ganha nova matiz de aferição em face da manifesta necessidade, tanto econômica quanto social, de centralizar esforços no controle do tratamento dos dados trafegados em rede e garantir aos indivíduos o poder de controlar os meios pelos quais suas informações serão tratadas, consistindo na

[...] operação ou um conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais ou sobre conjuntos de dados pessoais, por meios automatizados ou não automatizados, tais como a recolha, o registo, a organização, a estruturação, a conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a divulgação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de disponibilização, a comparação ou interconexão, a limitação, o apagamento ou a destruição.

Não obstante, com o objetivo de normatizar meios que garantam o direito à manutenção ou exercício da faculdade de manter-se incógnito ante a rede mundial de computadores, a “pseudonimiza-

42. ERNST, Stefan. Anotação ao artigo 4.º do RGPD em Paal/Pauly, *Datenschutz-Grundverordnung – Bundesdatenschutzgesetz*, 2ª ed., Beck, Munique, 2018, Rn. 8.

43. TJUE 19-out.-2016, proc. C-582/14 (Breyer v Bundesrepublik Deutschland), 38.

ção⁴⁴”, definição a qual consiste no ato de, fazendo uso dos meios técnicos objetivamente disponíveis e razoáveis no momento do tratamento, desentrelaçar os vínculos atributivos entre os dados e os seus respectivos sujeitos.

No que diz respeito ao elemento subjetivo das informações, a “pseudonimização” consiste em tornar um titular identificável, direta (por meio da busca de dado pessoal singular – ou em conjunto indivisível e imediato – que por si só identifique-o, sem a necessidade de levantamento de dados correlatos) ou indiretamente (por meio da busca de informações mediatas que, quando dispostas em conjunto, podem ser atribuídas a um titular específico) em um titular não-identificável, impossibilitando a correspondência entre a pessoa e os dados (principais ou suplementares), que foram tornados anônimos.⁴⁵

Ou, no que tange no elemento objetivo, esse conjunto de medidas consiste na quebra de vínculos ou possíveis inferências entre determinada informação e ao respectivo sujeito, o qual se manterá identificável, fazendo uso de medidas técnicas e organizativas assecuratórias de separação entre os dados e suas relações; a possibilidade da “pseudonimizar” dados específicos (principais ou de uso direto e suplementares ou de uso indireto) os quais não devem ser prescrutados.

Agora, no que toca ao Brasil, a lei nº 13.709 de 2018⁴⁶, que vigora no dia 15/01/2020, figura como o complexo normativo (agrupamento de normas e princípios estruturados por postulados)⁴⁷ que, objetivando, consoante seu artigo 1º:

[...] proteger os direitos fundamentais de liberdade e privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural,

-
44. Termo tirado, *ipsi literis*, do Regulamento Geral europeu de Proteção de dados com o texto em português de Portugal.
 45. CORDEIRO, A. Barreto Menezes Cordeiro. **Dados Pessoais: Conceito, Extensão e Limites**. Publicação disponível em: <http://blook.pt/publications/publication/e38a9928dbce/>
 46. **Lei nº 13.709**, de 14 de Agosto de 2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet).
 47. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª ed. rev. Malheiros Editores. São Paulo, 2005.

lança mão de regulamentação geral a qual unifica a proteção de dados no ordenamento jurídico brasileiro.

Atuando, principalmente, sobre o tratamento de dados pessoais (pessoa física ou jurídica) de caráter pessoal (sensíveis ou não), econômico e, em regra, no território nacional, apontando os fundamentos (art. 2º, I *usque* VII) e requisitos legitimadores do tratamento (art. 7º, I *usque* X), além de especificações quanto a dados pessoais (art. 11) e procedimentos especiais de tratamento.

Dado que o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014), expressão legal predecessora, não tratou eficazmente da sua tutela, corroborando para um vácuo normativo quanto as possíveis formas de controle do tratamento dos dados pessoais no Brasil. Espaço esse que à época, estruturava-se sistematicamente por via de institutos normativos esparsos.

Dentre eles, a Constituição Federal de 1988 figurou, nesse ínterim, como o corpo jurídico estruturador do direito referente ao direito informacional do cidadão (ainda que sem tratar especificamente sobre o direito aos dados pessoais), isso com base na eficácia horizontal da Dignidade da Pessoa Humana, fundamento da República versado no art. 1º, III, de incidência imediata nos direitos da personalidade

Bem como o direito à liberdade de expressão (art. 5º, inc. IX) e do direito à informação (art. 5º, inc. XV), a inviolabilidade da vida privada e da intimidade da pessoa (art. 5º, inc. X), a garantia constitucional do Habeas Data (art. 5º, inc. LXXII), além da inviolabilidade do domicílio (art. 5º, inc. XI) e, por fim, a proibição de violação da correspondência (art. 5º, inc. XII).⁴⁸

CONCLUSÃO

O direito subjetivo à privacidade e a manutenção das respectivas esferas de individualidade da pessoa, conjunto deontológico (caráter

48. DONEDA, Danilo. **A proteção dos Dados Pessoais como um Direito Fundamental**. V. 12, n. 2. Jaçoba: Espaço Jurídico. 2011.

de dever ser) normativo que objetiva ressaltar a prerrogativa basilar de autodeterminar-se, constituem, no atual quadro de evolução técnica, um desafio de proporções hercúleas – não raro paradoxal –, tanto para os seus titulares quanto para as entidades de direito público ou privado e os seus respectivos órgãos.⁴⁹

Em vista disso, a proteção aos dados no âmbito dos meios de telecomunicação demandaram a adoção de expressões regulamentadoras específicas, a exemplo da Diretiva de 1995 e do Regulamento Geral europeu. Adaptados, decerto, à necessidade de garantir segurança às transações informacionais realizadas nas relações verticais e horizontais, eletronicamente ou não.

Desse modo, o direito à proteção dos dados pessoais consolidou-se, nacional e internacionalmente, no campo das discussões jurídicas como uma nova espécie de prerrogativa constitucional – principalmente no que tange ao ordenamento jurídico europeu. Buscando oferecer meios para amparar as novas formas, tecnicamente evoluídas, de ameaça aos direitos da personalidade.

Não obstante, corroborando com o paradigma hodierno de promoção do direito à proteção de dados, e em concordância com as teorias hodiernas quanto as possíveis antinomias e colisões normativas, afere-se que o direito à autodeterminação informacional então arguida poderá, excepcionalmente – quando em face de interesse coletivo que justifique essa medida – ser restringida.

Todavia, tais medidas mitigantes só serão tomadas quando relevadas, a *prima facie*, a impossibilidade concreta de aplicar a concordância prática entre as normas em colisão, de maneira a interpretá-las fim de consagrar o princípio da prevalência da norma mais favorável ao indivíduo, sem olvidar, ainda, a indispensável observância aos postulados normativos da proporcionalidade e razoabilidade⁵⁰.

49. DONEDA, Danilo. **A proteção dos Dados Pessoais como um Direito Fundamental**. V. 12, n. 2. Jaçoba: Espaço Jurídico. 2011.

50. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed. rev. Malheiros Editores. São Paulo, 2005.

Capítulo III

A primeira condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos: o caso Damião Ximenes

*Camila Miranda Sousa Race**

SUMÁRIO: 1 O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos; 2 A Comissão Interamericana de Proteção dos Direitos Humanos; 3 A Corte Interamericana de Direitos Humanos; 4 O caso Damião Ximenes; 4.1 Breve relato dos fatos; 4.2 A queixa individual perante a CIDH; 4.2.1 Condições para a apresentar uma denúncia; 4.2.2 O trâmite na CIDH da petição nº 12.237; 4.3 Encaminhamento do caso para a Corte Interamericana de Direitos Humanos; 4.3.1 Julgamento do caso pela Corte; 4.3.2 A sentença condenatória da Corte; 4.3.3 O cumprimento da sentença da Corte pelo Estado brasileiro; Conclusão; Referências.

1. O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos surgiu através da ideia de internacionalização dos direitos humanos. Esse movimento iniciou-se após as barbáries cometidas na segunda guerra mundial, quando as instituições e leis do Estado nazista foram usadas para perseguir determinados povos. Nesse momento da história, certos grupos étnicos perderam direitos básicos e foram

(*) Advogada, Especialista em Direito do Trabalho, ex-Estagiária da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia, Intercambista Acadêmica na Universidade Santiago de Compostela-Espanha.

brutalmente assassinados, situação que marcou a história da humanidade. Por conta disso, a sociedade internacional fundou a ONU e, com base na concepção jusnaturalista, elaborou a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Segundo os ilustres Luiz Flávio Gomes e Flávia Piovisan:

É neste cenário que se desenha o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. Se a 2.^a Guerra Mundial significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar a sua reconstrução¹

Nesse contexto, em 1948, foi criada a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), documento que define princípios e direitos básicos a serem seguidos por toda a comunidade internacional. Os direitos presentes na Declaração são universais e indivisíveis, sendo esse instrumento considerado o germe do sistema global de proteção dos direitos humanos e do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH). Esta vertente do direito pode ser definida como o conjunto de normas internacionais, convencionais ou consuetudinárias que regulam e promovem a proteção dos direitos humanos. O DIDH, além da referida função, também visa à responsabilização dos Estados, quando estes violam tais direitos.

Em paralelo ao surgimento do sistema global para a proteção dos direitos humanos, apareceram os sistemas regionais com a função de promover a proteção dos direitos humanos a nível local. Importante destacar que, em 1945, antes mesmo da criação da DUDH, ocorreu a Conferência Interamericana de Chapultepec, na Cidade do México, evento no qual os projetos de dois diplomas normativos do Sistema Interamericano foram elaborados: a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e a Carta da Organização dos Estados

1. PIOVESAN, Flávia. Introdução ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: a Convenção Americana de Direitos Humanos. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia(coord.). **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.18, capítulo 1.

Americanos (OEA). Posteriormente, esses documentos foram utilizados como base da IX Conferência Internacional dos Estados Americanos que, em 1948, criou o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.

Cabe acrescentar que por conta desse movimento regional e de outros, e devido à inexistência de previsão expressa desse tipo de sistema na Carta da ONU, a ONU elaborou uma Resolução em 1977 que encorajava os Estados a criar seus sistemas regionais.²

Como visto, o Sistema Interamericano surgiu em 1948, após a aprovação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e a Carta da OEA (Organização dos Estados Americanos). Apesar da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem ter sido um dos primeiros documentos sobre direitos humanos do Sistema Interamericano, esse diploma não pode ser aplicado de forma coercitiva, servindo apenas como diretriz principiológica do sistema.

Para suprir essa lacuna, em 1969, na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, sediada em São José da Costa Rica, foi criada a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também conhecida como Pacto de São José. Embora criada em 1969, a CADH apenas entrou em vigor em 1978, quando foi ratificada por 11 Estados-membros da OEA, conforme previsão do artigo 74.2 da CADH. Cabe destacar que Brasil apenas aderiu à Convenção em 25 de setembro de 1992.

Nesse contexto, em 1948, foi criada a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), documento que define princípios e direitos básicos a serem seguidos por toda a comunidade internacional. Os direitos presentes na Declaração são universais e indivisíveis, sendo esse instrumento considerado o germe do sistema global de proteção dos direitos humanos e do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH). Esta vertente do direito pode ser definida como o conjunto de normas internacionais, convencionais ou consuetudinárias que regulam e promovem a proteção dos direitos humanos. O DIDH,

2. Resolução 32/127, de 1977, da Assembléia Geral.

além da referida função, também visa à responsabilização dos Estados, quando estes violam tais direitos.

Em paralelo ao surgimento do sistema global para a proteção dos direitos humanos, apareceram os sistemas regionais com a função de promover a proteção dos direitos humanos a nível local. Importante destacar que, em 1945, antes mesmo da criação da DUDH, ocorreu a Conferência Interamericana de Chapultepec, na Cidade do México, evento no qual os projetos de dois diplomas normativos do Sistema Interamericano foram elaborados: a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e a Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA). Posteriormente, esses documentos foram utilizados como base da IX Conferência Internacional dos Estados Americanos que, em 1948, criou o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.

Cabe acrescentar que por conta desse movimento regional e de outros, e devido à inexistência de previsão expressa desse tipo de sistema na Carta da ONU, a ONU elaborou uma Resolução em 1977 que encorajava os Estados a criar seus sistemas regionais.³

Como visto, o Sistema Interamericano surgiu em 1948, após a aprovação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e a Carta da OEA (Organização dos Estados Americanos). Apesar da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem ter sido um dos primeiros documentos sobre direitos humanos do Sistema Interamericano, esse diploma não pode ser aplicado de forma coercitiva, servindo apenas como diretriz principiológica do sistema.

Para suprir essa lacuna, em 1969, na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, sediada em São José da Costa Rica, foi criada a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também conhecida como Pacto de São José. Embora criada em 1969, a CADH apenas entrou em vigor em 1978, quando foi ratificada por 11 Estados-membros da OEA, conforme previsão do artigo

3. Resolução 32/127, de 1977, da Assembléia Geral.

74.2 da CADH. Cabe destacar que Brasil apenas aderiu à Convenção em 25 de setembro de 1992.

Esse instrumento normativo é tido como o mais importante do Sistema Interamericano, sendo um dos mais extensos documentos internacionais sobre direitos humanos, contendo 82 artigos de proteção aos direitos civis e políticos.

Contudo, apesar de sua importância, tal diploma era incompleto, pois não especificava nenhum direito econômico, social e cultural. Então, em 1988, o Protocolo Adicional a CADH (Protocolo de San Salvador) foi aprovado, esse documento definiu os direitos econômicos, sociais e culturais a serem aplicados ao Sistema Interamericano.

Ademais, nesse protocolo foi estabelecido que os direitos humanos previstos no Sistema Interamericano seriam protegidos principalmente por dois órgãos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Assim, percebe-se que o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos surgiu para garantir que os Estados-membros da OEA cumpram com o dever de proteção dos direitos humanos, sob pena de responsabilização internacional.

Esses órgãos de proteção do Sistema Interamericano permitem que o Estado membro da OEA seja responsabilizado pelas violações de direitos humanos que cometer. Essa responsabilização será diferente conforme a adesão do Estado à CADH ou à jurisdição da Corte IDH. Aqueles que ratificaram a CADH sem reconhecer a jurisdição da Corte, respondem pelas violações de direitos humanos ante a CIDH, o mesmo ocorre com os países que não aderiram à CADH, neste caso, eles responderão por violações à Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e a Carta da OEA. Já o Estado que reconhece a jurisdição da Corte poderá ser julgado por ela; no caso do Brasil esse reconhecimento ocorreu em 10 de dezembro de 1998. Importante ressaltar, o indivíduo poderá peticionar diretamente ante a CIDH, mas não perante a Corte IDH.

Destarte, pode-se concluir que a criação desse sistema regional significou uma nova interpretação da responsabilidade internacional

do Estado, em que este não apenas responde por seus atos perante outros, mas também diante de seus cidadãos. Assim, o indivíduo poderá exigir que os seus países cumpram os instrumentos sobre direitos humanos dos quais são signatários, tendo legitimidade para apresentar denúncias à CIDH.

2. A COMISSÃO INTERAMERICANA DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A CIDH foi criada em 1959 como um instituto da OEA e servia como órgão de conciliação e de fiscalização do cumprimento da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e da Carta da OEA pelos Estados-membros. Esse órgão surgiu na V Reunião de Consultas dos Ministros das Relações Exteriores da OEA, sediada em Santiago do Chile.

A Comissão começou suas atividades em 1960, com a aprovação do seu Estatuto e está sediada em Washington D.C. Importante destacar, a CIDH surgiu antes mesmo da Convenção Americana de Direitos Humanos, tendo sido criada apenas para atuar como órgão conciliador e fiscalizador da OEA.

No artigo 34 da CADH está previsto que serão sete os membros da Comissão, estes devem ser pessoas com autoridade moral e de notório saber na área de direitos humanos. Os membros podem ser de qualquer país parte da OEA, ou seja, podem até ser de Estados que não ratificaram a Convenção de Direitos Humanos.

A insigne Flávia Piovesan cita o respeitado jurista mexicano Hector Fix-Zamudio que resume bem essa função original da CIDH:

El primer organismo efectivo de protección de los derechos humanos es la Comisión Interamericana creada en 1959 y que empezó a funcionar al año siguiente acorde con su primer estatuto, según el cual tenía por objeto primordial la simple promoción de los citados derechos establecidos tanto en la Carta de la OEA como en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, expedida em Bogotá en mayo de 1948. No obstante lo restringido de sus atribuciones, dicha Comisión realizó una fructífera y notable actividad protectora de los propios

derechos, incluyendo la admisión e investigación de reclamaciones individuales y de grupos no gubernamentales, inspecciones en los territorios de los Estados miembros y solicitud de informes, con lo que logró un paulatino reconocimiento.⁴

Assim, percebe-se que a Comissão foi o primeiro instituto criado para proteger os Direitos Humanos, tendo a função de promover os direitos dispostos na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, na Carta da OEA e, posteriormente, na Convenção Americana de Direitos Humanos. Ademais, a CIDH possui competência para receber denúncias dos indivíduos contra seus Estados.

A Comissão foi criada para ser um órgão de controle extra-convenção, supervisionando os Estados partes da OEA. Entre suas competências está a de conciliar conflitos entre o Estado e grupo sociais, além de assessorar os Estados, promover e proteger os direitos humanos. Ao realizar suas funções, a Comissão se sobressai no cenário internacional e é reconhecida como um dos mais importantes órgãos de proteção dos direitos humanos no mundo.

3. A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Corte Interamericana é o órgão jurisdicional do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. A Corte foi criada pela Convenção Americana de Direitos Humanos com a função de ser

4. “O primeiro organismo efetivo de proteção dos direitos humanos é a Comissão Interamericana criada em 1959 e que começou a funcionar no ano seguinte de acordo com o seu próprio estatuto, segundo o qual teria por objeto principal a simples promoção dos citados direitos estabelecidos tanto na Carta da OEA como na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, expedida em Bogotá em maio de 1948. Não obstante a limitação das suas atribuições, a Comissão realizou uma frutífera e notável atividade protetora dos próprios direitos, incluindo a admissão e investigação de reclamações individuais e de grupos não governamentais, inspeções nos territórios dos Estados membros e solicitações de informações, com o que alcançou um paulatino reconhecimento.” (tradução nossa) PIOVESAN, Flávia. **Introdução ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: a Convenção Americana de Direitos Humanos.** In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN Flávia (coord.). *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.33 e 34, capítulo 1.

um tribunal de proteção dos direitos humanos dentro do sistema interamericano.

A Corte IDH possui competência consultiva e contenciosa, segundo o artigo 64 da CADH. A função consultiva recai sobre todos os tratados de direitos humanos firmados no continente americano. Entretanto, a competência contenciosa apenas poderá tratar da CADH e do protocolo adicional de São Salvador. No caso de decisão contenciosa a Corte proferirá sentença e na função consultiva emitirá parecer.

Diferentemente do que ocorre com a Comissão, não são permitidas pelo Sistema Interamericano as queixas individuais perante a Corte. Diante deste órgão, o ser humano não possui capacidade processual internacional. A Corte só poderá receber casos encaminhados pela Comissão ou por Estados-membros da Convenção Americana.

Apesar de não aceitar queixas individuais, a Corte permite que os representantes das vítimas sejam parte processual. Os representantes poderão participar de todo o procedimento contencioso juntamente com a CIDH e o Estado parte da demanda.

4. O CASO DAMIÃO XIMENES

O caso Damião Ximenes Lopes teve grande repercussão nacional e internacional, pois foi a primeira condenação do Estado brasileiro diante da Corte Interamericana de Direitos Humanos e tornou-se emblemático para a defesa dos direitos humanos de pessoas portadoras de transtornos mentais.

Damião Ximenes foi torturado e assassinado em 1999 numa clínica psiquiátrica, denominada Casa de Repouso Guararapes, localizada em Sobral no Ceará e financiada pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Após seu assassinato, sua irmã, Irene Ximenes Lopes Miranda, denunciou o caso à CIDH, essa queixa internacional correu em paralelo com o processo penal em primeira instância no Brasil.

Além do processo penal, tramitava um processo cível contra o dono da Clínica Guararapes, Sérgio Antunes Ferreira Gomes e o médico da clínica, Francisco Ivo de Vasconcelos. Essa demanda foi

interposta pela mãe de Damião, Albertina Lopes, que pedia indenização e reparação pelos danos sofridos.

Quando a Corte proferiu a sua sentença condenatória em 2006, os processos internos ainda não tinham sido julgados em primeira instância. Na sentença, a Corte concedeu o pedido de indenização à família da vítima, que deveria ser paga pelo Estado brasileiro, além de estipular um prazo razoável para o julgamento dos processos judiciais no Brasil.

O caso demorou nove anos para ser julgado penalmente em primeira instância, sendo a sentença condenatória proferida apenas em 29 de junho de 2009. Na decisão, os seis réus foram condenados a seis anos de prisão em regime semiaberto. Os réus foram: o dono da clínica, Sérgio Antunes Ferreira Gomes; o diretor da casa de repouso, Francisco Vasconcelos; a enfermeira, Maria Salete Moraes de Mesquita; o auxiliar de enfermagem, Carlos Alberto Rodrigues Santos; e os auxiliares de pátio, André Tavares do Nascimento e Elias Gomes Coimbra.

A ilustre autora do livro sobre Damião Ximenes, Nadine Borges, antes de começar a tratar do caso, cita parte do voto proferido pelo insigne Antônio Augusto Cançado Trindade, juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos à época, que leciona:

[...] O direito de acesso à justiça *lato sensu* pressupõe o entendimento de que se trata de direito à pronta prestação jurisdicional. Sua fiel observância não se constatou no presente caso Ximenes Lopes, como se depreende claramente dos próprios fatos.[...] a garantia da não-repetição de violações dos direitos humanos, determinada pela presente Sentença da Corte Interamericana no caso Ximenes Lopes passa necessariamente pela educação e capacitação em direitos humanos [...] dá a relevância da educação, formal e não-formal, em direitos humanos; neste propósito, tornam-se essenciais a difusão e o melhor conhecimento da jurisprudência protetora dos direitos da pessoa humana da Corte Interamericana, cuja aplicabilidade direta se impõe no direito interno dos Estados Partes[...]⁵

5. BORGES, Nadine. **Damião Ximenes**. p. 17. 1ª ed. Editora Revan, 2009.

Pode-se entender que no presente caso a garantia à duração razoável do processo foi violada, ficando claro o descaso do Estado brasileiro. Devido à morosidade da justiça brasileira, o processo se estendia por anos sem que houvesse justificativa plausível. Ademais, verifica-se que não basta uma sentença penal condenatória para que as violações aos direitos humanos não se repitam, sendo necessária uma reeducação social.

4.1. Breve relato dos fatos

A vítima do caso em estudo nasceu em 25 de junho de 1969 no Ceará. Quando foi brutalmente assassinado, Damião tinha 30 anos e residia com a sua mãe, Albertina Viana Lopes, em Varjota, Ceará. Ainda jovem, ele desenvolveu um transtorno mental, sendo, por conta disso, submetido a tratamento psiquiátrico.

Após uma forte crise, na qual Damião recusava continuar o tratamento e até a comer, a mãe resolveu interná-lo na Casa Guararapes em Sobral, clínica particular, mas financiada pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Albertina internou o filho em primeiro de outubro de 1999 e, ao fazer uma visita no dia quatro, deparou com Damião sujo, cheio de hematomas e sangrando. Após procurar um médico e dar um banho em seu filho, Albertina retornou a sua casa que ficava a uma hora de Sobral, algum tempo depois recebeu a notícia de que seu filho havia falecido.

Ao receber a notícia, Albertina informou o ocorrido a sua filha Irene Ximenes, que prontamente disse se tratar de um assassinato e não de uma morte natural por parada cardiorrespiratória, como dizia o laudo médico. Assim iniciou-se a saga de Irene e sua família pela busca de justiça e respeito aos direitos humanos.

Irene decidiu lutar por justiça e passou a procurar os meios que poderia utilizar para denunciar o ocorrido e trazer visibilidade ao caso. Ao buscar na Internet, ela encontrou o site da OEA e da CIDH. Mesmo sem saber detalhes sobre a Comissão, resolveu fazer a denúncia através de correio eletrônico no dia 22 de novembro de 1999.

Após a realização da denúncia via Internet, Irene recebeu um telefonema do advogado responsável pelas denúncias relativas ao Brasil confirmando a admissibilidade do caso pela CIDH. A petição foi recebida em 14 de dezembro de 1999 e tramitou com o número 12.237. O caso tornou-se o emblemático processo *Ximenes Lopes versus Brasil* e culminou na condenação do Estado brasileiro.

Além da denúncia feita perante a CIDH, Irene também procurou a Comissão de Direitos Humanos da Assembleia Legislativa do Ceará, contando com o apoio do deputado João Alfredo que posteriormente testemunharia perante a Corte a seu favor. Também denunciou o caso ao Fórum Cearense de Luta Antimanicomial, situação na qual conheceu a médica psiquiatra Lídia Costa, que apresentaria sua perícia na Corte.

Essa busca de Irene pelo respeito aos direitos humanos do seu irmão resultou no livro “A Instituição Sinistra: mortes violentas em hospitais psiquiátricos no Brasil”⁶, que trazia, entre tantos relatos de maus tratos em instituições psiquiátricas, o caso de Damião Ximenes.

Através deste livro, o caso chegou ao conhecimento da organização não governamental Justiça Global, situada na cidade do Rio de Janeiro, que, posteriormente, se tornaria co-peticionária. Essa ONG tornou-se *amicus curiae* do processo, representando Irene Ximenes perante a Corte.

Após esse relato do caso, pode-se concluir que Damião Ximenes sofreu um tratamento desumano dentro da Casa de Repouso Guararapes, que era mantida através de recursos públicos, lá ele sofreu maus tratos e foi torturado, vindo a falecer em 04/10/1999. A morte violenta de seu irmão fez Irene Ximenes recorrer a CIDH na esperança de que houvesse justiça.

4.2. A queixa individual perante a CIDH

Como explicado, a queixa individual realizada por Irene Ximenes foi recebida pela Comissão em 14 de dezembro de 1999, a denúncia de

6. Os relatos foram organizados por Marcus Vinícius de Oliveira Silva. A obra foi publicada pelo Conselho Federal de Psicologia, em 2001.

número 12.237. A denúncia foi enviada por Irene através de correio eletrônico, um dos meios permitidos pela CIDH para a interposição de denúncias.

4.2.1. Condições para apresentar uma denúncia

Importante analisar, junto ao caso concreto, as condições exigidas pela Comissão para que um indivíduo possa realizar uma denúncia. Iremos verificar como as condições de legitimidade, do prazo, da forma e das informações que deveriam estar presentes na queixa foram respeitadas pela petionária.

O critério da legitimidade foi respeitado, pois Irene Ximenes, irmã da vítima, é considerada interessada e parte legítima para ingressar com a denúncia perante a Comissão. De acordo com o manual para apresentações de petições da CIDH: “qualquer pessoa, em seu próprio nome ou em representação de terceiros, pode formular denúncia ou petição à Comissão sobre violações de direitos humanos”.⁷ Outro requisito presente no manual é que a violação alegada deverá ter sido cometida contra um ou vários seres humanos.⁸ Esses requisitos foram todos preenchidos, já que Irene representava seu irmão Damião, um indivíduo que teve seus direitos humanos violados.

O caso de Damião também preenchia outros três requisitos exigidos pela Comissão para apresentar uma denúncia, são eles:

Primeira: deve referir-se à suposta violação, por um Estado, dos direitos estabelecidos na Convenção Americana, na Declaração Americana ou num dos demais instrumentos anteriormente mencionados;

Segunda: deverá o reclamante haver esgotado todos os recursos internos disponíveis no Estado onde ocorreu a violação, e deve a denúncia ou petição ser apresentada dentro dos seis meses seguintes à data de notificação da decisão final sobre o caso

7. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Como apresentar petições no sistema interamericano**. Disponível em: < https://www.cidh.oas.org/cidh_apps/manual_pdf/MANUAL2002_P.pdf > . Acesso em: 18 de maio de 2010.

8. *Loc. cit.*

pelo tribunal nacional (“esgotar os recursos internos” significa que, antes de recorrer à Comissão, o caso deverá ter sido submetido aos tribunais de justiça ou às autoridades competentes do respectivo país, sem que tenham sido obtidos resultados positivos); e

Terceira: a denúncia não deverá estar pendente de outro procedimento internacional como o da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas.⁹

A demanda proposta por Irene, em conformidade com o primeiro requisito, contém violações do Estado brasileiro aos artigos 4, 5, 8 e 25 da Convenção Americana, que serão posteriormente especificados. A Casa de Repouso Guararapes era financiada pelo Sistema Público de Saúde, sendo o Estado brasileiro responsável pela fiscalização de tal instituição.

Ademais, o caso em questão só foi apresentado diante de um único instrumento internacional, a CIDH, o que respeita a terceira condição.

Em relação ao segundo requisito, cabe uma explanação mais detalhada do caso. Como já abordado anteriormente, um processo penal e outro cível por perdas e danos, tramitava internamente na justiça brasileira. Ambos os casos, no momento em que foi feita a denúncia perante a Comissão e mesmo após o seu encaminhamento à Corte, ainda não tinham sido julgados, o que violaria o requisito de esgotar todos os recursos internos do país. Contudo, a própria Comissão prevê uma exceção em relação a esse requisito, afirmando que é desnecessário esgotar os recursos da jurisdição interna em situações em que o Estado tarde em julgar o caso, sem que exista razão válida para a demora, ou seja, quando há um retardamento injustificado.¹⁰

Sabe-se que o processo da terceira vara criminal de número 200001729186-1/0, apenas foi julgado em julho de 2009, praticamente dez anos após o assassinato de Damião. Já a ação da quinta

9. *Loc. cit.*

10. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Como apresentar petições no sistema interamericano**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/cidh_apps/manual_pdf/MANUAL2002_P.pdf>. Acesso em: 17 de maio de 2010.

vara cível de Sobral, inscrita sob o número 2000.0173.0797-0/0, estava suspensa enquanto esperava o resultado do processo penal. Logo, restou clara a violação ao direito à duração razoável do processo, dessa forma, a segunda condição foi excepcionada em relação ao presente caso.

O manual para apresentar as denúncias não especifica o prazo para fazer a queixa nos casos em que há um retardo injustificado dos meios internos, apenas dispondo que:

Não obstante, se não houver podido esgotar tais recursos por alguma das razões indicadas anteriormente, a vítima deverá apresentar sua denúncia ou petição dentro de um prazo razoável. Neste caso, será melhor apresentá-la antes que se passe muito tempo desde a ocorrência dos fatos denunciados.¹¹

Esse critério também foi respeitado pelo presente caso, já que Irene Ximenes realizou a denúncia em 22 de novembro de 1999, ou seja, no mesmo ano da morte de Damião. Então, como os fatos ocorreram em outubro de 1999, pode-se considerar que a realização da denúncia um mês após o ocorrido encontra-se dentro de um prazo razoável.

Seguindo com a análise dos requisitos da CIDH para apresentar denúncia, verifica-se que a queixa do caso Damião Ximenes foi realizada por escrito, através de e-mail, sendo que as informações adicionais foram enviadas posteriormente, conforme exigência da Comissão. Mais uma vez é importante reproduzir as exigências do manual:

Toda denúncia ou petição deverá ser apresentada por escrito. A petição incluirá toda a informação disponível.[...] Cada petição descreverá a violação com o maior detalhe possível, [...] Se a denúncia ou petição não reunir os requisitos básicos, o peticionário será solicitado a completar a informação requerida.¹²

11. *Loc. cit.*

12. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Como apresentar petições no sistema interamericano**. Disponível em: < https://www.cidh.oas.org/cidh_apps/manual_pdf/MANUAL2002_P.pdf > . Acesso em: 18 de maio de 2010.

Por último, o manual acrescenta que também é importante indicar a relação entre o Estado e os fatos e de que modo à ação ou omissão estatal violou o direito em questão.¹³ Como já abordado, o Estado brasileiro, por financiar a Casa de Repouso Guararapes através do SUS, possui relação direta com o presente caso e, devido a sua omissão em fiscalizar a clínica e em investigar o crime, os direitos humanos de Damião foram violados.

O Brasil, ao atuar de maneira displicente em relação ao caso, violou alguns artigos da Convenção Americana. Os artigos violados foram: o artigo 4, que prevê o direito à vida; o artigo 5, que dispõe o direito à integridade pessoal; o artigo 8, que determina o direito às garantias judiciais; e, por fim, o artigo 25, que garante o direito à proteção judicial. Esses direitos deveriam ter sido respeitados e garantidos, conforme obrigação assumida pelo Estado brasileiro, no artigo 1.1¹⁴ do mesmo Tratado.¹⁵ Importante ressaltar, são os artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana que fundamentam a responsabilidade internacional do Estado perante o Sistema Interamericano.

Diante do exposto, verifica-se que todos os requisitos exigidos pela Comissão foram cumpridos no caso Damião Ximenes. Sendo a denúncia, como já enunciado, convertida na demanda de número 12.237.

4.2.2. O trâmite na CIDH da petição nº 12.237

Após análise das condições exigidas para apresentar uma denúncia, a Comissão admitiu a petição declarando: “que es competente para tomar conocimiento de este caso y que la petición cumple con

13. *Loc. cit.*

14. Artigo 1.1 da Convenção Americana: Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

15. Convenção Americana de Direitos Humanos.

los requisitos de admisibilidad, de acuerdo con los artículos 46 y 47 de la Convención Americana.”¹⁶

A admissibilidade da denúncia não foi feita apenas com base no cumprimento dos requisitos formais exigidos pela Comissão, mas também pelo caráter universal do caso. A morte de Damião, apesar de ter sido uma tragédia particular, que afetou profundamente toda a sua família, carrega um caráter universal. Segundo a notória Nadine Borges: “no caso de Damião, sua mãe conseguiu apresentar um caso individual como uma causa que dizia respeito a um interesse coletivo”¹⁷ A morte brutal de Damião não afetava apenas a sua família, mas sim toda a sociedade e, mais especificamente, o tratamento dispensado às pessoas portadoras de transtornos mentais em clínicas psiquiátricas.

Devido a esse caráter universalista do caso em questão, a CIDH admitiu a queixa de Irene Ximenes, chegando a afirmar:

La trascendencia de este caso radica primeramente en la necesidad de hacer justicia para el señor Damião Ximenes Lopes y ofrecerle una reparación adecuada a sus familiares. Sin embargo, su trascendencia también radica en la oportunidad que ofrece al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos de desarrollar su jurisprudencia en relación con los derechos y la especial situación de las personas con discapacidad mental, los tratos crueles, inhumanos o degradantes a los que se ven expuestas, las obligaciones del Estado en relación con los centros de salud que actúan en su nombre y representación y las garantías judiciales respecto de los pacientes internados en ellas, así como la necesidad de efectuar investigaciones efectivas en este tipo de casos.¹⁸

16. “[...] que é competente para tomar conhecimento deste caso e que a petição cumpre os requisitos de admissibilidade, de acordo com os artigos 46 e 47 da Convenção Americana.” (tradução nossa) Comisión Interamericana de Derechos Humanos. **Demanda en el caso de Damião Ximenes Lopes (Caso 12.237) contra la República Federativa del Brasil (2004)**. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/demandas/12.237%20Ximenes%20Lopez%20Brasil%201oct04.pdf>> Acesso em: 18 de maio de 2010.

17. BORGES, Nadine. **Damião Ximenes**. p. 44. 1^a ed. Editora Revan, 2009

18. “A transcendência desse caso radica primeiramente na necessidade de fazer justiça para o senhor Damião Ximenes Lopes e oferecer uma reparação adequada a seus

A CIDH explica a necessidade de admitir a demanda e a considera transcendente, ou seja, o caso de Damião afeta toda a sociedade brasileira e o continente americano. A forma desumana com que Damião foi tratado dentro de uma clínica financiada pelo SUS serve de exemplo para que novos casos não ocorram dentro do Brasil e da América.

Após essa explanação, é importante citar um trecho da petição encaminhada pela CIDH à Corte Interamericana de Direitos Humanos, na qual estão resumidas as etapas de tramitação da queixa de número 12.237:

11. El 22 de noviembre de 1999, la señora Irene Ximenes Lopes Miranda presentó ante la Comisión Interamericana una petición contra la República Federativa del Brasil. En ella, denunció los hechos ocurridos en perjuicio de su hermano, el señor Damião Ximenes Lopes.
12. El 14 de diciembre de 1999, la Comisión inició la tramitación de la petición, le asignó el número 12.237 y de conformidad con el Reglamento de la CIDH vigente en ese momento acusó recibo de la misma y la remitió al Estado con un plazo de noventa días para que presentara la información pertinente.
13. El 14 de febrero de 2000, la Comisión recibió dos comunicaciones con información adicional de la peticionaria. El 17 de febrero siguiente, dicha información fue transmitida al Estado con un plazo de sesenta días para que presentara sus observaciones.
14. El 1º de mayo de 2000, la Comisión reiteró al Estado su solicitud de envío de información en el plazo de treinta días,

familiares. Sem embargo, sua transcendência também radica na oportunidade que oferece ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos de desenvolver sua jurisprudência em relação com os direitos e a especial situação das pessoas com incapacidade mental, os tratos cruéis, desumanos, ou degradantes aos que se vêm expostas, as obrigações do Estado em relação com os centros de saúde que atuam em seu nome e representação e as garantias judiciais dos pacientes internados nelas, assim como a necessidade de efetuar investigações efetivas neste tipo de casos.”(tradução nossa) Comisión Interamericana de Derechos Humanos. **Demanda en el caso de Damião Ximenes Lopes (Caso 12.237) contra la República Federativa del Brasil (2004)**. Disponível em: < <http://www.cidh.oas.org/demandas/12.237%20Ximenes%20Lopez%20Brasil%201oct04.pdf> > Acesso em: 17 de maio de 2010.

con el apercibimiento de la posibilidad de aplicar lo dispuesto en el artículo 42 de su Reglamento vigente. Dicho plazo transcurrió sin que el Estado presentara información alguna.

15. El 9 de octubre de 2002, durante su 116º período ordinario de sesiones, la CIDH consideró la posición de la peticionaria y la falta de respuesta por parte del Estado[...]¹⁹

As primeiras etapas de apresentação da denúncia e sua admissibilidade já foram explicadas anteriormente. Importante frisar que as informações faltantes na petição foram complementadas posteriormente pela peticionária, Irene Ximenes.

Ao iniciar a tramitação da denúncia, a Comissão notificou o Estado brasileiro sobre a admissibilidade da queixa, concedendo um prazo de 90(noventa) dias para manifestação. Destarte, o Brasil deveria informar, dentro desse prazo, se os recursos internos foram esgotados. Como o Estado não se manifestou, a Comissão admitiu a petição através do relatório de número 38/02.

A CIDH, como parte de sua competência, abriu oportunidade para a composição do conflito, mas não houve acordo. Então após o

19. "11. Em 22 de novembro de 1999, a senhora Irene Ximenes Lopes Miranda apresentou ante a Comissão Interamericana uma petição contra a República Federativa do Brasil. Nela denunciou os fatos ocorridos em prejuízo de seu irmão, o Sr. Damião Ximenes Lopes. 12. Em 14 de dezembro de 1999, a Comissão iniciou a tramitação da petição, designando o número 12.237 e em conformidade com o regulamento da CIDH em vigor na época reconheceu a denúncia e a encaminhou ao Estado para no prazo de noventa dias apresentar as informações relevantes. 13. Em 14 de fevereiro de 2000, a Comissão recebeu duas cartas com informações adicionais do requerente. Em 17 de Fevereiro do ano seguinte, essa informação foi transmitida ao Estado para no prazo de sessenta dias apresentar suas observações. 14. Em 1 de Maio de 2000, a Comissão reiterou seu pedido solicitando informações ao estado no prazo de trinta dias, com a advertência da possibilidade de aplicação do disposto no artigo 42 de seu Regulamento. Esse prazo expirou sem que o Estado apresentasse qualquer informação. 15. Em 09 de outubro de 2002, durante a sua 116ª sessão ordinária, a Comissão considerou a posição da peticionária e a ausência de resposta por parte do Estado[...]" (tradução nossa) Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Demanda en el caso de Damião Ximenes Lopes (Caso 12.237) contra la República Federativa del Brasil (2004). Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/demandas/12.237%20Ximenes%20Lopez%20Brasil%201oct04.pdf>> Acesso em: 17 de maio de 2010.

trâmite da denúncia e análise das duas posições, a Comissão elaborou, em 8 de outubro de 2003, o informe de número 43, condenando o Brasil e definindo as recomendações que deveriam ser cumpridas pelo Estado brasileiro em até dois meses. Após isso, 17 de outubro de 2003, Irene Ximenes solicitou que a ONG Justiça Global ingressasse como co-peticionária. Dessa forma, a organização passou a atuar no processo como *amicus curiae*.

O referido informe possuía, resumidamente, o seguinte conteúdo:

[...] que el Estado brasileño es responsable por la violación al derecho a la integridad personal, a la vida, a la protección judicial y a las garantías judiciales, consagrados en los artículos 5, 4, 25 y 8, respectivamente, de la Convención Americana, debido a la hospitalización de Damião Ximenes Lopes en condiciones inhumanas y degradantes, a las violaciones a su integridad personal, a su asesinato; y a las violaciones de la obligación de investigar, del derecho a un recurso efectivo y de las garantías judiciales relacionadas con la investigación de los hechos. La Comisión concluyó igualmente que con ocasión a la violación a tales artículos el Estado violó igualmente su deber genérico de respetar y garantizar los derechos consagrados en la Convención Americana a que se refiere el artículo 1(1) de dicho tratado. Y recomendó:

1. Realizar una investigación completa, imparcial y efectiva de los hechos relacionados con la muerte de Damião Ximenes Lopes ocurrida en la *Casa de Repouso Guararapes* el 4 de octubre de 1999. Tal investigación debe estar conducida a determinar la responsabilidad de todos los responsables, ya sean tales responsabilidades por acción o por omisión, y a la sanción efectiva de los responsables.
2. Reparar adecuadamente a los familiares de Damião Ximenes Lopes por las violaciones de derechos humanos determinadas en el [...] informe, incluido el pago efectivo de una indemnización.
3. Adoptar las medidas necesarias para tratar de evitar que se produzcan hechos similares en el futuro.²⁰

20. “[...] Que o Estado brasileiro é responsável pela violação do direito à integridade pessoal, à vida, à proteção judicial e às garantias legais consagrados nos artigos 5, 4,

O referido prazo para o cumprimento das recomendações foi prorrogado duas vezes e, posteriormente, em 24 de setembro de 2004, o Brasil apresentou sua contestação. Contudo, a Comissão, com base nos artigos 51 da CADH²¹ e o artigo 44 do regulamento da CIDH²², por considerar que o Brasil não cumpriu as recomendações de forma satisfatória, encaminhou, em 30 de setembro de 2004, o caso Damião Ximenes à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Ao encaminhar o caso, a Comissão especificou qual o objeto da demanda que deveria ser julgado. Segundo a CIDH, eram objetos da demanda:

6. El objeto de la presente demanda es solicitar a la Corte que concluya y declare que el Estado:
 - a. es responsable por la violación de los derechos consagrados en los artículos 4, 5, 8 y 25 de la Convención, así como del incumplimiento de la obligación general contenida en el artículo 1(1) del mismo instrumento, a consecuencia de la

25 e 8, respectivamente, da Convenção Americana, devido à internação de Damião Ximenes Lopes, em condições desumanas e degradantes, as violações a sua integridade pessoal, o seu assassinato e a violação ao dever de investigar, o direito à tutela jurisdicional efetiva e as garantias judiciais relacionados a investigação dos fatos. A Comissão concluiu também que, quando há violação desses itens, o Estado violou o dever genérico de respeitar e garantir os direitos consagrados na Convenção Americana que se refere o artigo 1 (1) do referido Tratado. E recomendou: 1. Conduzir uma investigação completa, imparcial e efetiva dos fatos sobre a morte de Damião Ximenes Lopes que ocorreu na Casa de Repouso Guararapes em 04 de outubro de 1999. Essa investigação deve ser conduzida para determinar a responsabilidade de todos os responsáveis, se tal responsabilidade ocorreu por ação ou omissão, e a punição efetiva dos responsáveis. 2. Reparação adequada aos familiares de Damião Ximenes Lopes pelas violações de direitos humanos identificadas no relatório [...], incluindo o pagamento da compensação. 3. Tomar as medidas necessárias para tentar evitar ocorrências semelhantes no futuro” (tradução nossa) Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Demanda en el caso de Damião Ximenes Lopes (Caso 12.237) contra la República Federativa del Brasil (2004). Disponível em: < <http://www.cidh.oas.org/demandas/12.237%20Ximenes%20Lopez%20Brasil%201oct04.pdf> > Acesso em: 18 de maio de 2010.

21. Convenção Americana de Direitos Humanos.
22. Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/u.Regulamento.CIDH.htm>.> Acesso em 18 de maio de 2010.

hospitalización de Damião Ximenes Lopes en condiciones crueles, inhumanas y degradantes, a las violaciones a su integridad personal, a su muerte; y a la falta de debida diligencia en el cumplimiento de su obligación de investigar, que trajo como consecuencia violaciones al derecho a un recurso efectivo y al derecho a las garantías judiciales.

7. Como consecuencia de lo anterior, la Comisión Interamericana solicita a la Corte que ordene al Estado que:
 - a. realice una investigación completa, imparcial y efectiva de los hechos relacionados con la muerte de Damião Ximenes Lopes ocurrida en la *Casa de Repouso Guararapes* el 4 de octubre de 1999. Tal investigación debe estar orientada a determinar la responsabilidad de todos los implicados, sea por acción u omisión, y a su sanción efectiva.
 - b. Repare adecuadamente a los familiares de Damião Ximenes Lopes por las violaciones de sus derechos, incluido el pago efectivo de una indemnización.
 - c. Adopte las medidas necesarias para tratar de evitar que se produzcan hechos similares en el futuro.
 - d. Pague las costas y gastos legales incurridos por los familiares de Damião Ximenes Lopes en la tramitación del caso tanto a nivel nacional, como las que se originen en la tramitación del presente caso ante el Sistema Interamericano.²³

23. “O objetivo da presente demanda é solicitar que a Corte julgue e declare que o Estado: a. é responsável pela violação dos direitos consagrados nos artigos 4, 5, 8 e 25 da Convenção e do descumprimento da obrigação geral contida no artigo 1º (1) desse instrumento pelo resultado da internação de Damião Ximenes Lopes em condições cruéis, desumanas e degradantes, da violação de sua integridade pessoal, da sua morte, e da falta de diligência no cumprimento do seu dever de investigar, o que resultou em violações do direito à tutela jurisdicional efetiva e direito a um julgamento justo. 7. Como resultado do exposto, a CIDH pediu ao Tribunal que ordene ao Estado: a. realizar uma investigação completa, imparcial e efetiva dos fatos sobre a morte de Damião Ximenes Lopes que ocorreu na Casa de Repouso Guararapes a 04 de outubro de 1999. Essa investigação deve ser destinada a determinar a responsabilidade de todos os envolvidos, seja por ação ou omissão, e efetivamente punidos. b. reparação adequada aos familiares de Damião Ximenes Lopes em caso de violação dos seus direitos, incluindo o pagamento da compensação. c. Tomar as medidas necessárias para tentar evitar ocorrências semelhantes no futuro. d. Pagar as taxas legais e despesas gastas pela família de Damião Ximenes Lopes no processamento do caso, tanto a nível nacional, como aqueles decorrentes da tramitação deste caso perante o Sistema Interamericano.” (tradução nossa). Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Demanda en el caso de Damião

Diante do exposto, pode-se concluir que o caso Damião Ximenes passou pelo processo de admissibilidade da CIDH, pois cumpria todos os requisitos exigidos para apresentação de uma denúncia. Após a tramitação da queixa, a Comissão manifestou-se favoravelmente à petionária Irene Ximenes, considerando o Brasil responsável pelas violações e, ademais, exarou recomendações a serem cumpridas pelo Estado. A CIDH, ao considerar que o Estado brasileiro não cumpriu satisfatoriamente as recomendações, decidiu encaminhar à demanda à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

2.1. Encaminhamento do caso para a Corte Interamericana de Direitos Humanos

Como abordado, após o trâmite perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o caso Damião Ximenes foi encaminhado à Corte que prosseguiu com o julgamento do caso.

O caso chegou à Corte em 01 de outubro de 2004. A Corte, ao receber a demanda, declarou-se competente de acordo com o artigo 62.3 da Convenção²⁴, pois o Brasil submeteu-se a sua jurisdição em 10 de dezembro de 1998 através de nota emitida ao Secretário-Geral da OEA.

Após declarar-se competente, a Secretaria da Corte fixou prazo para o Estado brasileiro contestar e indicar o seu representante no processo. A secretaria também notificou a ONG Justiça Global, definindo-a como representante de Damião Ximenes e seus familiares, concedendo prazo de 2(dois) meses para que juntasse provas e outras informações que julgasse necessárias.

Após a notificação, importante citar o que foi solicitado pelos representantes da vítima e seus familiares:

Ximenes Lopes (Caso 12.237) contra la República Federativa del Brasil (2004). Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/demandas/12.237%20Ximenes%20Lopez%20Brasil%201oct04.pdf>> Acesso em: 18 de maio de 2010.

24. Convenção Americana de Direitos Humanos

Em 14 de janeiro de 2005, os representantes apresentaram seu escrito de solicitações e argumentos, ao qual anexaram prova documental e ofereceram prova testemunhal e pericial. Os representantes salientaram que o Estado não cumprira as obrigações relativas à garantia dos direitos tutelados nos artigos 4 (Direito à vida) e 5 (Direito à integridade e pessoal), com relação ao artigo 1.1 (Obrigação de respeitar os direitos) do mesmo instrumento, em detrimento do senhor Damião Ximenes Lopes. Salientaram também que o Estado havia violado os direitos consagrados nos artigos 8 (Garantias judiciais) e 25 (Proteção judicial) da Convenção e a obrigação disposta no artigo 1.1 (Obrigação de respeitar os direitos) desse tratado, em detrimento do senhor Damião Ximenes Lopes e seus familiares. Solicitaram ademais à Corte que ordenasse o pagamento de danos materiais e imateriais, que ordenasse medidas de não repetição e o reembolso das custas e gastos.²⁵

Os representantes da vítima e familiares reiteraram o pedido de condenação do Brasil pela violação de direitos sofrida por Damião, segundo previsto nos artigos 4, 5, 8 e 25 da Convenção. Igualmente, pediram que o Estado pagasse indenizações por dano moral e material, e que criasse mecanismos para garantir a não repetição das violações cometidas, além de promover o ressarcimento das custas processuais.

4.3.1. Julgamento do caso pela Corte

5. La Corte ya ha establecido criterios claros que deben atenderse sobre la interposición de la excepción de falta de agotamiento de los recursos internos. De los principios del derecho internacional generalmente reconocidos, a los cuales se refiere la regla del agotamiento de los recursos internos, resulta, en primer lugar, que el Estado demandado puede renunciar en forma expresa o tácita a la invocación de esa regla. En segundo lugar, la excepción de no agotamiento de recursos internos debe plantearse, para que sea oportuna en la etapa de admisibilidad del procedimiento ante la Comisión,

25. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Ximenes Lopes versus Brasil**. Sentença de 4 de julho de 2006. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf. Acessado em 26/05/2010

o sea, ante de cualquier consideración cuanto al fondo; si no es así, se presume que el Estado renuncia tácitamente a valerse de ella.

6. El Estado ha ratificado la excepción preliminar, interpuesta por primera vez en su contestación de la demanda, sobre la falta de agotamiento de recursos internos.
7. La Comisión y los representantes alegaron la improcedencia de la excepción preliminar interpuesta por el Estado, tanto en sus observaciones escritas como en la audiencia pública.
8. El Estado y la Comisión solicitaron expresamente a la Corte que se pronuncie sobre la excepción preliminar, y los representantes no objetaron esta solicitud.
9. La Corte reitera su jurisprudencia constante en cuanto a que la excepción de la falta de agotamiento de recursos internos debe alegarse ante la Comisión en su debida oportunidad. En este caso no se ha demostrado que el Estado haya tenido impedimento o haya sido privado de la posibilidad de interponer esta excepción ante la Comisión. Sobre el particular, la Corte hará mayores consideraciones en su sentencia de fondo y reparaciones y costas.
10. En razón de lo anterior, esta Corte considera procedente continuar desde ahora con la celebración de la audiencia pública convocada por la Resolución de la Corte de 22 de septiembre de 2005, para lo cual recibirá las declaraciones de los testigos y perito, y escuchará los alegatos finales escritos sobre el fondo, y eventuales reparaciones y costas en este caso.²⁶

A referida citação expressa o entendimento da Corte quanto à exceção por falta de esgotamento dos recursos internos. Segundo jurisprudência da Corte, os princípios de direito internacional determinam que o Estado pode renunciar tácita ou expressamente a aplicação dessa regra. Ainda acrescenta que o momento para invocar essa

26. "A Corte já estabeleceu critérios claros que devem ser obedecidos na apresentação da preliminar de falta de esgotamento dos recursos internos. Dos princípios do direito internacional geralmente reconhecidos, aos quais se refere à regra do esgotamento dos recursos internos, resulta, em primeiro lugar que o Estado requerido pode renunciar expressa ou tacitamente essa regra. Em segundo lugar, a exceção

regra é quando o caso encontra-se na fase de admissibilidade ante a Comissão, antes da análise do mérito, e, se o país não a invoca no momento adequado, ele tacitamente renuncia a esse direito.

Então, como o Brasil apresentou em momento posterior a etapa de admissibilidade da Comissão a exceção por falta de esgotamento dos recursos internos, a CIDH rejeitou a preliminar. Com o encaminhamento do caso para a Corte, o Estado brasileiro reiterou a referida preliminar, já a Comissão e os representantes da vítima e familiares pleitearam a sua improcedência.

A Corte, seguindo o seu entendimento jurisprudencial, não acolheu a preliminar do Brasil, já que o direito não foi exercido no momento oportuno, configurando renúncia tácita da regra do não esgotamento dos recursos internos.

Posteriormente, foi iniciada a segunda fase do julgamento na Corte. Nessa etapa, o Brasil reconheceu sua responsabilidade pela violação dos artigos 4 e 5 da Convenção. Em sentido oposto, o Estado brasileiro alega que os artigos 8 e 25 da Convenção não foram

de não esgotamento dos recursos internos deve ser oferecida, para ser oportuna, até a etapa de admissibilidade do processo perante a Comissão, ou seja, antes de qualquer consideração sobre o mérito, caso contrário, presume-se que Estado renunciou tacitamente a sua utilização. 6.O Estado ratificou a exceção preliminar sobre a falta de esgotamento dos recursos internos pela primeira vez interposta em sua contestação. 7.A Comissão e os representantes alegaram a improcedência da exceção preliminar interposta pelo Estado, tanto nas suas observações escritas, como na audiência pública. 8.O Estado e a Comissão pediram expressamente a Corte para se pronunciar sobre a exceção preliminar, e os representantes não se opuseram a este pedido. 9. A Corte reitera a sua jurisprudência em relação à exceção de não- esgotamento dos recursos internos que deve ser alegada perante a Comissão na devida oportunidade. Neste caso não há nenhuma evidência de que o Estado tenha sido impedido ou privado da possibilidade de interpor esta exceção à Comissão. Sobre o particular, a Corte fará uma análise mais aprofundada na sua sentença de mérito, reparação e custos. 10.Com base no exposto, a Corte considera procedente continuar desde agora com a celebração da audiência pública convocada pela resolução da Corte de 22 de setembro de 2005, na qual receberá as declarações das testemunhas e peritos, e escutará as alegações finais por escrito sobre o mérito, e eventuais reparações e custas do caso." (tradução nossa). Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Ximenes Lopes Vs. República Federativa del Brasil**. Sentencia de 30 de noviembre de 2005(Excepción Preliminar). Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acessado em 20/05/2010.

violados, aduzindo que respeitou o direito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa.

Em prosseguimento, na audiência foram recebidas as testemunhas arroladas pela Comissão, pelo Estado e pelo representante da vítima e familiares, além de apresentado o laudo da perita indicada pelo representante da vítima.

Dentre as testemunhas, as mais relevantes eram: Irene Ximenes Lopes, indicada pela Comissão e João Alfredo Teles de Melo, membro da Comissão de Direitos Humanos da Assembleia Legislativa do Ceará, arrolado pelo representante da vítima. Além deles, foi indicada como perita pelos representantes da vítima, a psiquiatra Lídia Dias Costa.

Ao realizar o seu depoimento, Irene narrou os fatos ocorridos em relação ao assassinato de seu irmão e pormenorizou o seu sofrimento e de toda a sua família, em especial da sua mãe, Albertina Lopes, de seu pai, Francisco Leopoldino Lopes, e de Cosme Ximenes, irmão gêmeo de Damião. Além disso, a testemunha ainda informou os meios judiciais aos quais recorreu no Brasil para obter justiça, processos que ainda não tinham sido julgados até aquele momento.²⁷

A outra testemunha, o senhor João Alfredo, ao depor, informou sobre o funcionamento da Comissão de Direitos Humanos da Assembleia Legislativa do Ceará, que recebe denúncias e as encaminha para o órgão competente, com a função de cobrar a investigação das queixas e o seu andamento. Alegou também que no caso de Damião foi realizada uma reunião no Conselho de Defesa dos Direitos Humanos, com representantes do poder público do Ceará e foram enviados oficiais para autoridades administrativas e judiciais para que se tomassem providências em relação à morte de Damião. Afirmou ainda que, ao visitar a Casa de Repouso Guararapes, constatou que ela estava em más condições, apontando a responsabilidade do Estado por não fiscalizá-la. A testemunha ainda chama a atenção para a morosidade no

27. Trecho dos depoimentos resumidos do livro de BORGES, Nadine. **Damião Ximenes**. p.157 . 1ª ed. Editora Revan, 2009

juízo do caso e pela demora de três anos do Ministério Público para ingressar com a denúncia.²⁸

A perita, a médica Lídia Dias Costa, testemunhou afirmando que segue o caso de Damião desde o final de 1999. A médica também disse que acompanhou a exumação do corpo da vítima, que já se encontrava em decomposição e percebeu que o cérebro havia sido aberto, embora não existisse relato sobre esse procedimento na necropsia realizada após a sua morte. Importante relatar a afirmação de Lídia de que na certidão de óbito o médico não escreveu sobre as lesões no corpo. A médica ainda expôs que os procedimentos de contenção, que são aqueles usados para conter um paciente agitado, realizados na Casa de Repouso Guararapes eram violentos e muitas vezes feitos por um paciente em outro. A referida perita esclarece que existem regras da ONU que indicam como devem ser tratados os pacientes com transtornos mentais, normas adotadas pelo Brasil na Resolução Federal nº 1.407 e que claramente não foram cumpridas. Por fim, no laudo pericial a médica concluiu que Damião teve morte violenta, devido às lesões traumáticas sofridas, que se encaixam perfeitamente naquelas lesões previstas no Protocolo de Istambul, que orienta na identificação de lesões em casos de mortes suspeitas.²⁹

Em sua defesa, O Estado brasileiro alegou que não existiria dano a reparar em relação aos familiares de Damião Ximenes, como a irmã, o irmão e o pai, e que em relação à mãe o dano já havia sido reparado, pois ela recebia uma pensão vitalícia do INSS. O Brasil ainda afirmou que Albertina Lopes ingressou com ação de indenização por danos morais contra particulares, a qual estava suspensa, e que se houvesse condenação por indenização de danos morais do Estado e dos particulares pelo mesmo fato haveria *bis in idem*. O Estado ainda argumentou que tomou providências para garantir a não repetição dos fatos, com a edição da Lei de nº 10. 216/01(Lei de Reforma Psiquiátrica) e

28. *Loc. cit.*

29. Trecho dos depoimentos resumidos do livro de BORGES, Nadine. **Damião Ximenes**. p.157 . 1ª ed. Editora Revan, 2009.

com o implemento de novos programas nessa área. Por fim, o Estado disse que não haveria custas ou despesas a serem ressarcidas, já que os familiares não gastaram nada para ingressar com essa ação na Comissão e na Corte, além de não terem direito a ressarcimento de custas a nível nacional.

Após a audiência pública, a Corte abriu prazo à Comissão e aos representantes do Estado e da vítima e seus familiares para apresentarem documentos e provas.

Dos fatos narrados, pode-se concluir que a Corte declarou sua competência para julgar o caso Damião Ximenes. O julgamento na Corte iniciou-se com a análise da preliminar de não esgotamento dos recursos internos, que foi rejeitada. Assim, a Corte manteve a data da audiência pública, na qual as testemunhas e perita foram ouvidas e as alegações sobre o mérito foram feitas.

4.3.2. A sentença condenatória da Corte

A Corte exarou a sua sentença em 04 de julho de 2006. A decisão responsabilizou o Brasil pela violação aos direitos previsto nos artigos 4.1,5.1 e 5.2 da Convenção, os quais o Estado está obrigado a cumprir, em conformidade com o artigo 1.1 do mesmo instrumento.

A decisão arbitrou o valor das indenizações por dano moral e material que o Estado brasileiro deveria pagar aos familiares de Damião Ximenes. Ademais, a sentença reconheceu a violação ao direito à duração razoável do processo, artigo 8.1 e 25.1 da Convenção, sofrida por Albertina Lopes e Irene Ximenes, estipulando prazo para que os julgamentos dos processos internos fossem realizados. Por ter cometido tais violações, o Brasil tem o dever de reparar, conforme o artigo 63.1 da Convenção³⁰.

30. Esse artigo dispõe que: quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que

A Corte condenou o Brasil ao pagamento do total de US\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil dólares americanos) em indenizações. Os valores foram divididos pela Corte da seguinte forma:

[...]a Corte fixa com equidade o valor das compensações a esse título, nos seguintes termos :

- a) para o senhor Damião Ximenes Lopes a quantia de US\$50.000,00 (cinquenta mil dólares dos Estados Unidos da América), que deverá ser distribuída entre as senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda e os senhores Francisco Leopoldino Lopes e Cosme Ximenes Lopes;
- b) para a senhora Albertina Viana Lopes a quantia de US\$30.000,00 (trinta mil dólares dos Estados Unidos da América);
- c) para o senhor Francisco Leopoldino Lopes a quantia de US\$10.000,00 (dez mil dólares dos Estados Unidos da América);
- d) para a senhora Irene Ximenes Lopes Miranda, a quantia de US\$25.000,00 (vinte e cinco mil dólares dos Estados Unidos da América); e
- e) para o senhor Cosme Ximenes Lopes a quantia de US\$10.000,00 (dez mil dólares dos Estados Unidos da América).

A compensação determinada a favor do senhor Damião Ximenes Lopes será entregue em conformidade com o parágrafo 218 da presente Sentença e a compensação determinada a favor das senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda e dos senhores Francisco Leopoldino Lopes e Cosme Ximenes Lopes será entregue a cada um deles.³¹

O Estado brasileiro também foi condenado a publicar no Diário Oficial e em jornal de grande circulação, no prazo de seis meses, o

haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

31. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Ximenes Lopes versus Brasil**. Sentença de 4 de julho de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf> Acessado em 26/05/2010.

conteúdo da sentença exarada pela Corte. O Brasil também deverá seguir promovendo programas de capacitação para os profissionais que trabalham com pessoas portadoras de transtornos mentais, seguindo padrões internacionais como o Protocolo de Istambul. Outrossim, o Estado deverá investigar os fatos que geraram a morte de Damião, garantindo o julgamento dos culpados em âmbito interno.

O Brasil ainda foi condenado a pagar custas e gastos processuais no valor de US\$10.000,00 (dez mil dólares americanos). Essa quantia deveria ser paga na pessoa de Albertina Lopes, para ela dividir o valor entre os familiares que tiveram despesas com o caso e com a ONG Justiça Global pelo trabalho realizado.

A Corte estabeleceu como deveria ser o cumprimento da sentença, determinando:

O Estado deverá pagar em dinheiro as indenizações e reembolsar as custas e gastos (par. 225, 226, 238 e 253 *supra*) em um ano, contado a partir da notificação desta sentença. No caso das outras reparações ordenadas deverá dar cumprimento às medidas em tempo razoável (par. 248 *supra*) ou naquele que esta sentença disponha especificamente (par. 249 *supra*).

255. O pagamento das indenizações estabelecidas a favor das vítimas será efetuado diretamente a elas. Se alguma delas vier a falecer, o pagamento será feito a seus herdeiros.

256. Se por causas atribuíveis aos beneficiários da indenização não lhes for possível recebê-la no prazo mencionado de um ano, o Estado consignará essas quantias a favor daqueles em uma conta ou certificado de depósito em uma instituição bancária brasileira solvente e nas condições financeiras mais favoráveis que permitam a legislação e a prática bancárias. Se a indenização não for reclamada ao cabo de dez anos, a soma respectiva será devolvida ao Estado, com os juros gerados.

257. O montante destinado à liquidação das custas e gastos gerados pelas gestões realizadas pelos familiares e pelos representantes nos procedimentos internos e internacionais, conforme seja o caso, será transferido a senhora Albertina Viana Lopes (par. 253 *supra*), que efetuará os respectivos pagamentos.

258. O Estado deve cumprir as obrigações econômicas determinadas nesta Sentença mediante o pagamento em dólares dos

Estados Unidos da América ou seu equivalente na moeda nacional do Brasil.

259. Os montantes fixados na presente Sentença a título de indenização, gastos e custas deverão ser entregues integralmente aos beneficiários, conforme o que se dispõe na Sentença. Não poderão, por conseguinte, ser afetados, reduzidos ou condicionados por motivos fiscais atuais ou futuros. No caso de que o Estado incorra em mora, pagará juros sobre o montante devido, correspondente aos juros de mora bancários no Brasil.

261. Conforme determinou e praticou em todos os casos submetidos ao seu conhecimento, a Corte supervisionará o cumprimento da presente sentença em todos os seus aspectos. Esta supervisão é inerente às atribuições jurisdicionais do Tribunal e necessária para que este possa cumprir a obrigação a ele designada pelo artigo 65 da Convenção. O caso se dará por concluído uma vez que tenha o Estado dado cabal cumprimento ao disposto na Sentença. No prazo de um ano, contado a partir da notificação desta Sentença, o Estado apresentará à Corte um primeiro relatório sobre as medidas adotadas para o cumprimento desta Sentença.³²

Como se pode perceber, a Corte estipulou um prazo de um ano, contado da notificação da sentença, para que o Brasil cumprisse a sua decisão. Ordenou também que o pagamento das indenizações fosse efetuado diretamente ao beneficiário, e, este falecendo, receberia o seu herdeiro. Em caso do beneficiário não poder receber o valor, o Estado fará uma consignação em pagamento. O pagamento poderá ser realizado em real, moeda corrente no Brasil, ou dólar americano, e, se não efetuar o pagamento no prazo, o Estado incorrerá em mora. Por fim, a Corte supervisionará o cumprimento da sentença pelo Estado brasileiro, que deverá emitir um relatório sobre o seu cumprimento, até um ano após a sua prolação.

Do exposto depreende-se que a Corte condenou o Brasil pela violação dos artigos 4.1, 5.1, 5.2, 8.1 e 25.1 da Convenção Americana.

32. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Ximenes Lopes versus Brasil**. Sentença de 4 de julho. de 2006. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf Acessado em 26/05/2010.

Devido às violações cometidas, o Estado deverá pagar as custas e as indenizações por dano moral e material aos familiares de Damião Ximenes. Além disso, o Brasil terá o dever de criar medidas para evitar a repetição das referidas violações de direitos e garantirá o julgamento dos processos judiciais de âmbito nacional.

4.3.3. O cumprimento da sentença da Corte pelo Estado brasileiro

Decorrido mais ou menos um ano após a sentença proferida pela Corte, no dia 13 de agosto de 2007, o Brasil aprovou o Decreto nº 6185 que autoriza o cumprimento da decisão. Com esse Decreto, o Presidente da República à época, Luiz Inácio Lula da Silva, autorizou que a Secretaria Especial dos Direitos Humanos cumprisse a sentença proferida pela Corte e que promovesse o pagamento das indenizações aos familiares de Damião Ximenes.

O Decreto nº 6185 dispõe:

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e Considerando a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Damião Ximenes Lopes; Considerando a existência de previsão orçamentária para pagamento de indenização a vítimas de violação das obrigações contraídas pela União por meio da adesão a tratados internacionais de proteção dos direitos humanos; DECRETA: Art.1 Fica autorizada a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República a promover as gestões necessárias ao cumprimento da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, expedida em 4 de julho de 2006, referente ao caso Damião Ximenes Lopes, em especial a indenização pelas violações dos direitos humanos aos familiares ou a quem de direito couber, na forma do Anexo a este Decreto. Art. 2. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação. Brasília, 13 de agosto de 2007; 186 da Independência e 119 da República.³³

33. Decreto nº6185 disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20072010/2007/Decreto/D6185.htm>. Acessado em 27/05/2010.

Esse Decreto foi muito significativo, pois demonstrou o esforço e a disposição do Estado brasileiro em cumprir as obrigações internacionais assumidas em convenções e tratados sobre direitos humanos. Nesse diapasão, ao firmar a Convenção Americana e aceitar a jurisdição da Corte, o Brasil assumiu o compromisso de executar todas as suas sentenças. Segundo o artigo 68 da CADH: os Estados partes da Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso que forem partes³⁴.

Esse Decreto autorizou o pagamento das indenizações aos familiares de Damião Ximenes. Os valores foram convertidos para o real, segundo a taxa de câmbio oficial do Banco Central do dia 5 de julho de 2007. Dessa forma, a mãe de Damião, Albertina Lopes, recebeu R\$ 117.766,35; Francisco Lopes, o pai, recebeu R\$ 28.723, 50; à Irmã, Irene Ximenes, coube R\$ 105.319, 50; e por fim o irmão, Cosme Ximenes, recebeu R\$ 28.723, 50.³⁵

Apesar da previsão do artigo 68 da CADH, ainda não há no Brasil uma regulamentação interna sobre a execução das sentenças proferidas pela Corte. Entretanto, entende-se que o Estado deve *sponte sua*, por vontade própria, cumprir a decisão da Corte. Importante citar as palavras do Ilustre jurista Valerio Mazzuoli:

[...]O Estado brasileiro, neste caso, como violador mediato dos direitos humanos da vítima, teria duas possibilidades: a) ou aguardar a condenação da Justiça Federal em execução de sentença (a sentença da Corte) promovida pelos familiares da vítima, pagando o valor arbitrado (na ordem dos precatórios) quando transitada em julgado a decisão final; ou b) pagar imediatamente, *sponte sua* (ou seja, por vontade própria), o quantum ordenado pela Corte Interamericana, sem aguardar que os familiares da vítima procurem a Justiça para vindicar seu direito já reconhecido internacionalmente, em respeito à regra do art. 68, §1 da Convenção Americana, que dispõe que "os Estados-partes na Convenção comprometem-se a cumprir a

34. Convenção Americana sobre Direitos Humanos

35. Valores presentes no decreto nº 6185. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6185.htm>. Acessado em 27/05/2010.

decisão da Corte em todo caso em que forem partes". É evidente que um Estado consciente dos seus deveres internacionais não deve aguardar que a vítima – ou, no Caso Damião Ximenes Lopes, seus familiares – procure a Justiça para se satisfazer no seu direito para, somente depois, pagar a indenização que lhe(s) é devida. E mesmo que uma ação judicial nesse sentido tenha sido proposta, não deve o Estado condenado recorrer da decisão executória a fim de protelar a garantia do direito da vítima. O Estado, no plano internacional, é responsável pelas obrigações que assumira por meio de tratados e convenções internacionais, dentre elas a de prontamente cumprir as decisões dos tribunais internacionais cuja competência contenciosa ele mesmo aceitou (no exercício pleno de sua soberania) por meio de manifestação expressa e inequívoca (o Brasil aceitou a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo Decreto Legislativo nº 89/98).[...]³⁶

Esta citação corrobora com o entendimento de que é dever do Estado cumprir a sentença internacional, sem que os beneficiários necessitem recorrer ao Judiciário. A condenação em âmbito internacional é suficiente para fazer com que o Estado cumpra as suas obrigações de defesa dos direitos humanos, não sendo adequado descumprir ou protelar a execução da sentença.

Apesar desse entendimento, existe o problema da falta de procedimentos internos para a execução das sentenças internacionais, problemática tratada pelo insigne jurista Cançado Trindade que afirma que “persistem os desafios da falta[...] em muitos países(inclusive o Brasil)[...] de mecanismos permanentes de execução das sentenças de tribunais internacionais de direitos humanos”.³⁷

Destarte, devido à inexistência de mecanismos internos de execução, a sentença internacional deve ser cumprida espontaneamente pelo Estado, o que ocorreu no caso brasileiro. Essa atitude do Brasil

36. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Condenação Internacional do Brasil por violação de direitos humanos e cumprimento de sentença sponte sua**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>> Acessado em 27 maio 2010.

37. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Desafios e conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no início do século XXI**. Jornadas de Direito Internacional Público no Itamaraty, 9 de novembro de 2005, p. 210

de cumprir as determinações da Corte foi reconhecida e segundo o notável Valerio Mazzuoli:

[...] Enfim, merece elogios a decisão do governo brasileiro de indenizar prontamente os familiares da vítima, por ter sido uma decisão em duplo sentido correta: a) por respeitar o contido no Pacto de San José; e b) por demonstrar estar o Brasil afinado com os princípios inspiradores do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Com isto, o Brasil assegura o seu status de Estado Constitucional e Humanista de Direito e dá bom exemplo aos demais Estados-partes na Convenção Americana daquilo que deve realmente ser feito em caso de condenação de um Estado-parte pela Corte Interamericana.³⁸

Esse cumprimento espontâneo da sentença por parte do Estado brasileiro demonstra o avanço da proteção dos Direitos Humanos dentro do continente americano. O Sistema Interamericano está se desenvolvendo cada vez mais, e, conseqüentemente, está aumentando a eficácia e força das suas decisões no âmbito internacional. Todavia, ainda persiste o desafio e as dificuldades do Sistema Interamericano em proteger os direitos humanos e efetivar as suas recomendações e sentenças a nível interno dos países membros.

CONCLUSÃO

Em face do exposto, verifica-se que a criação do sistema regional de proteção dos direitos humanos significou uma nova interpretação da responsabilidade internacional do Estado, na qual este não apenas responde por seus atos perante outros, mas também diante de cidadãos que passaram a ter legitimidade para representar contra eles a nível internacional.

Ainda pode-se afirmar que o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos é um sistema relativamente antigo. A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem foi um dos primeiros documentos internacionais sobre os direitos humanos.

38. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Condenação Internacional do Brasil por violação de direitos humanos e cumprimento de sentença sponte sua**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acessado em 27 maio 2010.

Posteriormente, surgiu a Convenção Americana de Direitos Humanos, instrumento de grande importância, não apenas para o Sistema Interamericano, mas dentro do Direito Internacional dos Direitos Humanos, já que é um dos instrumentos com previsão de um dos maiores róis de direitos humanos do mundo.

A CIDH foi criada para ser um órgão de controle extra-convenicional para supervisionar os Estados partes da OEA, possuindo sete membros nacionais de qualquer país parte dessa organização. Ao realizar tais funções, a Comissão se destacou no cenário internacional e transformou-se em um dos mais importantes órgãos de proteção dos direitos humanos no mundo.

Em resumo, a CIDH tem competência para realizar a tramitação de queixas individuais; de produzir e solicitar informativos e relatórios; proferir recomendações; criar uma consciência acerca da importância dos direitos humanos; receber comunicações interestatais; realizar visitas *in loco*; e encaminhar demandas para a Corte Interamericana. Nessa perspectiva, pode-se afirmar que a principal função desse órgão é proteger e promover os direitos humanos dentro do Sistema Interamericano.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é um tribunal internacional de funções contenciosa e consultiva, composta por sete juízes. A primeira apenas poderá ser aplicada aos Estados membros da OEA que reconheceram sua jurisdição, já a segunda poderá ser requerida por qualquer Estado parte da OEA e por qualquer órgão do Sistema Interamericano. Os casos não podem ser encaminhados à Corte individualmente pelo cidadão, apenas pela CIDH ou por Estado-membro que tenha ratificado a CADH.

Inicialmente a Corte IDH verifica se possui competência para julgar as partes e a matéria, além de verificar se os fatos ocorreram após o Estado reconhecer a sua jurisdição. A decisão emitida é definitiva e irrecorrível e deverá ser cumprida pelo Estado parte.

Damião Ximenes sofreu um tratamento desumano dentro da Casa de Repouso Guararapes, onde foi torturado, vindo a falecer em 04/10/1999. A morte violenta de seu irmão fez Irene Ximenes recorrer a CIDH, na esperança de que houvesse justiça.

O caso Damião Ximenes passou pelo processo de admissibilidade da CIDH, pois cumpria todos os requisitos exigidos para se apresentar uma denúncia. Após a tramitação da queixa sob o número 12.237, a Comissão manifestou-se de forma favorável a petionária Irene Ximenes, considerando o Brasil responsável pelas violações e exarou recomendações a serem cumpridas pelo Estado parte. A CIDH, ao considerar que o Estado brasileiro cumpriu as recomendações aquém do devido, decidiu encaminhar à demanda à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Após o recebimento da petição, a Corte IDH declarou sua competência para julgar o caso Damião Ximenes. O julgamento na Corte iniciou-se com a análise da preliminar de não esgotamento dos recursos internos reiterada pelo Brasil, exceção rejeitada.

A Corte condenou o Brasil pela violação aos artigos 4.1, 5.1, 5.2, 8.1 e 25.1 da Convenção Americana. Devido às violações cometidas, o Estado foi condenado a pagar custas; indenizações por dano moral e material aos familiares de Damião Ximenes; a criar medidas para evitar a repetição da violação a esses direitos; e garantir o julgamento dos processos judiciais que tramitavam em âmbito nacional. O Estado brasileiro deveria cumprir a sentença e emitir um relatório um ano após a notificação da sentença.

O Brasil cumpriu espontaneamente a sentença condenatória exarada pela Corte IDH, apesar de não existir regulamentação interna quanto à execução de sentença internacional. Esse cumprimento espontâneo da sentença por parte do Estado brasileiro demonstra o avanço da proteção dos Direitos Humanos dentro do continente americano.

Apesar do crescente aumento da eficácia e repercussão a nível regional e internacional das sentenças e recomendações, o Sistema Interamericano ainda precisa se desenvolver mais e os países americanos necessitam aumentar o seu engajamento na defesa e promoção dos direitos humanos.

Referências

- ACCIOLY, Hildebrando; E SILVA, G.E. Do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 17^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ALLONSO, Verônica. **A proteção dos direitos humanos no Sistema Interamericano: A Comissão e a implementação de suas decisões no Brasil**. 2009. 75f. Monografia (Graduação em Direito)- Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2009.
- ANNONI, Danielle. **Direitos Humanos e Acesso á Justiça no Direito Internacional**. 6^a ed. Curitiba: Editora Juruá, 2008.
- BORGES, Alci Marcus. **Breve Introdução ao Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9228>>. Acesso 10 de abril de 2010.
- BORGES, Nadine. **Damião Ximenes**. 1^a ed. Rio de Janeiro: Revan, 2009
- BRASIL. **Decreto nº 6185 de 13 se agosto de 2007**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6185.htm> Acesso em 27 de maio de 2010.
- _____. **Tribunal de Justiça do Ceará sentença cível** <http://www.tjce.jus.br/noticias/noticias_le_noticia.asp?nr_sqtex=17312>. Acesso em 17 de maio de 2010.
- CARDOSO, Evorah. **Litígio Estratégico e Sistema Interamericano de Direitos Humanos: análise de casos da Corte Interamericana**. 2008. 86f. Dissertação apresentada para obtenção de título de Mestre. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Demanda em el caso de Damião Ximenes Lopes(caso 12.237) contra la República Federativa del Brasil (2004)**. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/demandas/12.237%20Ximenes%20Lopez%20Brasil%201oct04.pdf>> Acesso em 17 de maio de 2010.
- _____. **Como apresentar petições no sistema interamericano**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/cidh_apps/manual_pdf/MANUAL2002_P.pdf> Acesso 17 de maio de 2010.
- _____. **Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/u.Regulamento.CIDH.htm>> Acesso em 18 de maio de 2010.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.corte->

idh.or.cr/estatuto.cfm?&CFID=18690&CFTOKEN=64182996>. Acesso em 2 de junho de 2010.

_____. **Caso Ximenes Lopes Vs. República Federativa del Brasil**. Sentença de 30 de noviembre de 2005(Excepción Preliminar). Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em 20/05/2010.

_____. **Caso Ximenes Lopes versus Brasil**. Sentença de 4 de julho de 2006. Disponível em:< http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/se-riec_149_por.pdf>. Acesso em 26/05/2010.

_____. **Jurisprudencia expediente da Corte interamericana de Direitos Humanos. Caso Ximenes Lopes vs Brasil** <http://www.corteidh.or.cr/expediente_caso.cfm?id_caso=149> Acesso 27 de maio de 2010.

_____. **Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/reglamento.cfm>>. Acesso em 24 de junho de 2010.

_____. **Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 21 de setembro de 2009. Caso Ximenes Lopes vs Brasil. Supervisão de cumprimento de sentença**. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/ximenesp.pdf>>. Acessado em 27 de maio de 2010.

_____. **Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos.de 17 de maio de 2010: Caso Ximenes Lopes vs Brasil, supervisão de cumprimento da sentença**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/ximenes_17_05_10_%20por.pdf> Acessado em 03 de julho de 2010

GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia(coord.). **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

HANASHIRO, Olaya Sílvia Machado Portella. **O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos**. São Paulo: Edusp, 2001.

LUBISCO, Nídia Maria Lienert; VIEIRA, Sônia Chagas; SANTANA, Isnaia Veiga. **Manual de Estilo Acadêmico: monografias, dissertações e teses**. 4ª ed. Salvador: EDUFBA, 2008.

MARIZ, Renata. **Damião Ximenes-Sentença em cima da hora**. Disponível em: <http://www.direitos.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=5269&Itemid=1>. Acesso 16 de maio de 2010.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Condenação Internacional do Brasil por violação de direitos humanos e cumprimento de sentença *sponte sua***. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em 27 maio 2010.

OEA. **Carta da Organização dos Estados Americanos**. Adotada na Nona Conferência Internacional Americana, 30 de abril de 1948 em Bogotá Colômbia.

bia. Disponível em: <http://www.oimconosur.org/imagenes/documentos_pdf/275.pdf>. Acesso em 03 abr. 2010.

_____. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em 10 abr.2010.

PEREIRA, Marcela Harumi Takahashi. **Cumprimento da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no âmbito interno**. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php>> Acesso em 27 de maio de 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 6ª ed. São Paulo: Max limonad, 2004.

_____. **Temas de direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

RAMOS, André de carvalho. **Reflexões sobre as vitórias do caso Damião Ximenes**. Disponível em: <www.conjur.com.br/2006-set-08/reflexoes_vitorias_damiao_ximenes>. Acesso em 15 de maio de 2010.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Desafios e conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no início do século XXI**. Jornadas de Direito Internacional Público no Itamaraty, 9 de novembro de 2005 .

_____. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro**. São José, Costa Rica: IIDH, ACNUR, CIVC, CUE, 1996.

ZEMUNER, Adiloar Franco. Breve (RE)Leitura da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Limiar do Século XXI. In: ARANA, Josycter Arana; CACHAPUZ, Rozane da Rosa (coord). **Direito Internacional: seus Tribunais e meios de Solução de Conflitos**. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

Capítulo IV

Formação de precedentes através do incidente de resolução de demandas repetitivas: (in)compatibilidades com a teoria dos precedentes judiciais de origem inglesa

*Flávia Sulz Campos Machado**

SUMÁRIO: Introdução; 1 O incidente de resolução de demandas repetitivas; 1.1 Litigiosidade em massa e demandas repetitivas; 1.2 O incidente de resolução de demandas repetitivas como meio de formação de precedentes judiciais; 2 Precedentes judiciais e teoria dos precedentes; 2.1 Jurisprudência enquanto fonte jurídica; 2.2 O surgimento da regra do precedente obrigatório no *common law*; 2.3 A teoria dos precedentes; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

O código processual de 2015 implantou no ordenamento pátrio o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), demarcando preocupações do legislador brasileiro com os litígios em massa e com a uniformização da jurisprudência.

Além de instrumento de gestão das demandas seriadas, o incidente de resolução de demandas repetitivas do novo código figura

(*) Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Feira de Santana (2017). Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Professor Damásio de Jesus (2018). Participante dos Grupos de Pesquisa “Direito, Linguagem e Produção de Conhecimento” (CNPq) e “Núcleo Interdisciplinar de Estudos e Pesquisas em Filosofia” (CNPq).

como técnica de formação de precedentes judiciais, fixando teses jurídicas de observância obrigatória pelos órgãos jurisdicionais a nível horizontal e vertical, à semelhança do procedimento-modelo do direito alemão, no qual se inspirou.

Inserido na tradição jurídica do *civil law*, na qual a lei predomina enquanto fonte jurídica de maior relevância, o Brasil importa institutos próprios da teoria dos precedentes, desenvolvida no bojo do *common law*, para superar a insegurança jurídica e alcançar maior estabilidade dos provimentos judiciais.

O presente artigo propõe a análise do incidente de resolução de demandas repetitivas, enquanto técnica de formação de precedentes, a fim de refletir quanto à sua compatibilidade com a teoria dos precedentes de origem inglesa.

1. O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

1.1. Litigiosidade em massa e demandas repetitivas

As técnicas de julgamento de demandas repetitivas, dentre as quais insere-se o incidente de resolução de demandas repetitivas do código processual brasileiro de 2015, são associadas, com frequência, à litigiosidade em massa, problemática da sociedade contemporânea que produz inconvenientes para a sociedade e para o Poder Judiciário.

Borges (2010) aponta que, no bojo das discussões acerca dos obstáculos ao acesso à justiça¹ nas sociedades contemporâneas, os

1. “A expressão ‘acesso à justiça’ não é de fácil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do ordenamento jurídico: (i) que ele deve ser igualmente acessível a todos e (ii) produzir resultados que sejam individual e socialmente justos” (ZANFERDINI; MAZZO, 2015, p.78). Cappelletti, acerca do significado de acesso à justiça afirma que “singelamente, pode-se dizer que o acesso ao direito e à Justiça é um aspecto fundamental do Estado social de direito, de que os alemães chamam *Sozialer Rcstaat*, também denominado *Welfare State*, típico das sociedades modernas. [...] É a criação de novos direitos, os direitos sociais dos pobres, os direitos sociais dos trabalhadores, os direitos sociais das crianças e dos velhos, das mulheres, dos consumidores, do meio ambiente, etc. são direitos muito diferentes

litígios em massa foram identificados como causa da obstrução das pautas de julgamento dos tribunais, bem como da morosidade judiciária, prejudicando, por derradeiro, a efetividade e a celeridade da prestação jurisdicional.² Em sentido próximo, Ribeiro Rodrigues afirma que

[...] o panorama crescente de demandas repetitivas descontenta, a um só tempo, tanto a sociedade, visto que os jurisdicionados sofrem com a morosidade da justiça e com o sentimento de insegurança jurídica, proveniente da sempre presente possibilidade de decisões antagônicas acerca da mesma situação, como também o próprio Poder Judiciário, que não consegue se desincumbir de modo satisfatório de suas atribuições. Tais circunstâncias passam a pôr em xeque o sistema processual tradicional, principalmente pela sobrecarga de trabalho imposta aos órgãos judiciais, inviabilizando a concretização do princípio constitucional da duração razoável do processo. (2011, p.905)

A massificação dos litígios caracteriza-se pela multiplicação de relações jurídicas padronizadas e lesões ou ameaças de direito seriadas, reproduzindo no judiciário diversos conflitos com contornos

dos tradicionais, pois exigem uma intervenção ativa, não somente uma negação, um impedimento de violação, mas exigem uma atividade para se realizarem. Esta é a dificuldade dos direitos sociais: necessitam de uma atividade. O que o grande filósofo italiano de direito contemporâneo, Norberto Bobbio, chama 'o Estado Promocional'. Exigem uma atividade, uma promoção do Estado, para serem realizados. É muito fácil declarar direitos sociais, que são típicos e caracterizam o Estado Social. É fácil declará-los, mas é extremamente difícil fazê-los atuar, incrementá-los, realizá-los, torna-los efetivos. Frequentemente, a declaração dos direitos sociais não tem sido feita com seriedade. O movimento para acesso à Justiça é um movimento para a efetividade dos direitos sociais, ou seja, para a efetividade da igualdade." (1985, p.9)

2. "A discussão acerca do tema 'acesso à justiça' é antiga, mas ganha notoriedade principalmente após os trabalhos realizados no Projeto de Florença, liderado por Mauro Cappelletti, que resultou na clássica obra *Acesso à justiça*, traduzida no Brasil por Ellen Gracie Northfleet e publicada em 1988. O autor sintetiza os resultados obtidos nas pesquisas realizadas naquele projeto apontando os obstáculos que devem ser transpostos e as soluções práticas para os problemas do acesso à justiça" (ZANFERDINI; MAZZO, 2015, p.78). Borges (2010) explica que o lançamento da obra *Acesso to justice: the worldwide movement to make rights effective – a general report* de Mauro Cappelletti e Bryan Garth tornou mais intensa os debates e pesquisas acerca do efetivo acesso à justiça.

semelhantes (TEMER, 2017, p.31). Nesse sentido, Moreira assinala que

[...] as características da vida contemporânea produzem a emersão de uma série de situações em que, longe de achar-se em jogo o direito ou o interesse de uma única pessoa, ou de algumas pessoas individualmente consideradas, o que sobreleva, o que assume proporções mais imponentes, é precisamente o fato de que se formam conflitos nos quais grandes massas estão envolvidas, e um dos aspectos pelos quais o processo recebe o impacto desta propensão do mundo contemporâneo para os fenômenos de massa: produção de massa, distribuição de massa, cultura de massa, comunicação de massa, e porque não, processo de massa? (1991, p.187)

As preocupações com a litigiosidade em massa, inicialmente, conduziram à concepção de um processo coletivo, tendo em vista a percepção da insuficiência da visão individualista na qual o estudo do direito processual havia sido desenvolvido³. No Brasil, o perfil individualista havia marcado o Código de Processo Civil de 1973, inobstante tenham ocorrido diversas reformas ao longo da sua vigência a fim de conferir um caráter mais social à legislação processualista (MATTEI; SILVA, 2012, p.42).

Didier Jr. e Cunha (2017, p.666) esclarecem que os estudos acerca dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos foram desenvolvidos a partir da experiência norte-americana, com as *class action*, a qual

[...] pode ser definida como o procedimento em que uma pessoa, considerada individualmente, ou um pequeno grupo de pessoas, enquanto tal, passa a representar um grupo maior ou classe de pessoas, desde que compartilhem, entre si, um interesse

-
3. “Na realidade, a complexidade da sociedade moderna, com intrincado desenvolvimento das relações econômicas, dá lugar a situações nas quais determinadas atividades podem trazer prejuízos aos interesses de um grande número de pessoas, fazendo surgir problemas desconhecidos às lides meramente individuais. Assim, os direitos e os deveres não se apresentam, mais, como nos Códigos tradicionais, de inspiração liberal-individualística, como direitos e deveres essencialmente individuais, mas meta-individuais e coletivos. Portanto, continuar, conforme tradição individualística, a atribuir direitos exclusivamente a pessoas individuais significaria tornar impossível uma efetiva proteção jurídica dos direitos coletivos” (PINHO, 2002).

comum. [...] As *class actions*, narra a doutrina norte-americana, têm sua origem no *bill of peace* do direito inglês do século XVII, procedimento no qual era possível propor uma ação ou sofrer uma ação por intermédio de partes representativas (*representative parties*) (BUENO, 1996, p.93-94).

Assim, o tratamento dos direitos titularizados por coletividades impulsionou os ordenamentos processuais a estabelecer procedimentos representativos, nos quais certos sujeitos postulariam em nome de grupos, através da legitimidade extraordinária. A sistemática do processo coletivo propiciaria maior celeridade, eficiência, além de ampliar o acesso à justiça (CABRAL, 2007, p.124).

Todavia, os mecanismos de tutela coletiva se mostraram ineficazes aos problemas relacionadas à litigiosidade repetitiva, apresentando diversas limitações que, afinal, não continham o volume de demandas a serem processadas e julgadas pelos órgãos jurisdicionais.

[...] a doutrina aponta a existência de deficiências no sistema processual coletivo de defesa de direitos individuais homogêneos, como a restrição em relação a algumas matérias que poderiam ser objeto de tais ações, como as de natureza tributária; a restrição da legitimação ativa da pessoa natural, a falta de critérios para aferir e controlar concretamente a adequação da representatividade; a inadequada restrição da atuação de associações; o ineficiente sistema de comunicação da propositura da ação coletiva aos interessados; a condenação genérica e necessidade de execução individual; o sistema de extensão dos efeitos da coisa julgada; a falta de uma cultura de associatividade e a tendência à propositura de processos individuais; a ausência de formas adequadas para a flexibilização do procedimento e adequação ao conflito. (TEMER, 2017, p.35-36)

Com efeito, restou evidenciada a necessidade de criação de uma tutela jurisdicional diferenciada para a litigância de massa, contexto no qual emerge a técnica de julgamento das demandas repetitivas.

A técnica de julgamento de casos repetitivos serve à solução de questões de direito que se repetem no foro, sejam elas de caráter material (individual ou coletivo), ou processual⁴. Diferencia-se

4. "A questão jurídica pode ser processual ou material, por força do art. 928, parágrafo único" (TEMER, 2017, p.43).

estruturalmente da ação coletiva, haja vista possuir o desígnio de produzir precedentes obrigatórios, enquanto a tutela coletiva busca a formação da coisa julgada à questão decidida⁵ (DIDIER JR.; CUNHA, 2017, p.669-670).

Temer (2017, p.37) destaca, nesse sentido, que os mecanismos processuais que pretendem contingenciar as demandas repetitivas têm em comum o fato de adotar técnicas que permitem a resolução da questão de direito de forma concentrada, com a posterior aplicação da decisão aos casos seriados.

No Brasil, a atenção do legislador às ações repetitivas ocasionou alterações no Código de Processo Civil de 1973, operadas pelas Leis n. 11.418/2006 e 11.678/2008, que introduziram os artigos 543-A, 543-B e 543-C, trazendo ao ordenamento jurídico brasileiro a técnica batizada como “julgamento por amostragem” para os recursos extraordinários e especiais⁶. Na sistemática adotada pelo CPC/1973, contudo, o acórdão obtido no julgamento não gozava de força vinculante vertical, o que passou a ser discutido com o anteprojeto do CPC/2015 (BORGES, 2010).

Enquanto o anteprojeto do CPC/2015 ainda era discutido, a Lei nº 13.015/2014 ampliou a utilização da técnica do julgamento por amostragem ao processamento do recurso de revista, no âmbito do processo trabalhista⁷. Precedeu à referida lei, ainda, outras disposições legais que conferiram tratamento às situações de massa, como a

-
5. Didier Jr. e Cunha entendem, no entanto, que ambas servem para a tutela coletiva. Assim, haveria “duas espécies de processo coletivo no Direito brasileiro: o processo coletivo das ações coletivas e o processo coletivo do julgamento dos casos repetitivos” (2017, p.670). Em sentido próximo, Ribeiro Rodrigues aponta a coexistência, no ordenamento jurídico brasileiro, “de um amplo sistema de ações coletivas e dos mecanismos que compõem o denominado microssistema processual para a tutela dos direitos massificados” (2011, p.907).
 6. O objetivo principal da nova técnica seria possibilitar que os recurso especial e recurso extraordinário recebessem tutela final sem obstruir as Cortes Superiores (Cf. BORGES, 2010).
 7. Artigo 896-B e 896-C da Consolidação das Leis do Trabalho, acrescentado pela Lei nº 13.015, de 2014.

suspensão da segurança para várias liminares em casos repetitivos⁸ e o pedido de uniformização da interpretação da lei federal no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis Federais⁹ e dos Juizados Estaduais da Fazenda Pública¹⁰ (DIDIER JR.; CUNHA, 2017, p.671-672).

O advento do Código de Processo Civil de 2015, por seu turno, evidencia a preocupação do legislador com o enfrentamento das demandas de massa e repetitiva, mediante a criação de mecanismos próprios e a instauração de uma nova sistemática processual (FERREIRA, 2016, p.182). Emerge, pois, um microssistema específico para os casos repetitivos, formado pelo incidente de resolução de demandas repetitivas e pelo julgamento de recursos especial e extraordinário repetitivos¹¹.

Em que pese o CPC/2015 ter adotado o termo casos repetitivos¹² e demandas repetitivas¹³, Didier Jr. e Cunha (2017, p.670) pontuam que, rigorosamente, não há necessidade da repetição de casos, importando, antes, a existência de questões jurídicas repetitivas. Tais questões, consoante afirmado anteriormente, podem ter caráter material ou processual.

Na sequência abordaremos especificamente o incidente de resolução de demandas repetitivas, enfatizando sua utilização como instrumento de formação de precedentes judiciais.

1.2. O incidente de resolução de demandas repetitivas como meio de formação de precedentes judiciais

O incidente de resolução de demandas repetitivas, inicialmente denominado como incidente de coletivização de demandas (SILVA, L.

8. Artigo 4º, §8º da Lei n. 8.437 de 1992 e artigo 15, §5º da Lei nº 12.016 de 2009.

9. Artigo 14 da Lei nº 10.259 de 2001.

10. Artigo 18 da Lei nº 12.153 de 2009.

11. Artigo 928 do CPC/2015.

12. Artigo 928 do CPC/2015.

13. Artigo 976 e seguintes do CPC/2015.

C. P., 2011, p.93), “destina-se às situações em que haja multiplicidade de processos que contenham controvérsia sobre idêntico ponto de direito, com o objetivo de fixar a tese jurídica aplicável a todos os casos” (TEMER, 2017, p.43).

O instituto, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pelo Código de Processo Civil de 2015, teria sido inspirado no *musterverfahren*¹⁴ do direito alemão¹⁵, conforme anuncia a Exposição de Motivos do Anteprojeto do novo código:

[...] criou-se, com inspiração no direito alemão, o [...] incidente de Resolução de demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta. O incidente de resolução de demandas repetitivas é admissível quando identificada, em primeiro grau, controvérsia com potencial de gerar multiplicação excessiva de demandas e o correlato risco da coexistência de decisões conflitantes. (BRASIL, 2010, p.28-29).

Na Alemanha, o procedimento-modelo ou procedimento-padrão foi normatizado em 16 de agosto de 2005, através da Lei de Introdução do Procedimento-Modelo para os Investidores em Mercados de Capitais¹⁶ (CABRAL, 2007, p.131). Vasconcelos Rodrigues explica que o *musterverfahren*, em síntese, consiste “em um procedimento especial baseado na apreciação de demandas-modelo no setor de capitais, subitamente afetado por alto número de demandas em razão de problemas com investidores na bolsa de Valores de Frankfurt” (2011, p.100-101)¹⁷.

-
14. Vasconcelos Rodrigues explica que o termo *Musterverfahren* é “contração de *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz*” (2011, p.100).
 15. A inspiração do incidente de resolução de demandas repetitivas no *musterverfahren* do direito alemão é afirmada por diversos autores, a exemplo de Ribeiro Rodrigues (2011), Pochmann da Silva (2011), Amaral (2011), Cavalcanti (2015), Vasconcelos Rodrigues (2011), Durço e Chehuen (2011), Borges (2010) e Santos (2015).
 16. “*Gesetz zur Einführung Von Kapitalanleger-Musterverfahren* cuja abreviação é *KapMuG*” (RODRIGUES, R. A. R., 2011, p.907).
 17. “O caso mais significativo foi protagonizado pela empresa de telecomunicações *Deutsche Telekom*, que, ao deixar de prestar informações aos seus investidores, deu

Com o procedimento-modelo, o legislador alemão tencionou a resolução das questões a partir de um processo individual tomado como paradigma, cujo entendimento firmado passaria a ser aplicado aos casos semelhantes, proporcionando isonomia, segurança jurídica e celeridade processual (RODRIGUES, R. A. R., 2011, p.907). O procedimento-modelo germânico objetivava, portanto, “fixar posicionamentos sobre questões de fato ou de direito comuns às causas repetitivas” (SILVA, L. C. P., 2011, p.100).

Cabral (2007, p.132) afirma que a lei alemã expressamente aponta como escopo do procedimento-modelo o estabelecimento de uma esfera de decisão coletiva de questões comuns a litígios individuais e a fixação de posicionamento sobre supostos fáticos ou jurídicos das pretensões repetitivas.

Não sendo o objetivo do presente trabalho a descrição do procedimento do *musterverfahren*, tampouco sua comparação minuciosa com o do incidente de resolução de demandas repetitivas, há de ser pontuada a existência de diferenças procedimentais entre os institutos¹⁸. Com efeito, o incidente brasileiro é relacionado a outros mecanismos processuais do direito comparado, havendo dissenso doutrinário a respeito de ser o incidente de resolução de demandas repetitivas um exemplo do sistema da causa-piloto ou da causa-modelo.

enjo à propositura de aproximadamente 2200 ações por mais de 14000 autores. Diante deste cenário, o Poder Judiciário alemão chegou a asseverar que o julgamento de todas estas ações em 1º grau de jurisdição poderia levar até quinze anos” (RODRIGUES, R. A. R., 2011, p.907).

18. Acerca das dissimilaridades entre o procedimento alemão e o instituto de resolução de demandas repetitivas, Vasconcelos Rodrigues (2011) aponta cinco grandes diferenças, a saber: (1) a especificidade do tema (a lei alemã limita o tema da causa de pedir a ser discutido no procedimento-padrão, enquanto para o IRDR não há previsão de qualquer especificidade temática); (2) o tempo de vigência (a lei que instituiu o *musterverfahren*, inicialmente, tinha a vigência temporária de cinco anos, enquanto ao IRDR não há previsão de qualquer limitação temporal); (3) o requisito formal de admissão (a lei alemã exige um mínimo de dez casos idênticos a serem submetidos à apreciação da Corte Superior, enquanto no projeto do novo código não havia qualquer requisito quantitativo para o julgamento do IRDR); (4) o objeto do incidente (o *musterverfahren* autoriza a análise de questões fáticas e jurídicas, enquanto o IRDR apenas questões de direito) e, por fim, (5) a amplitude do contraditório (o instituto alemão permitiria um contraditório mais amplo).

Enquanto o *musterverfahren* do direito alemão estaria no âmbito do sistema da causa-modelo, a causa-piloto teria como exemplares a *group litigation order* do direito inglês e o *pilotverfahren* do direito austríaco. A causa-modelo caracterizar-se-ia pela cisão cognitiva e decisória, competindo ao órgão jurisdicional superior apenas a apreciação das questões que identificam as demandas como repetitivas, para a posterior incorporação do resultado do julgamento às causas similares, devendo as demais questões serem apreciadas pelos julgadores de piso. Na causa-piloto, ao revés, haveria uma unidade de processo e julgamento, cabendo ao órgão superior conhecer e julgar por completo as questões do caso, para a futura reaplicação da *ratio decidendi* às demandas semelhantes (CABRAL; CRAMER, 2015, p.1417).

O confronto entre as características das causa-modelo e causa-piloto destaca o debate acerca da existência ou não de cisão entre a cognição e o julgamento na resolução das demandas repetitivas. Em outras palavras, se estaria em causa a resolução da lide ou apenas a fixação de uma tese jurídica. Discutir em qual dos dois sistemas estaria o incidente de resolução de demandas repetitivas, por derradeiro, conduz à reflexão acerca de sua natureza jurídica.

Temer (2017, p.68) entende que o incidente de resolução de demandas repetitivas apenas resolve a questão de direito, fixando uma tese jurídica, a ser posteriormente aplicada nos casos similares pendentes e futuros. A jurista brasileira, portanto, considera que o incidente brasileiro estaria inserto no formato da causa-modelo ou procedimento-modelo¹⁹.

Assim como a inspiração de origem alemã, o incidente de resolução de demandas repetitivas busca a fixação de uma tese jurídica, a ser aplicada a outros casos. Com efeito, notoriamente o IRDR constitui um mecanismo de formação de precedentes judiciais.

19. Dentre outros juristas, Didier Jr. e Cunha (2017, p.678), Câmara (2015, p.479), Cabral e Cramer (2015, p.1417-1479) e Dantas (2015, p.2185) sustentam, de modo contrário, que o incidente brasileiro seria enquadrado como causa-piloto.

Destaca-se, nesse sentido, que no entendimento de Didier Jr. e Cunha (2017, p.673-674), o julgamento de casos repetitivos, técnica na qual se insere o IRDR, possui natureza híbrida ou dupla função, quais sejam: a gestão e julgamento de casos repetitivos e a formação concentrada de precedentes obrigatórios, com vinculação horizontal e vertical²⁰.

O procedimento do incidente de resolução de demandas repetitivas tem previsão entre os artigos 976 a 987 do Código de Processo Civil de 2015. Advertem Didier Jr. e Cunha, contudo, que outros dispositivos do código, relativos ao julgamento dos recursos especiais e extraordinários repetitivos, também são aplicados ao IRDR, precisamente “em razão da existência do *microssistema de gestão e julgamento de casos repetitivos*” (2017, p.680-681)²¹. Nesse sentido, no enunciado 345 do Fórum Permanente de Processualistas Civis tem-se que

345. (arts. 976, 928 e 1.036) O incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos formam um microssistema de solução de casos repetitivos, cujas normas de regência se complementam reciprocamente e devem ser interpretadas conjuntamente. (Grupo: Precedentes; redação revista no V FPPC-Vitória). (2017, p.47)

Ao tratar do processamento do incidente de resolução de demandas repetitivas, Temer propõe a divisão em três principais fases:

[...] a fase de *instrução e admissão*, que compreende os atos preparatórios e o debate para a fixação da tese, com a admissão do incidente e a fixação de seu objeto; a fase de *afetação e instrução*, que compreende a delimitação da estrutura subjetiva do incidente e os atos instrutórios, com a apresentação

20. 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 JÚNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2015, p.117).

21. Temer ressalta que “algumas regras [...] não são previstas expressamente no regramento referente ao IRDR, mas decorrem da interpretação sistemática deste instituto, como uma das técnicas do microssistema de julgamento de casos repetitivos” (2017, p.103).

de argumentos e elementos para a fixação da tese; e a fase de *juízo*. (2017, p.103)

Nos termos do artigo 976 do Código de Processo Civil de 2015, a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas é cabível quando há, em simultâneo, a efetiva repetição de processos²² que contenham controvérsia sobre mesma questão unicamente de direito e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica²³.

O IRDR poderá ser suscitado no âmbito de um processo cognitivo ou executivo, sob o rito comum ou especial. Todavia, tratando-se de um incidente, sua instauração depende da existência de demanda em trâmite perante o tribunal, em sua competência originária ou através de recurso, cabendo-lhe fixar a tese a ser aplicada aos demais processos. Possuem competência para julgamento do incidente os tribunais superiores²⁴, os tribunais de justiça, os tribunais regionais federais,

-
22. “O requisito de *efetiva repetição de processos* foi objeto de algumas divergências durante a tramitação legislativa. Na versão aprovada pelo Senado, havia a previsão de que o incidente poderia ser instaurado quando houvesse *controvérsia com potencial de gerar multiplicação* de processos (art. 930 do PLS 166/2010), o que, apesar de defendido por alguns doutrinadores como um meio de evitar a indevida proliferação de demandas, foi alvo de muitas críticas, que consideravam que o incidente preventivo não seria o modelo ideal, por obstar a prévia e necessária discussão sobre o tema. A lei acabou pacificando a questão, exigindo expressamente que deve ser constatada a efetiva repetição de processos, ainda que não tenha definido um número mínimo de casos” (TEMER, 2017, p.104).
 23. O artigo 976 do CPC/2015, portanto, estabelece os requisitos de admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas, sendo cabível somente “se (a) houver efetiva repetição de processos e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, (b) a questão for unicamente de direito e (c) houver causa pendente no tribunal” (DIDIER JR.; CUNHA, 2017, p.716), requisitos a serem verificados em simultaneidade.
 24. “Não há nada que impeça a instauração de IRDR em tribunal superior. É bem verdade que, no STJ, há o recurso especial repetitivo e, no STF, há o recurso extraordinário repetitivo e o recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, mas é possível haver IRDR em causas originárias ou em recursos ordinários no âmbito dos tribunais superiores” (DIDIER JR.; CUNHA, 2017, p.724). Sobre o tema, Temer explica que “Nas versões do projeto que gerou a Lei 13.105/2015, havia previsão expressa no sentido de que o IRDR deveria ser instaurado em tribunal de justiça ou tribunal regional federal (art. 988, §1º da PL 8.046/2010). Tal redação foi suprida da versão promulgada, o que levou a doutrina a passar a defender a possibilidade de instauração do IRDR também nos tribunais superiores, em processos

incluídos os tribunais regionais do trabalho e os tribunais regionais eleitorais (Cf. DIDIER JR.; CUNHA, 2017).

Consoante expresso na redação do artigo 976 do CPC/2015, o tribunal limitar-se-á a apreciação de questões unicamente de direito²⁵, material ou processual, que se repetem nos diversos processos, não sendo admitida a instauração do incidente quando a discussão estiver cingida a questões fáticas (Cf. GAIO JR., 2013, p.5; SILVA, L. C. P., 2011, p.97; DIDIER JR.; CUNHA, 2017, p.717; TEMER, 2017, p.70).

Importa destacar que o inciso II do artigo 976 do CPC/2015 demonstra a preocupação do legislador com a uniformização de jurisprudência dos tribunais através do incidente de resolução de demandas repetitivas. Há nítido intuito, assim, de evitar decisões conflitantes, entendidas como ameaça aos princípios da isonomia e da segurança jurídica (Cf. SILVA, L. C. P., 2011, p.97-98). O dispositivo “reforça a vocação do IRDR para formação de precedentes, aliando-se ao disposto no art. 926 do CPC” (DIDIER JR.; CUNHA, 2017, p.718), que trata do dever dos tribunais de manter a jurisprudência uniforme, estável, íntegra e coerente.

Quanto à legitimidade, o incidente de resolução de demandas repetitivas poderá ser instaurado a requerimento das partes²⁶, do

de competência originária ou mesmo em recursos outros que não o especial e o extraordinário (já sujeitos ao rito dos repetitivos, pelo art. 1.036 e ss. do CPC). Com a vigência do CPC, a posição foi encampada pelo STJ, que admitiu a adoção do rito do IRDR em conflito de competência que versava sobre matéria repetitiva, aplicando por analogia as disposições referentes ao regramento dos recursos repetitivos no que tange à escolha do processo representativo da controvérsia e à decisão de afetação” (2017, p.117-118).

25. Didier Jr. ressalta a dificuldade de distinguir questões de fato e questões de direito: “Toda questão de direito pressupõe a ocorrência de um fato. Pode-se, de todo modo, dizer que questão de fato é aquela relacionada com a causa de pedir ou com a hipótese prevista no texto normativo, enquanto a questão de direito é aquela relacionada com as consequências jurídicas de determinado fato ou com a aplicação da hipótese de incidência prevista no texto normativo, com as tarefas de subsunção do fato (ou conjunto de fatos) à norma ou de concretização do texto normativo” (2015, p.439).
26. “Para que o legitimado possa pedir a instauração do incidente, é preciso ser parte num processo que verse sobre tema que repercuta para diversas outras causas

Ministério Público, da Defensoria Pública ou de ofício pelo juiz ou relator, consoante artigo 977 do CPC/2015. O requerimento formulado em petição ou o ofício deverá ser dirigido ao presidente do tribunal, o qual ficará incumbido de “receber o pedido e encaminhá-lo para o órgão indicado no regimento interno do respectivo tribunal” (TEMER, 2017, p.123).

O juízo de admissibilidade do incidente será realizado pelo órgão colegiado, nos termos do artigo 981 do CPC/2015²⁷, o qual observará o atendimento àqueles requisitos dispostos no artigo 976 do código²⁸.

Com a admissão do incidente de resolução de demandas repetitivas, haverá a definição do objeto do incidente e a suspensão dos processos em trâmite no âmbito da competência territorial do tribunal em que esteja em discussão a questão jurídica repetitiva²⁹.

A decisão que define a admissibilidade do incidente deve identificar o objeto do incidente de resolução de demandas repetitivas. O órgão julgador (colegiado) deverá delimitar sobre o que se refere o incidente, indicando a questão jurídica, os argumentos ou teses dissonantes apresentados até aquele momento e os dispositivos normativos relacionados à controvérsia. Ou seja, é a delimitação exata da questão de direito a ser solucionada pelo tribunal. (TEMER, 2017, p.125)

Didier Jr. e Cunha (2017, p.680-681) afirmam que devem ser selecionados, no mínimo, dois processos paradigmas para o julgamento do incidente, para a posterior fixação da tese jurídica³⁰. Os processos representativos da controvérsia devem conter abrangente

repetitivas. Deve, enfim, haver *pertinência subjetiva* da parte como tese jurídica a ser fixada pelo tribunal” (DIDIER JR.; CUNHA, 2017, p.727).

27. Nesse sentido, o enunciado 91 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Cabe ao órgão colegiado realizar o juízo de admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas, sendo vedada a decisão monocrática” (2017, p.19).
28. Sendo o incidente rejeitado, caberá somente embargos de declaração, consoante enunciado 556 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (2017, p.69).
29. Artigo 982, inciso I, do CPC/2015.
30. Consoante regra prevista no artigo 1.036, §§1º e 5º do CPC/2015.

argumentação e discussão acerca da questão de direito repetitiva, conforme §6º do artigo 1.036 do CPC/2015.

Além disso, inobstante não haja previsão legal a respeito, tem sido defendido pela doutrina que, na escolha dos casos paradigmas, devem ser preferidas as demandas coletivas às individuais (Cf. SILVA, L. C. P., 2011, p.98; BRANDÃO; CARDOSO, 2016, p.87)³¹.

A suspensão dos processos considerados repetitivos será comunicada aos juízes diretores dos fóruns de cada comarca ou seção judiciária pelo relator do incidente. As partes dos processos afetados, por sua vez, deverão ser intimadas para tomar conhecimento da suspensão e, eventualmente, participar da discussão³² ou requerer o prosseguimento do seu processo, demonstrando a distinção do seu caso³³ (DIDIER JR.; CUNHA, 2017, p.730).

O artigo 979 do CPC/2015 prevê que a instauração e o julgamento do incidente devem ter a mais ampla e específica divulgação e publicidade. Tal preocupação do legislador, em conferir ampla publicidade ao IRDR, visa auxiliar a identificação dos processos a serem suspensos, permitindo maior participação de interessados no feito e contribuindo para que a eficácia vinculante da decisão seja a mais ampla e completa possível (NEVES *apud* FACIN, 2017, p.250).

O artigo 980 do CPC/2015 estabelece que o incidente de resolução de demandas repetitivas deverá ser julgado no prazo de um ano, tendo preferência de tramitação sobre os demais feitos, exceto aqueles que envolvam réus presos e os pedidos de *habeas corpus*. No parágrafo único do dispositivo o legislador previu que, sendo superado o prazo de um ano, cessará a suspensão dos processos afetados, salvo decisão contrária do relator, que deverá ser fundamentada.

31. Nesse sentido, o enunciado 615 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "(arts. 1036; 1037) Na escolha dos casos paradigmas, devem ser preferidas, como representativas da controvérsia, demandas coletivas às individuais, observados os requisitos do art. 1.036, especialmente do respectivo §6º" (2017, p.76).

32. Artigo 983 do CPC/2015.

33. Artigo 1.037, §9º do CPC/2015.

Julgado o incidente, a tese jurídica adotada será aplicada a todos os processos, pendentes ou futuros, que versem sobre questão idêntica de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, nos termos do artigo 958 do CPC/2015. Assim, “uma vez julgando a questão de direito submetida, o Tribunal competente lavrará acórdão respectivo, cujo teor será vinculante e imposto a todos os juízes ou órgãos fracionários no âmbito de sua competência territorial” (GAIO JR., 2013, p.6).

A decisão que julga o incidente, considerada pelo Código como decisão de mérito (art. 987), é o ato que, analisado todos os fundamentos aventados, soluciona a questão de direito, fixando a tese que será observada posteriormente no julgamento das pretensões veiculadas das demandas repetitivas. (TEMER, 2017, p.201).

Indubitavelmente o acórdão resultante do julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas consiste em um precedente de observância obrigatória, com vinculação horizontal e vertical, circunscrita, no entanto, à competência territorial do respectivo tribunal. Consoante afirmado alhures, o caráter vinculante da referida decisão está assinalado no inciso III do artigo 927 do CPC/2015.

Destacado o incidente de demandas repetitivas como um instrumento de formação de precedentes judiciais (com força vinculante horizontal e vertical), importa tecer considerações acerca da jurisprudência enquanto fonte jurídica e do surgimento da regra do precedente obrigatório no *common law*, a fim de refletir sobre a (s) (in) compatibilidade (s) do instituto processual brasileiro com a teoria dos precedentes judiciais de origem inglesa.

2. PRECEDENTES JUDICIAIS E TEORIA DOS PRECEDENTES

2.1. Jurisprudência enquanto fonte jurídica

A problemática em torno dos precedentes judiciais, o surgimento da regra do precedente obrigatório e, por derradeiro, o desenvolvimento da teoria dos precedentes no direito inglês, perpassa por reflexões acerca da jurisprudência enquanto uma espécie de fonte jurídica

e sua valoração no bojo das tradições jurídicas do *common law* e do *civil law*.

Nader (2011, p.171) explica que, no curso da história, o vocábulo jurisprudência teria sofrido variação semântica. De origem latina, formada pelas palavras *juris e prudentia*, no Direito Romano³⁴ o termo teria sido empregado para designar a Ciência do Direito ou teoria da ordem jurídica. Destarte, Cruz (1984) aclara que, inicialmente a *iurisprudencia* era, para os romanos, a ciência do direito, e não uma fonte jurídica³⁵.

Nunes define jurisprudência como “o conjunto de decisões dos tribunais a respeito do mesmo assunto” (2002, p.87). Seria o uso mais comum do termo jurisprudência atualmente, indicando “os precedentes judiciais, ou seja, a reunião de decisões judiciais interpretadoras do Direito vigente” (NADER, 2011, p.171).

Nesses primórdios, pode-se dizer que a expressão *iurisprudencia* se vinculava à tarefa exegética então praticada pelos juriconsultos da época – ditos *prudentes* – no afã de esclarecer e interpretar os textos jurídicos, então incipientes, numa fase em

-
34. Considerando seu conceito *stricto sensu*, a respeito do qual leciona Cruz: “*O Direito Romano* [...] é o conjunto de normas jurídicas que vigoraram em Roma e em seus territórios desde o início (753 a.C.?) até a morte de Justiniano, em 565. É o IUS ROMANUM, propriamente dito. Ocupa o longo período de 13 séculos – uns 7 séculos a.C. e 6 séculos d.C. Esse conjunto de normas jurídicas, na sua formação mais desenvolvida, encontra-se hoje no chamado *Corpus Iuris Civilis* – famosa e extraordinária compilação do «Ius Romanum» ordenada pelo imperador Justiniano no séc. VI, a obra jurídica mais grandiosa de todos os tempos, e que é a fonte principal, embora não exclusiva mas imprescindível para se conhecer o Direito Romano” (1984, p.34-35).
35. Distante das discussões sobre a cientificidade jurídica que conhecemos, a questão para os antigos romanos estava resolvida na ideia de que o direito era uma ciência e uma técnica do justo e do injusto. 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 *prudencia*. “O saber-agir, a que os gregos chamavam frónesis (φρόνησις) e os romanos *prudencia* 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 (*prudencia*, φρόνησις) é mais a ciência dos Valores” (CRUZ, 1984, p.282-283).

que estavam ainda esbatidos os contornos do Direito, envolto com regras de natureza moral, religiosa e consuetudinária. (MANCUSO, 2018, p.17-18)

Gusmão adverte que “antes de Roma, não se pode falar em jurisprudência, pois na Grécia, onde as ideias filosóficas e políticas se desenvolveram, a jurisprudência se confundia com a ética, com investigações sobre a *República* perfeita, a lei justa, a justiça considerada como virtude” (1960, p.6).

Inobstante estar presente no *ius romanum* desde seu período consuetudinário, a *iurisprudencia* só é reconhecida como fonte imediata de direito tardiamente, a partir do imperador Adriano, aproximadamente entre os anos 117 a 138 d.C. (CRUZ, 1984). A consideração ou não da jurisprudência como fonte jurídica gera discussões ainda em nossos tempos.

Nesse sentido, Nader (2011, p.172) adverte que alguns autores afirmam haver igualdade entre a jurisprudência e o costume. Ferraz Jr (2003, p.244), por seu turno, chega a classificar a jurisprudência como uma espécie de costume.

Além disso, a depender do sistema jurídico considerado, haverá variação no que tange à valoração hierárquica da fonte jurisprudencial face às demais fontes, bem como quanto à utilização da jurisprudência enquanto enunciados de caráter meramente persuasivo ou vinculante.

Consoante será abordado a seguir, a jurisprudência desempenhou historicamente um papel fundamental para a formação do sistema jurídico do *common law*, no qual emergiu a regra do precedente obrigatório e se desenvolveu uma teoria dos precedentes judiciais.

2.2. O surgimento da regra do precedente obrigatório no *common law*

Cruz (1984, p.7) afirma que qualquer direito de um povo, atual ou passado, consiste num conjunto de normas ou regras de caráter social, destacando, assim, que todos os povos possuíram ou possuem as suas normas. Na medida em que cada sociedade terá suas próprias

normas jurídicas, vislumbra-se, no contexto global, uma pluralidade de direitos.

David (2014, p.20) entende que a multiplicidade de direitos não se resume a existência de diversos conjuntos normativos, incidindo em algo mais complexo, em sistemas jurídicos nos quais formam-se compreensões mais ou menos próprias acerca da normatividade jurídica.

A aludida diversidade dos ordenamentos jurídicos tem sido objeto de investigação do direito comparado³⁶. Com efeito, a fim de facilitar o estudo do tema, frequentemente os comparatistas agrupam os ordenamentos jurídicos em tradições ou famílias³⁷.

Embora haja dissenso quanto aos critérios de agrupamento e, por conseguinte, a respeito de quais famílias jurídicas deveriam ser reconhecidas (DAVID, 2014, p.22), em geral os autores admitem a existência do *common law* e do *civil law* (VICENTE, 2009, p.91), expressões adotadas originalmente pelos juristas ingleses e norte-americanos (SILVA; LEITE, 2015, p.1424).

David (2014, p.15) ressalta que, a depender do sistema jurídico, funções muito diferentes são atribuídas às fontes do direito. No que pertine ao *civil law* e ao *common law*, a valoração conferida à fonte jurisprudência destaca-se, além disso, como relevante aspecto de distinção entre as duas tradições.

[...] a *jurisprudência* passou, naturalmente, a apresentar características e mesmo finalidades diversas, conforme os *Direitos* se foram constituindo nos vários países, notando-se que, no

36. Cappelletti considera que o direito comparado consiste em um método de análise do direito de um ou mais sistemas jurídicos diversos. Nesse sentido, pontua o jurista italiano que podemos falar em uma microcomparação, quando a comparação é realizada no âmbito de um mesmo ordenamento jurídico ou, ainda, em uma macrocomparação, quando comparados aspectos de ordenamentos jurídicos diversos, “por ejemplo, entre um ordenamento del Civil Law, como el de Italia, y uno del Common Law, como el de Inglaterra” (1993, p.17).

37. Vicente considera que, no âmbito do direito comparado, os termos tradições e famílias não correspondem a sinônimos, sendo “entendidas as primeiras como formas típicas de conceber o Direito, que encarnam historicamente em certo ou certos sistemas jurídicos, e as segundas como grupos de sistemas jurídicos que partilham um conceito de Direito” (2009, p.90).

continente europeu, os ordenamentos continuaram a se inspirar nas fontes romanas, [...] com forte prevalência da *norma escrita*, ao contrário da vertente anglo-saxã, onde o primado recaiu no *precedente judiciário* [...]. (MANCUSO, 2018, p.21)

O *civil law*, também denominado como família romano-germânica³⁸, agrupa praticamente todos os países da Europa Continental (Itália, França, Alemanha, Espanha, Portugal, dentre outros), da América Latina colonizada, uma grande parte da África, os países do Oriente Próximo, o Japão e a Indonésia, ordenamentos jurídicos nos quais a ciência jurídica se formou sobre a base do direito romano³⁹ (LOURENÇO, 2012, p.243; DAVID, 2014, p.23-33).

A formação dos traços característicos da família romano-germânica é marcada pelo renascimento do *ius romanum* no Ocidente europeu, ocorrido entre os séculos XI e XII, no qual destaca-se o papel das universidades europeias de elaboração de um *jus commune*⁴⁰, isto é, um direito comum à toda Europa, em negligência às legislações regionais (DAVID, 2014).

Em decorrência da colonização, o Brasil recebeu⁴¹ o direito português. Com efeito, na formação do ordenamento jurídico

38. A denominação “romano-germânica” 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).

39. Cumpre destacar que a expressão “direito romano” pode ser tomada em várias acepções, consoante lição de Cruz (1984, p.34-38). Assim, em sentido rigoroso (*stricto sensu*), seria o *ius romanum* propriamente dito, designando o conjunto de normas jurídicas que vigoraram em Roma e nos seus territórios aproximadamente do ano 753 a.C a 565 d.C.. Em sentido amplo (*lato sensu*), corresponderia a uma tradição romanista, sobretudo a partir do fenômeno de recepção do direito romano por outros povos e territórios ocorrida desde o século VI, sofrendo o *ius romanum* algumas alterações e adaptações. Afinal, o jurista português aponta por um terceiro sentido, denominado como muito amplo (*sensu latissimo*), no qual são englobadas as acepções *stricto sensu* e *lato sensu*.

40. David conceitua o *jus commune* como “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).

41. “A expressão *recepção de direitos* indica a adoção, por um sistema jurídico, em sentido amplo ou restrito, de institutos, regras e princípios oriundos de outro(s) sistema(s). Muitos empregam outras expressões para designar mesmo fenômeno

brasileiro houve a assimilação de valores jurídicos oriundos de Portugal, o qual, por seu turno, pertence à família de direito romano-germânica (VICENTE, 2009, p.92).

No *civil law* a lei acabara por ocupar posição preponderante relativamente às demais fontes jurídicas, enquanto a jurisprudência sofreu desprestígio. Em que pese estar presente no *ius romanum* desde o seu período consuetudinário, a jurisprudência nem sempre fora considerada como fonte do direito (Cf. CRUZ, 1984). Além disso, a partir do imperador Justiniano foi expressamente proibido decidir conforme o precedente⁴², preceito repetido durante o fenômeno das codificações ocorrido na Europa entre os séculos XIX e XX (FERRAZ JR., 2003, p.244-245)⁴³.

Além das codificações, o domínio da concepção juspositivista no século XIX teria motivado a predominância da lei sobre as demais fontes jurídicas no *civil law*. Explica David (2014) que a Escola do Direito Natural⁴⁴ lançou as bases para o fenômeno da codificação, quando

ou modalidades de sua manifestação, tais como: transplantes legais, importações jurídicas, empréstimos legislativos, etc. Modernamente, esses estudos têm sido divulgados sob a designação de *circulação de modelos jurídicos*. Pensamos, entretanto, que entre as duas expressões há distinções a serem consideradas. Se no conceito de recepção está implícito um movimento de direção única de influências jurídicas, no de circulação dos modelos jurídicos pressupõe-se que haja [...] *um retorno, com elementos novos, às fontes originais de inspiração*" (TAVARES, 2009, p.102).

42. A regra "*non exemplis, sed legibus judicandum est*" estampava, assim, o *Codex*, um dos livros que compunham o *Corpus Iuris Civilis*. Em tradução livre a expressão latina significa "julgue-se em obediência às leis e não às decisões em casos semelhantes".
43. Na época justinianeia (530 d.C – 565 d.C.) o processo legislativo prevaleceu como fonte reveladora do direito, em detrimento do processo jurisdicional (REALE, 2011; CRUZ, 1984).
44. "A escola do direito natural [...] acaba por dominar a cena nos séculos XVII e XVIII [...]. Abandonando o mérito escolástico, eleva a um alto grau a sistematização do direito, que ela concebe de modo axiomático, eminentemente lógico, à imitação das ciências. Afastando-se da ideia de uma ordem natural das coisas exigida por Deus, ela pretende construir a ordem social sobre a consideração do homem; exalta os 'direitos naturais' do indivíduo [...] a escola do direito natural, mal denominada, não vê mais no direito um dado natural, mas obra da razão. A razão humana, desde então, será, por consequência, o único guia; na época da filosofia das luzes, os juristas,

quase a totalidade dos países europeus de tradição romano-germânica publica códigos e constituições escritas. Venosa sublinha que,

[...] no âmbito do sistema romanista, a lei prepondera como o centro gravitador do Direito ocidental, seguindo uma tradição inaugurada após a revolução liberal-individualista burguesa ocorrida na França durante o século dezoito, quando a legislação passou a ser considerada a única expressão do direito nacional, subordinando, de forma mais ou menos acentuada, as demais fontes jurídicas (*apud* SOARES, 2009, p.42).

O *common law*, ou direito anglo-saxônico, por sua vez, compreende o direito que se desenvolveu na Inglaterra após a conquista normanda (1066 d.C.), elaborado historicamente a partir da atividade dos tribunais reais (*common law*) e dos tribunais da chancelaria (*equity*), convergindo para um direito jurisprudencial. O modelo jurídico inglês exerceu influência na maior parte dos países que esteve politicamente associado à Inglaterra.

No século V, com a queda do Império Romano⁴⁵, o território inglês passa a ser ocupado por diversas tribos de origem germânica, dentre elas os saxões, anglos e dinamarqueses. Nesse período existiam leis locais redigidas em língua anglo-saxônica que regulavam aspectos da vida social, sem haver uma unidade de direito. Apenas a partir do ano de 1066, com a invasão do povo da Normandia, instala-se na Inglaterra um poder forte e centralizado, propiciando o surgimento de um direito comum ao território inglês, a ser aplicado pelos Tribunais Reais (Cf. DAVID, 2014).

inspirando-se num ideal de universalismo, procurarão proclamar as regras de justiça de um direito universal, imutável, comum a todos os tempos e a todos os povos. Estas concepções reforçarão a tendência para uma amálgama dos costumes locais e regionais; a exaltação da razão, a nova função reconhecida à lei pelas doutrinas voluntaristas, preparará a via da codificação” (DAVID, 2014, p.46-47).

45. Apesar do domínio do Império Romano na Inglaterra, o *ius romanum* não imprimiu grandes vestígios na construção do *common law*. Nesse sentido, Vicente afirma que “os sistemas jurídicos de *Common Law* ficaram, no essencial, imunes à influência do Direito Romano. Não que este fosse desconhecido deles, pois chegou a ser ensinado nas Universidades inglesas. Mas na Idade Média a aplicação das fontes romanas foi rejeitada pelos juristas ingleses e proscribida por decisão real” (2009, 92-93). David (2014) aponta que o apego inglês ao formalismo processual teria sido uma das razões do não recepção do direito romano.

Vicente (2009, p.92) afirma que o direito inglês inicialmente teve fonte essencialmente consuetudinária e que a administração da justiça fora centralizada, desde muito cedo, nos tribunais reais. O jurista português destaca, ainda, que as decisões proferidas pelos tribunais reais foram a base de formação de um direito comum⁴⁶ a todo o reino, que gradualmente absorveu e substituiu os costumes locais.

Radbruch (1962, p.10) observa que a afeição pela tradição e pelos antigos costumes figura ponto característico do *common law*. Na origem do direito inglês as soluções dos conflitos eram baseadas nos costumes e, atualmente, passaram a basear-se em decisões pretéritas, considerando que os costumes apenas teriam valor jurídico se encampados por um precedente (WAMBIER, 2009, p.122).

David (2014, p.428) considera que o respeito aos precedentes constitui um correlato lógico de um sistema de direito jurisprudencial, pontuando, contudo, que a busca pela previsibilidade das decisões não ocorreu sempre da mesma forma. A força vinculante dos precedentes judiciais teria, antes, evoluído historicamente, até chegar ao que foi consagrado como *stare decisis*⁴⁷.

Já no século XIII, era costume citarem-se os casos e suas decisões (*Case Law*). A princípio, era apenas um uso geral, não se achando que os juízes estivessem vinculados a decidir conforme os precedentes. Pouco a pouco, a doutrina foi aceitando o caráter vinculativo, que toma uma configuração mais definida nos séculos XVII e XVIII. O aperfeiçoamento dos repertórios de casos (*reports*) e o aparecimento de uma hierarquia judiciária mais homogênea terminaram, já no século XIX, por consagrar

46. O direito comum do *common law* não se confunde com o *jus commune* do *civil law*. Nesse sentido: "O *jus commune* da Europa continental é [...] algo muito diferente da *common law*, que representa um direito uniforme aplicado pelos tribunais reais na Inglaterra. Por outro lado, notar-se-á, relativamente à sua natureza e à sua autoridade puramente persuasiva, a flexibilidade deste *jus commune* europeu" (DAVID, 2014, p.45-46).

47. O termo *stare decisis* deriva da expressão latina *stare decisis et non quieta movere*, traduzida na ideia de manter a decisão e não molestar o que fora decidido, estando relacionada, portanto, ao respeito dos tribunais aos casos precedentes (ZANETI JR., 2016, p.310; LOURENÇO, 2012, p.243).

uma doutrina acabada, conhecida como *stare decisis*. (FERRAZ JR., 2003, p.244)

A doutrina do *stare decisis* se consagra no século XIX (Cf. FERRAZ JR., 2003), período correspondente à tendência legalista que se espalha na Europa ocidental provocando o fenômeno das codificações nos ordenamentos jurídicos do *civil law*, consoante já explanado. Ambos os sistemas jurídicos ansiavam, na altura, segurança jurídica. Enquanto o *civil law* conferia maior importância à fonte legislativa, no *common law* emergiu a regra do precedente obrigatório⁴⁸, com vistas à previsibilidade das decisões judiciais.

[...] 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)

Com o advento da regra do precedente obrigatório, desenvolveu-se uma teoria dos precedentes judiciais no *common law*, cuja menção calca-se relevante a fim de amparar reflexões acerca da força vinculante dos pronunciamentos jurisdicionais.

2.3. A TEORIA DOS PRECEDENTES

48. 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).

Em decorrência de uma formação histórica com base na atividade dos tribunais, bem como por ter sido o berço da regra do precedente obrigatório, fora no sistema do *common law* que a teoria dos precedentes judiciais mais se desenvolveu, com alicerce na doutrina do *stare decisis*, também denominada *douctrine of binding precedente*⁴⁹ (LOURENÇO, 2012, p.243).

Consoante mencionado alhures, atualmente o uso mais comum da expressão jurisprudência converge para a noção de precedentes judiciais (NADER, 2011, p.171; NUNES, 2002, p.87). Contudo, a rigor, os termos não deveriam ser confundidos⁵⁰, consoante adverte Zaneti Jr.

Precedente [...] é diverso do conceito de jurisprudência, uma vez que precedentes não se tratam de várias decisões exemplificativas da opinião dos tribunais, mas de decisões racionalmente vinculantes [...]. Os precedentes judiciais, como entendemos neste trabalho, consistem no resultado da densificação das normas estabelecidas a partir da compreensão de um caso e suas circunstâncias fáticas e jurídicas. [...] Trata-se, portanto, da solução jurídica explicitada argumentativamente pelo intérprete a partir da unidade fático-jurídica do caso-precedente (*material facts* e a solução jurídica dada para o caso) com o caso-atual. Por esta razão, não se confundem com a jurisprudência, pois não se traduzem em tendências do tribunal, mas na própria decisão (ou decisões) do tribunal com respeito a matéria. De outra sorte, não se confundem com a jurisprudência porque obrigam o próprio tribunal que decidiu, sendo este responsável, tanto quanto as cortes inferiores, por sua manutenção e estabilidade. [...] a característica da jurisprudência é atuar apenas de forma “persuasiva” e não há sentido falar em precedentes “persuasivos”. [...] Portanto, os precedentes não são meramente

49. “[...] teve início na Inglaterra, nas primeiras décadas do século XIX, tendo sido devidamente reconhecida em 1898, no caso *London Tramways Company v. London Coutry Council*, oportunidade em que a Câmara dos Lordes inglesa não só tratou do efeito auto-vinculante do precedente, como também estabeleceu a sua eficácia vinculativa externa a todos os juízos de grau inferior, denominada eficácia vertical do precedente” (LOURENÇO, 2012, p.243-244).

50. Destaca-se que, no Brasil, as expressões jurisprudência e precedentes são utilizadas frequentemente como sinônimas. “No ordenamento jurídico brasileiro é comumente utilizada a expressão jurisprudência ao invés de precedente, inclusive na terminologia legislativa” (CERQUEIRA, 2014, p.120).

persuasivos ou exemplificativos do entendimento dos tribunais – diferença qualitativa. Por outro lado, os precedentes podem ser identificados a partir de apenas uma decisão, mesmo que possam ser compreendidos à luz de uma série de decisões, cadeia de precedentes, bastando um *leading case* que modifique ou crie uma nova tese jurídica para formar um precedente. Assim, o conceito de jurisprudência como decisões reiteradas dos tribunais – diferença quantitativa – também pouco contribui para a compreensão do papel vinculante dos precedentes hoje. (2014, p.297-299)

Haveria, portanto, diferenças de ordem qualitativa e quantitativa entre os conceitos de precedentes judiciais e a jurisprudência, consistindo, em suma, a primeira na força vinculante (vinculação horizontal e vertical) dos precedentes judiciais e a segunda na desnecessidade de existir mais de uma decisão a fim de identificar a tese jurídica contida no precedente.

Cerqueira, em sentido próximo, sintetiza que 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).

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). Peixoto, a seu turno, 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).

David indica que, no *common law*, a aplicação da regra do precedente obrigatório exige do jurista a análise das *reasons*, editadas pelos tribunais superiores, a fim de identificar a *ratio decidendi*⁵¹ e o

51. 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*. Em sentido análogo, Cerqueira afirma que “No sistema norte-americano, o equivalente da *ratio decidendi* é a expressão *holding*, que é a ‘essência da regra

obiter dictum. Nas *reasons* o órgão jurisdicional expõe, em forma de comentário, “de forma dedutiva, as regras e os princípios do direito inglês, a propósito da decisão tomada. Nesta exposição, frequentemente emprega fórmulas e anuncia regras que, por sua generalidade, ultrapassam o âmbito do processo” (2014, p.430).

A distinção, de origem inglesa, entre a *ratio decidendi* (elemento vinculante) e o *obiter dictum* (elemento não vinculante) é referida por Lopes Filho (2014, p.166-167) como a divisão analítica do precedente.

Assim, a parte da decisão que gera efeitos vinculantes seria a *ratio decidendi*, a qual 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).

Obter dictum ou *obter dicta*, por sua vez, consiste naquilo que é afirmado na decisão judicial, todavia não constitui elemento decisivo ou necessário para a solução do caso julgado (RAMIRES, 2010, p. 68). Mello explica que as manifestações que constituem *obter dictum* não estão sujeitas à vinculação, tendo em vista que a regra vinculante extrai-se do caso concreto “e, se determinadas considerações constantes de uma decisão não são necessárias à solução da demanda, as mesmas não derivam do caso concreto, mas de formulações hipotéticas, cujas especificidades, no plano abstrato, o Judiciário não teria como ponderar” (2005, p.184-185).

Além da *ratio decidendi* e do *obter dictum*, são essenciais à compreensão dos precedentes judiciais as técnicas do *distinguishing* e do *overruling*, instrumentos que permitem o afastamento ou a superação da tese jurídica contida no precedente judicial.

No intuito de harmonizar o sistema de precedentes com a evolução social, os ordenamentos de tradição de *common law*

jurídica para explicar o resultado do julgamento’. Como se percebe pelo conceito de *holding* a função é idêntica à da *ratio decidendi*” (2014, p.137).

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).

A teoria dos precedentes de origem inglesa, portanto, evidencia a relevância do caso concreto seja para a formação do precedente, seja para a sua aplicação, incluindo a utilização das técnicas de superação e distinção.

No direito inglês, vigora o denominado *Mootness Principle*, ou **princípio da vinculação ao debate**, que estabelece que os tribunais não podem discursar abstratamente sobre regras jurídicas hipotéticas, mas apenas estabelecer as regras que derivam especificamente da análise de cada caso concreto. Esse princípio implica uma especificação no âmbito do debate, a fim de permitir uma consideração de todas as peculiaridades e circunstâncias individualizadoras do caso concreto. [...] A decisão de aplicar cada precedente a um novo caso é, portanto, presidida e informada por uma argumentação fundada em princípios, que se encontra na base do processo de comparação de casos por meio de analogia e contra-analogias (*disanalogies*) (NUNES et al., 2014, p.473-493).

Por derradeiro, importa destacar que a aplicação do precedente judicial, com base na teoria ora apresentada, calca-se num raciocínio analógico, no qual busca-se verificar (comparar) os pontos de aproximação entre o caso paradigma e o caso em julgamento, conforme explica Cerqueira:

A aplicação do precedente é composta essencialmente por raciocínio de analogia, busca-se identificar se a causa possui um precedente, identificando se o caso presente é semelhante com o outro caso já julgado e então se aplica o precedente. [...] A relação análoga é justificada para a aplicação do precedente por [...] uma exigência natural de que casos substancialmente iguais sejam tratados de modo semelhante. (2014, p.139-140).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho se propôs a analisar o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no código de processo civil brasileiro de 2015, enquanto técnica de formação de precedentes judiciais, a fim de examinar a compatibilidade do referido instituto com a teoria dos precedentes desenvolvida no bojo da tradição jurídica do *common law*, nomeadamente no direito inglês.

O instituto processual brasileiro do incidente de resolução de demandas repetitivas evidencia uma preocupação do legislador com os problemas gerados pela litigiosidade de massa, principalmente a morosidade judicial, bem como com a uniformização da jurisprudência, visando promover, assim, celeridade e segurança jurídica.

Além da gestão das demandas seriadas, o incidente de resolução de demandas repetitivas delineado pelo legislador brasileiro serve à formação de precedentes judiciais, fixando teses jurídicas cuja observância será obrigatória pelos órgãos jurisdicionais no julgamento de casos semelhantes.

A construção da teoria dos precedentes no âmbito do sistema jurídico do *common law* evidenciou um prestígio ao caso concreto, desde a formação do precedente judicial, passando pela identificação da *ratio decidendi* e, afinal, para a aplicação da regra jurídica ao caso em julgamento, privilegiando a utilização de uma metodologia decisória de caráter analógico.

O incidente de resolução de demandas repetitivas, no entanto, nos termos do procedimento previsto no Código de Processo Civil de 2015, opera com vistas à abstração do caso concreto, sendo a tese jurídica fixada com lastro em questões jurídicas, porquanto o incidente sequer pode ser instaurado se a repetição cingir a questões fáticas.

Neste sentido, o incidente de demandas repetitivas acaba por distanciar-se, não apenas dos pressupostos da teoria dos precedentes de origem inglesa, mas também da sistemática prevista para o *musterverfahren* do direito alemão, o qual permite a discussão das questões fáticas.

Ao contrário das diretrizes da teoria dos precedentes inglesa, a tese fixada pelo tribunal no IRDR, a qual corresponderia à *ratio decidendi*, somente poderá ser formada com base numa questão jurídica, a partir de uma abstração e um distanciamento intencional do caso concreto.

Além disso, sendo a tese jurídica fixada pelo IRDR formada após o debate de questões unicamente de direito, a aplicação da referida tese a partir de uma metodologia jurídico-decisória pautada pela racionalidade analógica restaria comprometida, porquanto a *ratio decidendi* formar-se-ia através de um distanciamento do caso concreto paradigma.

Há de ser destacado, afinal, que tais considerações não imputam em desprestígio ao incidente de resolução de demandas repetitivas previsto na legislação brasileira. Tão somente reforçam a responsabilidade da comunidade jurídica brasileira de refletir acerca de tais temáticas e formular soluções específicas para a experiência jurídica nacional.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um “incidente de resolução de demandas repetitivas”. **Revista de processo**, São Paulo, v. 196, p.237-273, 2011.
- BORGES, Marcus Vinícius Motter. **O julgamento por amostragem nos recursos especiais repetitivos: celeridade e efetividade da prestação**

- jurisdicional no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2010.
- BRANDÃO, Carla de Jesus; CARDOSO, Juliana Provedel. As duas técnicas de processo coletivo: as ações coletivas e casos repetitivos. **Revista eletrônica de direito processual – REDP**, Rio de Janeiro, v. 17, nº 2, p.76-100, 2016.
- BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Anteprojeto do novo código de processo civil**: comissão de juristas instituída pelo ato do presidente do senado federal nº 379, de 2009, destinada a elaborar o anteprojeto do novo código de processo civil. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010.
- BRASIL. **Código de processo civil : Lei n. 13.105, de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acessado em: 17 de dezembro de 2018.
- BRASIL. **Lei n. 10.259, de julho de 2001**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10259.htm>. Acessado em: 17 de dezembro de 2018.
- BRASIL. **Lei n. 12.016, de agosto de 2009**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm>. Acessado em: 17 de dezembro de 2018.
- BRASIL. **Lei n. 12.153, de dezembro de 2009**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12153.htm>. Acessado em: 17 de dezembro de 2018.
- BRASIL. **Lei n. 13.105, de julho de 2014**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13015.htm>. Acessado em: 17 de dezembro de 2018.
- BRASIL. **Lei n. 8.437, de junho de 1992**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8437.htm>. Acessado em: 17 de dezembro de 2018.
- BUENO, Cassio Scarpinella. As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. **Revista de processo**, São Paulo, v. 82, p.92-151, 1996.
- CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. **Revista de processo**, São Paulo, nº 147, p.123-146, maio/2007.
- CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.

- CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça. **Revista ministério público nova fase**, Porto Alegre, v. 1, nº 18, p.8-26, 1985.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo**: cuatro estudios de derecho comparado. Tradução de Héctor Fix Fierro. México: Porrúa, 1993.
- CAVALCANTI, Marcos de Araújo. A falta de controle judicial da adequação da representatividade no incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). **Revista pensamento jurídico - FADISP**, São Paulo, v. 7, nº 1, p.30-47, 2015.
- CERQUEIRA, Vinícius Nascimento. **Fundamentos da decisão no novo CPC: o Contraditório Forte e os Precedentes**. Jundiaí: Paco Editorial, 2014.
- CRUZ, Sebastião. **Direito romano**, Vol. I: Introdução. Fontes. 4ª edição. Coimbra: DisLivro, 1984.
- DANTAS, Bruno. Comentários ao art. 978. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. (Coords.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.2185.
- 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.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 17ª edição. Salvador: Juspodivm, 2015.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro de. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. Vol. 3. 14ª edição revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2017.
- DURÇO, Karol Araújo; CHEHUEN, Éric da Rocha. O incidente de resolução de demandas repetitivas: uma das propostas centrais do projeto de novo código de processo civil. **Revista eletrônica de direito processual - REDP**, Rio de Janeiro, v. 8, nº 8, p.539-567, julho a dezembro de 2011.
- FACIN, Mônica Forcelini. O incidente de resolução de demandas repetitivas e os princípios constitucionais da isonomia e da segurança jurídica. **Revista jurídica FADEP digital**, Pato Branco, nº 2, p.237-261, 2017.
- FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2003.
- FERREIRA, Ana Conceição Barbuda. Breves considerações sobre o microsistema de precedentes no novo código de processo civil e a necessidade de

- monitoramento de demandas repetitivas. In: MORAES, Vânia Cardoso André de. (Coord.). **As demandas repetitivas e os grandes litigantes: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro**. Brasília: Enfam, 2016, p.168-185.
- FÓRUM PERMANENTE DOS PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciados do VIII encontro do fórum permanente de processualistas civis. **Instituto de Direito Contemporâneo**, 2017. Disponível em <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em: 3 set. 2018.
- GAIO JR., Antônio Pereira. Incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto do novo CPC – breves apontamentos. **Legis augustos**, Rio de Janeiro, v. 4, nº 2, p.1-11, 2013.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução à ciência do direito**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2014.
- LOURENÇO, Haroldo. Precedente judicial como fonte do direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. **Revista da AGU**, Brasília, ano 11, nº 33, p.241-271, jul/set. 2012.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 6ª edição. Salvador: Juspodivm, 2018.
- MATTEI, Claudia; SILVA, Gilson Hugo Rodrigues. A efetividade do processo e as demandas repetitivas. **Ciências sociais aplicadas em revista**, Cascavel, v. 12, n. 23, p.35-54, 2º sem. 2012.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes judiciais e vinculação: instrumentos do stare decisis e prática constitucional brasileira. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 241, p.177-208, jul./set. 2005.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na constituição federal de 1988. **Revista de processo**, São Paulo, v. 16, nº 61, p.187-200, jan./mar. 1991.
- NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 33ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Manual de introdução ao direito**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.
- PEIXOTO, Ravi. **Superação do Precedente e Segurança Jurídica**. 2ª edição. Salvador: JusPodivm, 2016.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A dimensão da garantia do acesso à justiça na jurisdição coletiva. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n.

- 55, 1 mar. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2790>>. Acesso em: 2 set. 2018.
- RADBRUCH, Gustav. **Lo spirito del diritto inglese**. Tradução de Alessandro Baratta. Milão: Giuffrè, 1962.
- RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.
- RODRIGUES, Baltazar José Vasconcelos. Incidente de resolução de demandas repetitivas: especificação de fundamentos teóricos e práticos e análise comparativa entre as regras previstas no projeto do novo código de processo civil e o kapitalanleger-musterverfahrensgesetz do direito alemão. **Revista eletrônica de direito processual – REDP**, Rio de Janeiro, v. 8, nº 8, p.93-108, julho a dezembro de 2011.
- RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. As ações-teste na Alemanha, Inglaterra e legislação brasileira projetada. **Revista eletrônica de direito processual – REDP**, Rio de Janeiro, v. 8, nº VIII, p.905-939, 2011.
- SANTOS, Karinne Emanuela Goettems dos. Litigiosidade e reformas processuais: em busca do processo constitucional adequado. **Revista eletrônica do curso de direito** da UFSM, Santa Maria, v. 10, nº 2, 2015.
- SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Incidente de resolução de demandas repetitivas: tutela coletiva ou padronização o processo? **Revista SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 18, nº 32, p.93-114, dez. 2011.
- SILVA, Maria Coeli Nobre da; LEITE, Maria Ordelânia Torquato. Os precedentes judiciais vinculantes e a perda da centralidade do código no sistema do civil law: a especificidade brasileira. **Revista jurídica luso brasileira**, Lisboa, nº 2, p.1421-1455, 2015.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Curso de introdução do estudo do direito**. Salvador: JusPodivm, 2009.
- TAVARES, Ana Lucia de Lyra. Notas sobre as dimensões do direito constitucional comparado. **Revista brasileira de direito comparado**, Rio de Janeiro, nº 37, p.97-110, 2009.
- TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2017.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

- VICENTE, Dário Moura. O lugar dos sistemas jurídicos lusófonos entre as famílias jurídicas. **Revista brasileira de direito comparado**, Rio de Janeiro, nº 36, p.85-113, 2009.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. **Revista de processo**, São Paulo, v. 172, p. 121-153, 2009.
- ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2ª edição. Salvador: JusPodivm, 2016.
- ZANETI JR., Hermes. Precedentes (treat like cases alike) e o novo código de processo civil; universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da "jurisprudência persuasiva" como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. **Revista de processo**, São Paulo, v. 235, p. 293-349, set. 2014.
- ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; MAZZO, Fernando Henrique Machado. Do movimento de acesso à justiça às preocupações sobre o aumento da litigiosidade em massa. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 10, nº 1, p.77-100, jan./jun. 2015.

Capítulo V

Uma releitura do benefício da justiça gratuita no processo do trabalho à luz da garantia constitucional do acesso à justiça

*Jairo Ramos Sento-Sé**

SUMÁRIO: 1 Objetivo do artigo e metodologia utilizada; 2 As garantias constitucionais do acesso à justiça e da assistência jurídica integral; 3 Distinções necessárias: o acesso à justiça, a justiça gratuita, a assistência judiciária e a assistência jurídica; 4 Impactos da reforma trabalhista no benefício da justiça gratuita; 4.1 Pagamento dos honorários advocatícios; 4.2 Pagamento dos honorários periciais; 4.3 Pagamento de custas processuais na hipótese de ausência injustificada na audiência inicial; 5 Benefício da justiça gratuita: processo civil *versus* processo do trabalho. Releitura da gratuidade no processo laboral; 5.1 No processo civil; 5.2 No processo do trabalho; 6 Diretrizes interpretativas propostas; 7 Posicionamentos aprovados na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho; 8 Posicionamento do Ministério Público do Trabalho – MPT; 9 Contradição legislativa; Conclusões; Referências.

1. OBJETIVO DO ARTIGO E METODOLOGIA UTILIZADA

A finalidade do presente ensaio é investigar as alterações legislativas da Lei 13.467/2017, amplamente conhecida como reforma

(*) Possui Graduação em Direito pela Universidade Federal da Bahia, tendo recebido o diploma de honra ao mérito (lâurea acadêmica). Pós-graduando em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Baiana de Direito. Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Professor de Direito Processual do Trabalho do Brasil Jurídico – Ensino de Alta Performance.

trabalhista, no que diz respeito à gratuidade da justiça, tendo como farol interpretativo as garantias constitucionais do acesso à justiça (art. 5º, XXXV da CF) e da assistência jurídica integral (art. 5º, LXXIV da CF).

A análise da mudança legislativa não será a partir de uma perspectiva ideológica ou política. Pretende-se apresentar a opção interpretativa que reputamos mais coerente a partir do conjunto normativo disponibilizado no ordenamento jurídico. Isso, logicamente, não impede o autor de opinar criticamente, mas garante ao texto uma absoluta imparcialidade política, desvinculada de qualquer posicionamento partidário.

As metodologias utilizadas foram a pesquisa bibliográfica, de cunho dogmático-jurídico, o que demandou a busca de livros e artigos publicados em revistas especializadas. Ademais, a pesquisa também demandou a análise de enunciados editados na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, promovida pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA, e de notas técnicas editadas pelo Ministério Público do Trabalho. Por fim, também foi necessário realizar o estudo comparado entre o arcabouço normativo da gratuidade da justiça no âmbito do Direito Processual Civil e do Direito Processual do Trabalho.

2. AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO ACESSO À JUSTIÇA E DA ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL

O tema relativo ao acesso à justiça é objeto da preocupação do legislador e da doutrina há muito tempo. Como curiosidade histórica, vale destacar que a assistência judiciária na legislação brasileira teve a sua origem nas Ordenações Filipinas¹, que previa o patrocínio gratuito por advogado, nas causas cíveis e criminais, dos “miseráveis e dos que aparecessem indefesos em Juízo”².

-
1. *As Ordenações Filipinas*, embora muito alteradas, constituíram a base do direito português até a promulgação dos sucessivos códigos do século XIX, sendo que muitas disposições tiveram vigência no Brasil até o advento do Código Civil de 1916.
 2. PEIXOTO, Régulo da Cunha. Assistência judiciária – Conceito – Situação atual – Direito Imprescindível. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, 1979, v. 27 m. n.

O acesso à justiça foi tratado de forma profunda nas décadas de 1960 e 1970, tendo como expoente acadêmico o *Projeto Florença*, conduzido por Mauro Cappelletti e Bryant Garth. Eles demonstraram que somente por meio da possibilidade real de acesso ao Judiciário as pessoas poderiam ser tratadas de modo igualitário³.

Como ensina Mauro Cappelletti e Bryant Garth, o “acesso à justiça pode ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”⁴.

No Brasil, o acesso à justiça é um direito fundamental com residência constitucional no art. 5º, XXXV da Constituição Federal⁵.

Fredie Didier e Rafael Alexandria de Oliveira apontam que existem inúmeros fatores que podem representar empecilho para que o cidadão exerça o seu direito de acesso à justiça, tais como a duração do processo, as questões sociais, culturais e psicológicas⁶.

Justamente para evitar que a questão social do Brasil seja uma barreira ao exercício do direito fundamental de acesso à justiça, o Estado teve que garantir ao sujeito carente de recursos os meios necessários para o livre acesso à justiça. Nesse intuito, a Constituição Federal previu, em seu art. 5º, LXXIV, o direito à assistência jurídica integral e gratuita⁷.

22, p. 445-454.

3. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 12.
4. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 12.
5. Art. 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.
6. DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Benefício da Justiça Gratuita: de acordo com novo CPC**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 20.
7. Art. 5º, LXXIV: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Ambas garantias constitucionais mencionadas – acesso à justiça e assistência jurídica integral – estão previstas no nosso Texto Constitucional desde a sua entrada em vigor em 05 de outubro de 1988, isto é, completarão trinta anos de vigência no dia 05 de outubro deste ano, para o orgulho de nós brasileiros.

3. DISTINÇÕES NECESSÁRIAS: O ACESSO À JUSTIÇA, A JUSTIÇA GRATUITA, A ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA E A ASSISTÊNCIA JURÍDICA

Vale destacar que a doutrina costuma confundir os conceitos de:

- a) acesso à justiça;
- b) justiça gratuita (ou gratuidade da justiça, ou ainda gratuidade judiciária);
- c) assistência judiciária;
- d) assistência jurídica.

O motivo reside no manejo indevido feito pela própria legislação, especialmente a Lei 1.060/1950. O CPC acerta, no particular, ao realizar referência exclusiva à “gratuidade da justiça”.⁸ Pontes de Miranda há muito já fazia essa diferenciação.⁹

O *acesso à justiça* é uma garantia constitucional, prevista no art. 5º, XXXV da Constituição Federal¹⁰, que significa

[...] acesso a um processo justo, a uma justiça imparcial, que não só possibilite a participação efetiva e adequada das partes no processo jurisdicional, mas que também permita a efetividade da tutela dos direitos, consideradas as diferentes posições sociais e as específicas situações de direito substancial.¹¹

-
8. DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Benefício da Justiça Gratuita**: de acordo com novo CPC. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 24.
 9. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n. 1 de 1969**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, t. V, p. 642.
 10. Art. 5º, XXXV da Constituição Federal – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.
 11. MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 28.

O *benefício da justiça gratuita*, por sua vez, é a dispensa do adiantamento de despesas processuais, para o qual se exige a tramitação de um processo judicial, o requerimento da parte interessada e o deferimento do juízo perante o qual o processo tramita.¹² É sinônimo de gratuidade da justiça, ou ainda gratuidade judiciária.

A *assistência judiciária* consiste no direito de a parte ser *assistida* gratuitamente por um profissional do Direito, normalmente membro da Defensoria Pública da União, dos Estados ou do Distrito Federal, e que não depende do deferimento do juízo nem mesmo da existência de um processo judicial.¹³

A *assistência jurídica* é uma garantia constitucional, prevista no art. 5º, LXXIV do Texto Constitucional¹⁴, que consiste num conceito mais amplo, que abrange o benefício da justiça gratuita, mas vai além dela, englobando todas as iniciativas do Estado que têm por objetivo promover uma aproximação entre a sociedade e os serviços jurídicos, como as campanhas de conscientização de direitos do consumidor e os serviços jurídicos itinerantes prestados à população carente¹⁵.

O objeto do presente ensaio é o benefício da justiça gratuita, o qual configura-se como um dos elementos indispensáveis para se alcançar o tão desejado acesso à justiça integral.

4. IMPACTOS DA REFORMA TRABALHISTA NO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA

A reforma trabalhista provocou mudanças substanciais na atuação processual do beneficiário da gratuidade, adotando três

12. DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Benefício da Justiça Gratuita**: de acordo com novo CPC. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 24.

13. DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Benefício da Justiça Gratuita**: de acordo com novo CPC. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 24.

14. Art. 5º, LXXIV do Texto Constitucional – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

15. DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Benefício da Justiça Gratuita**: de acordo com novo CPC. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 24.

proibitivas restrições econômicas ao direito de ação do beneficiário da gratuidade na Justiça do Trabalho que, se interpretadas de maneira “literal”, podem inviabilizar o acesso à Justiça do Trabalho.

4.1. Pagamento de honorários advocatícios

Antes da reforma, a previsão normativa dos honorários advocatícios estava nos enunciados 219 e 329 da Súmula do TST. Somente cabia o pagamento de honorários advocatícios em razão da sucumbência se a parte, concomitantemente, *a)* estivesse assistida por sindicato da categoria profissional e *b)* fosse beneficiária da justiça gratuita.

Outras restritas hipóteses de cabimento eram:

- 1) ação rescisória no processo trabalhista;
- 2) nas causas em que o ente sindical figure como substituto processual; e
- 3) nas lides que não derivem da relação de emprego.

Dessa forma, a regra era que o pagamento de honorários advocatícios não decorria da mera sucumbência.

Com a promulgação da Lei 13.467/2017, o art. 791-A, caput e § 4º da CLT passou a prever a condenação, inclusive do beneficiário da gratuidade, em honorários advocatícios sucumbenciais, em caso de sucumbência total ou parcial, sendo o pagamento realizado com os créditos obtidos pela parte em juízo, ainda que em outro processo.

Inexistindo créditos, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

4.2. Pagamento de honorários periciais

Antes da reforma, o beneficiário não respondia pelo pagamento dos honorários periciais, ainda que sucumbisse na pretensão objeto

da perícia, hipótese na qual a União arcava com tais honorários, nos termos do enunciado 457 da Súmula do TST.

Com o advento da Lei 13.467/2017, o art. 790-B, caput e § 4º da CLT estabeleceu que a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que seja beneficiária da gratuidade, sendo o pagamento também realizado com os créditos obtidos pela parte em juízo, ainda que em outro processo. Somente na hipótese de inexistência de créditos, a União responderá pelo pagamento dos honorários periciais.

4.3. Pagamento de custas processuais na hipótese de ausência injustificada na audiência inicial

Com a edição da Lei 13.467/2017, o art. 844, §§ 2º e 3º da CLT determinou a condenação do beneficiário em custas processuais, diante da ausência injustificada à audiência inaugural, salvo se comprovar no prazo de quinze dias que a ausência ocorreu por motivo justificado, sendo este pagamento condição para propositura de nova demanda. Isto é, a reforma pretendeu vincular a admissibilidade de nova demanda ajuizada por beneficiário ao recolhimento destas custas.

5. BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA: PROCESSO CIVIL VERSUS PROCESSO DO TRABALHO. RELEITURA DA GRATUIDADE NO PROCESSO LABORAL

Importante destacar a diferença do tratamento historicamente dispensado à justiça gratuita no processo civil e no processo do trabalho.

Vólia Bomfim Cassar e Leonardo Dias Borges indicam que a forma pela qual a gratuidade se opera no campo processual fica a cargo da política legislativa, portanto o tratamento pode sofrer variações quanto à área processual que se pretende regular. Assim, eles afirmam que “nada impede que para o processo civil haja um tratamento e para o processo do trabalho haja outro”¹⁶.

16. CASSAR, Vólia Bomfim. BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à reforma trabalhista**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 146-147.

5.1. No processo civil

No processo civil, o benefício da justiça gratuita é utilizado como um facilitador de acesso à justiça¹⁷, afastando do beneficiário apenas a responsabilidade provisória de arcar com a antecipação das despesas processuais, quando a parte não tiver recursos financeiros. Não há afastamento da responsabilidade definitiva, isto é, o beneficiário não fica isento do pagamento das custas no final do processo, caso vencido. A gratuidade não isenta o *pagamento* (responsabilidade definitiva), apenas dispensa o *adiantamento* (responsabilidade provisória).

Fredie Didier e Rafael Alexandria de Oliveira ensinam que a gratuidade atua apenas no âmbito da responsabilidade provisória pelo custeio do processo, é dizer, dispensa o adiantamento das despesas processuais, mas não afasta a responsabilidade definitiva, razão pela qual, se o beneficiário for vencido, deve responder pelos deveres decorrentes da sucumbência¹⁸.

Embora já fosse assim desde a Lei n. 1.060/1950¹⁹, o CPC tem o mérito de afastar qualquer tipo de dúvida, ao prever expressamente no seu §2º do art. 98²⁰. A satisfação do direito aos valores decorrentes da sucumbência, no entanto, fica sujeita à demonstração de que o beneficiário já não é mais carente de recursos, como prevê o §3º do art. 98 do CPC²¹. Assim, precisa o credor provar que a situação de

-
17. NERY JR., Nelson. Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 473.
 18. DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Benefício da Justiça Gratuita**: de acordo com novo CPC. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 99.
 19. A Lei n. 1.060/1950, norma geral que disciplinava a concessão de assistência judiciária aos necessitados, em seu art. 12, dispunha que a parte beneficiada pela isenção do pagamento das custas somente seria obrigada a pagá-las se esse pagamento não causasse prejuízo ao sustento próprio ou da família, ficando a obrigação prescrita se no prazo de 5 (cinco) anos o beneficiário não tiver condições de pagar.
 20. Art. 98, § 2o do CPC: A concessão de gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência.
 21. Art. 98, § 3o do CPC: Vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser

insuficiência de recursos que motivara o deferimento do benefício já não mais existe²².

Fredie Didier e Rafael Alexandria de Oliveira lecionam, *in verbis*:

O juiz deve condenar o beneficiário vencido ao pagamento de despesas e honorários, fixando-os normalmente. A obrigação que aí é certificada sujeita-se a uma condição e a um termo que decorrem da lei: sua exigibilidade fica automaticamente suspensa até que sobrevenha a demonstração da mudança de cenário financeiro (condição suspensiva); se isso não ocorrer em cinco anos, a obrigação se extingue (termo resolutivo)²³.

Logo, no processo civil é crucial distinguir a *responsabilidade* do beneficiário de pagar as obrigações decorrentes de sua sucumbência da *exigibilidade* do referido pagamento. Caso vencido, o beneficiário terá responsabilidade definitiva, é dizer, deve responder pelos deveres decorrentes da sucumbência. Todavia, a exigibilidade fica suspensa enquanto perdure o quadro de insuficiência econômica do beneficiário. Desse modo, a obrigação somente poderá ser executada se, em cinco anos, o credor demonstrar que houve mudança na conjuntura financeira, extinguindo-se, passado esse prazo, a obrigação do beneficiário, nos termos do art. 98, § 3º do CPC.

5.2. No processo do trabalho

No processo do trabalho, por sua vez, o benefício da justiça gratuita sempre foi visto como isenção do pagamento das custas processuais, como expressamente declina o art. 790-A, *caput*, da CLT. Na Justiça do Trabalho, não se impõe a antecipação de custas processuais, sendo exigidas somente depois do trânsito em julgado, conforme art.

executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

22. DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Benefício da Justiça Gratuita**: de acordo com novo CPC. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 99.

23. DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Benefício da Justiça Gratuita**: de acordo com novo CPC. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 100.

789, § 1º da CLT, o que significa que o acesso à Justiça Laboral é gratuito, seja para o empregado, seja para o empregador. Desse modo, historicamente, o beneficiário da justiça gratuita ficava isento de pagar as despesas processuais²⁴.

A Lei n. 1.060/1950, norma geral que disciplinava o assunto, em seu art. 12²⁵, dispunha que a parte beneficiada pela isenção do pagamento das custas somente seria obrigada a pagá-las se esse pagamento não causasse prejuízo ao sustento próprio ou da família, ficando a obrigação prescrita se no prazo de 5 (cinco) anos o beneficiário não tivesse condições de pagar.

Embora houvesse tal previsão, no art. 12 da Lei n. 1.060/1950, de executar a obrigação do beneficiário caso ele adquirisse suficiência econômica para satisfazê-la, ela não era aplicada no processo do trabalho, pois, historicamente, consolidou-se a ideia de que o benefício da justiça gratuita concedia a completa isenção de pagamento das despesas processuais, nos termos do art. 790-A da CLT²⁶.

Nesse sentido, José Augusto Rodrigues Pinto, em livro de 2005, leciona:

-
24. MIESSA, Elisson. **Processo do Trabalho**. 15. Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 361.
 25. Art. 12 da Lei n. 1.060/1950: A parte beneficiada pela isenção do pagamento das custas ficará obrigada a pagá-las, desde que possa fazê-lo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, se dentro de cinco anos, a contar da sentença final, o assistido não puder satisfazer tal pagamento, a obrigação ficará prescrita.
 26. Ressalve-se que algumas vozes minoritárias defendiam a tese de que havia espaço para a aplicação complementar da Lei 1.060/1950. Elas argumentavam que não se deveria falar em completa isenção de encargos aos beneficiários que saíssem sucumbentes, mas na possibilidade de, no prazo de cinco anos e restabelecendo a saúde financeira, retomar-se a execução com a persecução dos valores das despesas processuais. Essa era a posição pessoal de André Araújo Molina, conforme se pode conferir na sentença proferida nos autos n. 0000542-84.2014.5.23.0091, de 27.01.2016, do TRT da 23ª Região (www.trt23.jus.br). MOLINA, André Araújo. Justiça gratuita. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães. TREVISÓ, Marco Aurélio Marsiglia Trevisó. FONTES, Saulo Tarcísio de Carvalho. (organizadores). **Reforma trabalhista: visão, compreensão e crítica**. São Paulo: LTr, 2017, p. 225-233.

Justiça Gratuita é a concessão legal, à parte que não dispõe de recursos financeiros para prover as despesas obrigatórias do processo, de litigar com dispensa do respectivo encargo²⁷.

Nessa linha, Rodolfo Pamplona e Tercio Souza, em livro de 2013, ensinam, *in verbis*:

O benefício da justiça gratuita exonera o devedor do pagamento das custas, dado o seu estado de miserabilidade²⁸.

Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado afirmam, em livro de 2017, que “a justiça gratuita corresponde a garantia da graciosidade dos atos judiciais”.²⁹ Na mesma direção, Mauro Schiavi, em livro de 2017, também refere que “a justiça gratuita é o direito à gratuidade de taxas judiciárias, custas, emolumentos, honorários de perito, despesas com editais e outras”³⁰.

Carlos Henrique Bezerra Leite também registra que o benefício da justiça gratuita implica a isenção do pagamento de despesas processuais³¹. Manoel Antonio Teixeira Filho também aponta que justiça gratuita significa a isenção das despesas processuais, tais como: custas, emolumentos e outras³². Elisson Miessa também refere que o benefício consiste na possibilidade de a parte postular em juízo sem precisar arcar com as despesas do processo³³.

-
27. RODRIGUES PINTO, José Augusto. **Processo trabalhista de conhecimento**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 304.
 28. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. SOUZA, Tercio. **Curso de direito processual do trabalho**. 1. Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 244.
 29. DELGADO, Mauricio Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017, p. 324.
 30. SCHIAVI, Mauro. **A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da Lei n. 13.467/2017**. 1 ed. São Paulo: LTr Editora, 2017, p. 80.
 31. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 369.
 32. TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **O processo do trabalho e a reforma trabalhista: as alterações introduzidas no processo do trabalho pela Lei n. 13.467**. São Paulo: LTr, 2017, p. 75.
 33. MIESSA, Elisson. **Processo do Trabalho**. 15. Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 356.

Como explicado no tópico anterior, a Lei 13.467/2017 criou nova sistemática para o pagamento das despesas processuais pelo beneficiário da justiça gratuita na seara trabalhista, com relação aos honorários advocatícios, periciais e custas.

A reforma não apenas impôs a responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios e periciais. Ela foi além. A reforma autorizou o uso de créditos trabalhistas auferidos pelo demandante beneficiário da justiça gratuita para pagar os referidos honorários. Nem a legislação processual civil admite isso.

Ademais, a reforma não apenas impôs a responsabilidade pelo pagamento das custas processuais na hipótese do beneficiário não comparecer na audiência inaugural. Ela foi além. A reforma condicionou a propositura de nova reclamação ao pagamento das custas, pelo beneficiário, relativas ao processo anterior. Nem a legislação processual civil admite isso.

Diante do quadro exposto, verifica-se que a reforma reduziu a extensão dos benefícios da justiça gratuita no campo laboral, o que impõe aos estudiosos a necessidade de repensar o instituto. Algumas reflexões tornam-se necessárias: no processo do trabalho, o benefício deixou de representar isenção das despesas processuais? Com o advento da reforma, o benefício passou a conceder apenas a dispensa provisória da responsabilidade?

Essas indagações merecem reflexão. De todo modo, é essencial que o processo do trabalho “importe” o raciocínio aplicado ao processo civil relativo à diferença entre a *responsabilidade* do beneficiário pelas obrigações decorrentes de sua sucumbência e a *exigibilidade* das referidas obrigações.

A nosso juízo, nada impede que o beneficiário, no processo do trabalho, seja responsabilizado pelo pagamento de custas, honorários periciais e advocatícios. Todavia, o beneficiário não pode ser obrigado a pagá-los com sacrifício do sustento próprio ou da família³⁴, razão

34. Conforme entendimento já externado em voto proferido pelo Ministro Luis Roberto Barroso no RE 284.729, de relatoria do Ministro Edson Fachin. Pleno. Julgamento em 09/12/2015. DJe 093, publicado em 10/05/2016.

pela qual a condenação pode ocorrer, mas a exigibilidade das obrigações deverá ficar suspensa.

Desse modo, é razoável defender que, com o advento da reforma trabalhista, o benefício da justiça gratuita, no processo laboral, não mais representa isenção do pagamento de custas, honorários advocatícios e periciais, mas, sim, desobrigação de pagá-los enquanto perdurar o estado de carência econômica³⁵.

Isto é, a concessão do benefício da justiça gratuita passa a atuar na modalidade dos custos provisórios do processo, dispensando o sujeito da antecipação das despesas, mas não o imuniza da condenação ao final, após o trânsito em julgado, quando vencido.

Sucedem que não se pode admitir, como a Lei 13.467/2017 pretende, a exigibilidade imediata das obrigações de pagar despesas processuais independentemente da cessação da situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade. E essa ideia não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro. Como explicado, ela vige há cinquenta e oito anos, nos termos do art. 12 da Lei n. 1.060/1950, hoje incorporada pelo §3º do art. 98 do CPC.

6. DIRETRIZES INTERPRETATIVAS PROPOSTAS

Defendemos a necessidade de “importar” o raciocínio já consolidado no processo civil, vigente desde a Lei n. 1.060/1950, para conferir a adequada interpretação às inovações legislativas.

O benefício da justiça gratuita, no processo do trabalho, é historicamente encarado como isenção do pagamento das despesas processuais. Sucedem que a reforma também reduziu a extensão dos

35. Na mesma linha, ROCHA, Andréa Presas. Honorários de sucumbência. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo. LUDWIG, Guilherme Guimarães. VALE, Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do. (coord.), *Interpretação e Aplicação da Reforma Trabalhista no Direito Brasileiro*. São Paulo: LTr, 2018; MIZIARA, Raphael. *Condenação do beneficiário da justiça gratuita em custas, honorários periciais e advocatícios sucumbenciais na CLT reformada*. Disponível em: <http://ostrabalhistas.com.br/condenacao-do-beneficiario-da-justica-gratuita-em-custas-honorarios-periciais-e-advocaticios-sucumbenciais-na-clt-reformada/> (acesso em 20/01/2018).

benefícios da justiça gratuita no campo laboral, o que impõe aos estudiosos a necessidade de repensar o instituto.

Argumentamos que, com o advento da reforma, o benefício da justiça gratuita não mais representa isenção do pagamento de custas, honorários advocatícios e periciais, mas, sim, desobrigação de pagá-los enquanto perdurar o estado de carência econômica. É o raciocínio consolidado no processo civil desde a Lei n. 1.060/1950.

Em outras palavras, a partir da reforma, a concessão do benefício da justiça gratuita passa a atuar na modalidade dos custos provisórios do processo, dispensando o sujeito da antecipação das despesas, mas não o imuniza da condenação ao final, após o trânsito em julgado, quando vencido.

Assim, nada impede que o beneficiário, no processo do trabalho, seja responsabilizado pelo pagamento de despesas processuais. Todavia, o beneficiário não pode ser obrigado a pagá-los com sacrifício do sustento próprio ou da família. Assim, a condenação pode ocorrer, mas a exigibilidade das obrigações deverá ficar suspensa. Portanto, não se pode admitir, como a Lei 13.467/2017 pretende, a exigibilidade imediata das obrigações de pagar despesas processuais independentemente da cessação da situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade.

Com relação aos honorários advocatícios em razão da mera sucumbência, é necessário realizar a compatibilização entre a norma do §4º do art. 791-A da CLT com as normas dos §§2º e 3º do art. 98 do CPC, de maneira que, caso vencido, haverá responsabilidade do beneficiário de pagar os honorários ao advogado da parte vencedora, porém tal responsabilidade deve ficar suspensa, somente podendo o credor executar os honorários se, nos 2 (dois) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que certificou a obrigação de pagar, demonstrar que houve mudança no quadro econômico do beneficiário, extinguindo-se, passado esse prazo (dois anos), a responsabilidade do beneficiário pelos honorários advocatícios sucumbenciais (art. 98, §3º, da CLT).

Como consequência lógica, se a exigibilidade da obrigação está suspensa, não é possível realizar o desconto dos créditos obtidos em juízo pelo beneficiário, ainda que em outro processo, para pagar os honorários advocatícios, caso permaneça a situação de vulnerabilidade financeira.

Com relação aos honorários periciais, também é preciso realizar a compatibilização entre a norma do *caput* e §4º do art. 790-B da CLT com as normas dos §§2º e 3º do art. 98 do CPC. O beneficiário da justiça gratuita pode, caso sucumbente no pedido objeto da perícia, ser responsabilizado pelo pagamento dos honorários periciais, em consonância com o §2º do art. 98 do CPC, mas a exigibilidade do pagamento fica suspensa, somente podendo ser executada nos 5 (cinco) anos subsequentes se o credor conseguir demonstrar que não mais existe a condição de insuficiência econômica que justificou a concessão da gratuidade, nos termos do §3º do art. 98 do CPC.

Como consequência lógica, esse entendimento afasta a interpretação literal do §4º do art. 790-B da CLT, impossibilitando o “desconto” de valores obtidos em juízo pelo beneficiário para pagar honorários periciais enquanto persistir a insuficiência financeira.

Como o perito exerce um trabalho, ele merece ser remunerado por isso, não podendo ficar à mercê de eventual melhora da condição econômica do beneficiário para receber sua retribuição pecuniária. Por isso, propomos a aplicação supletiva ao processo do trabalho do art. 95, §3º do CPC, que prevê que, quando o pagamento da perícia for de responsabilidade de beneficiário, a perícia poderá ser:

- 1) custeada com recursos alocados no orçamento do ente público e realizada por servidor do Poder Judiciário ou por órgão público conveniado;
- 2) paga com recursos alocados no orçamento da União, no caso de ser realizada por particular³⁶.

36. Art. 95, § 3o do CPC: Quando o pagamento da perícia for de responsabilidade de beneficiário de gratuidade da justiça, ela poderá ser:

I - custeada com recursos alocados no orçamento do ente público e realizada por servidor do Poder Judiciário ou por órgão público conveniado;

O enunciado 457 da Súmula do TST também deve ser enfrentado à luz do art. 98, §3º do CPC, de maneira que a União pagará os honorários do perito quando a parte sucumbente no objeto da perícia for beneficiária, mas poderá cobrar esses valores do beneficiário (que é, efetivamente, quem tem responsabilidade), se demonstrar, no prazo de 5 (cinco) anos, que cessou o cenário de insuficiência econômica do beneficiário. Passado esse prazo, extinguir-se-á tais obrigações do beneficiário.

Com relação ao pagamento de custas processuais, também é necessário, mais uma vez, que os §§2º e 3º do art. 844 da CLT sejam interpretados conjuntamente com os §§2º e 3º do art. 98 do CPC.

O beneficiário ausente injustificadamente à audiência do art. 844 da CLT pode, efetivamente, ser responsabilizado pelo pagamento das custas, em consonância com o §2º do art. 98 do CPC, mas desde que a exigibilidade do pagamento fique suspensa enquanto permanecer a insuficiência financeira, nos termos do §3º do art. 98 do CPC.

Como consequência lógica, enquanto persistir a insuficiência econômica, não se pode executar a despesa processual, muito menos se pode vincular a propositura de nova demanda ao recolhimento das referidas custas.

Ademais, vale frisar que o reclamante, quando beneficiário, não tem uma “liberação” de faltar à audiência inicial sem nenhuma consequência, pois o ordenamento jurídico prevê duas outras formas de combate à ausência injustificada.

A primeira delas é a pena de preempção, isto é, a perda do direito de reclamar perante a Justiça do Trabalho pelo prazo de seis meses, se:

II – paga com recursos alocados no orçamento da União, do Estado ou do Distrito Federal, no caso de ser realizada por particular, hipótese em que o valor será fixado conforme tabela do tribunal respectivo ou, em caso de sua omissão, do Conselho Nacional de Justiça.

- a) o reclamante apresenta reclamação verbal ao distribuidor, porém não se apresenta, no prazo de 5 (cinco) dias, ao juízo para reduzi-la a termo, nos termos do art. 731 da CLT³⁷;
- b) o reclamante, por 2 (duas) vezes seguidas, der causa ao arquivamento pelo não comparecimento à audiência inaugural, conforme estabelece o art. 732 da CLT³⁸.

A segunda é a responsabilidade por dano processual, que estabelece sanção legal específica para coibir eventual abuso processual cometido pelas partes³⁹.

7. POSICIONAMENTOS APROVADOS NA 2ª JORNADA DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL DO TRABALHO

Os enunciados aprovados na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, promovida pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA, não têm efeito vinculante, razão pela qual os juízes não são obrigados a aplicá-los.

O Enunciado nº 100, a seguir transcrito, defende a tese de inconstitucionalidade da previsão de utilização dos créditos trabalhistas obtidos em juízo para o pagamento de despesas do beneficiário da justiça gratuita com honorários advocatícios ou periciais:

-
37. Art. 731 da CLT: Aquele que, tendo apresentado ao distribuidor reclamação verbal, não se apresentar, no prazo estabelecido no parágrafo único do art. 786, à Junta ou Juízo para fazê-lo tomar por termo, incorrerá na pena de perda, pelo prazo de 6 (seis) meses, do direito de reclamar perante a Justiça do Trabalho.
 38. Artigo 732 da CLT: Art. 732 – Na mesma pena do artigo anterior incorrerá o reclamante que, por 2 (duas) vezes seguidas, der causa ao arquivamento de que trata o art. 844.
 39. DOMINGUES, Gustavo Magalhães de Paula Gonçalves. MORENO, Jonas Ratier. A desnaturação do sistema de gratuidade judiciária trabalhista: inconstitucionalidades e inconveniências da Lei 13.467 de 13 de julho de 2017. In: COSTA, Ângelo Fabiano Farias da. MONTEIRO, Ana Cláudia Rodrigues Bandeira. BELTRAMELLI NETO, Silvio. **Reforma trabalhista na visão de Procuradores do Trabalho**. v. 1, n. 1. Editora Juspodivm. 2018, p. 606.

Enunciado 100 – HONORÁRIOS E ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA – É inconstitucional a previsão de utilização dos créditos trabalhistas reconhecidos em juízo para o pagamento de despesas do beneficiário da justiça gratuita com honorários advocatícios ou periciais (artigos 791-A, § 4º, e 790-B, § 4º, da CLT, com a redação dada pela lei nº 13.467/2017), por ferir os direitos fundamentais à assistência judiciária gratuita e integral, prestada pelo estado, e à proteção do salário (artigos 5º, LXXIV, e 7º, X, da Constituição Federal)⁴⁰.

O Enunciado nº 103, aprovado na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, a seguir transcrito, sustenta a tese de inconstitucionalidade da exigência de cobrança de custas de processo arquivado como pressuposto de novo ajuizamento:

Enunciado 103 – ACESSO À JUSTIÇA. ART. 844, § 2º E § 3º, DA CLT. INCONSTITUCIONALIDADE – Viola o princípio de acesso à justiça a exigência de cobrança de custas de processo arquivado como pressuposto de novo ajuizamento. O princípio do acesso à justiça é uma das razões da própria existência da justiça do trabalho, o que impede a aplicação dessas regras, inclusive sob pena de esvaziar o conceito de gratuidade da justiça⁴¹.

Os aludidos entendimentos podem não espelhar o pensamento unânime dos juristas que atuam na seara laboral, mas refletem a interpretação de parcela significativa, posto que aprovados pelos presentes na Jornada.

8. POSICIONAMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO – MPT

O Ministério Público do Trabalho editou 8 (oito) notas técnicas tratando sobre a reforma trabalhista, sendo que 3 (três) delas versam sobre o tema abordado.

40. Para conferir a ementa e o inteiro teor da tese, visitar o site da ANAMATRA. Link: <http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis2.asp?ComissaoSel=7>. Acesso em 14/02/2018.

41. Para conferir a ementa e o inteiro teor da tese, visitar o site da ANAMATRA. Link: <http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis2.asp?ComissaoSel=7> Acesso em 14/02/2018.

A nota técnica nº 05, de 17 de abril de 2017⁴², bem como a nota técnica nº 07, de 09 de maio de 2017⁴³, ambas editadas pela Secretaria de Relações Institucionais do Ministério Público do Trabalho (MPT) dispõem que:

Há diversas proposições que dificultam e encarecem a tutela jurisdicional ao trabalhador, dificultando-lhe o acesso à Justiça. Como exemplo, apontamos a previsão de responsabilização do trabalhador em honorários de sucumbência, mesmo se beneficiário da justiça gratuita (art. 791-A da CLT).

É um sistema perverso que tende a inviabilizar o ajuizamento de ações trabalhistas, mesmo quando o trabalhador tenha sido lesado no curso do contrato de trabalho.

No mesmo sentido, a nota técnica nº 08, de 26 de junho de 2017⁴⁴, editada pela Secretaria de Relações Institucionais do Ministério Público do Trabalho (MPT) estabelece que:

Honorários advocatícios. A inconstitucionalidade do § 4º do art. 791, previsto na proposta de lei, também é evidente, que imputa ao trabalhador beneficiário de justiça gratuita o pagamento de despesas processuais com créditos obtidos em outro processo judicial, sem considerar a possibilidade que tais créditos se revistam de caráter salarial, constituindo verba indispensável à sua manutenção e de sua família. Tais disposições devem ser excluídas, portanto, da proposição, porque viciadas de irremediável inconstitucionalidade.

Honorários periciais. Também inconstitucional é a norma do art. 790-B, previstas no projeto de lei, que imputam ao

42. Para ter acesso ao inteiro teor da referida nota técnica n. 05, visitar o link no site do MPT: file:///C:/Users/JAIROS~1/AppData/Local/Temp/notatecnica_76-2017.pdf Acesso em 18/02/2018.

43. Para ter acesso ao inteiro teor da referida nota técnica n. 07, visitar o link no site do MPT: http://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/6e18cf0c-941b-437e-8557-f7554daae5b4/notatecnica07.pdf?MOD=AJPERES&CVID=INvhrzL Acesso em 18/02/2018.

44. Para ter acesso ao inteiro teor da referida nota técnica n. 08, visitar o link no site do MPT: http://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/57252083-c735-480a-a96c-2bc076fd28e7/Nota+T%C3%A9cnica+n%C2%BA+08.2017.pdf?MOD=AJPERES&CVID=ISqbp9q Acesso em 18/02/2018.

trabalhador o pagamento de honorários periciais, ainda quando beneficiário de justiça gratuita. As normas violam direito fundamental à gratuidade judiciária aos que comprovem a insuficiência de recursos para o pagamento das despesas do processo, previsto no art. 5º, LXXIV, da Constituição.

Ao determinar o pagamento de honorários periciais pelo demandante sucumbente, mesmo quando beneficiário de justiça gratuita, sempre que obtiver na lide trabalhista crédito suficiente para tanto, ainda que em outro processo, o art. 790-B despreza a possível natureza alimentar do crédito auferido, voltado à satisfação das necessidades básicas do trabalhador e de sua família (CF/1988, art. 7º, IV), o que enseja, inclusive, a criminalização constitucional da retenção salarial dolosa (art. 7º, X).

Custas processuais. Também inconstitucionais são as normas dos §2º e 3º do art. 844, previstas no projeto de lei, que imputam ao trabalhador o pagamento de custas processuais, ainda quando beneficiário de justiça gratuita:

Ao penalizar o trabalhador demandante, ausente à audiência, com o pagamento de custas processuais, mesmo quando beneficiário de justiça gratuita, a norma do art. 844, § 2º, viola direito fundamental à gratuidade judiciária aos que comprovem a insuficiência de recursos para o pagamento das despesas do processo, previsto no art. 5º, LXXIV, da Constituição.

Eis o posicionamento institucional do MPT, que pode não espelhar o pensamento de todos os Procuradores do Trabalho individualmente considerados, mas expressa o entendimento da instituição.

9. CONTRADIÇÃO LEGISLATIVA

no dia 9 de maio de 2018, foi publicada a Lei 13.660/2018, que dispõe sobre o pagamento dos honorários de intérprete judicial. Frise-se: a publicação desta Lei ocorreu menos de cinco meses após entrada em vigor da Lei 13.467/2017 – maior símbolo da reforma trabalhista.

Antes da referida Lei, as despesas decorrentes do intérprete judicial corriam por conta da parte a que interessar o depoimento. Todavia, a Lei 13.360/18 alterou a norma do §2º do art. 819 da CLT para dispor que as despesas decorrentes do intérprete judicial correrão

por conta da parte sucumbente. Sucede que, neste caso, a norma res-salvou expressamente a parte beneficiária de justiça gratuita, veja-mos:

Art. 819, §2º da CLT: “As despesas decorrentes do disposto neste artigo correrão por conta da parte sucumbente, salvo se beneficiária de justiça gratuita”.

Paradoxalmente, neste caso dos honorários do intérprete judicial, o legislador voltou a tratar a gratuidade da justiça como isenção do pagamento da despesa processual, diferentemente do tratamento dispensado aos honorários advocatícios sucumbenciais (art. 791-A, caput e § 4º da CLT), honorários periciais (art. 790-B, caput e § 4º da CLT) e custas processuais (art. 844, §§ 2º e 3º da CLT), em que pese a diferença temporal entre ambas as Leis tenha sido de menos de cinco meses. Dessa maneira, verifica-se efetiva incoerência legislativa.

CONCLUSÃO

Diante de tudo que foi exposto, é possível apresentar as seguintes conclusões, sem prejuízo de demais ilações já expostas ao longo do texto:

- a) Uma interpretação literal dos arts. 790, 790-B, 791-A e 844 da CLT, modificados pela reforma trabalhista, leva a crer que houve restrição do enquadramento da pessoa como beneficiária da justiça gratuita e das prerrogativas conferidas aos beneficiários.
- b) É preciso “importar” o raciocínio do processo civil, acerca da gratuidade, para conferir a adequada interpretação às inovações legislativas, o que gera verdadeira releitura do instituto. Ele não mais representa isenção do pagamento das despesas processuais, mas sim desobrigação de pagá-los enquanto perdurar o estado de carência econômica.
- c) Dessa forma, é possível conferir interpretação constitucional às alterações da Lei 13.467/2017 aqui estudadas, de maneira que nada impede que o beneficiário seja responsabilizado pelo pagamento de despesas processuais. Todavia, a exigibilidade

das obrigações deverá ficar suspensa enquanto permanecer o cenário de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O direito à assistência jurídica. **Revista de Direito da Defensoria Pública do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, ano 4, n. 5, 1991.
- CASSAR, Vólia Bomfim. BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à reforma trabalhista**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.
- DELGADO, Mauricio Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017.
- DIDIER, Fredie Jr. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Benefício da Justiça Gratuita: de acordo com novo CPC**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 28.
- MIESSA, Elisson. **Processo do Trabalho**. 15. Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.
- MELEK, Marlos Augusto. **Trabalhista! O que mudou? Reforma Trabalhista 2017**. Curitiba, Estudo Imediato Editora, 2017.
- MOLINA, André Araújo. Justiça gratuita. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães. TREVISIO, Marco Aurélio Marsiglia Treviso. FONTES, Saulo Tarcísio de Carvalho. (organizadores). **Reforma trabalhista: visão, compreensão e crítica**. São Paulo: LTr, 2017, p. 225-233.
- OLIVEIRA, Francisco Antônio de. **Reforma Trabalhista: comentários à Lei n. 13.467 de 13 de julho de 2017**. 1ª edição. São Paulo: LTr, 2017.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo. SOUZA, Tercio. **Curso de direito processual do trabalho**. 1. Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- ROCHA, Andréa Presas. Honorários de sucumbência. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo. LUDWIG, Guilherme Guimarães. VALE, Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do. (coord.). **Interpretação e Aplicação da Reforma Trabalhista no Direito Brasileiro**. São Paulo: LTr, 2018.

- RODRIGUES PINTO, José Augusto. **Processo trabalhista de conhecimento**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 304.
- SCHIAVI, Mauro. **A reforma trabalhista e o processo do trabalho**: aspectos processuais da Lei n. 13.467/2017. 1 ed. São Paulo: LTr Editora, 2017, p. 98.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. Aspectos (in)constitucionais da reforma trabalhista: o acesso ao Poder Judiciário. In: COSTA, Ângelo Fabiano Farias da. MONTEIRO, Ana Cláudia Rodrigues Bandeira. BELTRAMELLI NETO, Silvio. **Reforma trabalhista na visão de Procuradores do Trabalho**. v. 1, n. 1. Editora Juspodivm. 2018, p. 554-555.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Prática processual trabalhista: possíveis efeitos da Lei n. 13.467/2017. In: <https://www.jorgesoutomaior.com/blog/pratica-processual-trabalhista-possiveis-efeitos-da-lei-n-1346717> Acesso em 10/02/2018.
- SOUZA, Tercio Roberto Peixoto. **Do (não) pagamento de honorários periciais na Reforma Trabalhista: da adequada interpretação do art. 790-B da CLT**. In: <https://terciosouza.jusbrasil.com.br/artigos/520265562/do-nao-pagamento-de-honorarios-periciais-na-reforma-trabalhista/> amp (acesso em 02/02/2018).
- WATANABE, Kazuo. **Acesso à Justiça e sociedade Moderna; in** Participação e processo, São Paulo, Ed. RT, 1988.

Capítulo VI

O direito fundamental à prova e a atividade valorativa do juiz no CPC/2015

*João Francisco Liberato de Mattos Carvalho Filho**

SUMÁRIO: Considerações iniciais; 1 Direito fundamental à prova: tratamento constitucional; 2 Limites à valoração das provas; 2.1 Dever de fundamentação; 2.2 Dever de fundamentação na valoração das provas; Conclusão; Referências.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

na redação do art. 371 do CPC/2015¹, consta que “o juiz apreciará a prova constante dos autos”. Comparativamente em relação ao diploma de 1973, que em seu art. 131² dispunha ser *livre* a apreciação das provas pelo juiz, uma análise precipitada, adstrita ao prisma sintático da linguagem, chega à conclusão de que a novel codificação processual civil modificou o critério de apreciação e, conseqüentemente, valoração do arcabouço probatório pelo julgador.

(*) Mestre em direito público pela UFBA. Advogado. Professor de processo civil da Uniruy Wyden – Bahia.

1. Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.
2. 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 decisão, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Todavia, a interpretação sistemática, seja pelo confronto com a tutela constitucional do processo, seja pela análise do próprio CPC/2015 em seu todo, questiona a mudança paradigmática dora-vante mencionada, especialmente se comparada a apreciação probatória com o dever de fundamentação das decisões judiciais, previsto no artigo 93, IX, da Constituição Federal, somado aos artigos 371 e 489, §1º do atual CPC, o qual elenca, objetivamente, os critérios de fundamentação das sentenças, reduzindo, com isso, em verdade, a discricionariedade do juiz ao proferir tais decisões.

Analogamente, o mesmo tratamento objetivo poderia ser conferido à valoração das provas, dada sua importância à concretização de um processo devido, nos moldes constitucionais. A título de exemplo, não foi acolhido no novo código o sistema de prova legal³ como regra geral – a despeito de remanescerem hipóteses nesse sentido, o que pode levar a crer, em termos práticos, que se tem por mantida a concessão de amplos e livres poderes instrutórios ao Estado-juiz, tal como na égide do CPC/73. Contudo, tampouco haveria que se falar no sistema de livre convencimento puro. A inclusão de tarefa no sistema de valoração serviria de amparo ao dever de fundamentação das decisões e, com isso, estaria a serviço do princípio da máxima efetividade da cláusula do devido processo legal, positivado na Constituição de 1988 em seu artigo 5º, LIV, e demais incisos que lhe são corolários.

Assim, o presente artigo tem como tema e sua delimitação o sistema de valoração das provas no atual CPC e sua conformação ao dever de fundamentação das decisões, e traz os seguintes problemas: o tratamento legal, trazido pelo CPC/2015 revelou-se adequado ao sistema processual vigente quanto à valoração das provas e sua função no dever de fundamentação das decisões judiciais? Este atual sistema de apreciação das provas revela-se mais condizente com as disposições constitucionais em matéria de processo, os quais, dentre

3. O sistema da prova legal é aquele onde o legislador atribui valor à determinadas provas, impondo àquelas o que se convencionou chamar de tarifamento de provas. (BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR., OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2015; SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no Cível e Comercial**, v. 1, Saraiva).

outros, encontra-se o próprio direito fundamental à produção probatória, somado ao tratamento objetivo do dever de fundamentação das decisões esculpido no artigo 93, IX, da Constituição Federal pelo CPC/2015? O art. 489, §1º é o parâmetro para se averiguar que uma decisão que verse sobre valoração de determinada (s) prova (s) pode ser considerada motivada?

O objetivo deste trabalho é abordar a importância do direito à prova no processo, sua natureza de direito fundamental perante a tutela constitucional do processo, mormente no tocante à cláusula do devido processo legal e ao dever de fundamentação do órgão jurisdicional, e o tratamento infraconstitucional, trazido pelo CPC/2015, no que diz respeito à apreciação das provas pelo julgador.

Para tanto, utilizou-se o método comparativo, mediante análise das normas constitucionais, infraconstitucionais (CPC 1973 e 2015) e princípios que regem a matéria, somado ao tratamento doutrinário conferido ao instituto em exame.

1. DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA: TRATAMENTO CONSTITUCIONAL

O direito à prova, no ordenamento jurídico brasileiro, decorre da Constituição Federal de 1988⁴, com os devidos desdobramentos na codificação processual em vigor. Trata-se de direito fundamental, intimamente ligado ao princípio do contraditório na sua dimensão substancial⁵.

A conhecida noção de prova como instrumento que possibilita a demonstração do fato jurídico que é fonte da qual se irradia o direito

4. De forma intrínseca, no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, que dispõe: “são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. (MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi. Ônus da prova e sua dinâmica, 2ª ed. Salvador: juspodium, 2016.)

5. Nas linhas de Fredie Didier: Há, porém, ainda, a dimensão substancial do princípio do contraditório. “Trata-se de poder de influência”. (DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 79, apud MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas de processo civil**, p. 258-259.

ou da qual promanam efeitos jurídicos, relaciona-se com o desempenho da própria função jurisdicional, em que a prova e os demais institutos fundamentais do direito processual civil só podem ser adequadamente compreendidos à luz do modelo de jurisdição delineado pela Constituição, em face da superioridade hierárquica e aspecto fundante da Lei Fundamental⁶.

Wilson Alves de Souza neste particular, salienta que o contraditório e a ampla defesa têm como fundamento o dever do juiz de garantir às partes oportunidades de manifestação e apresentação de provas no processo, concedidas tanto ao autor quanto ao réu, sem as quais não há que se qualificar uma relação processual como devida, nos ditames e na princiologia de um Estado democrático de Direito⁷:

Es verdad que el ideal em todo proceso es que las partes, incluso como mecanismo de colaboración com la actividad jurisdiccional, participen activamente de todos los actos procesales em la defensa de los derechos que alegan o de todo lo que fuera alegado contra ellas. En este sentido, cuanta mayor participación efectiva y cualitativa de las partes em el proceso, tiende a ser mejor la calidad de la prestación jurisdiccional. Pero, principalmente em el proceso civil, como regla, si esta participación no sucede por voluntad o por negligencia de alguna de las partes o sus abogados, no significa que no se observaron las garantías de contradicción y de amplia defensa.⁸

-
6. SILVA, João Batista de França. **Direito à prova no processo civil brasileiro**. Disponível em http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/48818/direito_prova_processo_silva.pdf
 7. SOUZA, Wilson Alves de. **Los límites subjetivos internos de la jurisdicción**: caracterización de la Sentencia dictada por un órgano jurisdiccional sin atribución constitucional. Salvador: Dois de Julho, 2016, p.341-343
 8. Idem, p. 343: “É verdade que o ideal em todo processo é que as partes, inclusas como mecanismo de colaboração com a atividade jurisdiccional, participem ativamente de todos os atos processuais na defesa dos direitos que alegam ou de tudo o que foi alegado contra elas. Neste sentido, quanta maior participação efetiva e qualitativa das partes no processo, tende a ser melhor a qualidade da prestação jurisdiccional. Mas, principalmente no processo civil, como regra, se esta participação não sucede por vontade ou por negligência de alguma das partes ou seus advogados, não significa que não se observaram as garantias do contraditório e da ampla defesa.”

O grau de importância do direito à prova, dentro da tutela constitucional do processo, materializa o exercício do direito de defesa e do contraditório, assegurando a ambas as partes demonstração necessária dos elementos fáticos para o deslinde do conflito, além de estar tal direito relacionado ao acesso à justiça em sua dimensão efetiva, visto que de nada adianta oportunizar às partes fazer as suas alegações e conformá-las juridicamente sem conferir este mesmo direito à produção probatória correlata – se assim o fosse, estar-se-ia diante de um “direito vazio”, haja vista que o julgador, distante dos fatos ocorridos, precisa informar-se destes com a máxima precisão possível. A justiça de uma decisão certamente perpassa pela instrução equânime e equilibrada no processo.⁹

Nesta senda, William Santos Ferreira¹⁰ define prova como meio através do qual a ocorrência ou inoocorrência dos fatos é apurada pelas partes, as quais participam ativamente na sua produção. Em conjunto com a argumentação trazida à lide, as provas têm o condão de influenciar o julgador em sua decisão, até porque o arcabouço probatório, analisado e valorado pelo Juízo, integra a fundamentação do julgado, no que diz respeito à matéria fática.

Além disso, o referido autor sustenta que o direito probatório é deveras amplo, com múltiplas funções no Estado de direito, não estando circunscrito ao convencimento judicial. A produção probatória efetiva, na prática, segue as garantias constitucionais do processo, bem como aproxima o formalismo processual da realidade, reduzindo a complexidade e contingência dos fatos da vida à linguagem técnica e apreciação dos meios de prova, previstos em lei. Por este motivo é que, sem temor à acusação de parcialidade, mas atento à solução que o caso concreto exige, o juiz deve assumir uma posição ativa em matéria probatória, especialmente em processos que versam sobre

9. *Ibidem*, p. 360

10. FERREIRA, William Santos. **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil** / Teresa Arruda Alvim Wambier...[et al], coordenadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.p.992-993

direitos indisponíveis ou quando as partes se encontram numa clara posição de desigualdade.¹¹

Contudo, tal conduta ativa se encaixa melhor em determinadas situações, porquanto o direito em juízo envolva partes com menor autonomia de diálogo técnico processual (hipossuficientes). O Estado jamais irá deixar correr o processo sem que neste toque, ou seja, não há processo sem influência do poder do juiz, contudo, em ações meramente societárias, p. ex., esta influência há que ser reduzida; teríamos a figura do juiz mínimo.

Esta amplitude do direito à prova e sua concepção como um direito fundamental perpassa pela íntima relação existente entre prova, justiça e busca da verdade. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira¹², a este respeito, preleciona no sentido de que o fato sobre o qual recai a lide, objeto de apreciação judicial, é revelado somente pelas partes, através do conjunto das provas então produzidas. Assim, a questão da verdade, enquanto problema filosófico, cuja ontologia é, inclusive, bastante questionada e discutida, encontra no processo um grau de facticidade e concretude mediante o aparato procedimental com que tal realidade é revestida.

Com efeito, embora a verdade processual sempre seja relativa e formalizada, a justiça de uma decisão traduz-se no equilíbrio entre formalismo, efetividade, celeridade e busca da verdade nos limites das provas então produzidas, em caráter objetivo, estando a verdade do processo configurada como verdade possível, presente no juízo de verossimilhança à luz do quanto alegado e provado, sendo então justo aquilo que foi decidido com base nas regras do jogo procedimentais, entre as quais reside o respeito ao direito que tem as partes de, equitativamente, produzir seu arcabouço probatório ao julgador, para apreciação e valoração.¹³

11. SOUZA, Wilson Alves de. **Los límites subjetivos internos de la jurisdicción**: caracterización de la Sentencia dictada por un órgano jurisdiccional sin atribución constitucional. Salvador: Dois de Julho, 2016, p. 360.

12. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, p.p.146-147

13. *Idem*, p. 148

A verdade e a justiça, como valores integrantes do devido processo legal em um Estado constitucional de direito, têm seus papéis contextualizados e redimensionados no processo, mediante o transcurso correto e adequado da relação processual, com observância a essas garantias processuais e mediante interpretação e aplicação adequada do direito, sendo verdadeiro o que foi reconstruído nos limites do processo e, com base nisto, decidido. Assim é que o art. 369 do CPC/2015 faz menção à verdade como objetivo da prova, ao dispor que as partes têm o direito de empregar todos os meios legais e moralmente legítimos, ainda que não especificados pelo código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e com isso influir eficazmente na convicção do juiz.¹⁴

O conteúdo do direito à prova é considerado complexo porque abrange uma série de situações, quais sejam *i)* o direito de requerer/produzir provas; *ii)* o direito de participar da sua produção; *iii)* o direito de falar sobre aquelas, bem como; *iv)* o direito de vê-las apreciadas e valoradas pelo juiz.¹⁵

No plano infraconstitucional, o código de processo civil de 2015, no artigo 369, consagra claramente o direito à prova, assegurando que tal reconhecimento, além de decorrer da constituição e, portanto, do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, gera para os sujeitos processuais direitos e deveres.

Estas circunstâncias se amoldam à atuação dos sujeitos, garantindo, de um lado, a produção de todas as provas legítimas e necessárias, típicas ou atípicas, desde que lícitas; e de outro lado, ao Magistrado, a tarefa de valorar, fundamentando a sua decisão, pertinência e a formação do convencimento.

14. DIDIER JR., Fredie **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira-10. ed.- Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. v.2.

15. Nesse sentido, BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR., OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 41; AMARAL, Osternack Paulo. Provas. Atipicidade, liberdade e instrumentalidade. São Paulo: RT, 2015, p. 35.

Tal direito se submete ao regramento específico trazido no código de processo civil, onde são determinados os poderes instrutórios do juiz, o procedimento probatório, o ônus de provar, o destinatário da prova, bem como a atividade valorativa.

Tal atividade valorativa diz respeito, basicamente, à tarefa que tem o magistrado de analisar as provas produzidas nos autos, valorando-as de modo a fundamentar a sua decisão final quanto aos fatos alegados. Contudo, longe da perspectiva meramente textual, existe larga discussão quanto às possibilidades de atuação do juiz.

2. LIMITES À VALORAÇÃO DAS PROVAS

Daniel Amorim Assumpção Neves¹⁶, expondo posições doutrinárias consolidadas, faz menção aos sistemas de valoração das provas opondo o sistema de tarifação, ou da prova legal, com o da persuasão íntima e o da persuasão racional, ou livre convencimento motivado, em que no sistema da prova tarifada vigorava a ausência de liberdade ao juiz na valoração da prova, uma vez que era obrigado a seguir o estabelecido em lei no tocante à carga de convencimento das provas; já o sistema do livre convencimento ou persuasão íntima, vale o convencimento do juiz, que não se vê obrigado a justificar suas escolhas, podendo até mesmo julgar contra a prova produzida caso assim lhe pareça correto.

O sistema da persuasão racional, também conhecido pelo princípio do livre convencimento motivado, adotado no Brasil, permite ao juiz formar livremente o seu convencimento, dando às provas produzidas o peso que entender cabível em cada processo, atribuindo aos fatos alegados pelas partes a devida consideração diante do arcabouço probatório produzido.

É possível ainda classificar dois grandes sistemas de organização do processo, o *adversarial* e o *inquisitorial*. No primeiro modelo, grande parte da atividade processual é realizada pelas partes,

16. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil** – Volume único. 8. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p.1440

enquanto que no segundo modelo, tal papel de controle caberia ao órgão judicial.

Quanto às provas, naturalmente o regime de cada sistema tem influência direta na distribuição das funções probatórias entre parte e juiz. No modelo *adversarial* a iniciativa probatória cabe às partes, e no sistema *inquisitorial*, tal atribuição seria conferida de forma mais autônoma aos juízes. Nesse meio, vale dizer o CPC/15 parece ter se afiliado com maior proximidade ao sistema *inquisitorial*, eis que confere ao juiz posição de destaque quanto às provas, com amplos poderes instrutórios.

Historicamente, tal posicionamento é deveras antigo e alvo de críticas pela doutrina, fazendo surgir teorias que rebatem as consequências da existência de um poder excessivo do estado na condução dos processos.¹⁷

Com o advento do CPC/15, formou-se o entendimento acerca da existência de um terceiro modelo de processo, o cooperativo, inspirado no princípio da cooperação, caracterizado pelo redimensionamento do princípio do contraditório, de modo a destaca-lo como imprescindível à formação da decisão judicial legítima, além de equiparar o órgão julgador aos demais sujeitos no que se refere ao diálogo processual, colocando-o numa posição de simetria em relação às partes.

Tal perspectiva remonta à necessidade de rever o tema relativo à atividade de valoração da prova pelo magistrado, eis que, existe entendimento no sentido de que as novas exigências de fundamentação das decisões referem-se à parte jurídica, não tendo o condão de alterar o sistema de valoração de provas adotado pelo sistema processual brasileiro, o qual, no novo Código de Processo Civil, manteve o sistema do livre convencimento motivado.¹⁸

17. Trata-se do garantismo processual, teoria que visa garantir às partes proteção com relação aos abusos do Estado, resguardando a igualdade processual, garantindo o direito de defesa e valorizando-se a autonomia privada. (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão** – teoria do garantismo penal. Fauzi Choukr(trad.) São Paulo: RT, 2002).

18. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil** – Volume único. 8. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p.p.1442-1444

Parece majoritária na doutrina a afirmação de que o juiz não apreciará livremente a prova. Ou seja, não é dado ao magistrado valorar livremente as provas produzidas, havendo uma série de limitações à essa atividade, visto que o julgador é livre para formar seu convencimento, dando às provas produzidas o peso que entender cabível em cada processo, conferindo aos fatos a devida consideração diante das provas produzidas.¹⁹ Neste caso, a questão pode ser vista por duas perspectivas: *i.* quanto à expressão “livre convencimento motivado”, e; *ii.* quanto à atividade considerada em si própria (conteúdo).

Na primeira perspectiva, encontra-se quem utilize a expressão “livre” quando trata de convencimento. De espírito mais alinhado com tal ideia, Paulo Osternack Amaral²⁰ afirma que o CPC/2015 não adotou nem o sistema legal e nem o sistema de livre convencimento, mas sim o livre convencimento motivado, ressaltando, contudo, que essa liberdade do juiz não é ilimitada.

Ainda se tratando da expressão, há quem entenda que a sua retirada do código não foi por acaso, mas sim proposital, pelo fato de que a expressão “livre” seria mal compreendida, no sentido de não haver limitação à atividade valorativa do magistrado.²¹

Na segunda perspectiva deve-se analisar o conteúdo do convencimento motivado. Já foi dito aqui e parece óbvio que a atividade do juiz na valoração das provas não é livre. Contudo, além do que tradicionalmente a doutrina apresenta como sistematização dos deveres do juiz nesta tarefa, propõe-se aqui a utilização do sistema de fundamentação das decisões (*lato sensu*), mediante adequações, como forma de objetivar a atividade do juiz no momento da valoração das provas, fornecendo maior segurança às partes. Wilson Alves de Souza, ao definir motivação da decisão judicial, o faz explicando que tal atividade implica na exposição dos argumentos justificadores do

19. **Idem**, p.1440

20. AMARAL, Osternack Paulo. **Provas. Atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. São Paulo: RT, 2015.

21. BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR., OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 102-103.

dispositivo²², consistindo um amálgama entre a análise dos fatos, do conjunto probatório de sua existência ou inexistência, e a sua correlata conformação jurídica. Não há, pois, como dissecar a fundamentação do julgado da valoração das provas; são atos que se complementam na tarefa do julgador.

O que se tem de ponto comum é a verificação da necessidade de motivação do magistrado, controlável e adstrita às provas constates dos autos, havendo exceção do sistema para as regras episódicas de provas legais^{23/24}.

É possível, então, cogitar-se um sistema de valoração da prova como parte integrante a fundamentação das decisões, em conformidade com o regramento utilizado nas decisões *lato sensu*, com breves adequações. Portanto, deveria a doutrina tratar o tema como estrutura mínima de valoração, já estando inerente a limitação.

Também nos parece não ter havido mera alteração simbólica a partir da letra a lei, mas sim verdadeira conformação do texto normativo ao sistema vigente, construído inclusive na prática. Simbólica pode ser a visão do aplicador na prática, mas não do sistema de valoração.

2.1. Dever de fundamentação

O processo busca a verdade possível. Tal afirmativa deriva do fato de que a verdade real é algo praticamente inalcançável num processo. O que se busca hoje é a chamada verdade possível, ou seja, aquela verdade que se apresenta nos autos, no mundo do processo.

-
22. SOUZA, Wilson Alves de. **Sentença Civil imotivada**: caracterização da sentença civil imotivada no direito brasileiro. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 202
 23. O sistema da prova legal, em livre definição, se consubstancia na fixação prévia pelo legislador quanto aos meios de prova necessariamente utilizados e qual seu peso/tarifa em determinados casos, de forma geral e abstrata.
 24. Consideradas por alguns como injustificáveis (FRANCO, Mariulza. **Máximas da experiência**: legitimação pela fundamentação. In: Luiz Guilherme Marinoni. Estudo de direito processual civil. São Paulo: RT, 2005) as provas legais ainda têm alguns representantes em vigor no ordenamento. Seriam, exemplificativamente, a) a prova da emancipação extrajudicial somente pode ser feita por instrumento público (art. 5º, par. ún., I, Código civil); b) doação de imóvel somente se prova por instrumento (art. 541, Código Civil), e; c) o penhor rural somente se comprova por instrumento (art. 1.438 do Código civil).

Dessa perspectiva surge a necessidade de fundamentação das decisões, compreendida esta como motivação do julgado, ou mesmo, como demonstração da convicção. Tais questões relacionam-se, sem sombras de dúvidas, com a valoração na atividade jurisdicional.

Nos parece consenso na doutrina a necessidade de fundamentar logicamente a valoração das provas e a escolha de uma outra a servir de embasamento da decisão acerca do fato que se visa comprovar.

Quando se fala em motivação racional das decisões, conforme visto, naturalmente há que haver relação com o dever de fundamentação das decisões, pois uma atividade não está dissociada da outra. Em contextos diferentes, contudo, por vezes num mesmo momento, fundamentar uma decisão judicial e demonstrar a motivação racional na valoração da prova são equivalentes.

Nesse sentido, procura-se aqui estabelecer a relação entre a forma como é tratada a fundamentação das decisões, aplicando-se os critérios ali dispostos à motivação racional na valoração da prova.

Fala-se de dupla função da exigência da motivação das decisões, sendo uma função *endoprocessual*, a qual permite que as partes, tomando conhecimento da fundamentação, saibam se foi feita a correta análise do objeto em debate para que possam eventualmente se insurgir contra aquilo. Trata-se de função dirigida às partes, na formação da solução do caso concreto. Quanto à função *extraprocessual*, seria o controle da sociedade²⁵, pela via difusa, dos atos judiciais.²⁶ Trata-se, então, do discurso para formação do precedente.

25. Aprofundando o tema: "Diga-se novamente que não é o caráter impositivo (de poder) das decisões que garante a sua legitimidade. Se assim fosse, estaríamos voltando às interpretações autênticas de Kelsen, que são válidas pelo simples fato de serem produzidas por agentes investidos de autoridade. Muito pelo contrário, as decisões e seu efeito vinculante não garantem legitimidade; esta é dada pela fundamentação decisória." (SCHIMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 185.

26. BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR., OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

Assim, elencam-se diversas características elementares das decisões judiciais, sendo as principais a racionalidade, controlabilidade, integridade e coerência.

Pois bem. O NCPC esclarece que decisão fundamentada, a teor do art. 489, §1º, é aquela em que:

- i)* o julgador não se limita à indicação, produção ou paráfrase de ato normativo, explicando, portanto, a sua relação com a causa ou a questão decidida;
- ii)* emprega conceitos jurídicos indeterminados, explicando o motivo concreto de sua incidência no caso; e
- iii)* invoca os motivos que se prestam a justificar aquela decisão, sem generalismos.

A despeito de trazer rol exemplificativo, o NCPC agrega ao sistema uma sistematização que afixa um conteúdo mínimo, reduzindo subjetivismos que possam vir a surgir na atividade de decidir, sem, contudo, tornar a atividade meramente matemática ou robotizada.

Nesse sentido, vale dizer, que a tarefa de decidir tem de levar e conta a indicação da norma jurídica aplicável ao caso concreto; quais os fatos demonstrados pelas partes tem aptidão para gerar consequências jurídicas, diante da apreciação das questões apresentadas; tem de enfrentar todos os argumentos deduzidos que tenham, em tese, capacidade de infirmar a conclusão adotada; dentre outras hipóteses.

Tais critérios de fundamentação gerais, são, segundo o NCPC e o entendimento ora explanado, os limites objetivos na atividade valorativa. O art. 489, §1º estabelece um conteúdo mínimo a ser seguido pelo julgador, sendo impossível adequar a atividade decisória sem conformá-la ao quanto estabelecido ali. E isso, a despeito de parecer uma obviedade num primeiro olhar, traz consigo uma carga de dissenso doutrinário, notadamente com relação ao direito probatório e a atividade valorativa em relação às provas.

2.2. Dever de fundamentação na valoração das provas

O artigo 371 do NCPC exige que o juiz, ao apreciar a prova, fundamente o seu convencimento, a partir da racionalidade, ou seja, sem discricionariedade ou liberdade.

A motivação das decisões deve ser racional, não se confundindo com uma lógica absoluta e matemática, mas atendendo as regras da argumentação jurídica.

Entende-se que a livre convicção não significaria decisão arbitrária e puramente subjetiva, como se ao juiz fosse dado decidir segundo a sua própria consciência. Livre convencimento motivado tinha como característica o ideal de que o juiz deveria apreciar as provas lançando mão de suas faculdade e razão crítica, sem esquecer, contudo, dos argumentos que concordaram para a formação do seu convencimento.

De outro lado, também não se admite que o juiz seja “batedor de carimbo”, ou seja, não pode valer-se de uma atividade mecanizada devendo indicar as razões da formação do seu convencimento através de fundamentos substanciais e não mera formalidade.

Disso surge a necessidade de haver uma interpretação do correto modo que o sistema impõe aos julgadores no momento de decidir, em especial, quanto à valoração das provas num processo.

Nesse sentido, há quem distinga motivação e valoração da prova, estabelecendo uma necessária existência de dois elementos da decisão. Tais elementos seriam a liberdade na valoração da prova (1º passo) e a motivação (2º passo)²⁷.

Aqueles que seguem este caminho, defendem que a previsão legal de standards mínimos de motivação no NCPC (art. 489, § 1º) não afeta a liberdade que o juiz tem para valorar a prova. Defendem que

27. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC, 06/04/2015. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/novo-cpc/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc-06042015/>>. Acesso em: 20 de março 2017.

a autonomia na valoração da prova e a necessidade de adequada motivação são elementos distintos e presentes tanto no CPC/73 quanto no NCPC.

De outro lado, a posição ora encampada, vai no sentido de que os elementos se confundem, pois não há valoração sem motivação, e os deveres gerais de fundamentação das decisões, por óbvio, são inafastáveis quando da decisão que valora determinada prova. Nessa ótica, o NCPC adotou um sistema onde a interpretação de que a valoração da prova pelo juiz seria livre ou seria dotada de certa liberdade é impossível.

Valorar a prova é interpretar. A lei não abriu espaço para qualquer liberdade.

Indo mais a fundo, vale dizer que a linha de defesa do livre convencimento, ou seja, aqueles que defendem ser a decisão composta por dois elementos separados, entendem que o fato de ter havido a retirada da expressão “livre convencimento” nada significaria. Alega-se que o artigo 489, parágrafo 1º, CPC/2015, trata apenas do elemento chamado “motivação” e não da “liberdade na valoração da prova”.

Trata-se aqui da tradicional cisão entre fato e Direito e entre interpretação e aplicação. Pensar assim é estabelecer que “uma coisa é interpretar a lei e outra seria valorar a prova”. Ocorre que isso não é possível. Não há que se falar em dois passos; interpretar e depois aplicar. Não se pode imaginar – e nem compreender – que um juiz possa, quando da elaboração de uma decisão, distinguir o momento em que está apenas valorando a prova, de um segundo momento onde passará a interpretar o Direito.

Repitamos: valorar é interpretar.

Nesse sentido, lição de Lenio Streck²⁸: “ainda que o novo CPC tivesse mantido hígida a expressão “livre convencimento”; ainda que

28. STRECK, Lenio Luiz. Livre convencimento no novo CPP: mas, já não apanha(ra) m o suficiente?, 05/05/2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mai-05/senso-incomum-livre-convencimento-ncpp-nao-apanharam-suficiente#_ftn1v>. Acesso em: 20 de março 2017.

o novo CPC estabelecesse com todas as letras que “a prova é dirigida ao juiz” e que “é ele quem sabe”; ainda que o novo CPC dissesse que o convencimento judicial é um “trunfo” em relação às disposições legais que tratam do direito probatório; ainda assim isso de nada valeria. Seria pura e simplesmente inconstitucional. O modelo constitucional é incompatível com “livre convencimento”. E o CPC deixou isso claro.

Não estamos dizendo, com isso, que fora do art. 489, §1º não há decisão judicial, até porque já destacamos ser aquele rol meramente exemplificativo; contudo, deve ficar claro aqui, que a decisão que não obedece minimamente ao conteúdo exigido pelo artigo mencionado, de modo a demonstrar que a fundamentação é racional, coerente e controlável, não alcança o que demanda o sistema.

Em outras palavras, não vislumbramos a possibilidade de o Juiz, na sua atividade decisória, agir senão conforme o art. 489, §1º. Simplesmente, a margem – se é que há alguma – de atuação já está ali descrita, ao tempo em que o conteúdo mínimo das decisões também dali se deve extrair²⁹.

Dizer que a motivação atendeu o quanto prescrito no art. 371 é, antes de mais nada, se ater ao quanto previsto no art. 489, §1º, sem, contudo, haver prejuízo de outros fatores. O artigo que trata da fundamentação das decisões é núcleo duro e inafastável, do qual a atividade valorativa dissocia, não havendo que se falar em valoração e posterior interpretação.

E isso nada mais é do que a adequação do sistema trazida pelo NCPC ao que já era previsto na constituição. Falar em fundamentação das decisões é falar em um direito fundamental, conforme também já estabelecido acima.

CONCLUSÃO

29. Nesse sentido, enunciados no FPPC – Fórum Permanente de Processualistas Civis: Enunciado 515: Aplica-se o disposto no art. 489, §1º, também em relação às questões fáticas da demanda. Enunciado 516: Para que se considere fundamentada a decisão sobre os fatos, o juiz deverá analisar todas as provas capazes, em tese, de infirmar a conclusão adotada.

O direito probatório tem conteúdo de direito fundamental, previsto na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional.

O CPC consagra o sistema de valoração das provas pelo julgador, não havendo dúvidas quanto a isso. Ou seja, não está na Lei a tarefa de estabelecer qual prova vale mais em determinado caso. Assim, não se trata, a tarefa do juiz, de apenas constatar a existência de determinadas provas, tarifando-as até o ponto da decisão (mera lógica), mas deve, necessariamente, atribuir àquelas o valor que entender serem merecedoras, dentro dos limites previstos e com fundamentação adequada.³⁰

Assim, como forma de se coibir análises subjetivas do órgão julgador, exige-se que o convencimento do juiz seja motivado. Deve o magistrado demonstrar lógica e racionalmente as razões pelas quais entendeu por determinada valoração das provas produzidas.

Tal perspectiva relaciona-se, no campo dos direitos fundamentais, com o contraditório em sua dimensão substancial. Além disso, também é necessário destacar que o livre convencimento motivado ou persuasão racional trata-se de princípio geral processual, mantendo direto diálogo com o dever de fundamentação previsto no art. 93, IX da Constituição Federal.

Não acreditamos que houve mudança no sistema propriamente dito de valoração das provas, como se a derrubada de uma norma fundamental fosse. Ao nosso ver, o que houve foi o fechamento de uma interpretação possível. “Livre convencimento motivado” em sentido de liberdade valorativa ampla, sem limites. Em verdade, o que houve foi a retirada da expressão “apreciará livremente a prova”, do texto normativo, o que dava margem a interpretações de que a atividade valorativa do juiz seria feita (ou poderia ser feita) livremente pelo juiz. Não era e nem é a correta interpretação. De todo modo, houve

30. BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR., OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 102/103.

uma alteração/evolução e certo é que a valoração deve ser originada da prova constante dos autos, e ainda, motivada, racional³¹ e limitada.

No mesmo sentido do artigo 371, o artigo 372 que trata das provas emprestadas, também se limita a atribuir ao juiz o poder de admitir provas emprestadas, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, dentro dos limites mencionados ao longo do trabalho. Percebe-se que se trata de texto sem correspondência no antigo CPC e não há menção à liberdade do juiz na valoração.

Contudo, ainda remanescem no ordenamento, alguns tipos de “provas legais”, aquelas onde o legislador atribui valor, espalhadas pela legislação material e processual, contudo, tais previsões servem também como limitação ao exercício de valoração do órgão julgador.³²

Há também quem entenda que o artigo afirma o óbvio³³, no sentido de que o artigo apenas atribuiu a tarefa ordinária do juiz, como dever-poder de apreciar a prova constante dos autos. Não nos parece a visão mais adequada.

O fato de ter havido o fechamento de determinadas interpretações possíveis, como dito acima, não pode nos levar a crer que o sistema foi alterado ou que há inadequação nas alterações trazidas pelo NCPC. Em sentido contrário, pode-se afirmar, pois, que tais previsões legais se

-
31. Adentrando na questão, Fredie Didier Jr.: “Uma decisão estatal que se pautar em razões que partam de uma religião peculiar e específica (privada, pois) segrega e desrespeita as demais, além de desrespeitar aqueles que não possuem religião alguma. Por isso, suas razões devem ser aquelas livre e racionalmente admitidas por todos que, em ambiente público e democrático, estejam abertos ao diálogo e ao debate em torno delas.” DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Carta psicografada como fonte de prova no processo civil. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2014, v. 234.
 32. BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR., OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 104.
 33. “Convenhamos que este artigo afirma o óbvio: o magistrado deve apreciar a prova constante dos autos. E não poderia ser diferente, porquanto, sendo o juiz da causa, é dever-poder deste a apreciação. Afirma ainda o preceito que esta análise independe de quem tenha promovido a referida prova, o que também é intuitivo, máxime pela equidistância e imparcialidade do magistrado no trato da prova, que há de ser feita com imparcialidade.” CUNHA, Maurício; DOURADO, Sabrina; FIGUEIREDO, Roberto. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Recife: Armador, 2015, p. 348.

revelam mais condizentes com o sistema, eis que melhor enquadrados nos ideais constitucionais basilares em matéria de processo.

Há que se que verificar, ainda, como forma de consagração e melhor visualização dos institutos e premissas aqui fundadas, que o dever de fundamentação se materializa no processo de várias formas e em vários momentos, dentre os quais no espaço de valoração das provas.

Defendemos aqui, a partir dos entendimentos demonstrados ao longo do presente ensaio, que todos os critérios objetivos de fundamentação das decisões são aplicáveis à decisão e a parte sobre valoração de prova, de modo a possibilitar um controle da atividade do estado exercida através do magistrado, sem prejuízo da regulamentação já existente em torno do assunto. Além disso, defendemos que a separação entre valoração e motivação não é possível, haja vista que se trata do mesmo posicionamento existente quanto à questão da interpretação e aplicação, ou mesmo de fato e de direito.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Osternack Paulo. **Provas. Atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. São Paulo: RT, 2015.
- BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR., OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil. 10 ed.** Salvador: Juspodivm, 2015.
- DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil. 17ª ed.** Salvador: Juspodivm, 2015.
- _____; BRAGA, Paula Sarno. **Carta psicografada como fonte de prova no processo civil. Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2014, v. 234.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. Fauzi Choukr(trad.) São Paulo: RT, 2002
- FERREIRA, Willian Santos. In **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil / Teresa Arruda Alvim Wambier...[et al]**, coordenadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca; ZUFELATO, Camilo. **Processo civil para os concursos de técnico e analista dos tribunais e MPU. 5ª ed.** Salvador: Juspodium, 2016.
- _____. **O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC**, 06/04/2015. Disponível em: < <https://jota.info/colunas/novo-cpc/o-livre>

-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc-06042015/>. Acesso em: 20 de março 2017.

- GODINHO, Robson. **Negócio processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil**. São Paulo: RT, 2015.
- KLIPPEL, Rodrigo. **O juiz e o ônus da prova no projeto de novo código de processo civil**. In: DIDIER Jr, Fredie; ARAÚJO, José Henrique Mouta. (orgs) O projeto de novo código de processo civil. Salvador: Juspodium, 2011.
- MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi. **Ônus da prova e sua dinamização, 2ª ed.** Salvador: juspodium, 2016.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Provas atípicas**. Revista de Processo. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, n. 76.
- NERY Jr, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado. 16ª ed.** São Paulo: Revista dos Tribunais.
- NEVES, Daniel Assumpção. **Ações Probatória Autônomas**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedroza. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodium, 2016
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2003
- SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no Cível e Comercial, v. 1**, Saraiva.
- SCHIMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. – (Coleção Liebman / coordenação Tereza Arruda Alvim Wambier, Eduardo Talamini).
- SOUZA, Wilson Alves de. **Los límites subjetivos internos de la jurisdicción: caracterización de la Sentencia dictada por un órgano jurisdiccional sin atribución constitucional**. Salvador: Dois de Julho, 2016.
- STRECK, Lenio Luiz. **Livre convencimento no novo CPP: mas, já não apanha(ra)m o suficiente?**, 05/05/2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mai-05/senso-incomum-livre-convencimento-ncpp-nao-apanharam-suficiente#_ftn1v />. Acesso em: 20 de março 2017.
- TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2002.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento, volume 1. 15 ed.** São Paulo: RT, 2015.
- YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009.

Capítulo VII

A morte da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações de trabalho: uma visão crítica pós vigência da Lei nº 13.467/2017

*Juliana Maria Ribeiro Saldanha**

SUMÁRIO: Introdução; 1 A definição dos direitos fundamentais com fulcro na Constituição de 1988; 2 A transição da eficácia vertical para a eficácia horizontal dos direitos fundamentais; 3 A relação de trabalho; 4 A lei nº 13.467/2017; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

A discussão sobre a eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais nas relações de trabalho frente o advento da Lei nº 13.467/2017, perpassa, primeiramente, pela definição do que são Direitos Fundamentais.

Em momento posterior a ponderação conceitual inicial, faz-se necessário analisar as características das eficácias dos Direitos Fundamentais existentes, como por exemplo: a vertical e a horizontal.

(*) Graduada em Direito pela Universidade Católica do Salvador, em Salvador/BA (2017). Advogada. Pós-Graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Baiana de Direito, em Salvador/BA. Pós-Graduada em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte/MG. E-mail: jmsaldanha@gmail.com

É imperativo, neste sentido, perceber que existe uma etapa de transição existente entre os períodos definidos e marcados por características das eficácias vertical e horizontal.

Antes da análise dos impactos de Lei nº 13.467/2017 na eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais, a conceituação do que é relação de trabalho e estudo de alguns dos seus aspectos mais importante é necessário para melhor entendimento da existência da eficácia horizontal nas relações de trabalho.

Por fim, são abordadas, de forma incisiva, as mudanças trazidas pela Lei nº 13.467/2017, destacando as que mais influenciaram na eficácia horizontal das relações trabalhistas.

1. A DEFINIÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COM FULCRO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Os Direitos Fundamentais são declarações; direitos básicos que não deveriam ser violados em face da sua relevância como arcabouço protetivo individual e coletivo.

Também chamados de Direito Humanos ou Direitos Individuais, dentre outras nomenclaturas, os Direitos Fundamentais visam proteger o homem do poder estatal.

Configuram-se como integradores dos ambientes constitucionais hodiernos, que se utilizam dos direitos fundamentais como elementos efetivadores dos avanços sociais adquiridos ao longo dos tempos.

Os direitos fundamentais, nos moldes em que são conhecidos contemporaneamente, estão divididos em dimensões, que variam de acordo com o doutrinador estudado.

A primeira dimensão, ou geração, marca uma transição entre o Estado autoritário, absolutista e marcado pela total irresponsabilidade do monarca.

Quanto a segunda dimensão dos direitos fundamentais circunscreve os direitos sociais, culturais e econômicos, abrangendo desta forma uma gama de direitos concernentes à coletividade.

Neste sentido Ingo Sarlet assim afirma:

[...] na circunstância de que os direitos de segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracteriza as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um menor grau de poder econômico.

Já os direitos humanos de terceira dimensão é marcado pela alteração da sociedade por profundas mudanças na comunidade internacional, identificando-se profundas alterações nas relações econômico-sociais.

Desta forma Trentin salienta:

Nos direitos de terceira dimensão ocorre ainda a internacionalização dos direitos fundamentais, recebendo uma proteção que ultrapassa as fronteiras dos Estados, como o direito ao desenvolvimento e a defesa do consumidor, sendo exigências propostas pela comunidade internacional, como anseios, desejos e finalidades na coexistência pacífica dos seres humanos.

Nesta dimensão são contemplados os direitos transindividuais que vão além dos interesses do indivíduo em si, passando a ser prioridade a proteção ao gênero humano.

No que concerne aos direitos fundamentais de quarta dimensão, essa refere-se ao conteúdo jurídico decorrente dos avanços no campo da engenharia genética e que dizem respeito ao risco da própria existência humana.

Além das quatro dimensões dos Direitos Fundamentais, há quem defenda, ainda, a existência de uma quinta dimensão, a qual estaria relacionada ao direito à paz, que, segundo Bonavides, necessitaria de uma dimensão autônoma para ser tratado.

Deste modo, observa-se que os direitos fundamentais, constituem-se numa grande variação de direitos individuais, coletivos e difusos, com alcance jurídico, político e social, garantidos, na Constituição Federal de 1988, por instrumentos jurídicos responsáveis pela efetivação da sua defesa, que são as garantias.

Torna-se imprescindível, ainda, para um melhor entendimento acerca da conceituação dos Direitos Fundamentais, trazer, preliminarmente, uma discussão sobre a diferença entre direitos e garantias.

Solucionando esse mister, Pedro Lenza distingue, os direitos das garantias, conforme trecho abaixo.

Assim, os direitos são bens e vantagens prescritos na norma constitucional, enquanto as garantias são os instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos aludidos direitos (preventivamente) ou prontamente os repara, caso violados.

Quanto a caracterização dos direitos fundamentais, estes encontram conteúdos descritivos diversos que auxiliam na configuração da definição contemporâneas acerca destes direitos.

Lembrando breve caracterização feita por David Araújo, Serranos Nunes Júnior e José Afonso da Silva, os responsáveis pela criação da nomenclatura mais utilizada doutrinariamente nos estudos dos direitos fundamentais, demonstra Pedro Lenza, os direitos fundamentais têm as seguintes características:

- historicidade: possuem caráter histórico, nascendo com o Cristianismo, passando pelas diversas revoluções e chegando aos dias atuais;
- universalidade: destinam-se, de modo indiscriminado, a todos os seres humanos. Como aponta Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “[...] a ideia de se estabelecer por escrito um rol de direitos em favor de indivíduos, de direitos que seriam superiores ao próprio poder que os concedeu ou reconheceu, não é nova. Os forais, as cartas de franquia continham enumeração de direitos com esse caráter já na Idade Média[...];”
- limitabilidade: os direitos fundamentais não são absolutos (relatividade), havendo, muitas vezes, no caso concreto, confronto, conflito de interesses. A solução ou vem discriminada na própria Constituição (ex.: direito de propriedade versus desapropriação), ou caberá ao intérprete, ou magistrado, no caso concreto, decidir qual direito deverá prevalecer, levando em consideração a regra da máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos, conjugando-a com a sua mínima restrição;

- concorrência: podem ser exercidos cumulativamente, quando, por exemplo, o jornalista transmite uma notícia (direito de informação) e, juntamente, emite uma opinião (direito de opinião);
- irrenunciabilidade: o que pode ocorrer é o seu não exercício, mas nunca a sua renunciabilidade.

José Afonso da Silva ainda aponta as seguintes características:

- inalienabilidade: como são conferidos a todos, são indisponíveis; não se pode aliená-los por não terem conteúdo econômico-patrimonial;
- imprescritibilidade: [...] prescrição é um instituto jurídico que somente atinge, coarctando, a exigibilidade dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade dos direitos personalíssimos, ainda que não individualistas, como é o caso. Se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição.

O agente constitucional, responsável pela confecção da Constituição de 1988, optou por utilizar a terminologia direitos fundamentais para denominar os direitos humanos quando internalizados no ordenamento jurídico pátrio.

Esse conteúdo jurídico, definido como direitos fundamentais, encontra na Carta Magna promulgada em 1988, uma divisão formatada em compartimentos especificamente estabelecidos.

São eles: os direitos individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos da nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos.

Dentre esses direitos fundamentais podemos citar alguns que merecem destaque, como os direitos à liberdade, à vida, à igualdade, à educação, à segurança, à dignidade da pessoa humana, à propriedade e a proteção à imagem.

A Constituição Federal de 1988 foi um marco histórico dos direitos sociais brasileiros e as inovações trazidas por ela tiveram repercussão direta no direito do trabalho, merecendo destaque à alguns artigos abaixo explanados.

Além de estabelecer em seu art. 5º os Direitos Fundamentais, com maior destaque, o art. 1º da Constituição Federal de 1988 traz que todo poder emana do povo, ao passo que a República Federativa do Brasil, sendo um Estado Democrático de Direito, é composta pela união entre os Estados, Municípios e Distrito Federal, e seus fundamentos são: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político.

Assim, já se vê presente a necessidade de proteção à dignidade da pessoa humana, como um Direito Fundamental, assegurado constitucionalmente, e aos valores sociais do trabalho.

Outro artigo de extrema relevância é o art. 5º da CF/1988, que iguala todos perante a lei, vedando qualquer tipo de discriminação, protegendo a vida, a liberdade, a segurança e a propriedade, onde, em seu inciso X, protege a inviolabilidade da intimidade, da honra, da vida privada e da imagem pessoal, sendo passível de indenização por possível haver indenização por danos morais ou materiais advindos da violação desse Direito.

A CF/1988 também inovou ao listar, nos seus trinta e quatro incisos, do art. 7º, os direitos individuais dos direitos dos trabalhadores rurais e urbanos, não sendo esse rol taxativo, ou seja, outros direitos que sem a melhoria da condição social dos trabalhadores também merecem igual proteção.

O art. 8º, voltado também para os Direitos dos Trabalhadores, estabelece a livre associação sindical ou profissional, ou seja, mais uma liberdade do trabalhador tutelada pela CF/1988.

No art. 9º tem-se assegurado constitucionalmente o direito à greve aos trabalhadores em geral.

O art. 10 assegura aos trabalhadores e empregados participação nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação.

O art. 11 estabelece a necessidade de eleição de um representante, nas empresas de mais de duzentos empregados, à fim de pro-

mover-lhes o entendimento direto com os empregadores, facilitando o contrato entre empregador e empregado.

Por fim, o art. 170 valoriza o trabalho humano e a livre iniciativa, sendo estes fundamentos da ordem econômica e assegura existência digna a todos, deste que preservada a dignidade.

Com isso, observamos que os Direitos Fundamentais são direitos de grande relevância e que devem ser protegidos, seja contra as ações do arbítrio do Estado, seja contra os particulares que, por diversas vezes, desrespeita tais direitos visando seu benefício único em detrimento do outro.

2. A TRANSIÇÃO DA EFICÁCIA VERTICAL PARA A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os Direitos Fundamentais, enquanto direitos protetivos, sobre o prisma do alcance, quanto as relações sociais, possuem uma classificação em: eficácia vertical, horizontal e diagonal.

A eficácia vertical, vigente principalmente quando da criação dos Direitos Fundamentais, relaciona-se à sua oponibilidade ao Estado. Com a verticalização, temos a nítida relação de subordinação do particular em relação ao Estado. Contudo, essa subordinação deve ser limitada pelos Direitos Fundamentais, garantidos aos particulares e que não deveriam ser violados pelo Estado.

Os principais destinatários das normas constitucionais são os particulares, as pessoas físicas e jurídicas, incidindo também nas relações entre esses particulares, como uma forma de coibir desmandos e frear abusos, garantindo aos iguais, tratamento igual e aos desiguais, o tratamento desigual, que possa diminuir a disparidade existente. Bem como visa garantir o mínimo necessário a existência do ser, através da tutela desse Direitos Humanos.

A eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais, também chamada de “eficácia privada”, trata justamente do reconhecimento e aplicação desses Direitos protetores nas relações entre os particulares (TARTUCE, 2011, p. 55).

Conforme o § 1º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, a eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais é imediata, em vista à aplicabilidade imediata das normas definidores dos direitos e garantias fundamentais.

Há quem defenda a existência de uma eficácia diagonal, que seria justamente a relação trabalhista, uma mistura da eficácia vertical com a horizontal, onde as partes, apesar de ambos serem particulares, não estão em igualdade, onde o empregado está subordinado, em nível inferior ao do empregador.

Pode-se observar que a eficácia diagonal é uma forma de mitigação da eficácia horizontal, pois demonstra, explicitamente, a impossibilidade de existência de uma relação de igualdade entre os particulares, ainda mais quando colocados em lados opostos prestadores de força laboral e detentores dos meios de produção.

3. A RELAÇÃO DE TRABALHO

Relação de trabalho, marcada pela desigualdade entre os particulares, conforme conceituação elaborada por Henrique Correia, é o trabalho humano, desenvolvido por pessoa física, que é prestado à um tomador de serviços, que pode ser, tanto pessoa física, quanto pessoa jurídica (CORREIA, 2011, p.163).

Contemporaneamente o trabalho passou a posição de identificador da posição do indivíduo na sociedade, rompendo o paradigma anterior que destinava ao trabalho uma natureza de punição.

A complexidade das relações sociais levou o trabalho da posição punitiva, vinculação do homem ao homem (escravidão), para a efetiva identificação do status quo do indivíduo.

Assim, o trabalho subordinado, passa a ser uma espécie de trabalho hodierna, pós Revolução Industrial, que identifica um novo ator social integrante das relações laborais, que é o empregado.

Neste sentido, a relação de emprego deve ser compreendida como uma espécie da relação de trabalho com características próprias, que permitem a sua identidade.

A relação de emprego é o vínculo entre pessoa física (empregado), que presta serviços a uma pessoa jurídica ou pessoa física (empregador), como no caso do empregador doméstico, sendo este vínculo estabelecido por meio de contrato, que pode ser expresso, oral ou escrito, ou tácito, através do comportamento, de atitudes que vinculam ambas partes.

O contrato de trabalho tem algumas características particulares que merecem destaque ser: bilateral, também chamado de sinalagmático, diz respeito à existência de obrigações recíprocas, ou seja, o empregado deve prestar os serviços e o empregador deve pagar o salário; consensual: é um contrato que pode ser firmado de forma expressa, seja escrito ou tácito, ou pela forma tácita, desde que ambas as partes demonstrem acordar com o contrato; de trato sucessivo: é um ato contínuo; oneroso: o empregador deve ao empregado um salário pelos serviços prestados; comutativo: tanto empregado quanto empregador podem verificar os ônus e os bônus da contratação; personalíssimo: os serviços devem ser prestados pessoalmente pelo empregado contratado, não podendo este se fazer substituir, salvo exceções.

Existem algumas peculiaridades na relação de emprego que precisam ser apresentadas, para que a compreensão do todo, desta relação, possa estabelecer uma relação lógica.

Começando pela caracterização dos elementos que compõem a relação de emprego, que deve ser sempre executado por pessoa física; com pessoalidade: o trabalho deve ser executado direta e pessoalmente pelo empregado, só podendo fazer-se substituir com a anuência do empregador; possuir dependência hierárquica, ou seja, uma subordinação: o empregado deve subordinação ao seu empregador – que possui poder diretivo, o poder de dar ordens que devem ser cumpridas pelo empregado, desde que dentro dos limites contratuais, legais e morais; prestar os serviços com habitualidade: o empregado deve cumprir os horários e dias para execução do serviço estabelecidos pelo empregador, desde que em conformidade com a legislação trabalhista vigente, é a permanência obrigatória do trabalhador em jornada pré-fixada; existência da onerosidade: ou seja, o empregado

deve receber uma remuneração em contrapartida aos serviços prestados.

Por outro lado, o empregador possui alguns poderes sobre o empregado, quais sejam: o poder diretivo, o poder regulamentar, o poder de fiscalização e o poder disciplinar.

O poder diretivo, também conhecido como poder de mando ou de organização, é o poder de dar ordens; e o empregado é obrigado a cumpri-las, desde que estas não sejam defesas em lei. Através do poder diretivo, o empregador pode fixar jornadas de trabalho, alterar local de prestação de serviço e dar ordens acerca de como proceder em suas atividades, por exemplo. Ao exercer o poder de mando, o empregador põe em xeque a subordinação jurídica, umas das características da relação de emprego.

O poder de regulamentar é uma atribuição conferida ao empregador, mediante a qual ele tem a faculdade de criar normas, regimentos internos que devem ser seguidos pelos empregados, sob pena de dispensa por justa causa em caso de descumprimento.

O poder de fiscalização é por onde o empregador “controla” seus empregados. Através deste poder, o empregado verifica se as jornadas estão sendo cumpridas conforme acordado, se o regimento interno e demais regras por ele aplicadas estão sendo cumpridas.

O poder disciplinar é exercido quando há necessidade de punição de um empregado que tenha cometido alguma falta. Ele pode ser exercido através de advertência (que pode ser escrita ou verbal), suspensão (medida que não pode ser aplicada por mais de trinta dias consecutivos) ou demissão por justa causa (quando o empregado cometer alguma das faltas caracterizadas no art. 482 da CLT).

4. LEI Nº 13.467/2017

A Lei nº 13.467/2017, denominada informalmente Lei da Reforma Trabalhista, alterou a Consolidação das Leis Trabalhistas aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943.

Observa-se, no seu conteúdo, diversas modificações, com perceptíveis perdas quanto aos direitos sociais alcançados, a duras penas, pelos trabalhadores brasileiros, conforme pode ser verificado a partir dos exemplos que seguem:

- o § 3º, do art. 8º trouxe a prevalência do negociado sobre o legislado, ao estabelecer que a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico e marcará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva, no exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho;
- o parágrafo único do art. 444 legislou sobre a prevalência dos acordos individuais sobre os coletivos, no caso de empregado com diploma de nível superior e que receba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social;
- o art. 484-A apresenta a possibilidade extinção do contrato de trabalho através de comum acordo entre empregado e empregador;
- o art. 507-B traz a novidade da quitação anual, onde os empregados e empregadores podem firmar o termo de quitação anual de obrigações trabalhistas, perante o sindicato laboral.

É fato que as modificações da Lei nº 13.467/2017, em sua maioria, trouxeram mais liberdade para a negociação entre os particulares (empregado e empregador), contudo não foi observada a disparidade, e ausência de isonomia, existente entre esses atores (empregado/empregador).

Apesar dos aludidos avanços, o empregado continua sendo a parte hipossuficiente da relação trabalhista, não havendo paridade de armas no confronto com o empregador, tendo o empregado perdido vários direitos e se tornado mais suscetível aos desmandos do seu patrão, em vista à manutenção da relação de trabalho.

CONCLUSÃO

Com o advento da Lei nº 13.467/2017 e suas modificações trazidas à CLT são perceptíveis as perdas quanto aos direitos sociais alcançados outrora, resultando na “morte” da eficácia horizontal e diagonal dos Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho.

Consubstancia-se como uma redefinição, através de um novo paradigma, das relações travadas pelos atores sociais envolvidos no diretamente no complexo emaranhado relacional que envolve empregados e empregadores.

Esses Direitos Fundamentais, presentes na Constituição Federal de 1988, são direitos básicos que deveriam ser preservados por todos, devendo ser vedada sua violação devido à relevância como instrumento de proteção individual e coletiva. Os Direitos Fundamentais são divididos em quatro dimensões, havendo quem defenda a existência de uma quinta dimensão. A Constituição Federal de 1988, divisor de água dos direitos sociais brasileiros, trouxe inovações com vasta repercussão no direito do trabalho, com destaque ao conteúdo trazido pelos seus artigos 1º, 5º, 7º, 8º, 9º, 10, 11 e 170.

Tendo caráter protetivo, os Direitos Fundamentais, sobre o prisma das relações sociais, são classificados como de eficácia vertical, horizontal e diagonal. A eficácia vertical tem relação direta com a subordinação do particular em relação ao Estado. Já a eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais trata do reconhecimento e aplicação desses Direitos nas relações entre os particulares. Por fim, a eficácia diagonal, onde está a relação trabalhista, está intrinsecamente ligada a desigualdade entre as partes, que apesar de ambas serem particulares, não estão no mesmo patamar quando das discussões de direitos divergentes.

Tratando ainda de relação trabalhista, a Lei nº 13.467/2017, conhecida como Lei da Reforma Trabalhista, trouxe diversas modificações, em sua maioria, com perdas de direitos sociais já conquistados, sendo um retrocesso à tutela de muitos dos Direitos Fundamentais da Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Organização de Alexandre de Moraes. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- BRASIL. **Consolidação das Leis Trabalhista (2017)**. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**.
- BRASIL. **Consolidação das Leis Trabalhista (1943)**. **Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943**.
- LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 20.ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- COUTINHO, Adalcy Rachid **et al**. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2.ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos de Personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
- LEMBO, Cláudio. **A pessoa: seus direitos**. Barueri, SP: Manole, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- TARTUCE, Flavio. **Manual de direito civil: volume único**. São Paulo: Método, 2011.
- CORREIA, Henrique. **Direito do Trabalho**. 2.ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPODIVM, 2011.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BOULHOSA, Flavinia Gomes Santos. **Da relação de trabalho x relação de emprego**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 97, fev 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11139>. Acesso em jun 2018.
- IURCONVITE, Adriano dos Santos. Os direitos fundamentais: suas dimensões e sua incidência na Constituição. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, X, n. 48, dez 2007. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/site/in->

dex.php?n_link=artigos_leitura_pdf&%20artigo_id=4528>. Acesso em jun 2018.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5414>. Acesso em jun 2018.

ALVES, Cristiane Paglione. **A eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11648>. Acesso em jun 2018.

SANCHES, Daiane Regina Ribeiro. Reforma Trabalhista. O que mudará em Novembro/2017. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XX, n. 163, ago 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19337&revista_caderno=25>. Acesso em jun 2018.

Capítulo VIII

O Supremo Tribunal Federal no desempenho da jurisdição constitucional e o ativismo judicial¹

*Marco Aurélio Nascimento Amado**

SUMÁRIO: Introdução; 1 A nova configuração do modelo constitucional e a amplificação da jurisdição constitucional; 2 O ativismo judicial dentro do prisma ideológico da constituição dirigente: hipertrofia do poder judiciário, no controle da omissão inconstitucional, ou atrofia dos poderes executivo e legislativo? 3 O ativismo judicial e a efetivação de políticas públicas em face das omissões inconstitucionais do estado; 4 O ativismo judicial e a busca do necessário equilíbrio; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

No Brasil, a atuação da Corte Constitucional, principalmente nos últimos anos, pelos mais diversificados motivos (necessidade de implementação de políticas públicas, verificação de injustificável mora do legislador infraconstitucional, etc.), tomou contornos nunca verificados anteriormente, a implicar em nítida tensão institucional. Cada vez mais, o Supremo Tribunal Federal brasileiro passa a atuar

1. Artigo Científico apresentado ao Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* Tele virtual como requisito parcial à obtenção do grau de especialista em Direito do Estado, sob orientação do Professor Mestre José Carlos Trinca Zanetti.

(*) Promotor de Justiça do Estado da Bahia. Ex-Defensor Público do Estado do Ceará. Ex-Advogado. Autor de artigos publicados no sítio virtual "Conteúdo Jurídico" (www.conteudojuridico.com.br). Correio eletrônico: marco.amado@mp.ba.gov.br

em espaço classicamente reconhecido como monopólio do Executivo e, especialmente, do Parlamento, responsabilizando-se pela resolução de questões controvertidas com decisiva influência no destino de toda a sociedade brasileira.

O presente estudo justifica-se pela importância da atuação do Supremo Tribunal Federal nas mais variadas situações em que a omissão inconstitucional é capaz de trazer sérios prejuízos de ordem política, econômica e social a toda a comunidade nacional, notadamente naquilo em que o Poder Constituinte elegeu como pilar da sociedade brasileira: a efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

Trata-se de tema ainda atual, a despeito da repercussão que já ostenta na área jurídica e social. Os debates científicos, na maior parte das vezes acalorados, não conseguiram convergir sobre as balizas e tolerabilidade do ativismo. Basta atentar para o fato de ser possível identificar, sem muito esforço, a existência de teorias que infirmam a legitimidade democrática desta espécie de controle judicial.

1. A NOVA CONFIGURAÇÃO DO MODELO CONSTITUCIONAL E A AMPLIFICAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

O movimento histórico de transvaloração (importando-se, aqui, terminologia nietzschiana²) da jurisdição constitucional foi estabelecido no Pós - II Guerra período em que se vivenciou a ascensão das constituições democráticas nos ordenamentos jurídicos modernos e uma verdadeira transição entre o que se tinha como Estado de Direito para o *Estado Constitucional Democrático de Direito*³ (ruptura dos sistemas totalitários).

-
2. A expressão cunhada pelo “filósofo dinamite” (*Umwertung aller Werte*), em tradução para a língua portuguesa, tem o significado aproximado de “transmutação ou transvaloração de todos os valores”. Portanto, há a “renovação” das “valorações dominantes e vigentes”.
 3. A expressão, utilizada pelo Professor Dirley da Cunha (2011, p. 267), bem explicita a reverência que o ordenamento jurídico deve manter diante da Carta Magna.

A nova configuração constitucional, que demarcou novos projetos políticos, sociais e econômicos, a orientar programas de flagrante conteúdo ético, também precisou ser remodelada para fazer frente às aspirações e promessas da sociedade da época. Disto, desaguou verdadeira revolução do que se concebia como jurisdição constitucional, delineada para superar a difícil missão de resguardar a normatividade superior da lei fundamental.

Esse novo modelo de Constituição reclama imperatividade e observância de todo o ordenamento jurídico, vinculando e limitando todos os Poderes do Estado. Agiganta-se o papel das cortes constitucionais, na exata medida em que, como guardiães da (última) interpretação constitucional, lhes cabe a análise e controle de todo e qualquer ato estatal que atente contra o conteúdo formal e substancial da norma máxima, seja pela via da ação ou omissão.

Retirar ou fragilizar a concepção instrumental da jurisdição constitucional redundará em inevitável e nítido retrocesso pela subversão de valores (a norma constitucional estaria submetida a uma estranha força normativa infraconstitucional), na submissão dos direitos e garantias fundamentais a interesses menos nobres e, finalmente, no esvaziamento da própria vontade do detentor do poder estatal: o povo.

A amplificação da jurisdição constitucional deu-se especialmente pelo incremento de densidade dos direitos fundamentais, em movimento que se irradia de forma global, conforme bem explicita Walber de Moura Agra (2005, p.95):

O fator que mais força exerce para o alargamento da atuação da jurisdição constitucional é o fortalecimento dos direitos fundamentais, que ocorre de forma global, principalmente nas democracias ocidentais. Quanto maior for o recrudescimento dos direitos fundamentais, maior deverá ser a atuação da tutela da Carta Magna para garantir sua concretização. Ao mesmo tempo em que essa é uma de suas funções, é uma forma de legitimar a expansão de sua atuação, além de garantir um direcionamento para as decisões proferidas.

Nesse novo paradigma, vislumbra-se o desenvolvimento da missão da jurisdição constitucional para além da sua função apenas defensiva do ordenamento jurídico (eliminação das leis inconstitucionais). O papel a ser desempenhado torna-se muito mais árduo, penoso e profundo, haja vista a necessidade de se atuar de forma ativa e criativa, interpretando, conformando e suprimindo (interpretação construtiva) as lacunas deixadas pelo gestor e legislador inertes, sobretudo nas ocasiões em que o constituinte clama por um *facere* (atuar legislativo ou administrativo).

Essa nova estatura conferida às cortes constitucionais busca desencadear incessante debate acerca dos valores que a Constituição protege e a forma mais adequada de resguardá-los. Somente assim afigura-se possível realizar verdadeira concretização do comando constitucional, mediante diálogo permanente entre o positivado e os reclamos da realidade social, política e econômica da comunidade.

É justamente a interação entre Constituição e realidade, promovida pela jurisdição constitucional, que permitirá o alcance da desejada eficácia da norma fundamental e, em especial, a cristalização de sua força normativa, nos moldes proclamados por Hesse (1991, p.14-23):

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade" (pretensão de eficácia). (p.14) [...] "A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. (p.15) [...] A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia. (p.16) [...] A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. Caso ela venha a faltar, tornar-se-á inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente. (p.23)

Sendo assim, percebe-se a clara e ímpar importância do papel desempenhado pelas cortes constitucionais, na condição de intérpretes

da norma constitucional, qual seja a autorização jurídica que possuem para estampar a vontade última do constituinte, seja eliminando dispositivos que afrontem o comando máximo, seja atuando diante do vazio deixado pela inércia dos demais poderes constituídos.

Seguindo esta nova concepção de jurisdição constitucional, inaugurada, no Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal tem experimentado inegável expansão de seu papel no fenômeno que, segundo Luís Roberto Barroso (2007, p.35), vincula-se ao evento da *judicialização da vida* (judicialização das questões políticas e sociais).

3. O ATIVISMO JUDICIAL DENTRO DO PRISMA IDEOLÓGICO DA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE: HIPERTROFIA DO PODER JUDICIÁRIO, NO CONTROLE DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL, OU ATROFIA DOS PODERES EXECUTIVO E LEGISLATIVO?

O ativismo, sem qualquer dúvida, guarda íntima relação com os reclamos da Constituição Dirigente, que impôs o deslocamento provisório do centro de decisão dos órgãos de direção política (Legislativo e Executivo) para o Judiciário, a fim de que este Poder possa suprir, como legislador positivo, inclusive, a indigna inércia dos outros poderes constituídos.

Isto porque, conforme sintetiza Dirley da Cunha (2008, p.655):

A Constituição Dirigente se volta à *garantia do existente* aliada à *instituição de um programa ou linha de direção para o futuro*, sendo estas, portanto, as suas duas funções. [...]. Ela deve ser considerada, portanto, como uma *ordem fundamental material*, que pressupõe uma dimensão constitucional constituinte, mista de *ordem e programa de ação*. É a função programática da Constituição Dirigente.

O enfraquecimento dos Poderes Legislativo e Executivo abre espaço para uma maior atuação do órgão jurisdicional. Exemplo recente desta constatação ocorreu no Brasil: a mora do Poder Legislativo, no aprofundamento da discussão acerca do reconhecimento da união

entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, permitiu que se levasse tal questão para o Altíssimo Pretório.

Apesar do *judicial activism* não ser bem aceito por parcela considerável da comunidade política e acadêmica (BICKEL, 1968; ELY, 1980, dentre outros), sendo muitos os que acusam o Supremo Tribunal Federal de excesso em sua atuação, uma conclusão é inegável: se a intenção é conferir real densidade normativa aos preceitos constitucionais (mesmo os programáticos), somente uma postura corajosa do Poder Judiciário pode evitar que o mandamento nuclear torne-se, no dizer do Ministro Celso de Mello, *uma promessa constitucional in-consequente*⁴.

Verificar o efetivo respeito à Constituição reclama cautela redobrada, pois a omissão inconstitucional revela maior dificuldade de ser observada e enfrentada. Não é toda e qualquer omissão do poder público que conduz à inconstitucionalidade. Omissão inconstitucional é somente aquela que consiste em uma abstenção indevida, ou seja, em não fazer aquilo que se estava constitucionalmente obrigado a fazer, por imposição de dispositivo constitucional certo e determinado, como bem destaca o Professor Dirley da Cunha (2008, p.123).

Insere-se, aqui, um dos limites para a atuação do Poder Judiciário, pinçado pela *political question doctrine*, ou seja, inviabiliza-se a sindicabilidade judicial nas questões políticas. Todavia, pode-se verificar que as hipóteses que permitem definir uma questão como política são alargadas ou restringidas, conforme o momento histórico-político vivido pela Suprema Corte. Quando o Judiciário adota uma postura de autocontenção, as hipóteses de questões políticas são alargadas; quando adota uma postura de ativismo judicial, diminuem os casos em que o pronunciamento judicial é negado, em respeito à competência privativa dos demais poderes (JORGE NETO, 2008, p.90-91).

O manancial de instrumentos colocados à disposição dos legitimados para o controle da omissão inconstitucional centraliza-se,

4. RE 271.286-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-9-2000, Segunda Turma, DJ de 24-11-2000.

basicamente, na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, no mandado de injunção e na arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Assumindo-se, aqui, posição dogmática mais vanguardista, segundo a qual deve e pode o Judiciário emprestar ao direito fundamental, inclusive os sociais, desfrute imediato (afastamento da tese da reserva do possível), o Supremo Tribunal Federal tem avançado da mera ciência ao ente omissor, acerca da mora em adotar providência legislativa ou administrativa, para a implementação do direito reclamado no caso concreto⁵. Esta mudança de postura, todavia, tem reacendido os debates acerca da legitimidade deste tipo de atuação, além de provocar uma revisão acerca da teoria da separação dos poderes.

4. O ATIVISMO JUDICIAL E A EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM FACE DAS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS DO ESTADO

Os direitos fundamentais sociais (prestacionais), via de regra, exigem a implementação de políticas públicas. Estas, por sua vez, cabem prioritariamente aos Poderes Legislativo e Executivo (o primeiro decidirá acerca da destinação e aplicação dos recursos orçamentários, ao passo em que ao segundo incumbirá a tarefa de executar os projetos sociais necessários à sociedade).

5. Foi o que ocorreu, por exemplo, nos julgamentos dos Mandados de Injunção 670/ES, 708/DF e 712/PA, nos quais se reconheceu o exercício do direito de greve aos agentes públicos, aplicando-se, no que couber, a Lei 7.783/1989. Já nas demandas relativas à contagem diferenciada do tempo de serviço, em decorrência de atividade em trabalho insalubre prevista no § 4º do art. 40 da CF, adotando como parâmetro o sistema do regime geral de previdência social (Lei 8.213/1991, art. 57), que dispõe sobre a aposentadoria especial na iniciativa privada, o Altíssimo Pretório, ante a prolongada mora legislativa, viabilizou a fruição desse direito, conforme se depreende dos seguintes julgados: MI 721/DF, MI 758/DF, MI 788/DF, MI 795/DF, MI 796/DF, MI 797/DF, MI 808/DF, MI 809/DF, MI 815/DF, MI 825/DF, MI 828/DF, MI 841/DF, MI 850/DF, MI 857/DF, MI 879/DF, MI 905/DF, MI 927/DF, MI 938/DF, MI 962/DF, MI 998/DF, MI 835/DF, MI 885/DF, MI 923/DF, MI 957/DF, MI 975/DF, MI 991/DF, MI 1.083/DF, MI 1.128/DF, MI 1.152/DF, MI 1.182/DF, MI 1.270/DF, MI 1.440/DF, MI 1.660/DF, MI 1.681/DF, MI 1.682/DF, MI 1.700/DF, MI 1.747/DF, MI 1.797/DF, MI 1.800/DF, MI 1.835/DF.

Vê-se, pois, que a concretização das políticas públicas significa, em análise derradeira, na tomada de opções políticas, cuja legitimidade cabe precipuamente ao Executivo/Legislativo em virtude da legitimação democrática que os parlamentares e gestores públicos detêm através do voto popular.

Todavia, tal legitimidade democrática precípua, que cabe aos representantes máximos dos Poderes Executivo e Legislativo, não afasta a possibilidade de atuação do Poder Judiciário, especialmente nos casos em que se pretende salvaguardar os direitos sociais básicos (garantia do mínimo existencial e estrita observância ao encarecido princípio da dignidade da pessoa humana).

Cláudio Pereira de Souza Neto (2003, p.45) realiza interessante análise acerca do tema:

[...] se o Poder Judiciário tem legitimidade para invalidar normas produzidas pelo Poder Legislativo, mais facilmente pode se afirmar que é igualmente legítimo para agir diante da inércia dos demais poderes, quando essa inércia implicar um óbice ao funcionamento regular da vida democrática. Vale dizer: a concretização judicial de direitos sociais fundamentais, independentemente de mediação legislativa, é um *minus* em relação ao controle de constitucionalidade.

Portanto, nos casos de omissão inconstitucional estatal, com o escopo de se garantir o mínimo necessário à existência digna (realização dos direitos sociais fundamentais), cabe ao Poder Judiciário – excepcionalmente – intervir no sentido de garantir a aplicabilidade do direito demandado, ainda que tal intromissão implique em interferência no processo de implementação de políticas públicas (exemplo: internações em hospitais particulares nas situações emergenciais, nos casos em que inexistir vaga em nosocômio público; o fornecimento de medicamentos de comprovada eficácia que não sejam disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde; etc.).

No julgamento da ADPF nº 455, o Ministro Celso de Mello realçou a possibilidade de o Poder Judiciário se imiscuir na juridicidade de questões que envolvam políticas públicas, a fim de assegurar o mínimo existencial humano:

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

Sob este prisma (garantia de direitos sociais fundamentais), verifica-se que o ativismo judicial pode ser a última trincheira de socorro do cidadão. Tal situação faz aumentar exponencialmente a responsabilidade do magistrado perante a sociedade. A parcimônia e o necessário equilíbrio do sistema de freios e contrapesos devem ser observados com extrema cautela.

5. O ATIVISMO JUDICIAL E A BUSCA DO NECESSÁRIO EQUILÍBRIO

Conforme visto acima, há autores que criticam acidamente a atividade jurisdicional criativa desempenhada pelo Poder Judiciário, notadamente pela Corte Constitucional, sob o argumento principal de que tal órgão carece de legitimidade democrática (os juízes não representam o povo) para preencher os espaços normativos deixados pela inércia do Poder Legislativo, ou, ainda, pela inação do Poder Executivo nas questões materiais e administrativas.

Os críticos do ativismo entendem, portanto, que a irradiação do Poder Judiciário em atuação que não lhe cabe precipuamente,

sobretudo nas famigeradas discussões interna corporis, acabaria por criar uma ditadura de juízes (paternalismo judicial)⁶.

A delicadeza do tema já foi enfrentada pela Corte Especial do STJ, no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Liminar número 1427 (estado do Ceará), quando se procurou fincar os contornos da atuação do Poder Judiciário nas demandas em que se discute a ingerência judicial na atividade administrativa do Poder Público (puro mérito administrativo):

Ementa: PEDIDO DE SUSPENSÃO DE MEDIDA LIMINAR. INTERFERÊNCIA DO JUDICIÁRIO NA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA. FLAGRANTE ILEGITIMIDADE E LESÃO À ORDEM PÚBLICA. Ao Judiciário cabe o controle da legalidade dos atos da Administração. O ativismo judicial pode legitimar-se para integrar a legislação onde não exista norma escrita, recorrendo-se, então, à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito (CPC, art. 126). Mas a atividade administrativa, propriamente tal, não pode ser pautada pelo Judiciário. [...]. (AgRg na SLS 1427 / CE. AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA. 2011/0185577-1 Relator(a) Ministro ARI PAR-GENDLER (1104) Órgão Julgador CE - CORTE ESPECIAL Data do Julgamento 05/12/2011 Data da Publicação/Fonte DJe 29/02/2012. RSTJ vol. 226 p.36).

Em sentido contrário, existe a corrente doutrinária que reverencia a amplificação do ativismo judicial, a depender do momento histórico vivenciado, a exemplo dos momentos em que a sociedade perpassa por verdadeira *crise de representatividade parlamentar* ou,

6. No particular, calha rememorar a recente liminar concedida pelo ministro Luiz Fux no Mandado de Segurança (MS) 31816, no qual se questionava a apreciação, pelo Congresso Nacional, do veto parcial da presidenta Dilma Rousseff ao Projeto de Lei 2.565/2011 (convertido na Lei 12.734/2012), que trata da partilha de royalties relativos à exploração de petróleo e gás natural. Embora a decisão monocrática não tenha sido confirmada pelo plenário do STF, o ministro Luiz Fux manteve a posição firmada na liminar, pela qual o veto parcial ao Projeto de Lei 2.565/2011 só poderia ser apreciado após todos os vetos pendentes de apreciação no Congresso Nacional fossem analisados, em ordem cronológica. No mesmo sentido, em recente episódio de “tensão institucional”, o ministro Gilmar Mendes, no MS 32.033, deferiu liminar que suspende a tramitação, no Congresso, do PL 4470/12, que estabelece restrições à criação de novos partidos.

ainda, quando se observa a anêmica atuação dos Poderes Legislativo e Executivo.

Este último entendimento busca inspiração nas lições do jurista alemão Peter Häberle. Segundo este constitucionalista, o círculo dos intérpretes deve ser alargado para abranger além das autoridades públicas e as partes formais do controle de constitucionalidade, os cidadãos e grupos sociais que, de um modo ou de outro vivenciam a realidade constitucional. Logo, para o jurista alemão (1997, p.13), não pode existir um *numerus clausulus* de intérpretes da Constituição.

Assim, a interpretação constitucional deverá estar voltada para a dinâmica da vida social, passando a Constituição por um contínuo e perene processo de interpretação, que deve ser realizada por todos aqueles que vivenciam a realidade da Lei Maior. A concretização do mandamento constitucional, seguindo este raciocínio, pode ser realizada pelo Poder Judiciário, ainda que, para atingir tal desiderato, deva-se suprir a omissão de outro Poder constituído.

Vê-se, pois, que a alegada *tensão institucional* deve ser resolvida com a busca do necessário equilíbrio entre os Poderes constituídos, já que o Princípio da Separação dos Poderes não pode ser visualizado de forma estática. Todavia, acaso haja o descumprimento do texto maior (especialmente nas situações de inércia governamental), a busca pela vontade de se concretizar substancialmente o mandado constitucional autoriza (e obriga!) uma atuação ativa e criativa da Corte Constitucional (guardiã última da Carta Magna), incorporando realmente o *sistema do checks and balances*.

Este parece ser o posicionamento do Ministro Celso de Mello⁷:

[...] Práticas de ativismo judicial, Senhor Presidente, embora moderadamente desempenhadas por esta corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional,

7. Posicionamento exposto por ocasião da posse do Ministro Gilmar Mendes como presidente da Corte brasileira.

ainda mais se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não se pode reduzir a uma posição de pura passividade.

A lição ofertada pelo Ministro traduz a umbilical relação que se deve fincar entre o Princípio da Separação dos Poderes e o sistema de freios e contrapesos. A dimensão de análise do intérprete não pode descurar de nenhum dos dois elementos.

CONCLUSÃO

Como se vê, trata-se de temática que atrai grandes controvérsias no seio doutrinário e jurisprudencial. Não há, contudo, qualquer surpresa nisto, uma vez que, em última senda, encontra-se em jogo o sistema de equilíbrio entre os poderes constituídos, em que não se permite a intromissão indevida, tampouco a sujeição de uma esfera pela outra.

Em busca da supremacia e efetividade do texto constitucional, devem-se deixar de lado questões político-partidárias. A pernicioso omissão dos órgãos estatais (omissão inconstitucional) reclama jurisdição constitucional ativa, pois, somente assim, evitar-se-á o processo de esvaziamento material das normas constitucionais, especialmente as que destacam os direitos e garantias fundamentais.

Por outro lado, não se pode aceitar que, em nome de uma maioria parlamentar ou incorreta interpretação sobre o princípio da separação dos poderes, os direitos fundamentais sejam suprimidos, maculando a norma que mais se deve buscar reverência dentro do Estado Democrático e Constitucional de Direito: a Carta da República.

Deve, sim, o juiz constitucional fazer valer os direitos fundamentais existentes na constituição (cláusulas petrificadas), a partir da legítima provocação (princípio da inércia), por intermédio dos instrumentos jurídicos pertinentes (mandado de injunção, ação popular, ação civil pública, ações diretas, etc.), realizada pelos legitimados para tanto (em um espectro mais amplo possível, a fim de dar concreitude ao que Häberle denominou de *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*).

REFERÊNCIAS

- AGRA, Walber de Moura. **A Reconstrução da Legitimidade do Supremo Tribunal Federal**: Densificação da Jurisdição Constitucional Brasileira. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil. in **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil**, Luís Roberto Barroso (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.35.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4 ed.rev. e atual – São Paulo: Saraiva, 2009.
- BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch**: The Supreme Court at the Bar of Politics. 2 ed. New Haven: Yale University Press, 1986.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. 2 ed. Coimbra Editora, 2001.
- DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle de Constitucionalidade**: Teoria e Prática. 5 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011.
- _____. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**. 2 ed. rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DIAS, Jean Carlos. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Editora Método, 2007. v.4.
- ELY, John Hart. **Democracy and Distrust**. A Theory of Judicial Review. Cambridge: Harvard University Press, 1980.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Uma Contribuição para a Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris Editor: 1997.
- HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991.
- KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: Os (Des)Caminhos de um Direito Constitucional "Comparado". Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

- MORO, Sergio Fernando. **Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2001.
- NETO, Nagibe de Melo Jorge. **O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: Concretizando a Democracia e os Direitos Sociais Fundamentais**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008.
- PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade: Conceitos, sistemas e efeitos**. 2 ed. rev.ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- PIOVESAN, Flávia C. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1995.
- RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno de; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. **Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.
- VIANNA, Luiz Werneck; et al . **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.

Capítulo IX

La reforma de la ley orgánica de partidos políticos de 2002 por la ley 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico-financiera de los partidos políticos: un nuevo paso en la incorporación de los partidos políticos frente a la legalización

*Mercedes Iglesias Báñez**

SUMARIO: Introducción; 1 La creación, constitución e inscripción de partidos políticos en la ley orgánica 6/2002, de partidos políticos tras la reforma de la ley 3/2015; 1.1 La extensión de la titularidad del derecho de creación de partidos políticos a los ciudadanos de la Unión Europea; 1.2 Constitución e inscripción de partidos políticos; 1.3 El deber de inscripción de las fundaciones y asociaciones vinculadas a los partidos políticos; 2 La libertad de autoorganización del partido político y la exigencia de democracia interna en la ley de partidos tras la reforma de la ley orgánica 3/2015; 2.1 La estructura organizativa democrática de los partidos políticos; 2.2 El estatuto del afiliado. Especial consideración de las garantías procesales en los procedimientos sancionatorios; 2.2.2 Las garantías procesales en los procedimientos de sanción y expulsión de los afiliados; 3 La declaración judicial de extinción de un partido político.

INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico-financiera de los Partidos Políticos, por la que se

(*) Profesora de Derecho Constitucional – Universidad de Salamanca.

modifica, entre otras¹, la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos (en adelante Ley Orgánica de Partidos Políticos), es un nuevo intento fallido de establecer un adecuado estatuto general de los partidos políticos en España.

El aspecto más decisivo, que permite entender la génesis y estructura de la Ley Orgánica de Partidos Políticos aprobada en 2002, viene determinado por la apuesta del legislador español por establecer un mecanismo efectivo que permitiera la ilegalización de partidos políticos que sustentaban políticamente el terrorismo de ETA. La Ley no pretendía superar las carencias de la vieja normativa de partidos políticos, y si de una primera lectura parece que nos encontramos ante una regulación garantista de la libertad de asociación política en todas sus dimensiones, lo cierto es que la Ley, sesgada por su propia finalidad, adquiere finalmente un claro matiz de limitación de derechos.

Así, y salvo la excepción de la extensión del derecho a crear partidos políticos a los ciudadanos de la Unión Europea (en adelante UE), la reforma de 2015 insiste en la idea del control de los partidos, de la incorporación de los partidos políticos frente a su legalización.

Establece como novedad un contenido mínimo que los estatutos de los partidos políticos deben recoger, buscando la “uniformización entre los distintos estatutos partidarios con el afán de evitar la disparidad y profundizar en el funcionamiento democrático de los partidos políticos”². En este sentido, el momento de la creación y constitución del partido se convierte en una vía *ex ante* de control económico-financiero y de fiscalización de la democracia interna de los partidos, con toda la problemática constitucional que plantea el control previo del derecho de asociación política y el papel que debe desempeñar el Registro de Partidos Políticos.

-
1. Modifica así mismo la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de partidos políticos (en adelante Ley Orgánica de Financiación de Partidos o Ley de Financiación) y la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas.
 2. Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico-financiera de los Partidos Políticos.

Dentro de este contenido mínimo de los estatutos de los partidos también se incluyen exigencias sobre el establecimiento de medidas sancionadoras como mecanismo de lucha contra la corrupción con lo que profundiza en la mejora técnica de la Ley 6/2002, al tener en cuenta la condición de los partidos como sujetos penalmente responsables y establecer un sistema de prevención y supervisión a los efectos previstos en el Código Penal.

La reforma también mejora el control sobre la libertad de autoorganización de los partidos políticos, no obstante, sigue manteniendo una regulación de mínimos en materia de democracia interna. Por otra parte, la intención de clarificar el régimen jurídico de los afiliados lleva al legislador a establecer categorías de miembros del partido político, y a exigir que sólo los afiliados de mayor vinculación sean titulares de los derechos reconocidos en los artículos 7 y 8 de la Ley, con lo que se rebaja el estatuto jurídico de los afiliados de menor vinculación o de otros miembros de partido.

Por otra parte, la reforma exige la inscripción obligatoria de las fundaciones y las asociaciones vinculadas a los partidos políticos en el Registro de Partidos Políticos si quieren solicitar una subvención, lo que, sin duda, mejorará el control económico-financiero de los partidos políticos por el Tribunal de Cuentas de uno de sus principales mecanismos de financiación privada y fuente de corrupción de los partidos.

Una de las mayores novedades es el establecimiento de un procedimiento judicial de extinción de partidos que, a tenor de lo dispuesto por el legislador, redundará en una depuración y una mejora del funcionamiento del Registro de Partidos Políticos al permitir cancelar la inscripción registral de partidos que se consideran inactivos. Se coloca de nuevo al Registro en una posición de control de los partidos políticos que no adapten sus estatutos a la nueva normativa, pero también de aquellos que no funcionen democráticamente o no presenten regularmente sus cuentas. La reforma incide de nuevo más en la idea de anormalidad, de control- sanción, que en la de control-participación.

La Ley 3/2015 se inserta, pues, dentro de la nueva política de regeneración democrática y pretende “someter a los partidos y a las

fundaciones y entidades vinculadas a más mecanismos de control y mayores exigencias de transparencia”.

No obstante, esta regulación es, en buena medida, una ocasión perdida para profundizar en la regulación constitucional de un ámbito esencial del moderno Estado democrático. En este sentido, nuestro Derecho ha sido, y continúa siéndolo, fruto de la oportunidad política.

1. LA CREACIÓN, CONSTITUCIÓN E INSCRIPCIÓN DE PARTIDOS POLÍTICOS EN LA LEY ORGÁNICA 6/2002, DE PARTIDOS POLÍTICOS TRAS LA REFORMA DE LA LEY 3/2015

1.1. La extensión de la titularidad del derecho de creación de partidos políticos a los ciudadanos de la Unión Europea

Uno de los aspectos más positivos de la reforma de 2015 es, sin duda, el que afecta a la titularidad del derecho a la creación de partidos políticos en España. La nueva normativa extiende la titularidad del derecho a la creación y constitución de partidos políticos a los ciudadanos de la Unión Europea (en adelante UE), abandonando la cuestionable restricción de la anterior redacción del art. 1.1 de la LOPP, que sólo reconocía la titularidad de este derecho a los españoles.

A pesar de que la STC 48/2003, de 12 de marzo, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad de la Ley de Partidos de 2002 presentado por el Gobierno Vasco³, había declarado la constitucionalidad de la limitación, no cabe duda de que en el giro legislativo ha pesado fuertemente el criterio mantenido por la Comisión Europea en su Informe al Parlamento Europeo y al Consejo 09/09/2012 sobre la aplicación de la Directiva 94/80/CE, por la que se fijan las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones

3. Recurso de inconstitucionalidad núm. 5550/2002.

municipales por parte de los ciudadanos de la UE residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales⁴.

La cuestión de la titularidad del derecho de libre creación de partidos adquirió desde los años noventa del pasado siglo una especial relevancia práctica de la que carecía en la primera regulación española de partidos políticos. Si bien la Ley 54/1978, de Partidos Políticos (en adelante Ley de 1978) también convenía en su primer artículo que exclusivamente “los españoles” podían crear partidos, esta restricción de la titularidad del derecho fundamental no contaba con el impedimento de la reforma constitucional de 1992, que reconoció el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales para los extranjeros, conforme a las previsiones del art. 13.2 CE. Por eso, fue objeto de crítica que la Ley Orgánica de Partidos Políticos de 2002 restringiera a los españoles la titularidad del derecho de creación de partidos políticos y excluyera a los extranjeros, y sobre todo a los comunitarios, sin menoscabar su derecho de igualdad en relación a su derecho de participación política en las elecciones municipales (y europeas).

Sobre esta cuestión se pronunció tempranamente el Consejo de Estado⁵ donde advertía que en la regulación de la titularidad del derecho de creación y constitución de partidos políticos el legislador debería tener en cuenta que la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, regulaba en su artículo 6 la participación política y, en este sentido, reconocía a los extranjeros residentes en España la titularidad de los derechos de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales atendiendo fundamentalmente a criterios de reciprocidad, tal y como determina el artículo 13.2 CE. Al mismo tiempo también advertía que el artículo 8 de la misma Ley reconoce la libertad de

4. Tras la nueva redacción del artículo 1.1 de la LOPP se establece que “Los ciudadanos de la Unión Europea podrán crear libremente partidos políticos conforme a lo dispuesto en la Constitución y en la presente ley orgánica”.

5. Dictamen de 18 de abril de 2002, relativo al Anteproyecto de Ley Orgánica de Partidos Políticos.

asociación para los extranjeros “conforme a las leyes que lo regulen para los españoles”, en este caso, conforme a la Ley Orgánica 1/2002, reguladora del derecho de asociación (en adelante LODA).

Como ya apuntábamos, la posible inconstitucionalidad de la restricción de la titularidad del derecho de creación de partidos políticos para los extranjeros y ciudadanos comunitarios fue también una de las alegaciones del Gobierno Vasco y que lógicamente trató la STC 48/2003, de 12 de marzo. El Ejecutivo autonómico consideraba que esta limitación del artículo 1.1 de la Ley conculcaba el derecho de asociación del artículo 22 CE, en base a dos motivos. En primer término, entiende que se incurre en inconstitucionalidad por discriminación de los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea ex artículo 14 CE, pues siendo éstos titulares de los derechos de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales y en las europeas, “negarles de plano la posibilidad de crear partidos conlleva una medida discriminatoria entre iguales (electores y elegibles en dichos comicios) sin justificación”. Además, y también para los comunitarios, el artículo 2 LODA reconoce a todas las personas, ya sean nacionales o no, la capacidad para constituir asociaciones. El segundo de los problemas advertidos por el Gobierno Vasco aparece referido exclusivamente a los extranjeros, es decir, a los que no son nacionales de Estados de la Unión Europea. En este supuesto, el artículo 2 LODA les reconoce también el derecho a crear asociaciones⁶, y por ello deberían ser titulares también del derecho a crear asociaciones políticas.

El Tribunal Constitucional, siguiendo las consideraciones del Abogado del Estado, estimó, por el contrario, que la diferencia de tratamiento entre españoles y extranjeros, e incluso comunitarios, para crear partidos políticos se justifica constitucionalmente en el artículo 13.1 CE, que establece que “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”. No es posible obviar, entiende el Tribunal, que los partidos políticos además de ser asociaciones

6. El legislador orgánico sigue en este punto las consideraciones de la STC 115/1987, de 7 de julio.

son también organizaciones electorales, en definitiva, son un “instrumento fundamental para la participación política”, según la función que les atribuye el artículo 6 CE. Es bajo esta consideración cuando se desvela la relevancia del artículo 13.2 CE, que dispone que sólo los españoles serán titulares de los derechos de participación política del artículo 23 CE. En virtud de esta regla, y con las salvedades para las elecciones municipales (y al Parlamento Europeo), que son sólo excepciones del principio general, “no cabe [...], ni por tratado ni por ley, atribuir el derecho de sufragio pasivo a los no nacionales en cualquiera de los procedimientos electorales para la integración de órganos de los poderes públicos españoles”⁷. De ahí que sólo, y en este sentido, los españoles sean los titulares del derecho a la creación de partidos políticos⁸. No cabe duda de que en la decisión del Tribunal Constitucional⁹ pesó la relación existente entre el artículo 23 CE y la soberanía popular del artículo 1.2 CE, y el Tribunal se decantó por un determinado entendimiento del artículo 13 de nuestra Constitución¹⁰.

No obstante, el Tribunal es consciente de que esta restricción se compadece mal con el principio de no discriminación, y así lo pone de manifiesto también la mayoría de la doctrina¹¹, por lo que entiende que la disposición ha de ser interpretada en sus estrictos términos. Así “esa reserva debe cohonestarse con el derecho de participación

7. DTC de 1 de julio de 1992, FJ 3 A.

8. STC 48/2003, FJ 18.

9. Asume también la tesis del Tribunal Constitucional FERNÁNDEZ SEGADO, F “Algunas reflexiones sobre la Ley 6/2002 al hilo de la interpretación de Tribunal Constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Época, n. 125, julio-dic, 2004, pp. 131-132.

10. MARTÍN DE LA VEGA, A. “Los partidos políticos y la Constitución de 1978. Libertad de creación y organización de los partidos en la Ley Orgánica 6/2002”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, Número Extraordinario, Enero 2004, p. 217.

11. PORRAS RAMÍREZ aboga por el reconocimiento de este derecho a los ciudadanos de la Unión Europea “aunque fuera circunscrito el mismo, a los ámbitos estrictamente municipal y autonómico”. En “Comentarios acerca del estatus constitucional de los partidos políticos y de su desarrollo en la Ley Orgánica 6/2002...” en *Revista de las Cortes Generales*, Madrid, 2002, p. 14. En el mismo sentido se pronuncian

política de los extranjeros cuando, por cualquier fuente idónea a dicho fin, se les reconozca el derecho de sufragio, tanto activo como pasivo”¹². En el mismo orden de ideas, dicha restricción no puede afectar al derecho de los extranjeros a afiliarse a los partidos políticos ya constituidos, aunque no lo prevea expresamente la ley, tal como lo reconocen ya los estatutos de diversos partidos¹³, “ni traducirse en ninguna limitación de los derechos derivados de la afiliación, según se deduce de los arts. 1.2 y 8.1 de la misma Ley recurrida”¹⁴.

No cabe duda de que la reforma de 2015 representa un avance respecto del derecho de los ciudadanos comunitarios a crear partidos políticos en España, pero sigue sin diluirse el problema respecto de los extranjeros, al menos en relación con los nacionales de aquellos Estados con los que España ha firmado Convenios que en términos de reciprocidad reconocen a los extranjeros el derecho a votar en España en las elecciones locales. No se ha tenido en cuenta por el legislador de 2015 que desde el año 2009 hasta la actualidad España ha firmado nueve Acuerdos internacionales, que reconocen el derecho de sufragio activo en las elecciones locales a los extranjeros procedentes de Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Islandia, Nueva Zelanda, Paraguay, Perú y Cabo Verde, Trinidad y Tobago y Corea del Sur, ni tampoco que también pueden votar en las elecciones locales los ciudadanos de Noruega, que ya había firmado con España un Acuerdo en

ESPARZA OROZ, Miguel Ángel *La ilegalización de Batasuna. El nuevo régimen jurídico de los partidos políticos*, Ed. Aranzadi, 2004, p. 84 y VÍRGALA en que estima que es contrario a la apertura de derechos fundamentales, a una interpretación progresista del artículo 14 CE y al derecho de sufragio pasivo de los extranjeros ex artículo 13.2 CE. VÍRGALA FORURIA, Eduardo “Los límites constitucionales a los partidos políticos en la LO 6/2002” en *La prohibición de partidos políticos*, Montilla Martos, J. A. (Ed.), Ed. Universidad de Almería, Almería, 2004, p. 55.

12. FJ 18 de la STC 48/2003.
13. Vid., NAVARRO MÉNDEZ, José Ignacio *Partidos políticos y democracia interna*, Ed. CEC, Madrid, 1999, pp. 434 y ss. y JIMÉNEZ CAMPO, Javier “Diez tesis sobre la posición de los partidos políticos en el ordenamiento español”, en *Régimen jurídico de los partidos políticos y Constitución*, Nº 51, Ed. CEC, Madrid, 1994, p. 40. En una posición crítica vid. MARTÍNEZ CUEVAS, María Dolores *El régimen jurídico de los partidos políticos*, Ed. Marcial Pons. Madrid, 2006, Pp. 34 y 35.
14. STC 48/2003, FJ 18.

1990. Debería ser posible que para estos extranjeros al menos se les pudiera reconocer el derecho a crear partidos políticos, equiparándolos con los nacionales españoles y con los ciudadanos comunitarios. Es cierto que, y a diferencia de lo que ocurre con los ciudadanos comunitarios, como los Acuerdos sólo reconocen el derecho de sufragio activo, estos extranjeros podrían crear un partido, votar al partido que han creado pero no presentarse como candidatos por ese partido político. Una razón más que nos lleva instar a España a firmar tratados que desarrollen el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, que la Constitución reconoce también a los extranjeros con aquellos Estados que lo permitan, o a exigir la reforma del art. 13.2 CE para eliminar el criterio de la reciprocidad¹⁵.

1.2. Constitución e inscripción de partidos políticos

Una de las constantes en los debates sobre la problemática constitucional de la configuración del Registro de Partidos en España ha sido la lucha por controlar la discrecionalidad administrativa en la inscripción de partidos políticos. Afán en el que el Tribunal Constitucional se ha esmerado decididamente, superando la pasividad que en el desarrollo de este proceso ha mostrado el legislador de turno.

Las denuncias de la doctrina que alertaban sobre la relevancia del papel de la Administración en la creación y constitución de partidos políticos¹⁶, se intentaron paliar por el Tribunal Constitucional en su ya conocida STC 85/1986 sobre el Partido Comunista de Aragón. Partiendo de la afirmación de la naturaleza asociativa de los partidos políticos, el Tribunal estimó que la adquisición de la condición jurídica de partido político no puede subordinarse “a otros requisitos

15. Vid IGLESIAS BÁREZ, Mercedes, “La participación política de los extranjeros en las Elecciones locales de 22 de mayo de 2011. Una reflexión crítica sobre un intento fallido de democracia inclusiva”, en *Revista Estudios de Deusto*, vol. 59, n. 2, 2011.

16. Vid. CASCAJO CASTRO, José Luis, “Controles sobre los partidos políticos”, en *Derecho de partidos*, coordinador ENCINAR, J. (Coord.) Ed. Espasa Calpe, 1990, pp. 192 y 193.

formales que a los ya previstos con el alcance que establece el art. 22¹⁷ y que, por tanto, el control de la autoridad administrativa debe ser entendido como un “control formal externo y de naturaleza estrictamente reglada”¹⁸. Y, en el mismo sentido, que los posibles límites a la libertad de partidos “han de centrarse fundamentalmente en el momento de actuación de éstos y por medio de un control judicial”¹⁹. En suma, el Tribunal ha entendido que “la operación de registro es el presupuesto para el eventual control del partido pero no la ocasión para el mismo”²⁰ y que a la Administración “le compete exclusivamente comprobar si los documentos que se le presentan corresponden a materia objeto del Registro y si reúnen los requisitos formales necesarios”²¹. En definitiva, esta jurisprudencia mostraba la debilidad y excepcionalidad del control previo de partidos que recogía la Ley de 1978²².

Inexplicablemente la Ley 6/2002 de Partidos Políticos conservó la esencia y espíritu del régimen jurídico de la inscripción registral de partidos propio de la legislación anterior. Lo que es evidente es que la Ley 6/2002 continuó la idea de estatuir un régimen jurídico específico para el partido político, que se aparta del sistema general

-
17. “La adquisición de la calificación jurídica de partido, para respetar el precepto constitucional de libertad de fundación de partidos, no puede subordinarse a otros requisitos formales que a los ya previstos y con el alcance que establece el propio artículo 22”. STC 85/86 (FJ 2)
 18. STC 85/86 (FJ 3).
 19. STC 85/86 (FJ 2).
 20. STC 85/86 (FJ 3).
 21. *Ibidem*. En el mismo sentido la STC 3/1981 ya anticipó en su FJ 5 que “El Registro de Partidos Políticos es, por tanto, un Registro cuyo encargado no tiene más funciones que las de verificación reglada, es decir, le compete exclusivamente comprobar si los documentos que se le presentan corresponden a materia objeto del Registro y si reúnen los requisitos formales necesarios”.
 22. JIMÉNEZ CAMPO, Javier “La intervención estatal del pluralismo: (notas a una sentencia del Tribunal Constitucional)” en *REDC*, N^o 1, 1981, pp. 171 y ss; “Los partidos políticos en la jurisprudencia constitucional”, en GONZALEZ ENCINAR, José Juan *Derecho de Partidos*. Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1992”, p. 215; ó voz ‘Registro de partidos políticos’, en *Temas básicos de Derecho Constitucional*, ARAGÓN REYES, Manuel (coord.) Ed. Civitas, Madrid 2001, p. 148.

de las asociaciones. Una bifurcación de regímenes jurídicos que se profundiza si tenemos en cuenta que en la LODA se prescribe que la inscripción de la asociación en el registro no es necesaria para la adquisición de su personalidad jurídica²³, y que la Administración, tal y como señala su Exposición de Motivos, “al gestionar el registro carece de facultades que pudieran entrañar un control material de legalización o reconocimiento”.

El tratamiento que hace la Ley Orgánica de Partidos Políticos de 2002 del procedimiento de constitución de partidos políticos en España parte de la distinción de dos momentos: aquel que se refiere al acuerdo de constitución del futuro partido “que habrá de formalizarse mediante acta fundacional”, acuerdo que deberá constar en documento público²⁴ y, por otra parte, el momento de la inscripción registral.

En lo que se refiere al primer momento, la Ley de 2002 contempla también un requisito material del acta fundacional, al exigir un contenido mínimo de la misma, que se plasma en que debe determinar, en todo caso, “la identificación personal de los promotores²⁵, la denominación del partido que se propone constituir²⁶, los integrantes de los

23. El artículo 5.2 de la LODA establece que “con el otorgamiento del acta adquirirá la asociación su personalidad jurídica y la plena capacidad de obrar, sin perjuicio de la necesidad de su inscripción a los efectos del artículo 10”. Este último precepto nos recuerda que la inscripción es “a los solos efectos de publicidad”.

24. Este mismo requisito aparecía en el artículo 2.1 de la Ley 54/1978 bajo la forma de un acta notarial suscrita por los promotores del partido político. El artículo 5 de la Ley 1/2002 reguladora del derecho de asociación que abre el Capítulo III destinado a la “Constitución de las Asociaciones” exige que también la formalización del acuerdo de constitución pero con la diferencia de que puede hacerse en documento público o privado.

25. Este requisito aparecía ya en el artículo 2 de la Ley 54/1978.

26. El artículo 3.1 *in fine*, que también ha sido modificado en la Ley 3/2015, contiene unas cautelas referentes a la denominación de los partidos políticos que se refieren a que “La denominación de los partidos no podrá incluir términos o expresiones que induzcan a error o confusión sobre su identidad o que sean contrarias a las leyes o los derechos fundamentales de las personas. Además, no podrá coincidir, asemejarse o identificarse, aun fonéticamente, con la de ningún otro partido previamente inscrito en el Registro, con la de algún partido integrante, como resultado

órganos directivos provisionales, el domicilio y los estatutos²⁷ por los que habrá de regirse el partido que trata de constituirse²⁸.

La LO 3/2015 modifica precisamente el apartado segundo del artículo 3 de la LOPP y exige que los estatutos de los partidos políticos tengan un contenido mínimo. Así, el legislador establece un conjunto de requisitos en cuatro ámbitos diferentes²⁹:

1. La denominación o identificación del partido, su localización física y electrónica y el ámbito de actuación territorial.
 - a) Su denominación y siglas.
 - b) El símbolo, con su descripción y representación gráfica.
 - c) El domicilio, con indicación de la localidad, provincia, calle y código postal.
 - d) Su sitio web y dirección electrónica.
 - e) El ámbito de actuación: estatal, autonómico, provincial o local.
2. La exposición de su fines o programa ideológico –apartado f)- donde el legislador no establece ningún tipo de exigencia o control sobre los mismos, en clara consonancia con la inexistencia de democracia militante en España³⁰.

de una fusión, de un partido inscrito cuando ello se encuentre acreditado por cualquier medio de prueba válido en derecho, o con la de algún partido declarado ilegal, disuelto o suspendido por decisión judicial. Tampoco con la identificación de personas físicas, o con la denominación de entidades preexistentes o marcas registradas". Estas cautelas también aparecen en el artículo 8 de la Ley 1/2002 reguladora del derecho de asociación.

27. Este requisito aparecía ya en el artículo 2 de la Ley 54/1978.
28. Artículo 3 de la Ley 6/2002.
29. Se reproduce a continuación la dicción literal de la nueva redacción que aparecen en letras a) a t) del artículo 3.2 de la LOPP, a excepción de las letra m) que exige "El régimen de documentación, que incluirá en todo caso el fichero de Afiliados y el Libro de Actas" y la letra t) que establece la cláusula general de "Cualquier otra mención exigida por ésta u otra ley".
30. STC 43/2003 FJ. Vid IGLESIAS BÁREZ, Mercedes, *La ilegalización de partidos políticos en el ordenamiento jurídico español*, Comares, Granada, 2008, pp. 36 y ss; BARRERO ORTEGA, Abraham, "Reapertura del debate democracia abierta v. Democracia

3. La actividad económico-financiera del partido:

- k) El cargo u órgano al que corresponda la representación legal del partido político, así como la determinación del responsable económico-financiero del partido político y el procedimiento para su designación.
- l) El régimen de administración y contabilidad, que incluirá, en todo caso, los Libros de Contabilidad.
- n) Indicación de si el partido político cuenta o no con patrimonio fundacional, la procedencia de los recursos económicos y el procedimiento de rendición de cuentas.
- o) El procedimiento y el órgano competente para la aprobación de las cuentas anuales en el que se incluya la obligación de remisión anual de las mismas al Tribunal de Cuentas dentro del plazo legalmente establecido.
- p) Las causas de disolución del partido político y, en este caso, cuál sería el destino de su patrimonio.

4. La democracia interna de los partidos:

- g) Los requisitos y modalidades de admisión y baja de los afiliados.
- h) Los derechos y deberes de los afiliados y su régimen disciplinario de acuerdo con lo previsto en el artículo 8.
- i) Los órganos de gobierno y representación, su composición, los plazos para su renovación que habrá de efectuarse como máximo cada cuatro años, sus atribuciones o competencias, los órganos competentes para la convocatoria de sesiones de los órganos colegiados, el plazo mínimo de convocatoria, duración, la forma de elaboración del orden del día, incluyendo el número de miembros exigidos para proponer puntos a incluir

militante en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *La prohibición de partidos políticos*, Montilla Martos, J. A. (Ed.), Ed. Universidad de Almería, Almería, 2004.

en el mismo, así como las reglas de deliberación y la mayoría requerida para la adopción de acuerdos, que, por regla general, será la mayoría simple de los presentes, sean éstos miembros de pleno derecho o compromisarios.

- j) El procedimiento para la elección de los órganos directivos, bien directamente o por representación, que en todo caso deberá garantizar la participación de todos los afiliados mediante sufragio libre y secreto, y los procedimientos de control democrático de los dirigentes electos.
- q) El procedimiento de reclamación de los afiliados frente a los acuerdos y decisiones de los órganos del partido.
- r) El cargo u órgano encargado de la defensa y garantía de los derechos del afiliado.
- s) El régimen de infracciones y sanciones de los afiliados y el procedimiento para su imposición, que deberá instruirse de forma contradictoria y en el que deberá garantizarse el derecho del afiliado a ser informado de los hechos que dan lugar a su incoación, a ser oído con carácter previo a la imposición de sanciones y a que el eventual acuerdo sancionatorio sea motivado. No obstante lo anterior, se establecerá en todo caso, la suspensión cautelar automática de la afiliación de los afiliados incurso en un proceso penal respecto de los cuales se haya dictado auto de apertura de juicio oral por un delito relacionado con la corrupción así como la sanción de expulsión del partido de aquellos que hayan sido condenados por alguno de esos delitos.

Las dos ideas-fuerza que guían esta reforma son, por una parte, la uniformización del contenido de los estatutos frente a un conjunto muy variado de partidos políticos, y, por otra, establecer unos mecanismos de control sobre la democracia interna y la actividad económica-financiera de los partidos.

La Ley de 2002 carecía hasta esta modificación de prescripciones en el ámbito económico, que eran tratadas en la Ley de Financiación de Partidos Políticos. La novedad estriba además en que esta

exigencia en la fase de creación y constitución de los partidos se convierte no sólo en un mecanismo de uniformización, sino también de control previo, pues corresponderá al Registro de partidos políticos supervisar el cumplimiento de estos requisitos y proceder, en su caso, a la no inscripción de partido si no estuvieran satisfechos.

Por otra parte, este nuevo artículo 3 de la LOPP no supone realmente una profundización sobre la exigencia de democracia interna de los partidos, como se verá más adelante, pues algunos de estos requisitos ya estaban presentes en el artículo 7 de la Ley de Partidos Políticos, a excepción del régimen jurídico que garantiza el derecho de permanencia en el partido y que estaba escasamente desarrollado en el artículo 8 de la Ley. Se insiste ahora sobre la garantía del principio de tipicidad de las infracciones y sanciones, el principio de contradicción, el derecho de información o el derecho de audiencia en los procesos disciplinarios abiertos contra los afiliados al partido político. Lo más interesante es que establece la exigencia del establecimiento en los estatutos del partido de una infracción y sanción que ahora será común para todos los partidos y que se refiere “a la suspensión cautelar automática de la afiliación de los afiliados incurso en un proceso penal respecto de los cuales se haya dictado auto de apertura de juicio oral por un delito relacionado con la corrupción así como la sanción de expulsión del partido de aquellos que hayan sido condenados por alguno de esos delitos”.

En lo que sí se ahonda con la reforma de 2015 es en una tendencia del legislador español hacia la incorporación de los partidos políticos frente a su legalización o reconocimiento, así como a establecer de nuevo la fase de constitución e inscripción registral como un momento de control previo o *ex ante* del partido político, de tal forma que la Administración deberá comprobar que el acta de constitución incluye estas nuevas exigencias para proceder más tarde, ya en un segundo momento, a la inscripción.

El momento de la inscripción, a tenor de lo que dispone el artículo 3 de la LOPP, es ineludible para el ejercicio del derecho de creación

y constitución de partidos³¹. Tiene, por tanto, en disonancia con la LODA y las leyes autonómicas sobre el derecho de asociación, un carácter constitutivo, de ahí que los partidos políticos adquieran la personalidad jurídica³² “por la inscripción en el Registro de Partidos Políticos³³ que, a estos efectos, existirá en el Ministerio del Interior”³⁴. La Exposición de Motivos de la Ley 6/2002³⁵ destacaba entre sus innovaciones más sobresalientes “la suspensión del plazo de inscripción cuando se produzca una de las distintas circunstancias descritas en el artículo 5”³⁶. La suspensión del plazo de inscripción tiene lugar

-
31. En opinión de TAJADURA TEJADA “El partido constituido y no inscrito existirá fácticamente desde que sus fundadores acordaron constituirlo, pero lo que no podrá es existir jurídicamente ni, por tanto, cumplir con sus funciones constitucionales. Un partido no inscrito sólo puede configurarse jurídicamente como una asociación de hecho”. TAJADURA TEJADA, Javier *Partidos políticos y Constitución. Un estudio de la LO 6/2002 de 27 de junio, de Partidos Políticos y de la STC 48/2003, de 12 de marzo*, Ed. Cuadernos Civitas, Madrid, 2004, p. 60.
 32. La inscripción en el Registro conlleva los siguientes efectos “confiere la personalidad jurídica, hace pública la constitución y los estatutos del mismo, vincula a los poderes públicos, y es garantía tanto para los terceros que se relacionan con el partido como para sus propios miembros”, según lo que dispone el artículo 4.3 de la Ley. Estos efectos, en principio, tendrán carácter indefinido, a excepción de lo dispuesto en los artículos 4.4 de la Ley.
 33. Artículo 3.2 de la Ley, en el que además especifica que los promotores deberán presentar previamente en el Registro el acta suscrita por los mismos junto con los documentos que certifiquen que se cumplen todos los requisitos exigidos por la Ley.
 34. La competencia del Ministerio del Interior como sede del Registro de partidos políticos aparecía ya en el artículo 2.1 de la Ley 54/1978, que la había heredado de la Ley 21/1976. Sobre esta competencia parte de la doctrina ha manifestado su inclinación a que la sede del Registro de partidos se ubique en la Junta Electoral Central, entre otros ESPARZA OROZ, *La ilegalización...* op. cit. P. 67. En el mismo sentido se pronuncia PORRAS RAMÍREZ, J. M. en “Comentarios acerca del estatus constitucional de los partidos políticos...” op. cit. P. 17.
 35. Apartado III de la misma.
 36. La Ley de Partidos de 1978 no contenía la previsión de la suspensión del plazo de inscripción en caso de que el encargado del Registro advirtiera defectos formales en la documentación presentada. Por ello, el partido político adquiriría la personalidad jurídica el vigésimo primer día después del depósito en el Registro del acta notarial, según lo que disponía el artículo 2.1. Sólo en el supuesto de que existieran indicios racionales de ilicitud penal el encargado del Registro lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal y el ejercicio de la acción por el Ministerio Fiscal suspenderá el plazo de inscripción- artículo 3-. En el caso que da origen a la STC 85/86, el Registro, en

“cuando se adviertan defectos formales en el acta fundacional o en la documentación que la acompaña, o cuando los proponentes carezcan de capacidad”³⁷ o bien “cuando de la documentación presentada se deduzcan indicios racionales en relación con la ilicitud penal del partido”³⁸.

No parece, sin embargo, que más allá de la valoración de lo que se refiere a la denominación de los partidos políticos, el Registro pueda tener con estos nuevos requisitos una gran capacidad de arbitrio en la valoración de los mismos, por lo que sobre ellos regirá el simple control formal del Registro.

En esta misma línea de control formal, puede incluirse la nueva inscripción del artículo 3 en su apartado tercero de la LOPP, que incluye un deber de los partidos políticos ya creados de información al Registro de Partidos de cualquier modificación de sus estatutos y de la variación en la composición de sus órganos de gobierno y de representación, en el plazo máximo de tres meses desde que se haya producido la modificación y, en todo caso, durante el primer trimestre de cada año, con lo que el control del Registro al partido se mantiene a lo largo del tiempo de vida del partido. Exige también el deber del partido de publicar esos cambios en su página web, favoreciendo con ello la publicidad, información y transparencia de los partidos políticos.

base a una similitud en el nombre entre el Partido Comunista de Aragón y la sección correspondiente del Partido Comunista Español, suspendió la tramitación y solicitó una modificación en la documentación. El FJ 4^º del pronunciamiento del TC mantiene que “esta conducta de la Administración supone entender que de la vigencia del art. 3.2 b) de la Ley 21/76, se seguía la existencia de un control preventivo en fase de inscripción registral que suspendía, hasta su resolución, el plazo preclusivo dispuesto en la Ley 54/1978, entendimiento que no sólo es legalmente incorrecto, sino incompatible con la Constitución”.

37. Artículo 5.1 de la Ley. En este supuesto corresponde al Ministerio del Interior comunicar a los interesados para que procedan a subsanar los defectos formales advertidos, teniendo en cuenta que el “plazo de la inscripción se suspenderá desde el momento de la notificación y se reanuda una vez que los mismos hayan sido debidamente corregidos”. Artículo 5.1 *in fine*. Para la subsanación de defectos formales es de aplicación el régimen supletorio del artículo 71 de la Ley 30/1992, según lo que dispone la

38. Artículo 5.2 de la Ley.

1.3. El deber de inscripción de las fundaciones y asociaciones vinculadas a los partidos políticos

La Ley 3/2015 modifica también la Ley de Financiación de Partidos Políticos estableciendo una exigencia que afecta a las fundaciones y entidades vinculadas con los partidos políticos. A partir de la reforma, el legislador requiere la inscripción en el Registro de Partidos Políticos de las asociaciones y fundaciones vinculadas a los partidos como requisito para concurrir a la convocatoria de subvenciones, a solicitud conjunta de los representantes de los partidos y de los propios representantes de las fundaciones y asociaciones.

No cabe duda de que esta exigencia tendrá transcendencia en el efectivo control de la financiación de los partidos políticos, ya que las fundaciones y las entidades vinculadas a los partidos se han convertido en una vía importante de financiación privada de los partidos, en una suerte de *soft money* de los partidos y que por el propio diseño normativo de la Ley Orgánica de financiación de partidos políticos, ahonda en el delicado problema de la fragmentación del modelo de financiación de partidos políticos en España, así como en su propia efectividad³⁹.

Las fundaciones y asociaciones son, junto a los créditos bancarios, una vía importante de financiación de los partidos políticos⁴⁰. En los Informes ordinarios del Tribunal de Cuentas se observa que es a través de las fundaciones y asociaciones como los partidos obtienen donaciones o que se da con frecuencia un trasvase de recursos; así las fundaciones y asociaciones obtienen préstamos de las entidades financieras, adquieren inmuebles y posteriormente se los ceden a los partidos, o bien es la vía habitual de ingreso de las aportaciones de los cargos públicos.

39. Cfr. IGLESIAS BÁREZ, Mercedes, “La reforma de la financiación de partidos políticos en España: modelo y antimodelo” en *La reforma del Estado de partidos*, Garrido López, Carlos y Sáenz Royo, Eva (Coords.), Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 87 a 107.

40. Según el Informe del Tribunal de Cuentas de 2012 se fiscalizan 37 fundaciones y asociaciones, de las que 9 son del PSOE y 4 del PP. En el Informe de 2013 se fiscalizan 41 fundaciones y asociaciones.

Son muchas las deficiencias legislativas que se dan en la regulación de las asociaciones y fundaciones de los partidos, pues no sólo viven en un limbo jurídico durante las campañas electorales, sino que además la normativa de financiación ordinaria establecen un régimen diferenciado y fragmentado respecto de los partidos, que las han convertido en una importante fuente de financiación privada de los partidos. Antes de 2007 no se regulaban las actividades de las asociaciones y fundaciones vinculadas a los partidos políticos y es a partir de la Ley de 2007 cuando se regulan por vez primera. Ahora bien, su normación en la financiación ordinaria se realizaba estableciendo un régimen diferenciado con los partidos políticos, que a todas luces las privilegiaba en relación a aspectos como la información contable, el régimen de publicidad o el límite de las donaciones de 150.000 euros. La reforma de 2012 supuso un avance en la regulación y control de las fundaciones y asociaciones, fiscalizándose las fundaciones y asociaciones con representación parlamentaria. La reforma de 2012 introdujo algunas medidas que favorecerían el control de las fundaciones y asociaciones como era la fiscalización de todas las aportaciones que se les realizaban, no sólo de las donaciones, o la exigencia de publicidad de parte de su contabilidad, que debería ser publicada preferentemente en su página web. No obstante, la información de la que disponía el Tribunal de Cuentas sobre las asociaciones y fundaciones dependía, en última instancia, de los propios partidos políticos y de su voluntad de identificación con estos entes, pues no existía un registro de asociaciones y fundaciones vinculadas a los partidos. La regulación de 2012, pues, seguía manteniendo en parte el régimen diferenciado con los partidos, provocando un trasvase fraudulento de recursos y provocando la ineficacia de las prohibiciones legales.

La Ley 3/2015, modifica la Ley 8/2007, además de exigir que las asociaciones y fundaciones vinculadas a los partidos se inscriban en el Registro de Partidos Políticos introduce una serie de mejoras⁴¹:

- a) Se refiere a fundaciones o asociaciones vinculadas con partidos políticos, pero no es necesario que tengan representación

41. Artículo Uno.

parlamentaria por lo que se amplían y extienden los controles a todas las fundaciones y asociaciones.

- b) Se determinan y concretizan los criterios de vinculación de estos entes con los partidos, por lo que con ello se suple una laguna legal y no se deja al arbitrio de los partidos la fiscalización de las fundaciones y asociaciones. La nueva normativa está inspirada, en parte, en la recomendaciones y la política de *facto* del Tribunal de Cuentas, que para evitar la elusión de la ley ya había establecido una serie de criterios de vinculación. Los parámetros legales ahora establecidos de vinculación hacen referencia a supuestos donde el partido haya tenido que ver de forma sustancial en la constitución de la fundación y asociación, en su patrimonio fundacional, o bien que el partido controle la fundación o asociación, ya sea por sí mismo o a través de otras entidades vinculadas al partido, o de otras personas que actúen en nombre del partido.
- c) La fiscalización del Tribunal de Cuentas sobre las fundaciones y asociaciones vinculadas a los partidos alcanza ahora también a su regularidad contable, no obstante, no se somete al mismo régimen de los partidos en lo que se refiere a las obligaciones contables (Título IV de la Ley 8/2007).
- d) Las fundaciones y entidades vinculadas no podrán aceptar o recibir directa o indirectamente, donaciones de organismos, entidades o empresas públicas.

A pesar de estas modificaciones, se mantiene el régimen excepcional para las fundaciones y asociaciones vinculadas a los partidos en relación a los partidos, y no se establece un límite a las donaciones que se realicen a las mismas, además de permitirse la donación de las personas jurídicas. Este régimen diferenciado ha supuesto una especie de “norteamericanización” de nuestro sistema de financiación de partidos, con la existencia de una doble mecánica de regulación financiera, según se trate de dinero “duro” y “blando”.

No obstante, su inscripción en el Registro de Partidos facilitará su identificación y vinculación con el partido, por lo que, sin duda, por

un lado, mostrará las distintas dimensiones del partido político, una “foto” más real del propio partido, y supondrá un avance importante en el control de una dimensión, la económico-financiera, que estaba ausente de la Ley de Partidos Políticos.

2. LA LIBERTAD DE AUTOORGANIZACIÓN DEL PARTIDO POLÍTICO Y LA EXIGENCIA DE DEMOCRACIA INTERNA EN LA LEY DE PARTIDOS TRAS LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA 3/2015

2.1. La estructura organizativa democrática de los partidos políticos

Mediante las previsiones legales del artículo 7 de la Ley se pretende la implantación de un modelo de partido democráticamente estructurado, en el que la formación de la voluntad del mismo tenga lugar de “abajo a arriba”. Con esta pretensión, la *vertiente estructural* de la democracia interna de la Ley de 2002 recogía la exigencia de que la Asamblea General del partido político adoptará, en todo caso, los acuerdos más importantes del partido; acuerdos que serán adoptados por regla general por la mayoría simple de presentes o representados. Además, contiene el mandato de que los estatutos de los partidos o los reglamentos internos que los desarrollen obligatoriamente “deberán fijar para los órganos colegiados un plazo de convocatoria suficiente de las reuniones para preparar los asuntos a debate, el número de miembros requeridos para la inclusión de asuntos en el orden del día y unas reglas de deliberación que permitan el contraste de pareceres”⁴².

Esta normativa del artículo 7 debe ser completada tras la reforma de 2015 con las exigencias del contenido de los estatutos en materia de democracia interna. La reforma de 2015 incluye, según lo previsto en el artículo 3, que el plazo para la renovación de los órganos de gobierno y representación del partido sea como máximo de cuatro

42. Artículo 7.4 de la Ley 6/2002.

años, así como que los estatutos deben incluir las normas sobre la forma de elaboración del orden de día.

Por otro lado, el legislador, a tenor de lo dispuesto en el artículo 7.3 difiere a los Estatutos la determinación de los órganos directivos de las formaciones políticas, prescribiendo únicamente la regla de que deberán ser provistos mediante sufragio libre y secreto. La modificación del artículo 7 tras la reforma de 2015 en su apartado primero profundiza levemente en la exigencia de democracia interna del partido, pues además de exigir el deber genérico de que la estructura interna y el funcionamiento de los partidos deberán ser democráticos, a semejanza del artículo 6 de la CE, incluye una exigencia más concreta e ineludible, pues el partido, en todo caso, deberá establecer “fórmulas de participación directa de los afiliados en los términos que recojan sus Estatutos, especialmente en los procesos de elección del órgano superior de gobierno del partido político”. No obstante, la exigencia del legislador no ha llegado a establecer cuáles deben ser estas fórmulas de participación directa –primarias, por ejemplo-⁴³.

Finalmente, la norma de cierre del artículo 7.5 obliga a que los estatutos de los partidos contengan procedimientos de control de los dirigentes elegidos, pero que la reforma no ha detallado. El legislador ha desaprovechado la ocasión de regular el establecimiento de un régimen de incompatibilidades de los miembros dirigentes del partido o el acortamiento de la duración de su mandato podrían ser propuestas válidas destinadas a concretizar el control político de los dirigentes⁴⁴.

43. Cfr. PÉREZ-MONEO, Miguel, *La selección de candidatos electorales en los partidos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012 y PAJARES MONTOLÍO, Emilio, “Sobre la regulación de las elecciones primarias”, en *La reforma del Estado de partidos*, Garrido López, Carlos y Sáenz Royo, Eva (Coords.), 2016, pp. 69 a 85.

44. La doctrina se ha afanado en determinar vías que permitan un control político sobre los dirigentes del partido. En este sentido NAVARRO MÉNDEZ propone las siguientes medidas: posibilidad de revocar a los dirigentes del partido por la masa social o sus representantes en exigencia de responsabilidad política por su inadecuada gestión, proponiendo la instauración de un instituto similar a la moción de censura constructiva dentro de los partidos; el endurecimiento de las causas de incompatibilidad entre varios cargos dentro del partido o entre éstos y cargos públicos y,

No hay duda de que estas prescripciones ayudan a forjar un partido democráticamente estructurado, pero no podemos dejar de manifestar aquí una posición crítica sobre las mismas. Así, las reglas legales son mínimas en comparación con las establecidas para las asociaciones en general⁴⁵. Es decir, el legislador español establece más exigencias de democracia interna para las asociaciones comunes que para los propios partidos políticos⁴⁶.

finalmente, el acortamiento de los mandatos e imposibilidad de repetición de los mismos para los dirigentes. NAVARRO MÉNDEZ, *Los partidos políticos y democracia interna*, CEPC, Madrid, 1999, pp. 92-94.

45. VIRGALA FORURIA, Eduardo, "La regulación jurídica de la democracia interna de los partidos políticos y sus problemas en España", en *Teoría Realidad constitucional*, n. 35, 2015.
46. La regulación legal del aspecto estructural de la democracia interna es mínimo en comparación con la regulación de la Ley 1/2002 del derecho de asociación (LODA). En este sentido el artículo 7 de la LODA relativo a los Estatutos establece el contenido de los mismos: h) "los órganos de gobierno y representación, su composición, reglas y procedimientos para la elección y sustitución de sus miembros, sus atribuciones, duración de los cargos, causas de su cese, la forma de deliberar, adoptar y ejecutar sus acuerdos y las personas o cargos con facultad para certificarlos y requisitos para que los citados órganos queden válidamente constituidos así como la cantidad de asociados necesaria para poder convocar sesiones de los órganos o de proponer asuntos en el orden del día". Y más concretamente el artículo 11: apartado 3 "La Asamblea General es el órgano supremo de gobierno de la asociación, integrado por los asociados, que adopta sus acuerdos por el principio mayoritario o de democracia interna y deberá reunirse, al menos, una vez al año". Artículo 12 c) la Asamblea General se constituirá válidamente, previa convocatoria efectuada quince días antes de la reunión, cuando concurren a ella, presentes o representados, un tercio de los asociados, y su presidente y su secretario serán designados en esa reunión; d) Los acuerdos de la Asamblea General se adoptarán por mayoría simple de las personas presentes o representadas, cuando los votos afirmativos superen a los negativos. No obstante, requerirán mayoría cualificada de las personas presentes o representadas, que resultará cuando los votos afirmativos superen la mitad, los acuerdos relativos a la disolución de la asociación, modificación de los Estatutos, disposición o enajenación de bienes y remuneración de los miembros del órgano de representación".

2.2. El estatuto del afiliado. Especial consideración de las garantías procesales en los procedimientos sancionatorios

2.2.1. Los derechos y atribuciones de los afiliados y su protección judicial

A pesar de que la Ley Orgánica de Partidos Políticos quiebra el laconismo de la anterior legislación en lo relativo al reconocimiento de los derechos y obligaciones de los miembros del partido, no podemos más que afirmar que el legislador se muestra más parco aún en la regulación del estatuto del afiliado que en el desarrollo de la exigencia de organización democrática del partido.

La reforma mantiene los derechos de la primera redacción de la Ley de Partidos de 2002 y añade en su apartado e) del artículo 8.4 el derecho de los afiliados –legalmente de los de mayor vinculación- a dirigirse al órgano encargado de la defensa de los derechos del afiliado.

En todo caso, el legislador orgánico obliga en el artículo 8 a que los estatutos de los partidos políticos contengan los siguientes derechos, es decir, estipula un contenido básico del derecho de participación democrática del afiliado:

- a) A participar en las actividades del partido y en los órganos de gobierno y representación, a ejercer el derecho de voto, así como asistir a la Asamblea general, de acuerdo con los estatutos.
- b) A ser electores y elegibles para los cargos del mismo.
- c) A ser informados acerca de la composición de los órganos directivos y de administración o sobre las decisiones adoptadas por los órganos directivos, sobre las actividades realizadas y sobre la situación económica.
- d) A impugnar los acuerdos de los órganos del partido que estimen contrarios a la Ley o a los estatutos.
- e) A acudir al órgano encargado de la defensa de los derechos del afiliado.

Expuesto el elenco de derechos que reconoce el legislador al afiliado a continuación debemos poner de manifiesto las imprevisiones de la ley. Éstas van desde la concretización del establecimiento de fórmulas de representación de los integrantes del partido político en las asambleas del mismo, de las indicaciones para el procedimiento de designación de candidatos para los cargos públicos o el establecimiento de unas garantías para el supuesto de que el partido deniegue a un ciudadano el acceso al partido. Y sobre todo es de destacar la ausencia al ejercicio de la libertad de expresión en el seno del partido. En la Ley Orgánica de Partidos Políticos se percibe de forma notable la omisión del derecho a la libertad de expresión u opinión en el interior del partido. Esta omisión es sumamente llamativa si tenemos en cuenta que con la misma no sólo se hace desaparecer un derecho reconocido en la derogada Ley de Asociaciones Políticas de 1976, sino que desconoce una jurisprudencia constitucional asentada que había reconocido ya este derecho⁴⁷. La dualidad del objeto de protección del derecho se materializa, por una parte, en la posibilidad de comunicar las ideas y opiniones propias durante el proceso de adopción de las decisiones del partido. En esta fase, la libertad de expresión es fundamental para la formación de la voluntad del partido. Pero además, el derecho tiene un segundo contenido referido a la posibilidad de comunicar ideas y opiniones una vez adoptadas las decisiones, en cuyo caso su ejercicio forma parte del derecho de la minoría a intentar cambiar la línea política del partido.

Esta deficiencia acerca de la libertad de expresión en el seno del partido puede ser paliada acudiendo a otras normas que conforman la "Constitución del partido": los estatutos partidarios. No debemos olvidar que los derechos constitucionales de participación democrática de los afiliados en los partidos políticos son en nuestro ordenamiento no sólo los reconocidos legalmente en el artículo 8 de la Ley de Partidos, sino que el estatuto del afiliado se completa con los reconocidos en los estatutos de los respectivos partidos. En este sentido, las normas estatutarias reconocen la libertad de expresión. Ahora bien,

47. Esta doctrina se condensa en la STC 56/1995.

este reconocimiento se modula fuertemente por las limitaciones e incluso sanciones a las que se le somete, sin olvidar la problemática cuestión que siempre representan las corrientes de opinión dentro del partido⁴⁸. Además, el silencio legislativo sobre la libertad de expresión no ayuda a la difícil aplicación jurisdiccional del mismo⁴⁹.

Ahora bien, si la reforma de 2015 no ha supuesto un cambio sustancial en el catálogo de derechos de los afiliados, mayores problemas presenta la titularidad de estos derechos. En primer lugar, la nueva normativa ya no emplea la palabra “miembros del partido” sino “afiliados”, por lo que restringe, respecto de la Ley de 2002, el estatuto jurídico de los derechos y deberes de todos los miembros del partido, sin perjuicio de que el estatuto del partido prevea, más allá de la Ley, su equiparación para otros miembros del partido.

En esta línea, la exigencia de un régimen de derechos y deberes iguales también desaparece para todos los miembros del partido. A partir de la nueva regulación se puede iniciar un régimen diferenciado de estatuto jurídico, en función del nivel de vinculación al partido del miembro del partido. Se establece, pues, la posibilidad de que los estatutos establezcan categorías de afiliados o miembros del partido. El cumplimiento de la igualdad de derechos y deberes sólo tendría efecto entre los afiliados de la misma categoría o nivel.

De conformidad con el apartado cuarto del artículo 8 de la LOPP los derechos que antes de la reforma los estatutos de los partidos debían reconocer como exigencia de la democracia interna a todos los miembros del partido, a partir de la reforma son sólo obligatorios para los afiliados de mayor vinculación, de tal forma que se deja a disposición de los propios partidos reconocer este estatuto jurídico para el resto de los miembros, ya sean simpatizantes y/o bien afiliados de menor vinculación. La taxonomía de los miembros del partido

48. Vid. LOMBARDI, Giorgio “Corrientes y democracia interna en los partidos políticos”, en *REP*, Nº 27, 1982 p. 103.

49. A. MARTÍN DE LA VEGA, “Los partidos políticos y la Constitución de 1978. Libertad de creación y organización de los partidos en la Ley Orgánica 6/2002”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. Extraordinario, enero 2004, p. 227.

tiene un efecto directo sobre el régimen de derechos y libertades de los mismos.

Este régimen jurídico contiene, como hemos visto, derechos básicos como el derecho a votar y ser votado, o el derecho de información, que a partir de ahora legalmente sólo serán de los afiliados con mayor vinculación, a salvo de lo que dispongan los estatutos, con lo que la reforma ha restringido los derechos de los afiliados de menor vinculación, ya que éstos gozarán de los derechos que reconozcan los estatutos del partido.

Una de las cuestiones a determinar para clarificar el régimen jurídico es la de cuáles son las condiciones por las que se adquiere la condición de afiliado de mayor vinculación.

No obstante, cuando la Ley establece las obligaciones de los miembros del partido, éstas son las mismas para todos los afiliados, sin distinción, salvo las obligaciones económicas, ya que se dispone que los afiliados deben “abonar las cuotas y otras aportaciones que, con arreglo a los estatutos, puedan corresponder a cada uno de acuerdo con la modalidad de afiliación que les corresponda” –artículo 8.5 d)–. ¿Significa esto que las diferentes afiliaciones se producen en función de las modalidades de relación económica? ¿Y que este criterio determina el estatuto iusfundamental del afiliado, en materia de derechos, pero no de obligaciones?

Por tanto, el régimen jurídico de los afiliados de menor vinculación va a depender del estatuto del partido, lo que va a repercutir también en la garantía judicial de esos derechos. El Tribunal Constitucional nos recuerda que en ejercicio de la libertad autoorganizativa de los partidos “los estatutos pueden ampliar los derechos de participación y control de sus afiliados hasta donde tengan por conveniente”. Ahora bien, el propio Tribunal agrega seguidamente que “esos derechos añadidos serán derechos de rango meramente estatutario, con todo lo que eso significa, como veremos, en cuanto a los cauces procesales de garantía jurisdiccional y a los límites en que debe operar ese control”⁵⁰.

50. STC 56/1995, FJ 3 b).

Esta matización del Tribunal, de un lado, tiene una notable trascendencia en relación al tipo e intensidad de las garantías jurisdiccionales que aseguran el cumplimiento efectivo de los derechos de los afiliados y, por otra parte, plantea la cuestión de la aplicabilidad de la doctrina de la “Drittwirkung” a las relaciones intrapartidarias. Desde luego su carácter estatutario o meramente negocial no conlleva que se les niegue toda garantía judicial. No podemos olvidar que en un Estado de Derecho no hay “zonas francas” y la vida interna de los partidos desde luego no constituye un ámbito exento de control jurisdiccional⁵¹. De tal forma que si la lesión de los derechos estatutarios no afecta a otros derechos fundamentales de los afiliados, tales como la libertad de expresión, el derecho al honor, el derecho de acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos; entonces, esa garantía judicial corresponde en exclusiva a la jurisdicción ordinaria por medio de los procedimientos también ordinarios. Ahora bien, si la infracción de los derechos estatutarios se anuda a la vulneración de otros derechos fundamentales de los afiliados, entonces “podrá, en principio, residenciarse en el cauce procesal correspondiente a esos derechos afectados, incluida la vía de protección de los derechos fundamentales cuando de este tipo de derechos se trate”⁵².

Esas últimas afirmaciones alentadoras del Tribunal se desdibujan cuando nos advierte de que, en todo caso, habrá de tenerse en cuenta que estos derechos estatutarios hallan siempre un contrapunto en los derechos constitucionales tanto del resto de afiliados como del propio partido, amparado en la libertad autoorganizativa. Por lo que “la intensidad -e incluso la posibilidad- del control judicial dependerá de múltiples circunstancias -como la afectación o no de otros derechos no estatutarios- y exigirá en cada caso una cuidadosa labor de ponderación...”⁵³.

51. Así lo han declarado las SSTC 218/1988 y 96/1994.

52. STC 56/1995, FJ 3 d).

53. STC 56/1995, FJ 3 d).

2.2.2. Las garantías procesales en los procedimientos de sanción y expulsión de los afiliados

No cabe la menor duda de que la innovación de mayor trascendencia que presentó la Ley 6/2002 tuvo lugar en la prescripción de unas garantías procesales para cuando el partido político ha tomado un acuerdo que conlleva la expulsión del afiliado o bien la imposición de otras medidas sancionatorias que impliquen privación de derechos. Sobre esta cuestión, el legislador considera que las sanciones deberán “imponerse mediante procedimientos contradictorios, en los que se garantice a los afectados el derecho a ser informados de los hechos que den lugar a tales medidas, el derecho a ser oídos con carácter previo a la adopción de las mismas, el derecho a que el acuerdo que imponga una sanción sea motivado, y el derecho a formular, en su caso, recurso interno”⁵⁴. Estas formulaciones legales son, sin más, el trasunto de los derechos aglutinados en torno a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE al ámbito de los procedimientos disciplinarios partidistas. La finalidad de la consagración de estos principios procesales básicos consiste en evitar una situación de indefensión del afiliado, al tiempo que permiten asegurar la igualdad de armas de las partes implicadas en el proceso disciplinario.

Estas previsiones legislativas reflejan una asentada jurisprudencia constitucional que ha reconocido al afiliado un auténtico “derecho de permanencia en el partido”, derecho que es concebido como presupuesto para el ejercicio de todos los demás⁵⁵. En este sentido, se reconoce un derecho de los afiliados a no ser expulsados del partido si no es por las causas y de acuerdo al procedimiento establecido en la ley y en los estatutos. En este orden de ideas, se ha afirmado que el respeto al procedimiento previsto en los estatutos para la expulsión

54. Artículo 8.3 de la Ley.

55. SÁNCHEZ DE VEGA entiende que la adecuada regulación de la expulsión de un afiliado del partido, tanto en lo que se refiere al procedimiento como a las causas que la motivan “es la garantía de cierre del estatuto jurídico del afiliado, porque asegura el presupuesto previo para el ejercicio de las demás garantías, es decir, la permanencia del individuo en el grupo”, en SÁNCHEZ DE VEGA, A. “Constitución, pluralismo político y partidos...”, op cit p. 109.

de los militantes forma parte del contenido constitucional del derecho de asociación. Así pues, aunque se ha reconocido, en principio, por la jurisprudencia constitucional⁵⁶ que una de las potestades de los partidos en el ejercicio de su libertad de autoorganización conlleva el libre albedrío de los mismos para regular en los estatutos las causas y procedimientos de expulsión de sus miembros, se ha matizado esta primera afirmación recordando que “esas decisiones están sometidas a un control de regularidad estatutaria por parte de los órganos judiciales, de forma que una expulsión adoptada en contra de los procedimientos y garantías que regulan los estatutos pueden ser objeto de control judicial por vulnerar eventualmente derechos fundamentales de los afectados”⁵⁷. Este control, a la postre, no supone entrar a valorar la conducta del afiliado, con independencia del juicio del partido, sino que consiste básicamente en determinar, más desde la perspectiva procedimental que sustantiva, si la decisión del partido “carece de toda razonabilidad a la luz de las disposiciones legales y estatutarias aplicables”⁵⁸.

Esta doctrina del Tribunal venía ya precedida por diversas resoluciones de la jurisdicción ordinaria, que habían fallado de forma favorable a la aplicabilidad de la garantía constitucional de la no indefensión establecida en el artículo 24 CE a los partidos políticos.

La reforma de 2015 sigue insistiendo en la garantía del derecho de permanencia del afiliado y exige que entre los contenidos mínimos de los estatutos, a tenor de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley, se incluya “el cargo u órgano encargado de la defensa y garantía de los derechos del afiliado” y los principios de tipicidad y contradicción en el régimen de infracciones y sanciones de los afiliados y el procedimiento para su imposición, así como la garantía del derecho del afiliado “a ser informado de los hechos que dan lugar a su incoación, a ser oído con carácter previo a la imposición de sanciones y a que el eventual acuerdo sancionatorio sea motivado”. Con ello, se suple

56. STC 218/1988

57. STC 185/1993 FJ 4.

58. STC 56/1995, FJ 4.

las deficiencias del procedimiento sancionatorio de la Ley de 2002, si bien no incluye el principio de proporcionalidad.

Resulta también interesante como el legislador emplea la norma como instrumento de lucha contra la corrupción ya que exige que “se establecerá en todo caso, la suspensión cautelar automática de la afiliación de los afiliados incurso en un proceso penal respecto de los cuales se haya dictado auto de apertura de juicio oral por un delito relacionado con la corrupción así como la sanción de expulsión del partido de aquellos que hayan sido condenados por alguno de esos delitos”. En este mismo sentido, la reforma de 2015, en relación al régimen disciplinario de los miembros del partido, añade un nuevo artículo 9 bis que obliga a que los partidos políticos “adopten en sus estatutos un sistema de prevención de conductas contrarias al ordenamiento jurídico, así como de supervisión, a los efectos del artículo 31 bis del Código Penal, de la comisión delitos y su responsabilidad como persona jurídica”.

3. LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE EXTINCIÓN DE UN PARTIDO POLÍTICO

Otra de las principales novedades de la reforma de 2015 es el establecimiento de un procedimiento de declaración judicial de extinción de partidos que, en palabras del legislador, supondrá una depuración del sistema de partidos en España y un mejor funcionamiento del Registro de Partidos, al permitir con la intervención judicial cancelar la inscripción registral de aquellos partidos que se consideran inactivos, aunque como veremos también sería posible la desaparición de partidos que simplemente no cumplan la nueva normativa. Así, la Disposición Transitoria Primera de la Ley 3/2015 concede un plazo a los partidos inscritos en el Registro para que adapten su estatutos al nuevo contenido mínimo. En caso de incumplimiento de esta obligación se pondrá en funcionamiento el procedimiento de declaración judicial de extinción.

Este procedimiento está previsto en las Disposiciones Finales de la Ley 3/2015, que modifican la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial (LOPJ) y la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la

Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Se trata de un procedimiento añadido al del artículo 12 LOPP, de disolución de partidos políticos, pero que tiene el mismo efecto: la desaparición del partido político.

La competencia judicial corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa y, en concreto, de acuerdo al artículo 9.3 de la Ley 29/1988, a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo.

Está legitimado para iniciar el procedimiento de extinción el Registro de Partidos Políticos, que puede interponer la demanda de oficio o a instancia de la parte interesada. De nuevo, vuelve la idea de la capacidad de decisión que tiene el Registro de Partidos y su ámbito de discrecionalidad.

Las causas que dan lugar al proceso judicial de extinción del partido son según el tenor literal del precepto:

- a) No haber adaptado sus estatutos a las leyes que resulten de aplicación en los plazos que éstas prevean en cada caso. La adaptación de los estatutos se debe llevar a cabo en la primera reunión que celebre, tras la entrada en vigor de la Ley, los órganos encargados de la modificación. Una vez producida la adaptación, se comunica al Registro de Partidos, con el certificado correspondiente y los nuevos estatutos (Disposición Transitoria Primera de la Ley de 2015).

El plazo máximo de adaptación de los estatutos es de tres años desde la entrada en vigor de la Ley -1 de enero de 2016- por lo que se cumpliría en 2019. Si los estatutos cumplen con la nueva normativa y no es necesaria, por tanto, la adaptación, se debe comunicar al Registro de Partidos que no procede la adaptación.

- b) No haber convocado el órgano competente para la renovación de los órganos de gobierno y representación transcurrido el doble del plazo previsto en el artículo 3.2, letra i), es decir, al menos 8 años.
- c) No haber presentado sus cuentas anuales durante 3 ejercicios consecutivos o cuatro alternos, sin perjuicio de las respon-

sabilidades que pudieran derivarse de la falta de presentación de las cuentas. La Disposición Transitoria Primera de la Ley de 2015 exige que las cuentas anuales correspondientes a ejercicios vencidos entre la fecha de entrada en vigor de la ley y la fecha en que se produzca la modificación estatutaria prevista, deberán ser aprobadas por el máximo órgano directivo o de gobierno del partido entre congresos.

Las causas son de naturaleza formal, como es la adaptación de los estatutos en los plazos previstos a los cambios legislativos, de control de la democraticidad interna, o de fiscalización económico-financiera. Estos supuestos, tal y como se desprende de la Exposición de Motivos de la Ley de 2015, tienen como finalidad aminorar la cantidad de partidos políticos inscritos en el Registro de Partidos pero que no tienen ningún tipo de actividad efectiva. Salvo la exigencia de adaptación de los estatutos a las leyes, incluida esta reforma, que se haría efectiva en 2019, es difícil imaginar un partido activo que lleve 8 años sin convocar al órgano competente para la renovación de los órganos de gobierno. No obstante, más problemática resulta la causa relativa al control económico-financiero del partido político si tenemos en cuenta que la Ley 8/2007, de Financiación de partidos políticos, considera, según el artículo 17, que es una infracción muy grave “el incumplimiento durante dos ejercicios consecutivos o tres alternos de la obligación de presentar las cuentas anuales en el plazo previsto en el artículo 14. Seis o la presentación de cuentas incompletas o deficientes que impidan al Tribunal de Cuentas llevar a cabo su cometido fiscalizador”. La Ley de Financiación de partidos prevé para esta infracción en el artículo 17 bis una sanción de un mínimo de cincuenta mil euros y un máximo de cien mil euros. De tal forma que la no presentación de las cuentas durante dos ejercicios consecutivos o tres alternos se pena con una sanción económica y su no presentación en tres ejercicios consecutivos o cuatro alternos con la extinción del partido, lo cual resulta a todas luces desproporcionado.

De acuerdo al artículo 12 bis de la Ley Orgánica de Partidos Políticos antes de que el Registro de Partidos inicie el procedimiento de extinción “apercibirá al partido político que incurra en alguna de

las situaciones descritas para que, en el plazo de 6 meses, proceda a justificar bien que ha realizado la adaptación de sus estatutos a la ley, bien que ha renovado sus órganos de gobierno y representación, bien que ha presentado las cuentas anuales de todos los ejercicios que tenga pendientes, o en su caso, todo lo anterior". Si transcurrido este plazo el partido político no ha realizado las actuaciones descritas, el Registro de Partidos iniciará el procedimiento judicial de extinción.

El procedimiento para la declaración judicial de extinción de un partido político se regirá por lo dispuesto en el artículo 78 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, que regula el procedimiento abreviado, por lo que pretende que el procedimiento sea breve y además en el mismo intervendrá el Ministerio Fiscal. No obstante, el procedimiento contiene las siguientes especialidades:

- a) En la demanda, deberá especificarse en cuál o cuáles de los motivos recogidos en el artículo 12 bis de la LOPP se fundamenta la petición de declaración judicial de extinción.
- b) El plazo de dos meses para la presentación de la demanda se contará a partir del día siguiente al vencimiento del plazo señalado en el artículo 12 bis.2 de la misma ley.
- c) Cuando la sentencia declare la extinción del partido, será notificada al registro para que éste proceda a la cancelación de la inscripción.

La declaración judicial de extinción del partido surtirá efectos desde la anotación en el Registro de Partidos, tras la notificación del órgano judicial.

Capítulo X

A Constituição Espanhola de 1978 e sua ascendência sobre a Constituição Brasileira de 1988: constitucionalismo social e valores superiores

*Ricardo Maurício Freire Soares**
*Charles Silva Barbosa***

SUMÁRIO: Introdução; 1 O constitucionalismo espanhol – Breves referências; 2 Momentos constitucionais de transição – Brasil e Espanha; 3 O constitucionalismo social e as influências da Constituição espanhola de 1978 na construção da Constituição brasileira de 1988: valores superiores; Conclusão; Referências.

(*) Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Roma La Sapienza e pela Università degli Studi di Roma Tor Vergata. Doutor em Direito Público e Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal da Bahia. Professor dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (Especialização /Mestrado/Doutorado). Professor e Coordenador do Núcleo de Estudos Fundamentais da Faculdade Baiana de Direito. Professor dos Cursos de Graduação da Faculdade Ruy Barbosa e da Faculdade Independente do Nordeste. Professor do Curso Brasil Jurídico, da Rede Telepresencial LFG, da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho, da Escola de Magistrados da Bahia e da Fundação Faculdade de Direito. Professor-visitante em diversas Instituições, tais como: Università degli Studi di Roma La Sapienza, Università degli Studi di Roma Tor Vergata, Università degli Studi di Roma Tre, Università degli Studi di Milano, Università di Genova, Università di Pisa, Università del Salento, Universidade Autônoma de Lisboa e Martin-Luther-Universität. Pesquisador e Líder de Grupo de Pesquisa vinculado ao CNPQ. Diretor e membro do Instituto dos Advogados da Bahia, membro do Instituto dos Advogados Brasileiros e do Instituto Geográfico e Histórico da Bahia. Membro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação. Palestrante e Autor de diversas obras jurídicas pelas Editoras Saraiva, Juruá e Juspodivm. E-mail: ric.mauricio@ig.com.br

(**) Doutor e Mestre em Direito Público (Universidade Federal da Bahia). Especialista em Direito Constitucional (UNISUL/IDP), com formação para o magistério

INTRODUÇÃO

A fase absenteísta de Estado, conquista importante para a afirmação histórica dos direitos do indivíduo, tem início a partir de uma concepção segundo a qual era necessário limitar a atuação do poder estatal, então exercido, em regra, de forma instável e opressora, em flagrante desvalorização de elementos civilizatórios mínimos.

Há uma identidade histórica que marca o desenvolvimento desta fase em diversas partes do mundo, sobretudo a partir das ações forjadas predominantemente a partir das teorias contratualistas que eclodem nos séculos XVII e XVIII.

A identidade constitucional entre Brasil e Espanha também se situa neste ponto. Malgrado a distância temporal, ambas as sociedades políticas experimentaram severas interrupções, que foram seguidas de tentativas restauradoras do *status libertatis* dos indivíduos frente ao Estado.

Conquanto seja ininterrupta a luta dos indivíduos pela afirmação dos direitos de liberdade em relação ao Estado, o fato é que a as batalhas políticas, sociais e econômicas que passam a se desdobrar, de forma mais intensa, estão relacionadas à presença do Estado na vida dos indivíduos, de forma a promover a igualação.

É justamente no campo dessa necessidade de superação da fase absenteísta que a história constitucional de Brasil e Espanha tem sua maior identidade, inclusive no tempo, já que o último marco constitucional espanhol, representado pela Constituição de 1978, é contemporâneo ao movimento constitucional brasileiro que ensejou a Constituição de 1988.

superior. Bacharel em Direito e Ciências Contábeis. Especialista em Sistemas de Informação, com formação profissional pela Carl Duisberg Gesellschaft - Alemanha. Pesquisador e Líder de Grupo de Pesquisa vinculado ao CNPQ. Foi consultor, coordenador e gerente de divisão de sistemas e processos de informação em diversas instituições nacionais e internacionais. Ex-assessor jurídico do Ministério Público Federal, com atuação na Procuradoria Regional Eleitoral e Procuradoria da República. Consultor Independente na área jurídica/ciência da informação. Chefe da Consultoria Jurídica da Presidência do Tribunal de Justiça da Bahia. Professor Universitário (graduação e pós-graduação). E-mail: charlessb@terra.com.br

O constitucionalismo liberal e o democrático cedem espaço para o constitucionalismo social e, neste ponto, evidencia-se uma severa influência dos delineamentos constitucionais espanhóis em relação ao momento brasileiro, que tem por resultado a Constituição Cidadã de 1988, cuja normatividade central é, de igual sorte, extremamente influenciada pela Constituição Espanhola de 1978.

Sobre esta identidade é que versa o presente escrito.

1. O CONSTITUCIONALISMO ESPANHOL – BREVES REFERÊNCIAS

A compreensão da história do constitucionalismo na Espanha não prescinde da análise sobre a intensa movimentação social que se desenvolveu durante os séculos XIX e XX e que conduziu ao processo de constitucionalização a partir de 1808.

A Constituição espanhola de 1812, Constituição de Cádiz, constituiu marco deste processo, um símbolo apto a representar as alterações sociais e políticas que se desenvolviam em meio à tensão entre o pensamento liberal e o absolutismo.

Marca significativa desta tensão é a instabilidade daquele momento, que terminou por culminar no afastamento da Constituição de 1812, por meio de decreto assinado por Fernando VII em 1814.

Malgrado o cenário de avanços e retrocessos, o fato é que o texto da Constituição de 1812 inseriu no ideário civilizatório da sociedade espanhola a clara perspectiva da necessidade de se estabelecer uma separação de poderes e reconhecer aos cidadãos direitos fundamentais.

Carecia de uma organização capitular específica, todavia continha em seu texto previsões inspiradas na Revolução Francesa e documentos internacionais, como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, dirigidos à proteção do ser humano, em sua essência.

Nada obstante, essa proteção do humano ainda estava marcada pelo patrimonialismo, em um processo de segmentação social que ensejava privilégios a determinadas classes, natural por força da ins-

piração burguesa de suas disposições. Marcadamente confessional, considerada a severa influência da Igreja Católica Apostólica Romana naquela época, com a imposição de única religião, posição limitativa presente e comum aos Estados, considerado o forte elemento teológico que caracterizava as sociedades políticas.

O núcleo de direitos e garantias fundamentais se orientava a tutelar a liberdade, com proibição à tortura. Implementava-se o sufrágio, ainda que restrito.

Para a questão de fundo da presente investigação, destaca-se a presença naquele texto de um título específico para a “*instrucción pública*”, o que revelava a histórica preocupação com a educação e a formação dos cidadãos espanhóis, claríssima referência, ainda que deveras embrionária, em relação ao que mais tarde se denominaria constitucionalismo social, circunstância muitas vezes olvidada quando se trata de perscrutar as origens do movimento.

As influências daquela Constituição em países da Europa e América são marcantes, sobretudo no que se refere à tentativa de implementação de um modelo liberal em contraposição ao pensamento absolutista. No Brasil, a influência ocorreu por meio dos portugueses, que tinham na Constituição de Cádiz um modelo a ser seguido, bem como por meio de doutrinadores franceses, com o ideário liberal, presente no texto daquele documento constitucional¹.

Não se objetiva neste artigo examinar o longo curso histórico que marca o desenvolvimento do constitucionalismo espanhol, em cujo âmbito foram desencadeados diversos momentos constitucionais – na perspectiva de Bruce Ackerman -, mas tão somente destacar a sua remota origem e os influxos políticos e sociais que se situam na gênese de sua formação, representada, ao fim e ao cabo, pela Constituição de 1812.

1. NEVES, Lúcia Maria Bastos Pereira das Neves. **Corcundas e constitucionais**. A Cultura Política da Independência (1820-1822). Rio de Janeiro: FAPERJ; Revan, 2003, p. 79-80).

2. MOMENTOS CONSTITUCIONAIS DE TRANSIÇÃO – BRASIL E ESPANHA

A sociedade espanhola atravessou 9 (nove) grandes momentos de transição, representados pela criação de novas constituições. O Brasil, a seu turno, passou por 8 (oito) desses momentos constitucionais, em cujo âmbito, também como na Espanha, observam-se ascensões e quedas, na luta pela afirmação dos direitos humanos e, por consequência, na proteção das pessoas em suas relações intersubjetivas com e perante o Estado e, como posteriormente reconhecido, também nas relações privadas.

Também se identificam na história espanhola episódios lamentáveis, que representam a ineficácia do então novel sistema constitucional que tendia a romper com a lógica subalternizante da violação de direitos fundamentais, como ocorreu com a Constituição brasileira de 1934, em tão pouco tempo sobrepujada pelo modelo autoritário da Carta de 1937.

Semelhante a pontos da (in)evolução constitucional brasileira, o Estatuto Real de 1834 representou nítido retrocesso em relação ao texto de 1812, não somente pela reduzida quantidade de artigos, mas pela ausência de previsão de direitos, a revelar os percalços que marcaram a estrada no processo de afirmação histórica dos direitos fundamentais.

Essa percepção histórica é absolutamente indispensável para que se possa compreender a estrutura e conformação normativa implementada pela Constituição Espanhola de 1978, culminação última em quase dois séculos de contendas sociais e políticas, tendentes à superação do ideário absolutista, bem como das severas violações a direitos humanos que irromperam na Europa pós-guerra.

Muitas são as diferenças que separam Brasil de Espanha, todavia imensas também são as convergências entre os dois Estados, sobretudo no que se refere aos progressos alusivos aos direitos e garantias fundamentais, circunstância decorrente das influências ideológicas e normativas do sistema constitucional espanhol que, no particular, incidiram sobre a Constituinte brasileira de 1988.

Ainda que a Constituição de 1978 seja um produto do que se denomina “Transição Espanhola”, resultante da conversão do regime franquista de 1975 em um modelo monárquico constitucional, o fato é que essa transição serviu de inspiração para outra transição, desta feita ocorrida no Brasil, que representou a superação do regime autoritário, sob a égide da Carta de 1967 e da sua Emenda n. 1/1969, para um modelo democrático e republicanista, implementado pela Constituição de 1988, que traz como paradigma vértice a dignidade da pessoa humana e como mais pulsante consectário lógico o respeito aos direitos e garantias fundamentais.

Essa passagem da ditadura para a democracia representa uma pedra de toque na história de ambos os Estados, pelo que, especialmente na perspectiva do constitucionalismo social, o que se observa é uma convergência normativa, a partir da influência da Constituição espanhola de 1978 na criação do texto da Constituição brasileira de 1988.

3. O CONSTITUCIONALISMO SOCIAL E AS INFLUÊNCIAS DA CONSTITUIÇÃO ESPANHOLA DE 1978 NA CONSTRUÇÃO DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: VALORES SUPERIORES

Os traços fundamentais que justificam o desenvolvimento do constitucionalismo social estão nitidamente presentes no texto da Constituição espanhola de 1978, especialmente em relação à vertente sociológica, na medida em que naquele País, até mesmo mais intensamente do que no Brasil, observaram-se movimentos sociais que se colocavam com extrema força em contraposição ao *status quo*. Aqueles movimentos foram decisivos na manifestação do Poder Constituinte, que ensejou a introdução de um sistema normativo de proteção de direitos sociais, marcado com especial legitimidade democrática.

O exame da questão social não prescinde da análise de marcos históricos como a Revolução soviética, que se mostrou de grande influência para o reconhecimento dos direitos sociais nas constituições. De igual sorte, notadamente para o direito latino-americano, de

suma importância é o cenário mexicano de 1906, sob o governo de Porfírio Díaz, que, por meio de sucessivas reeleições, conduzia o México desde 1876.

A insurgência que então se desenvolveu experimentava significativa influência da doutrina anarcossindicalista, caracterizada pelo pensamento de Mikhail Bakuni, urdida no final do Século XIX na Europa, especialmente na Espanha, Itália e Rússia. Jovens intelectuais integrantes do grupo *Regeneración*, liderados por Ricardo Flore Magón, insurgiram-se contra a ditadura Díaz e lançaram manifesto, cujas propostas serviram de fundamento para o texto constitucional de 5 de fevereiro de 1917, que, além de promover severa separação entre Estado e Igreja, tornou-se a primeira Constituição a reconhecer expressamente direitos sociais, notadamente no que toca à classe trabalhadora.

Com a mesma orientação social é que surge na Rússia de 16 de janeiro de 1918 a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, que constituiu a primeira parte da Constituição soviética de 10 de julho de 1918.²

Em se tratando do reconhecimento dos direitos sociais, sobleva a Constituição de Weimar de 1919. Todavia, malgrado a significativa influência no constitucionalismo moderno, em especial pela ênfase dada aos direitos fundamentais, as dificuldades que haviam levado à I guerra mundial não tinham sido removidas.

2. "Inspirada em el ejemplo histórico de la Revolución francesa, la Revolución soviética ha hecho una Declaración de derechos. La primera Constitución soviética ha sido publicada el 10 de julio de 1918. Pero antes de esta fecha, el 16 de enero de 1918, había aparecido una Declaración de los derechos del pueblo trabajador e explotado, que constituía la primera parte de la Constitución. Este documento, redactado por Lenin, es considerado en la literatura soviética como el documento constitucional mas completo del primer periodo de la Revolución soviética: 'La Declaración tiene un valor revolucionario enorme -dice un comentarador oficial -; su importancia sobrepasa con mucho a la que tuvo en su tiempo la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano; he aquí un documento en que se invita a comparar con la Declaración de 1789.'" (MIRKINE-GUETZEVITCH, Boris. **Las nuevas constituciones del mundo**. 2. ed. Madrid: Editorial España, 1931, p 47).

Com a eclosão da II Grande Guerra não houve oportunidade para que se fizesse efetiva aplicação das normas de promoção dos direitos fundamentais. Em 1945 restou aprovada a Carta das Nações Unidas, com o objetivo de fornecer a base jurídica para a permanente ação conjunta dos Estados, em defesa mundial da Paz. Nesta senda, influenciada pela ideia de reorganização dos Estados e justiça social, surge a Declaração Universal dos direitos humanos, de 1948.

Como esclarece Mirkine-Guetzevitch, a socialdemocracia alemã, em cujo âmbito se hasteou a bandeira de defesa ao regime democrático e a proteção da República contra os assaltos do bolchevismo³, constituiu panorama embrionário da Constituição de Weimar, que desenvolveu de forma expressa o direito ao trabalho e a uma existência digna, então proclamado pela Revolução de 1848 e inscrito na Constituição francesa da segunda República.⁴

É consenso na doutrina que o marco histórico do constitucionalismo social pode ser localizado nas Constituições mexicana (1917), soviética (1918) e alemã (1919). A Lei Fundamental de Bonn, de 1949 e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951, servem de referências do desenvolvimento do novo direito constitucional, em cujo âmbito identifica-se a “fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição

3. BOBBIO, Noberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 115.

4. MIRKINE-GUETZEVITCH, Boris. **Las nuevas constituciones del mundo**. 2. ed. Madrid: Editorial España, 1931, p. 36. Esclarece o autor que: “Si examinamos los orígenes de la Constitución alemana, veremos que la socialdemocracia alemana há protegido la República contra los asaltos del bolchevismo. Los socialistas fueron los defensores del régimen democrático naciente, y esto hace que quede su recuerdo em el texto de la Constitución; la ideología socialista no puede contentarse com el parlamentarismo Occidental y la democracia formal de Occidente. El socialismo va más lejos, evidentemente, que la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano, la responsabilidad ministerial, el sufragio universal, etc. El derecho al trabajo, a uma existência humana digna, derecho proclamado por la Revolución de 1848 e inscrito em la Constitución francesa de la Segunda República, se encuentra hoy día más explícitamente desenvuelto em la Constitución de Weimar.”.

romano-germânica”. Destaca-se, outrossim, a Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956⁵.

Como inspiração ao debate sobre o novo direito constitucional, com significativo agregado de valor sobrelevam as experiências “ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978)”.⁶

Esses breves apontamentos revelam que a luta pela afirmação dos direitos fundamentais constitui um processo difuso, que envolve todos os países do mundo, casa um no seu passo, considerada a conformação social, política e econômica, bem como o grau de violação e resposta implementada pelo povo.

Na Espanha, ultrapassadas as fases do constitucionalismo liberal e democrático, constata-se, em 1931, um movimento tendente às garantias sociais. Todavia, em 1936, instala-se um sistema absoluto e concentrado, totalmente refratário às conquistas sociais e políticas, que só é rompido em 1975, época em que se abre o caminho para a instalação da monarquia parlamentarista.

Advirta-se que a concepção de liberdades públicas como meros direitos à abstenção do Estado em face da autonomia dos indivíduos restou superada pelo reconhecimento de três novas formas de efeitos jurídicos para essas liberdades: (1) os efeitos horizontais dos direitos fundamentais; (2) os direitos de proteção e (3) os direitos a organização e a procedimentos⁷, que “a procedimentalização do direito adquire um sentido menos formalista, á medida que os procedimentos se articulam com os princípios enunciadores dos direitos fundamentais”.⁸

5. BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Constituição e Crise Política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.).

6. *Ibidem*.

7. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais** – conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 235-236.

8. SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 188.

Malgrado esse almejado consenso sobre as questões de justiça política não se revele viável de ser fundado no *Ethos* que permeia a sociedade, os indivíduos ainda compartilham a expectativa de cooperar uns com os outros, de maneira justa e sem violência.⁹

Assim como a Constituição Brasileira de 1988 encontra, em diversos pontos, sintonia com a Constituição de 1934 e 1946, a Constituição Espanhola de 1978 tem severa identidade com segmentos importantes da Ordem Constitucional de 1931, especialmente no tocante aos direitos fundamentais.

Digno de nota que Espanha e Brasil apresentam distinções significativas nos seus delineamentos de Estado e Governo. Essa circunstância conduziu a fortes diferenças entre as previsões constitucionais fixadas no Texto Espanhol de 1978 e o Texto Brasileiro de 1988. Todavia, no tocante aos direitos sociais, o que se observa é que a experiência espanhola exerceu grande influência na estrutura e conteúdo firmado na Constituição de 1988, o que indica que esta dimensão dos direitos fundamentais possui uma independência significativa em relação à formação do Estado e governo.

Mirkine-Guetzevitch descreve essa circunstância como um “fato curioso” e obtempera que a questão do reconhecimento dos direitos sociais não encontra relação direta com a forma de governo, tampouco com a maior ou menor intensidade com que a democracia é estabelecida em determinado Estado. Os elementos sociais surgem na medida em que pairam sobre as Constituições a ameaça social e os resultados destruidores da experiência russa.¹⁰

-
9. HABERMAS, Jürgen. Die Einbeziehung des Anderen. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999, p. 99. No original: “Der angestrebte Konsens in Fragen der politischen Gerechtigkeit kann sich nicht mehr auf ein traditionell eingewöhntes, die gesamte Gesellschaft durchdringends Ethos stützen. Aber noch immer teilen die Mitglieder moderner Gesellschaften die Erwartung, dass sie fair und gewaltlos miteinander kooperiert können).”
 10. *Idem*. Aduz, ainda: “En los países donde el Poder constituyente ha sido confiado a los elementos más moderados y muy alejados de la doctrina socialista, se ve afirmar en el texto de las Constituciones la existencia de derechos ‘sociales’. Aún más: la Constitución que establece más plenamente el carácter social de las libertades individuales y que llega a limitar los derechos de propiedad agraria,

Adverte, todavia, acerca da insuficiência da explicação histórica, porquanto o que importa não é saber por que se estimou a necessidade de inserir na nova Constituição os direitos sociais; o que importa é o fato de que estes direitos tenham aparecido nas Constituições, que, por sua vez, foram redigidas em uma época em que nenhum partido podia ignorar a questão social. “No século XX, o sentido social do direito, não é só uma doutrina, não é só uma escola jurídica, é a própria vida”.¹¹

Decorre, pois, desse reconhecimento a emancipação do cidadão político para o cidadão social. Do cidadão que se doa e deseja participar dos destinos do Estado (muitas vezes simplesmente seguem o destino já traçado, sem forças para modificá-lo) para o cidadão que demanda do Estado condições que se viabilize a materialização desta participação.

es una Constitución monárquica, es la del reino servio-croata-esloveno (artículo 43). Lo mismo en otra Constitución monárquica, la de Rumania, se encuentra una definición muy larga de los nuevos derechos ‘sociales’ del hombre. Por el contrario, en ciertas Constituciones republicanas no se encuentra una sección relativa a los derechos de los ciudadanos (Constitución de Letonia), o se encuentra una lista de derechos que no va más allá de la enumeración clásica de las libertades individuales. Nos encontramos en presencia de un hecho curioso: la introducción de los elementos sociales en las declaraciones de los derechos no está de ningún modo en relación directa con la proporción más o menos grande de la democracia de un país dado. La aparición de los nuevos elementos sociales no es solamente el resultado de la participación de los socialistas en la obra de las Asambleas constituyentes; los derechos sociales aparecen también en las Constituciones que han sido redactadas con una débil participación o sin el concurso de los socialistas. Es la historia política de los diversos países la que puede responder a esta cuestión: los elementos sociales aparecen en la medida en que se agitan sobre los espíritus de las Constituciones la amenaza social y los resultados destructores de la experiencia rusa.”

11. *Ibidem*, p. 37. Ressalta, outrossim: “Sin embargo, esta explicación histórica no es suficiente. Lo que importa no es saber por que los elementos moderados de un país han estimado necesaria la inscripción, en la nueva Constitución, de la defensa de los derechos sociales; lo que importa es el hecho, de que estos derechos han aparecido en la Constitución. [...] Las nuevas Constituciones han sido redactadas en una época en que ningún partido político podía ignorar la cuestión social. En el siglo XX, el sentido social del derecho, no es sólo una doctrina, no es sólo una escuela jurídica, es la vida misma”.

A percepção de que esse sentimento de pertencimento ao Estado deve ser privilegiado e estimulado pelo próprio Estado por meio de políticas que, de forma cada vez mais incisiva, objetivem a inclusão dos indivíduos no espaço de cidadania, desperta para o grave problema que obsta tal desiderato: as graves desigualdades sociais.

O “espaço sem cidadãos” é expressão utilizada por Milton Santos para representar as “extensas áreas vazias de hospitais, postos de saúde, escolas secundárias e primárias, informação geral e especializada, enfim, áreas desprovidas de serviços essenciais à vida social e à vida individual”.¹²

Sentido estendido pelo autor para as periferias que, apesar da densidade demográfica, tais serviços estão igualmente ausentes. “É como se as pessoas nem lá estivessem”.

Salienta Mirkine-Guetzevitch que se assistiu não só a transformação da teoria geral do Estado, mas também da doutrina dos direitos individuais. O Estado não pode só limitar-se ao reconhecimento da independência jurídica dos indivíduos, mas é obrigado a criar um mínimo de condições necessárias para assegurar sua independência social.¹³

Extrapolando as relações recíprocas entre trabalho e capital, trabalho e propriedade, trabalho e empregador, as novas declarações de direitos surgem para envolver a totalidade da vida social – família, escola, etc. –, todo o conjunto de relações sociais, pelo que se assistiu uma grande tentativa de racionalização da política.¹⁴

Muito embora essas novas Constituições, que organizaram a vida pública dos povos atingidos pela guerra, não tenham logrado êxito em realizar integralmente esta racionalização da vida social, o valor da tentativa não é diminuído pelo fato de que esses direitos sociais

12. SANTOS, Milton. **O espaço do cidadão**. 7. ed. São Paulo: Edusp, 2007, p. 59.

13. MIRKINE-GUETZEVITCH, Boris. **Las nuevas constituciones del mundo**. 2. ed. Madrid: Editorial España, 1931, p. 37.

14. *Idem*.

tenham permanecido só no papel. É que o acesso ao texto da Constituição possui significativo valor educativo para a população e, além dos dispositivos proclamarem os direitos sociais, definem tendência e sinalizam os princípios de um novo processo de garantia desses direitos que devem ser realizador no *porvir*.¹⁵

Não se pode perder de vista que a liberdade envolve o processo que permite a liberdade de ação e decisões, e as oportunidades atuais que as pessoas possuem, decorrente das circunstâncias pessoais e sociais.¹⁶

Na época do desenvolvimento da Constituinte de 1987, a Constituição Espanhola de 1978 se apresentava como a experiência mais recente e com maior proximidade material dos anseios históricos que marcavam os desejos de mudança presentes na sociedade brasileira.

Inaugura o Texto Espanhol de 1978, integrando o seu “Título Preliminar”, disposição normativa que representa sério compromisso com os direitos sociais, previsão que irradia força sobre os demais dispositivos, especialmente em razão dos “valores superiores” que erige, *verbis*: “*Artículo 1 - 1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*”¹⁷. Segue-se com os fundamentos da soberania nacional e a titularidade do poder atribuída ao povo espanhol: “*Artículo 1 - 2. La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado*” (Grifou-se).

Peces-Barba Martínez destaca que:

Por primera vez en la cultura jurídica unos principios que el constituyente ha llamado valores superiores, son el contenido de una norma y también por primera vez una norma íntegra,

15. *Idem*.

16. AMARTYA, Sen. **Development as Freedom**. New York: Anchor Books, 1999, p.17.

17. ESPANHA. Constituição de 1978. Disponível em: <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/index.htm>>. Acesso em: 05 mai. 2018.

unos valores como de cisión del constituyente, para ser la guía general de todos los operadores jurídicos en la dinámica creadora y aplicadora del Derecho”.

[...]

Hasta la Constitución Española se consideraba imposible, o no se había intentado de manera solvente, la compatibilidad entre el punto de vista normativista sistemático y el de los criterios de moralidad o de justicia, en la tarea de acotar y de independizar al fenómeno jurídico. Kelsen distingue entre el modelo dinámico donde el sistema de normas se identifica por la forma, órganos y procedimientos para la producción de normas, que es, dice, el propio del Derecho, y el sistema estático que se identifica por los contenidos materiales de las normas, deducidos de una norma básica material, que es propio de los sistemas morales y del Derecho Natural.

O “Título I. De los derechos y deberes fundamentales” é aberto com o “Artículo 10. 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

Note-se que a localização topográfica da referência ao princípio da dignidade da pessoa humana, que no texto da Constituição brasileira está no “Título I – Princípios Fundamentais”, constitui mera característica organizatória e formal do documento, na medida em que a natureza de fundamento do Estado, assinalada à dignidade da pessoa humana, está expressamente presente em ambos os textos constitucionais, o que se revela suficiente, considerada a orientação que emana do princípio da unidade.

De igual sorte, malgrado a ausência de identidade na categorização terminológica, também se identificam no texto da Constituição Brasileira de 1988 os denominados “valores superiores”, referidos com destaque axiológico, na Constituição Espanhola de 1978, elementos indispensáveis à compreensão da cidadania ampla.

A mesma compreensão que defende Peces-Barba ao analisar o texto da Constituição Espanhola de 1978, mais precisamente no tocante aos “valores superiores” se aplica à Constituição Brasileira de

1988, não somente na vertente de organização normativa, mas sobretudo em relação à própria efetividade da interpretação jurídica.

Sustenta que “[...] estamos en un sistema jurídico que explicita y normativiza en la Constitución su sistema de valores, que es así, dato previo del sistema, aunque abierto, que al desarrollarse y completarse con la interpretación que hacen los operadores jurídicos es también resultado, y resultado siempre sin completar”

Esse resultado a completar, referido pelo autor, pode ser compreendido na perspectiva de que para ser cidadão não basta ter direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei. É preciso participar dos destinos do Estado, bem como ser destinatário dos direitos sociais; vale dizer aqueles que garantem a participação do indivíduo na riqueza coletiva: o direito à educação, ao trabalho, à saúde, dentre outros.

Otfried Höffe afirma que a justiça social não exige a igualdade de resultados, os quais podem ser desperdiçados por responsabilidade da própria pessoa. Além disso, não se devem negar as diferenças de desempenho individual. De acordo com a situação, cada um se faz merecedor das oportunidades compatíveis com seu talento.

No particular, afirma Peces-Barba que:

La igualdad material, menos elaborada, lleva a señalar como criterio preponderante y más racional, la idea de la igual satisfacción de las necesidades básicas (vivienda, educación, sanidad, seguridad social) y que está, junto con la libertad prestación, en la raíz de los derechos económicos sociales y culturales [...]

É absolutamente irrefutável que com o constitucionalismo social devem se estabelecer melhores possibilidades de distinção entre o indivíduo político e o indivíduo social, pretensão que, justamente pelo denominado “espaço sem cidadãos”, carece de efetividade no âmbito de muitos Estados republicanos e democráticos, como o caso do Brasil, em cujo âmbito, malgrado a extrema proximidade normativa, o déficit de implementação dos direitos sociais no plano prático representa uma significativa distinção em relação ao cenário espanhol contemporâneo.

CONCLUSÃO

Assim como na Espanha de 1978, no Brasil, a Constituição de 1988 representa o momento da quebra do paradigma civilista da propriedade para a instauração do paradigma da dignidade da pessoa humana. Chegam, respectivamente, ao aniversário de 40 e 30 anos com uma inquestionável atualidade normativa, especialmente no que se refere aos direitos e garantias fundamentais.

Guardadas as distinções sociais, políticas e culturais entre os dois Países, há uma nítida ascendência da Constituição Espanhola de 1978 sobre a Constituição Brasileira de 1988, especialmente no tocante à carga axiológica atribuída aos “valores superiores”.

É inequívoco que a questão social, as reivindicações que emergem de segmentos específicos da comunidade política, bem como as necessidades de preservação da vida em sociedade seguem em constante crescimento. Todavia, quando se observam as previsões constitucionais de ambos os textos, constata-se não se demanda tanto a evolução normativa, mas a efetiva realização dos direitos constitucionalmente previstos.

Em um ambiente de crescente lesões de massa, que marca os Estados na contemporaneidade, observa-se que tanto a Constituição Espanhola, quanto a Constituição Brasileira, possuem estrutura e conteúdo capazes de vencer o significativo desafio de continuar a prover possibilidades normativas necessárias à equalização dos conflitos inerentes ao dificultoso processo civilizatório no porvir, inclusive a partir de mutua complementação e interação, desenvolvida no âmbito do transconstitucionalismo.

REFERÊNCIAS

- AMARTYA, Sen. **Development as Freedom**. New York: Anchor Books, 1999.
- BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Constituição e Crise Política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 05 mai. 2018.

- ESPAÑA. **Constituição de 1978**. Disponível em: <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/index/index.htm>>. Acesso em: 05 mai. 2018.
- HABERMAS, Jürgen. **Die Einbeziehung des Anderen**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999.
- HÖFFE, Otfried. **Wirtschaftsbürger, Staatsbürger, Weltbürger – Politische Ethik im Zeitalter der Globalisierung**. München: C. H. Beck, 2004.
- MIRKINE-GUETZEVITCH, Boris. **Las nuevas constituciones del mundo**. 2. ed. Madrid: Editorial España, 1931.
- NEVES, Lúcia Maria Bastos Pereira das Neves. **Corcundas e constitucionais. A Cultura Política da Independência (1820-1822)**. Rio de Janeiro: FAPERJ; Revan, 2003).
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Los valores superiores**. In: Anuário de Filosofia del Derecho. Espanha: 1987.
- PINSKY, Jaime. Introdução. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). **Historia da Cidadania**. São Paulo: Contexto, 2008.
- SANTOS, Milton. **O espaço do cidadão**. 7. ed. São Paulo: Edusp, 2007.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Saraiva, 2010.

Breves notas sobre a reserva do possível no neoconstitucionalismo brasileiro

*Sabrine Silva Kauss**

SUMÁRIO: 1 A dignidade da pessoa humana como fundamento do neoconstitucionalismo; 2 A inadequação do argumento da reserva do possível no neoconstitucionalismo brasileiro; Referências.

1. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Na atual fase do neoconstitucionalismo ocidental, o reconhecimento da força normativa do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana se afigura como um dos mais importantes pilares da teoria e da prática jurídica, com reflexos diretos no modo de compreender e exercitar o paradigma dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Decerto, uma vez situado no ápice do sistema jurídico, o princípio da dignidade da pessoa humana exprime as estimativas e finalidades a serem alcançados pelo Estado e pelo conjunto da Sociedade Civil, irradiando-se na totalidade do direito positivo pátrio, não podendo ser pensado apenas do ponto de vista individual, enquanto posições subjetivas dos cidadãos a ser preservadas diante dos agentes públicos ou particulares, mas também vislumbrado numa perspectiva objetiva,

(*) Advogada. Professora da Faculdade São Salvador e da FACSAL/IBES. Especialista em Direito do Estado Faculdade Baiana de Direito.

como norma que encerra os valores e fins superiores da ordem jurídica, impondo a ingerência ou a abstenção dos órgãos estatais e mesmo agentes privados.

Com efeito, essa mudança paradigmática em matéria de direitos fundamentais se coaduna com a própria natureza do neoconstitucionalismo brasileiro, cuja natureza dirigente implica a admissão da primazia axiológica e da amplitude dos efeitos jurídicos do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, cujo respeito se torna a base para a realização de um direito justo.

Nesse sentido, convém rememorar a concepção esposada, dentre outros, por Karl Larenz¹, ao sustentar que o direito justo é um peculiar modo de ser do direito positivo, que eleva os valores humanos ao patamar de normatividade jurídico-constitucional, uma vez que subjaz à Lei Fundamental o reconhecimento axiológico da dignidade da pessoa humana, sendo atribuídos, para a tutela de uma vida digna, um rol de direitos fundamentais que se relacionam uns com os outros de acordo com o sentido e, por isso, podem tanto complementar-se como delimitar-se entre si.

Destarte, o princípio da dignidade da pessoa humana permite, assim, reconstruir semanticamente o modo de compreensão e efetivação dos direitos fundamentais no sistema jurídico pátrio, implicando, inclusive, o reconhecimento da inadequação do argumento da reserva do possível no contexto do neoconstitucionalismo brasileiro.

2. A INADEQUAÇÃO DO ARGUMENTO DA RESERVA DO POSSÍVEL NO NEOCONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

a questão da escassez de recursos econômicos como limite ao implemento estatal dos direitos fundamentais sempre desafiou a comunidade jurídica. A resposta a esse questionamento está intrinsecamente ligada ao exame do argumento da reserva do possível, a

1. LARENZ, Karl. **Derecho Justo** - Fundamentos de Ética Jurídica. Madrid: Civitas, 1993, p. 21.

partir do qual se vislumbram tanto o alcance da eficácia dos direitos fundamentais quanto o papel do Poder Judiciário no amparo das pretensões positivas dos sujeitos de direito.

Descrevendo esse cenário complexo de efetivação dos direitos fundamentais, refere Gustavo Amaral² que, como os direitos fundamentais valem para todos os que estão em condições de recebê-los, mas os montantes econômicos para o atendimento das demandas são finitos, surge um conflito específico por pretensões positivas, no qual será necessário tomar decisões trágicas sobre a destinação dos recursos escassos do Estado.

A teoria da reserva do possível exprime um lugar-comum (*topos*) da jurisprudência constitucional alemã, que assevera que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição de disponibilidade dos respectivos recursos econômicos, ao mesmo tempo em que a decisão sobre a sua disponibilidade financeira resta situada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares relativas à composição dos orçamentos públicos.

Com efeito, segundo o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, os direitos sociais a prestações positivas estão sujeitos à égide da reserva do possível, exprimindo o sentido daquilo que o sujeito de direito, de modo racional, pode almejar da sociedade, impossibilitando o atendimento das exigências individuais acima de um razoável limite básico de satisfação dos direitos fundamentais.

Conforme assinalam J. J. Canotilho e Vital Moreira³, a efetivação dos direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais se relaciona com uma reserva do possível no campo dos recursos econômicos, porquanto a elevação do nível da realização dos direitos fundamentais prestacionais resta sempre condicionada pelo volume de recursos suscetível de ser mobilizado pelo Estado para esse desiderato.

2. AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 73.

3. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991, p. 31.

Nessa perspectiva, a limitação dos recursos públicos passa a ser considerada verdadeiro limite fático à efetivação dos direitos fundamentais, mormente aqueles de natureza social, que demandam prestações positivas dos órgãos estatais, tais como a saúde, a educação, a moradia, o lazer, o trabalho, a previdência e a assistência social.

Seguindo essa linha de raciocínio, faltaria aos juízes não somente a legitimidade democrática como também a competência necessária para, situando-se fora do processo político propriamente dito, garantir a efetivação das prestações que constituem o objeto dos direitos sociais, submetidas, muitas vezes, a condições de natureza macroeconômica, não dispondo, portanto, de critérios suficientemente seguros e claros para solucionar a questão no âmbito estrito da interpretação e argumentação jurídica.

Sucedo, contudo, que o argumento da reserva do possível não deve ser utilizado indiscriminadamente para qualquer situação concreta em matéria de direitos fundamentais, sem a necessária consideração da realidade social, pois não se afigura difícil a um ente público justificar sua omissão social perante critérios de política orçamentária e financeira, mitigando a obrigatoriedade do Estado em cumprir os direitos fundamentais, especialmente aqueles direitos sociais de cunho prestacional, que, por conseguinte, restariam inoperantes.

Com efeito, merece guarida o pensamento de Robert Alexy⁴, para quem, no sistema jurídico tedesco, os direitos fundamentais são posições jurídicas tão relevantes que a sua concessão ou denegação não podem ficar nas mãos da simples maioria parlamentar.

Logo, a questão de saber quais os direitos fundamentais sociais que o indivíduo possui é uma questão de ponderação de bens e valores constitucionais, passível, portanto, de controle jurisdicional. O princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária, tanto quanto os princípios democrático e da separação dos poderes, não figuram como absolutos, sendo possível que as pretensões individuais

4. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: CEPC, 2002, p. 494.

apresentem mais peso que as razões de política financeiras que constituem a reserva do possível.

Pode-se dizer, por isso mesmo, que a importação ao Brasil da doutrina alemã de interpretação dos direitos sociais ocorreu de forma irrefletida, porquanto a não-inclusão dos direitos sociais na Lei Fundamental de Bonn, tomada como paradigma para a negação do caráter fundamental dos direitos sociais, decorreu de circunstâncias próprias da experiência fracassada do Constitucionalismo de Weimar, que desembocou no enfraquecimento da força normativa daquela Carta Magna e não na renúncia ao seu ideário progressista.

Como bem assinala Andreas Krell⁵, a reserva do possível figura como uma verdadeira falácia no sistema jurídico brasileiro, a qual decorre de um Direito Constitucional Comparado equivocado, cuja importação não se harmoniza com a opção político-ideológica do legislador constituinte, que formulou uma opção inequívoca pelo intervencionismo estatal no campo sócio-econômico, baseado no modelo do constitucionalismo dirigente e na busca da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Ao revés, se os recursos financeiros do Estado brasileiro não são suficientes, devem ser, em verdade, retirados de outras áreas menos prioritárias, tais como o custeamento de verbas extras de gabinetes governamentais ou parlamentares, onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais para a realização da vida digna do ser humano.

Ademais, afigura-se inconsistente a visão tradicional em matéria de direitos fundamentais segundo a qual, para o erário público, a implementação dos direitos sociais é sempre mais custosa que a garantia dos direitos individuais dos cidadãos, como se a tutela das liberdades básicas só exigisse uma simples postura abstencionista do Estado, nos moldes preconizados pelo liberalismo econômico.

5. 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, p. 47.

Deveras, é o que advertem os juristas Stephen Holmes e Cass Sunstein⁶, os quais, embora ideologicamente liberais, reconhecem que todos os direitos fundamentais, individuais ou sociais, exigem o aporte econômico pelo Estado, desfazendo-se a distinção extremada entre direitos negativos e direitos positivos, ante a constatação dos custos resultantes da efetividade de direitos fundamentais de primeira dimensão/geração. Isso porque a manutenção de uma estrutura de fiscalização de direitos individuais como a vida, a propriedade ou a segurança pública reclama, necessariamente, investimentos em recursos materiais e humanos, afastando a falsa percepção de que não onerariam o patrimônio público.

Eis as inúmeras razões que justificam o exame crítico do argumento da reserva do possível pelos intérpretes da ordem jurídica pátria. Decerto, somente uma nova jurisdição constitucional pode maximizar o alcance progressista e emancipatório do princípio constitucional da dignidade da pessoa, sem o qual restará frustrada a legítima expectativa de materialização de um Direito mais justo.

REFERÊNCIAS

- AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- 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.
- AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ARIZA, Santiago Sastre. La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2005.

6. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes**. Nova Iorque-Londres: Norton, 1999, p. 10.

- 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,
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- 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.
- 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: Almedina, 1998.
- _____; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991.
- 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.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

- 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.
- FLEINER, Thomas. **O que são direitos humanos?** São Paulo: Max Limonad, 2003.
- GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. **Fenomenologia e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- HÄBERLE, Peter. The constitutional state and its reform requirements. **Ratio juris**. Oxford: Blackwell. v. 13. n. 1, 2000.
- OLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes**. Nova Iorque-Londres: Norton, 1999.
- 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.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- _____. **Derecho Justo - Fundamentos de Ética Jurídica**. Madrid: Civitas, 1993.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- 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.
- 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.
- 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.

- NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- PARDO, Davi Wilson de Abreu. **Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.
- PECES-BARBA, Gregório Martínez. **La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho**. Madrid: Dykinson, 2003.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- 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.
- 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.
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O devido processo legal: uma visão pós-moderna**. Salvador: Editora juspodivm, 2008.
- _____. **Direito, justiça e princípios constitucionais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.
- _____. **Curso de Introdução ao Estudo do Direito**. Salvador: Editora Juspodivm, 2009.
- 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.
- 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.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006.

Capítulo XII

Elementos para uma superação do senso comum teórico jurídico: carnavalização, surrealismo e os direitos de alteridade em Luís Alberto Warat

*Suellem Aparecida Urnauer**

*Ricardo Menna Barreto***

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da dogmática jurídica ao senso comum teórico jurídico (SCTJ); 1.1 Dogmática jurídica: caracteres constitutivos; 1.2 Breves elementos da crítica waratiana do direito; 2 Carnavalização e surrealismo jurídico como crítica do direito; 2.1 Carnavalização e direito; 2.2 Entre Cortázar e Warat: notas sobre o surrealismo jurídico; 3 A última transgressão waratiana: da despinguinização aos direitos de alteridade; 3.1 A despinguinização como processo de sensibilização; 3.2 Alteridade, direito e o encontro com o outro; Considerações Finais; Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por escopo analisar os caracteres fundamentais do Senso Comum Teórico Jurídico (SCTJ) com vistas a uma possível superação deste paradigma à luz dos direitos de alteridade. A expressão SCTJ provém das reflexões do jus-filósofo argentino Luis Alberto Warat.

(*) Pós-graduanda em Direito de Família e Sucessões pela Faculdade ATAME, DF, Brasil.

(**) Doutorando em ciências jurídicas pela universidade do MINHO (Braga, Portugal).

Trata-se de uma nova perspectiva acerca do posicionamento adotado pelos juristas, os quais pretendem, com discursos robustos e cheios de “verdades” e fantasias, caracterizá-los como científicos. Com efeito, o SCTJ é composto por discursos que objetivam estabelecer “verdades” que acabam, a *contrario sensu*, por alienar o conhecimento científico.

Conforme Ricardo Menna Barreto¹ “o SCTJ vem permitindo atualmente a proliferação de um ensino jurídico tecnicizado-dogmatizado que privilegia a simplificação e a esquematização”. Posto isso, convém observar que no meio jurídico, seja na práxis ou na teoria (inclusive no âmbito acadêmico), existe uma sistematização de comportamento e de decisões tomadas pelos juristas em nome de suas supostas “verdades”.

Nesse complexo cenário, busca-se desvelar pistas para uma possível superação do SCTJ através da incorporação dos chamados direitos de alteridade como meio de reestabelecer a sensibilidade do jurista e, conseqüentemente, superar os (des)caminhos impostos pelo Senso Comum Teórico Jurídico.

Para tanto, a presente pesquisa dividir-se-á em três seções. A primeira, intitulada “(1.0) *Da Dogmática Jurídica ao Senso Comum Teórico Jurídico (SCTJ)*” busca trilhar o caminho percorrido desde a instituição da dogmática jurídica até o conceito de SCTJ estabelecido por Luis Alberto Warat, tecendo comentários acerca da crítica waratiana do direito.

Na seção seguinte, “(2.0) *Carnavalização e Surrealismo Jurídico como Crítica do Direito*”, tratar-se-á da carnavalização por meio dos diálogos waratianos com Bakhtin e com o surrealismo de Cortázar. Influenciado, sobretudo, por estes autores, Warat levará a cabo sua “última transgressão”.

Esta será objeto da terceira seção, “(3.0) *A Última Transgressão Waratiana: Da Despinguinização aos Direitos de Alteridade*”, a qual

1. MENNA BARRETO, Ricardo. Ensino Jurídico Hoje: Pistas para uma Superação do “Senso Comum Teórico Jurídico” [SCTJ]. **Julgar** (Lisboa), v. 11, p. 01-20, 2014, p. 5

tratará especificamente de sua teoria da despinguinização² e dos direitos de alteridade como ponto privilegiado de superação do Senso Comum Teórico Jurídico. Com efeito, ao fim e ao cabo, tal superação será possível a partir da busca pela sensibilidade perdida dos operadores do direito.

A técnica utilizada para a presente reflexão foi, prioritariamente, a pesquisa bibliográfica, a qual se pauta na investigação em livros e periódicos, como revistas e jornais, assim como, nos domínios da rede mundial de computadores, em especial os de caráter acadêmico, disponibilizados nos respectivos endereços eletrônicos no âmbito da internet.

O método utilizado foi o crítico-dialético, o qual, conforme Silvio Sánchez Gamboa visa a apreensão do fenômeno em seu trajeto histórico, marcando suas inter-relações com outros fenômenos, visando estabelecer uma compreensão dos processos de transformação, suas contradições, bem como suas potencialidades. Por outro lado, permite que o conhecimento crítico do mundo e da sociedade, que é erigido a partir daí, propiciem uma compreensão da dinâmica transformadora passível de propiciar ações (práxis) emancipadoras³.

1. DA DOGMÁTICA JURÍDICA AO SENSO COMUM TEÓRICO JURÍDICO (SCTJ)

O conceito tradicional da dogmática consiste na associação entre ciência e direito. Warat afirma que “a dogmática jurídica se apresenta como a tentativa de construir uma teoria sistemática do direito positivo, sem formular juízo de valor sobre o mesmo, convertendo-a em uma mera ciência formal”⁴.

2. WARAT, Luis Alberto. Conferência de Encerramento. In: MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander et. al. **Construindo Memória**: Seminários Direito e Cinema. Rio de Janeiro: FND, 2009, pp. 113 e ss.

3. SANCHÉZ GAMBOA, Silvio. **Projetos de Pesquisa, Fundamentos Lógicos**: a dialética entre perguntas e respostas. Chapecó: Argos, 2013, p. 75

4. WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito**. Epistemologia Jurídica da Modernidade. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1995, p.16

Partindo de tal premissa, seria como afirmar que é possível falar em Direito de maneira isolada, sem qualquer interferência de caráter social. Este, logo, seria (ou é) um emaranhado de normas legais, muito bem escritas no quesito lógico-formal, mas que não estão inseridas, ou estão distantes do contexto social em certos aspectos.

Warat ensina que a dogmática jurídica possui três etapas de aplicação de seu método técnico-jurídico. A primeira etapa preocupa-se em conceituar os textos legais, limitando-se a explicar o conteúdo do direito, o qual não é passível de questionamentos, tampouco justificativa.

A segunda etapa está direcionada propriamente a “dogmatização jurídica”, ou seja, à elaboração de diretrizes jurídicas – tratam-se das proposições, categorias e princípios extraídos da conceitualização realizada na primeira etapa.

A terceira etapa consiste na sistematização, e finalmente a constituição de uma disciplina específica, um sistema, e, conforme Warat, o resultado dessa terceira etapa seria a teoria geral do direito⁵.

Nesse sentido, Warat afirma que a teoria geral do direito é o resultado da sistematização da dogmática e atinge seu ápice a partir de Kelsen em sua Teoria Pura do Direito⁶, a qual elimina toda e qualquer interferência externa das outras áreas do conhecimento, restando apenas a norma e a técnica jurídica de interpretação⁷.

Com efeito, para Luis Alberto Warat as três etapas, as quais foram produzidas ao longo de um processo histórico, atualmente funcionam para os dogmáticos como um passo a passo do chamado “método dogmático de interpretação da lei, ou método técnico-jurídico ou abstrato-lógico”⁸. Daí a importância de compreender os aspectos

5. *Idem, ibidem*, pp. 17 a 19.

6. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

7. WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito**. *Idem, ibidem*, p.19.

8. WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito**. Epistemologia Jurídica da Modernidade. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1995, p.19.

constitutivos da ideia de dogmática jurídica, a qual sustenta o imaginário jurídico na contemporaneidade.

A partir da sistematização da dogmática, chegou-se ao Senso Comum Teórico dos Juristas, sobre o qual Warat apresenta seu conceito como sendo um conjunto de crenças, valores e justificativas que são apresentadas por meio de disciplinas específicas, legitimadas através de discursos produzidos pelos órgãos institucionais, quais sejam os parlamentos, os tribunais e as faculdades de direito, entre outros órgãos propagadores da dogmática jurídica.

Tal conceito traduz comportamentos sociais e práticas jurídicas institucionalizadas que seguem aquilo que lhes é imposto pela dogmática jurídica, sem qualquer questionamento ou reflexão. É isso que faz a dogmática: automatiza os comportamentos e as decisões.

A esse respeito, Lenio Streck afirma que

[...] a significação dada ou construída via senso comum teórico contém um conhecimento axiológico que reproduz os “valores”, sem, porém, explicá-los. Conseqüentemente, essa reprodução dos valores conduz a uma espécie de *conformismo dos operadores jurídicos*. Por isso, não é difícil ou temerário dizer que os paradoxos originários da sociedade repleta de conflitos e contradições acabam sendo, exatamente, diluídos no interior desse *corpus* denominado *de sentido comum teórico do saber jurídico*⁹.

A partir de tais premissas, é possível afirmar que a relação dos operadores do direito com a legislação e a sociedade está comprometida devido à realidade em que o jurista está inserido- realidade esta que não o permite refletir acerca dos valores que lhes foi instituído. Esta realidade é marcadamente artificial, pois inventada, construída. Em outras palavras, trata-se de uma ficção que é compartilhada pelos juristas: a dogmática jurídica.

1.1. Dogmática jurídica: caracteres constitutivos

9. STRECK, Lenio Luiz. Dogmática jurídica, senso comum e reforma processual penal: o problema das mixagens teóricas. In: Pensar, Fortaleza, v. 16, n. 2, jul./dez. 2011, p. 630

Leonel Severo Rocha aponta para a existência de duas correntes acerca da teoria do direito. A primeira e majoritária consiste na dogmática jurídica; a segunda e oposta, consiste na crítica à primeira. Para tanto, Leonel afirma que

[...] existe, na teoria jurídica brasileira, uma dicotomia caracterizada por duas posturas, tidas como opostas e, consequentemente, excludentes: uma dominante, conhecida como dogmática e outra, ainda um tanto incipiente, auto-denominada crítica¹⁰.

Consoante Leonel Severo Rocha, a teoria jurídica dominante, em decorrência da sua epistemologia positivista, tem causado a ruptura entre teoria e práxis jurídica, ademais, constitui um saber superado no plano epistemológico. Entretanto, Rocha expõe a função política de tal ruptura quando afirma que

[...] por um lado, procura gerar a idéia de que somente a teoria é criticável, sendo esta a função dos juristas (teóricos); e, por outro lado, que a praxis é apenas uma técnica procedimental, tarefa jurisdicional utilizada pelos juristas de ofício. Assim, não se nega explicitamente os aspectos políticos do direito, nem a questão de sua legitimidade; o que se evita discutir é a função social da lei (enquanto praxis), reduzida a um ritual processual privado, desvinculado dos conflitos maiores da sociedade¹¹.

Nesta perspectiva, é possível inferir que o direito, no plano teórico, objetiva primeiramente constituir um sistema lógico-dedutivo denominado “*episteme*”, cuja finalidade primeira é solucionar questões sociais; e, por conseguinte, busca justificar o ordenamento jurídico através da segunda finalidade, que é a político-legislativa. Dessa forma, a lei, no momento de sua constituição, alcança a finalidade política.

Entretanto, conforme Rocha a partir de sua vigência sofre um processo de neutralização – ou seja, a partir de agora, qualquer discussão a respeito dos aspectos políticos-ideológicos da lei parecem irrelevantes, haja vista ser considerada “legítima em sua gênese”.

10. ROCHA, Leonel Severo. Crítica Da “Teoria Crítica do Direito”. In: ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. São Leopoldo: Unisinos, 2005, p. 58.

11. *Idem, ibidem*, pp. 63-64.

Já no plano da práxis jurídica, percebe-se a tentativa constante de escamotear as desigualdades sociais causadas pelo próprio sistema econômico-político vigente. Neste sentido, Leonel Severo Rocha afirma que “a práxis jurídica materializa a legitimidade das soluções dos conflitos sociais, por meio de procedimentos tidos como tecno-racionais, escamoteadores das assimetrias sociais capitalistas”.¹²

Com efeito, no plano “prático” do direito, o jurista objetiva encobrir os conflitos e divergências existentes na sociedade através do seu domínio na seara processualista – procedimentos estes por vezes tendenciosos. Isso a leva a uma série de construções fictícias, aptas a orientar os “operadores do direito” – como se estes fossem responsáveis por operar uma máquina, qual seja, o Direito.

Uma dessas construções simbólicas, largamente utilizadas pelos juristas, é a ideia do “legislador racional”, a qual foi muito bem denunciada por Santiago Nino¹³. Trata-se de uma ficção largamente utilizada na práxis jurídica cotidiana. Ela aparece quando o jurista se depara com problemas, como a (in)completude do ordenamento, as antinomias, etc.

Logo, para poder argumentar de modo a criar convencimento acerca das teses utilizadas, o “jurista prático” lança mão de construções bastante artificiosas (e artificiais), afirmando, por exemplo, ser o legislador “onisciente”, ou mesmo “coerente” e “justo”. Ingenuamente, acaba-se por se referir ao legislador como se ele fosse uma única pessoa, quando na realidade as normas jurídicas são ditadas por um grande número de pessoas diferentes.

Todavia, estratégias como essas funcionam bem no plano da práxis, ajudando os juristas a (con)viverem num mundo de ilusões comuns. Tais ilusões, quando compartilhadas, acabam por serem levadas aos bancos acadêmicos, sendo cega e inquestionadamente

12. ROCHA, Leonel Severo. *Crítica Da “Teoria Crítica do Direito”*, Op. cit., p. 124.

13. NINO, Carlos Santiago. **Introducción al Análisis del Derecho**. 2ª edición ampliada y revisada. 12ª reimpressão. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2003, pp. 328 e ss.

reproduzidas por muitos docentes desprovidos de uma reflexão mais crítica. Ou seja, tal cenário apenas mostra certa ausência da capacidade de crítica, tanto por parte dos chamados “juristas de ofício” (ou “práticos”), como de juristas mais teóricos voltados às reflexões de caráter dogmático.

Neste sentido, André-Jean Arnaud traz o conceito de “desvio”, que consiste em uma espécie de contestação do jurista crítico, por assim dizer. O “desvio” pode ser entendido como “tentativa de transformação das normas no plano prático e também no plano ideológico, e recebido como uma “transgressão” pela maioria conformista”. Com efeito, o “desvio” ocorre da simples utilização de uma linguagem política¹⁴.

O jurista contestador utiliza a linguagem e a argumentação política para justificar seu posicionamento crítico em relação à ordem jurídica estabelecida, na qual reina a “paz burguesa”, como afirma ironicamente Arnaud.

O paradigma imposto pela dogmática jurídica gera, assim, questionamentos e resistências desde suas primeiras expressões. Vera Regina Pereira de Andrade aponta três eixos argumentativos nesse sentido:

- a) a sua falta de cientificidade;
- b) o seu excessivo formalismo pela ruptura com a realidade social; e
- c) o seu conservadorismo ou política conservadora do *status quo*.

Andrade explica, ainda, que “enquanto o primeiro argumento interpela a problematização de sua identidade epistemológica, o segundo interpela a problematização de sua identidade metodológica, e o terceiro, a de sua identidade funcional”¹⁵.

14. ARNAUD, André Jean. Ser Jurista e Contestador? In: **Crítica do Direito**. São Paulo: Ciências Humanas, 1980, p. 17.

15. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática Jurídica: Escorço de sua Configuração e Identidade**. Livraria do Advogado Editora. 2 ed. Porto Alegre (2003,) p. 93.

A partir destas breves considerações, têm-se assentados os elementos constitutivos da dogmática jurídica que serão objeto da crítica de Warat ao saber jurídico dominante, conforme ver-se-á a seguir.

1.2. Breves elementos da crítica waratiana do direito

Ao tratar da crítica do Direito, Luis Alberto Warat ensina que o conhecimento crítico do direito vem tomando forma, em grande parte, “devido a sua necessidade de emergir, como uma proposta revisionista dos valores epistemológicos, que regulam o processo de constituição das verdades jurídicas consagradas”¹⁶. Com efeito, a teoria crítica tem por objetivo estabelecer uma nova formulação epistemológica, a fim de superar o saber jurídico institucionalmente sacralizado.

Assim, a crítica do direito, entendida como uma reformulação epistêmica, tende a concretizar-se a partir de uma releitura da epistemologia jurídica clássica, reestabelecendo limites no que tange aos discursos elaborados pelos juristas em nome da verdade. Com isso, segundo Warat, se “aliena o conhecimento científico em sua expressão material”¹⁷.

Contudo, é preciso cautela no processo de deslocamento epistemológico – não se trata aqui de uma inversão de extremos, mas sim de atingir o equilíbrio entre razão e experiência. Consoante a isso, Warat afirma que

[...] é importante ressaltar que o deslocamento epistemológico não deve ser realizado nem pela supremacia da razão sobre a experiência, tampouco da experiência sobre a razão, mas sim, pelo primado da política sobre ambas. Portanto, a análise das verdades jurídicas exige a explicitação das relações de força, que formam domínios de conhecimento e sujeitos como efeitos do poder e do próprio conhecimento¹⁸.

16. WARAT, Luis Alberto. Saber Crítico e Senso Comum Teórico dos Juristas. In: **Sequência** – Estudos Políticos e Jurídicos, V. 03 n. 05 (1982), p. 49.

17. *Idem, ibidem*, p. 49.

18. *Idem, ibidem*, p. 49.

Posto isso, Warat determina que, para a elaboração de um discurso crítico, é preciso seguir dois passos:

[...] primeiro, pela substituição do controle conceitual pela compreensão do sistema de significações; segundo, pela introdução da temática do poder como forma de explicação do poder social das significações, proclamadas científicas¹⁹.

Finalmente, reivindica-se um saber crítico do direito como um deslocamento epistemológico que analise os discursos competentes da ciência e epistemologia jurídicas. Discursos estes forjados na própria práxis jurídica, razão pela qual Warat denomina-os de “Senso Comum Teórico dos Juristas” [SCTJ].

A expressão “Senso Comum Teórico Jurídico” designa as condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escrita do Direito. Com efeito, Warat afirma que “trata-se de um neologismo proposto para que se possa contar com um conceito operacional que sirva para mencionar a dimensão ideológica das verdades jurídicas”²⁰.

Observa-se, portanto, que o discurso jurídico, o qual já possui característica peculiar de persuasão, apresenta-se como meio que corrobora para a imposição de conceitos que já se consagraram e, dessa forma, tendo em vista o poder do discurso, exercem controle social. Nessa linha, Luis Alberto Warat ensina que

[...] esses obstáculos são vistos como dificuldades formais e imanentes do próprio discurso científico e que, por tais razões, podem ser eliminadas a partir de uma epistemologia assumida como uma reflexão científica sobre a ciência. Por isso, a epistemologia tradicional pode ser rudimentarmente caracterizada como teleologicamente conceitual. Isso quer dizer que tende a uma conceitualização sistemática das ciências sociais e ao estabelecimento do controle lógico de seus enunciados²¹.

19. *Idem, ibidem*, p. 50

20. WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito**. Interpretação da Lei: Temas para uma Reformulação. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1994, p. 13.

21. WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito**. Epistemologia Jurídica da Modernidade. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1995, p. 305.

Assim, de maneira geral, a expressão “Senso Comum Teórico dos Juristas” designa as condições em que as “verdades” serão produzidas e repercutidas no meio jurídico, sejam elas distribuídas pelos meios escritos ou pelas práticas de enunciação.

Warat afirma que as atividades cotidianas, aqui referindo-se à práxis, à teoria e à própria academia, são constantemente influenciadas por inúmeras condições preestabelecidas que “governam e disciplinam anonimamente seus atos de decisão e enunciação”²².

A partir de então, é possível inferir que as ditas “verdades jurídicas” se consagraram e conseqüentemente serão disseminadas e, portanto, contaminam juristas que se propõem a incorporá-las como se verdades fossem, sem a fadiga de questionar-se sobre os motivos e a aplicabilidade; com efeito, é trabalhoso criticar e, mais ainda, propor inovações – pois é mais seguro enquadrar as práticas jurídicas à realidade.

Entretanto, não é a realidade do meio (social) que está em pauta, mas sim de uma “realidade geral”, convencionada pelo discurso do senso comum e, portanto, fora de contexto. Quanto a isso, Warat aborda que

[...] a realidade é o nome geralmente empregado no pensamento ocidental para o traçado polifônico das versões interpretativas. O mundo não tem nenhuma distância de suas versões. Por esse motivo, estaríamos forçados a admitir que as significações formam um texto que não se extrai da consciência ou da realidade, senão da própria circulação discursiva. Desta forma, precisamos admitir a existência de um princípio de intertextualidade pelo qual aprendemos que o sentido de um texto depende de sua própria história, e esta do diálogo surdo com os outros textos de uma cultura²³.

Assim, aquilo que se entende por realidade, pauta-se, sem sombra de dúvidas, em discursos que são formulados e propagados de tal

22. WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito**. Interpretação da Lei: Temas para uma Reformulação. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1994, p. 13.

23. WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito**. Interpretação da Lei: Temas para uma Reformulação. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1994, p. 14.

modo que se incorporam no meio social e se instalam como verdades e, por assim dizerem-se, ditam normas e estabelecem opiniões que influenciam diretamente as decisões judiciais.

Esclarecendo melhor, Luis Alberto Warat dimensiona a ideia de intertextualidade, afirmando que “apelando à ideia de intertextualidade podemos notar que todo discurso é feito com um conjunto de citações, cuja ordem não pode ser nitidamente indicada, permanecendo, em numero elevado de situações, como um traço ou uma voz incógnita, desconhecida”²⁴.

Tal apontamento adverte que se trata de prática comum a reprodução de discursos os quais não se sabe qual seu fundamento e, sequer, quem os formulou. Transforma-se, assim, o discurso, em um verdadeiro “telefone sem fio”, de modo que a informação se adequa ao entendimento e conveniência de cada ouvinte.

Mais uma vez, portanto, comprova-se que o “Senso Comum Teórico dos Juristas” compõe-se por discursos que objetivam estabelecer “verdades” que alienam o conhecimento científico. Ou seja, para Warat, “os juristas contam com um emaranhado de costumes intelectuais que são aceitos como verdades de princípios para ocultar o componente político da investigação de verdades”²⁵.

Em sua belíssima analogia à obra de Jorge Amado “*Dona Flor e Seus Dois Maridos*”, Warat nos apresenta “*A Ciência Jurídica e Seus Dois Maridos*”, trazendo à discussão, desde logo, a castração simbólica, mais propriamente a castração na sua forma ativa, ou seja, aquela que, segundo Warat, pode ser captada como a “esteriotipação dos desejos”²⁶.

Nesse sentido, Warat afirma que “pelo seu lado ativo, a castração da linguagem é um modo de fechar nossos olhos, pelo pavor ao

24. WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito**. Op. cit., p. 14.

25. *Idem, ibidem*, p. 15.

26. WARAT, Luis Alberto. **A Ciência Jurídica e seus Dois Maridos**. 2 ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000, p. 14.

distinto, a tudo que não é conjuntamente verossímil e consagrado culturalmente”²⁷.

Assim, a castração não se trata simplesmente da ausência, da falta, mas sim da construção individual a partir do resultado social e circunstancial que é imposto pela “cultura do imobilismo”²⁸, como explica Warat. Ademais, o autor demonstra que

[...] somos sujeitos castrados quando não sentimos a necessidade de um confronto com o instituído, quando não vemos a importância de expor os poderes estabelecidos frente aos conflitos que os desestabilizam, quando não podemos fazer (porque não percebemos a necessidade) uma prática descentrada e desierarquizada do político e, sobretudo, na medida em que não sabemos transformar o político, o saber e os sentimentos em um espaço simbólico sem proprietários. Enfim, quando procuramos a autodestruição da sociedade adormecendo Eros, simulando o alívio da culpa originária na mecânica das verdades científicas e nas lendas de amor²⁹.

Com efeito, a castração traz consigo um sentido de inalterabilidade das circunstâncias que moldam os sujeitos de uma sociedade. Dessa forma, a reprodução constante dos costumes – sem questionamentos – intensifica a sensação de verdade, a qual é fundamental para a instituição do poder e do autoritarismo, que é camuflado pelo discurso jurídico.

Assim, Warat explica que, “quando falo da castração, refiro-me a um tipo de condicionamento discursivo que nos faz viver em palavras e não em realidades. A castração como um hábito através do qual fugimos da ação, da realidade, da experiência com vida”³⁰.

Nesse sentido, o autor afirma que é preciso fugir da castração, e que, para tanto, é preciso abandonar tudo que é confortável e familiar; é preciso arriscar-se pelo desconhecido e buscar aprender a

27. *Idem, ibidem*, p. 15

28. WARAT, Luis Alberto. **A Ciência Jurídica e seus Dois Maridos**. Op. cit., p. 15.

29. WARAT, Luis Alberto. **A Ciência Jurídica e seus Dois Maridos**. Op. cit., p. 15.

30. *Idem, ibidem*, p. 19.

partir de suas próprias experiências. Em alguma medida, é o que o próprio Warat faz – arrisca-se ao “desconhecido” para o jurídico – ao buscar em Cortázar e Bakhtin elementos para uma leitura crítica do direito. O surrealismo e a carnavalização, as quais destacam-se a seguir, são uma proposta neste sentido.

2. Carnavalização e surrealismo jurídico como crítica do direito

A partir da ideia de busca pelo desconhecido, Cortázar em sua *Obra Crítica*, remete ao Surrealismo, ensinando que

[...] surrealismo é antes de mais nada *concepção do universo*, e não sistema verbal (ou anti-sistema verbal; o verbal sempre se remete ao método, ao instrumento, ao martelo...). Surrealista é o homem para quem *certa* realidade existe, e sua missão consiste em encontrá-la; nas pegadas de Rimbaud, não vê outro meio de atingir a supra-realidade senão a *restituição*, o reencontro com a *inocência* ³¹.

Assim, por tratar-se de uma “concepção do universo”, entende-se, portanto, que o simples entendimento teórico não é suficiente; é preciso mais: é preciso *senti-la*. Para tanto, o autor ensina que o surrealismo não se atém aos limites impostos pelas formas, pela dogmática e pelas condições sociais impostas ao homem, as quais vedaram acesso ao que denomina Cortázar de *super-realidade* ³².

Nesse sentido, Warat, no 3º Seminário Internacional de Direito e Cinema, quando tratou das contribuições da filosofia surrealista, afirmou que

As crenças ilusórias que sustentam o normativismo beseiam-se num conjunto de “sem-razões” ou de bobagens, que, de alguma maneira, constituem um certo freio da impunidade da violência.

31. CORTÁZAR, Julio. **Obra Crítica**. Organização Saúl Yurkievich. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998, p. 78.

32. CORTÁZAR, Julio. **Obra Crítica**. Organização Saúl Yurkievich. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998, p. 79.

Se não tenho algumas mínimas crenças malucas acerca do Estado de Direito, se desmistifico e destruo a ideia de Estado de Direito, que é uma ideia absurda desde o começo, porque, como se pode dizer que é preferível o governo das leis ao governo dos homens, se os homens é que dão sentido às leis, que leis são essas que são independentes dos homens?³³

O pretendido por Warat, em sua fala, é destacar que vivemos em um mundo de ilusões, de ideias que já estão “vencidas e são intoxicantes”³⁴, e, portanto, devem ser superadas através da sensibilidade. E apesar de serem ilusões tolas, como afirma o autor, ainda são o único modo de frear a violência e a barbárie.

Contudo, Warat propõe que a solução consiste na renovação das ilusões, e para tanto afirma que “necessitamos de novas ilusões e para tanto precisamos mais da sensibilidade do que da razão. Necessitamos muito mais da arte do que da epistemologia”³⁵.

Assim, quando o jurista se submete a tais ilusões, que somente levam a um lugar comum, aprisiona-se em um mundo onde a razão sobressai à emoção de tal forma que se perde a sensibilidade, tornando-se finalmente, um profissional engessado a um sistema pronto, sem criatividade para pensar o novo.

Luis Alberto Warat afirma que a sensibilidade é perdida ainda dentro das instituições de ensino, isso devido ao modelo educativo instituído, o qual se aprimorou para ensinar meramente como se aplica a técnica – não busca o *porquê*, mas somente o *como* e, portanto, não há espaço para formar a sensibilidade dos operadores, sejam eles, aliás, de qualquer área de atuação, não se restringindo apenas ao direito. Operadores, inclusive, como dito anteriormente, remete a pessoas que operam uma “máquina” (o Direito). Tal expressão já desvela

33. WARAT, Luis Alberto. A Contribuição da Filosofia Surrealista para a Compreensão dos Direitos Humanos. In: MAGALHÃS, Juliana Neuenschwander et al (Org.). **Construindo Memória**: Seminários Direito e Cinema. Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito, 2009, pp. 125-126.

34. *Idem, ibidem*, p. 126.

35. WARAT, Luis Alberto. A Contribuição da Filosofia Surrealista para a Compreensão dos Direitos Humanos. Op. cit., p. 126.

a frieza linguística para definirmos os papéis daqueles indivíduos responsáveis por “dizer” o direito.

Nesse sentido, numa busca pelos direitos da alteridade, os quais permitem o conhecer através do outro, Warat afirma que “a faculdade de direito tem que ter aula de teatro, de cinema, de dança, de música, de pintura, porque, senão, de que forma o bacharel de direito vai ter a sensibilidade para compreender o outro?”³⁶.

O que a princípio parece uma ideia absurda e desnecessária, ganha sentido após lembrar que trata-se de uma área em que se trabalha com a convivência humana, com a subjetividade do outro, a qual não pode ser tratada com indiferença pelo jurista, não pode ser tabelada ou taxada por um sistema que vive de ilusões ultrapassadas. Para tanto o autor ensina que

A compreensão sensível está ao lado do entendimento da alteridade, do entendimento da convivência humana. Se queremos compreender a convivência, temos que compreendê-la através da sensibilidade, se queremos entender outras manifestações da razão, devemos entrar no plano da cultura ³⁷.

Portanto, é preciso inserir artes nos currículos das faculdades de direito e das demais áreas do conhecimento, é preciso resgatar a sensibilidade dos acadêmicos e futuros profissionais, para que, assim, se possa introduzir uma espécie de razão sensível, pois como explica Warat, a sensibilidade também é uma forma de compreensão do mundo ³⁸.

Nessa esteira, Warat busca o conceito de carnavalização em Bakhtin, e traça um paralelo entre o surrealismo e a literatura carnavalizada, explicando que

A literatura carnavalizada é uma linguagem que procura a posse do homem como pessoa, do homem vivendo e sentindo-se

36. *Idem, ibidem*, p. 128.

37. WARAT, Luis Alberto. A Contribuição da Filosofia Surrealista para a Compreensão dos Direitos Humanos. Op. cit., p. 129.

38. *Idem, ibidem*, p. 129.

viver. Profundamente imoral dentro da escala de valores acadêmicos, a literatura carnalizada visa, rejeitando a estrutura do pensamento prevaemente, à reconciliação do homem com suas paixões³⁹.

Assim, compreende a literatura carnalizada uma espécie de emancipação social, na qual o cotidiano se transforma e se liberta de forma mais intensa e sincera durante o carnaval- situando-se na fronteira entre a arte e a vida.

Explicitando, o carnaval desde os primórdios, sempre representou uma contravenção aos institutos responsáveis por estabelecer a ordem social, sejam eles religiosos ou legais. Durante sua celebração, sentimentos como alegria e prazer sempre estiveram presentes, representando pecado ou algum tipo de infração legal.

Ademais, mascarar-se ou desnudar-se também estão presentes no rito carnavalesco; a máscara tende a representar seu eu interior, ou esconder seu próprio eu; a nudez significa exibir-se completamente. Entretanto, quaisquer das manifestações exprimem o mesmo sentimento: a busca pela liberdade. E é isso que a literatura carnalizada representa – *liberdade*. Mas, quais relações podem ser estabelecidas entre carnalização e Direito, especificamente? Ver-se-ão os detalhes na seção seguinte.

2.1. Carnalização e direito

Warat traz a carnalização de Bakhtin para o estudo do Direito a fim de fazer uma crítica ao ideal de ciência do Direito, ao dogmatismo e às verdades estipuladas e sacramentadas por este instituto poderoso e formador de estereótipos sociais.

Para tanto, Warat afirma que “(...) a carnalização significa o prosseguimento das formas primordiais em outro plano. É por isso

39. WARAT, Luis Alberto. **A Ciência Jurídica e Seus Dois Maridos**. 2 ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000, p. 173.

que a carnavalização consegue expressar a rebelião individual contra o determinismo científico”⁴⁰.

Dessa forma, o indivíduo que incorpora em si o sentido da carnavalização se liberta dos preceitos e preconceitos estabelecidos pela ciência jurídica; já não acredita nas “verdades” estabelecidas pelo discurso jurídico; já não mais pertence ao senso comum – o indivíduo abandona a personagem por ele interpretada e passa a ser seu próprio eu – ou ainda veste a fantasia que o melhor representa. Esse é o sentido do carnaval.

Nessa esteira, Warat assevera que “parece que existem outras máscaras. Elas são portadoras de um enorme poder subversivo: carnalizam e transformam as vidas automatizadas, despertam as respostas e os desejos eróticos, permitem seriamente o jogo de reconhecer-me e reconhecer o outro”⁴¹.

A carnavalização desmascara o jurista que se encontra embebido pelo Senso Comum Teórico. Resgata seu próprio eu, bem como objetiva o surrealismo. Logo, o jurista não analisa o mundo a partir da sua própria ótica; a esse respeito Paulo Ferreira da Cunha, em sua análise sobre Warat, afirma que

Os Juristas ficaram cristalizados na contemplação de uma imagem do mundo, acabando por não imergir no próprio mundo, trabalhando com um mundo virtual todo seu, desde há muito, muito antes de haver internet. Esse é o vício do racionalismo, o qual, aliás, lhes não é de modo algum privativo, e que infesta os tempos modernos⁴².

Não se trata aqui da evolução tecnológica que tem transformado as relações cotidianas; o mundo virtual sobre o qual trata Paulo Ferreira Cunha, refere-se ao dogmatismo em que o jurista está submergido, envolto por um mundo artificialmente criado pela linguagem

40. WARAT, Luis Alberto. **A Ciência Jurídica e Seus Dois Maridos**. 2 ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000, p. 174.

41. *Idem, ibidem*, p. 42.

42. CUNHA, Paulo Ferreira da. **Avessos do Direito**. Ensaios de Crítica da Razão Jurídica. Curitiba: Juruá, 2012, p. 196.

e pelas convenções. Trata-se, em verdade, de um racionalismo irracional sob o qual o jurista opera o direito, sem qualquer atenção aos direitos de alteridade, aos direitos do outro.

Para tanto, Cunha propõe que “o desafio é reinventar a razão jurídica sem o normativismo dogmático racionalista e não derrapando para um ‘direito livre’ subjetivista, ao saber de interesses, caprichos e poderes. Razão tópico-problemática, pluralista, judicialista e fraterna”⁴³.

Com efeito, reinventar a razão jurídica e emergir do dogmatismo no qual está inserido o jurista não significa atender as vontades subjetivas que cada indivíduo pretenda. Tampouco beneficiar àqueles que detenham poder seja ele proveniente de qualquer meio. Reinventar a razão jurídica significa libertar o jurista das “verdades” sacramentadas pelo dogmatismo e permiti-lo, em certo sentido, carnavalizar-se.

2.2. Entre Cortázar e Warat: notas sobre o surrealismo jurídico

Warat, em *A Ciência Jurídica e seus dois Maridos*, se mostra assim como Cortázar, contra a dogmática e a favor da liberdade e da poesia no trecho em que afirma: “como Cortázar, essa sangria da vida, produzida pela mentalidade legalóide, provoca-me um tremendo desespero. Detesto tudo o que é feito em nome da máxima seriedade, da fé na ciência e das certezas semânticas do direito. Por isso, o poético”⁴⁴.

Warat, um grande admirador do surrealismo de Cortázar, o qual embasou sua teoria da despinguinização e da sensibilidade, afirma que o surrealismo de Cortázar é um “sensibilismo mágico”⁴⁵, que transforma o cotidiano das pessoas através da poesia que insere nas palavras; expressa suas ideias e seu descontentamento de maneira sutil, sem agredir o leitor, mas que ainda assim consegue alarmá-lo.

43. CUNHA, Paulo Ferreira da. **Avessos do Direito**. Op. cit., p. 197.

44. WARAT, Luis Alberto. **A Ciência Jurídica e Seus Dois Maridos**. 2 ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000, p. 53.

45. WARAT, Luis Alberto. **A Ciência Jurídica e Seus Dois Maridos**. Op. cit., p. 54.

Segundo Warat, o surrealismo de Cortázar está muito próximo à carnavalização de Bakhtin, e é justamente isso que o autor sempre pretendeu para o direito: um surrealismo do cotidiano, carregado do humor onde brilha uma doce ironia, uma impecável condução da surpresa e uma ilimitada capacidade de fabulação: um grande terraço de jogos para inteligências incontaminadas”⁴⁶.

É preciso pensar o direito livre das “verdades” consagradas pelos institutos propagadores da dogmática; é preciso pensar o direito com mais simplicidade e menos solenidade. O surrealismo de Cortázar “reclamava sensibilidade, solidariedade e compaixão”⁴⁷ – reclamava por *alteridade* – a última transgressão waratiana.

3. A ÚLTIMA TRANSGRESSÃO WARATIANA: DA DESPINGUINIZAÇÃO AOS DIREITOS DE ALTERIDADE

o direito deve ser entendido como um sistema de relações entre, no mínimo, dois polos distintos, sendo tal requisito indispensável à sua existência. Ocorre que a partir do momento em que se estabelece a dualidade entre os polos envolvidos, automaticamente uma relação de poder se instaura e, consoante Aguiar, “as interações sempre são expressões de poderes, que se graduam de mais fortes a mais fracos, de mais legítimos a menos legítimos, de mais tensos a mais fluídos”⁴⁸.

E é devido a essa disparidade entre os polos de uma relação jurídica que existe a preocupação com o direito do outro, sobre a qual Aguiar esclarece que

O direito é um fenômeno de relação entre um e outro, daí a necessidade de reafirmarmos que ele é o reino da alteridade. A presença de um outro é condição para a existência jurídica. Mas qual outro? Para a emergência do outro é preciso que se vivencie e entenda essa alteridade constante que se estende por toda

46. WARAT, Luis Alberto. **A Ciência Jurídica e Seus Dois Maridos**. Op. cit., p. 55.

47. *Idem, ibidem*, p. 55.

48. AGUIAR, Roberto A. R. **Alteridade e Rede no Direito**. Belo Horizonte: Veredas do Direito, 2006, p. 14.

existência humana, pois é a partir disso que poderemos falar de valores constitutivos, de condutas boas ou más e de direitos justos ou injustos ⁴⁹.

Consoante ao autor, para que exista uma relação jurídica é necessário que exista o outro polo da ação, e a partir das condutas de um em relação ao outro é que será possível estabelecer noções de boa-fé e má-fé e de justiça e injustiça.

Nesse sentido, Warat explicita a necessidade do indivíduo de buscar o outro. Não é suficiente analisar o mundo em termos de existência; a alteridade busca muito mais: ela busca a coexistência.

Segundo o autor, a visão de mundo a partir da existência desembocou numa dominação através de mecanismos de alienação; já a visão de mundo a partir da coexistência tende a propiciar o caminho da emancipação ⁵⁰.

3.1. A despinguinização como processo de sensibilização

O Direito vive atualmente um momento de profunda crise. Conforme Castanheira Neves, estamos diante de um direito que se tornou em *problema* – e problema radical – pois não se suscita já só a interrogação pela determinação e fundamentação do seu “ser direito”, como a interrogação pelo seu fundamento normativo⁵¹.

Não obstante, Warat já denunciava tudo isso há décadas, enfatizando, sobretudo em suas últimas obras, a falta de sensibilidade em toda a sociedade e, em especial, na comunidade jurídica. É preciso, portanto, resgatar a sensibilidade em relação ao direito do outro e também ao outro enquanto ser.

49. AGUIAR, Roberto A. R. **Alteridade e Rede no Direito**. Op. cit., p. 15.

50. WARAT, Luis Alberto. Conferência de Encerramento. In: MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander et. al. **Construindo Memória**: Seminários Direito e Cinema. Rio de Janeiro: FND, 2009, p. 131

51. CASTANHEIRA NEVES, A. **O Direito Hoje e com que Sentido?** O Problema Atual da Autonomia do Direito. 3ª ed. Lisboa: Piaget, 2012, p. 09.

Para tanto, Warat ensina que é preciso buscar a emancipação, que se trata, na concepção waratiana, da prática da alteridade, a fim de estabelecer vínculos afetivos para com o outro. Nesse sentido, Warat afirma que a emancipação é “o Direito a constituir-me como sujeito dialógico. O Direito a subjetividade nos devires temporais e cartográficos que se pode construir com o outro”⁵².

Assim, a razão a qual sustenta a dogmática tem se revelado o grande pivô da crise em que se encontra o Direito e, nessa esteira, Luis Gustavo Gomes Flores, em sua reflexão contida na Cátedra Luis Alberto Warat, afirma que

A racionalidade moderna que tem sustentado a dogmática jurídica já deu provas suficientes da sua insuficiência. Essa racionalidade coisificou e quantificou a complexidade humana em números processuais, ritos burocráticos e quantificações estatísticas. A capacidade racional do homem sempre foi alimentada como certificação de relevância, enquanto a dimensão mais emotiva foi vista como motivo de fraqueza ou suspeita. O Direito em seus espaços e procedimentos resiste a receber o ser humano em sua ambivalência racional e emocional⁵³.

É preciso, portanto, resgatar a sensibilidade, o emocional do “operador de direito”, bem como de toda a sociedade, não se tratando, portanto, de substituir a razão pela emoção, mas desenvolver formas de equacioná-las a fim de equilibrar as relações sociais, sem radicalismos tampouco ingenuidades.

Em sua conferência de encerramento, nos Seminários Direito & Cinema⁵⁴, Warat serviu-se de uma metáfora para designar o processo

-
52. WARAT, Luis Alberto. **A rua grita Dionísio!** Direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia. Tradução e organização Vivian Alves de Assis, Júlio Cesar Marcellino Júnior; Alexandre Morais da Rosa. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 88.
 53. FLORES, Luis Gustavo Gomes. **O Professor que Prepara a Aula não Sabe Transar:** Contribuições Waratianas para uma Reflexão Sedutora do Direito. In: Cátedra Luis Alberto Warat [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS; Coordenadores: Leonel Severo Rocha, Cecilia Caballero Lois, Marcelino Meleu – Florianópolis: CONPEDI, 2015, pp. 274-295.
 54. WARAT, Luis Alberto. Conferência de Encerramento. In: MAGALHÃES, Juliana Neuschwander *et. al.* **Construindo Memória:** Seminários Direito e Cinema. Rio de Janeiro: FND, 2009.

de perda da sensibilidade dos juristas ao longo da formação jurídica: pinguinização; ou seja, torna-se um pinguim.

Trata-se de uma forma de perda da sensibilidade, da padronização – de práticas e pensamentos – e de uma total ausência de reflexão crítica. O terno, por exemplo, remete diretamente a ideia de pinguim, pelo contraste das cores clássicas, sobretudo (preto e branco).

Para explicar sua teoria da pinguinização, Warat referia-se a um vídeo, até os dias de hoje disponível na rede mundial de computadores, intitulado “Pavão em Terra de Pinguim”. O vídeo, uma animação, mostra como um pavão, ao migrar para a terra dos pinguins, tentou sofrer tentativas de “pinguinização”, isto é, de padronização – sobretudo do pensamento e comportamento.

Porém, o pavão era alegre, espalhafatoso e cheio de ideias novas. E isso incomodou os pinguins. Assim, Warat transmitiu, quase ao final da vida, sua mensagem acerca da perda da sensibilidade pelos juristas, que ao invés de tornarem-se pinguins, deveriam despertar seu lado pavão, como uma forma de conectarem-se com o sensível e o lúdico. Em outras palavras, o despertar do lado pavão pode abrir novas possibilidades para (re)pensarmos o encontro com o outro.

3.2. Alteridade, direito e o encontro com o outro

A priori, tratar-se-á aqui acerca da subjetividade. Ensina Ricardo Timm de Souza que a subjetividade “somente pode reencontrar sentido ao levar a sério a dimensão que sustenta a possibilidade de todo e qualquer agir inter-humano: a multiplicidade do diverso, dos diversos – infinitamente diversos – humanos”⁵⁵.

Portanto, explica Souza que é possível entendê-la como não estar sozinho, não ser único – existe uma infinidade de universos humanos a serem compreendidos e administrados. Nesse sentido, é preciso perceber a figura do “outro” que, como sugere Souza,

55. SOUZA, Ricardo Timm de. **Em Torno à Diferença**: Aventuras da Alteridade na Complexidade da Cultura Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 28.

[...] é por nós compreendido como aquele que chega de *fora*, fora do âmbito do meu poder intelectual, de minha inteligência que vê e avalia o mundo. O Outro rompe com a segurança do meu mundo, ele chega sempre inesperadamente, dá-se em sua presença não prevista, sem que eu possa, sem mais, anular essa presença e seu sentido⁵⁶.

O “outro”, portanto, que já fora chamado inclusive de bárbaro, sempre causou espanto e curiosidade, isso porque cada indivíduo, ao analisar o outro, tende a estabelecer a si próprio como ponto de referência, e desse modo, pré-estabelece – mesmo que inconscientemente – a maneira “correta” de ser e de agir. Aguiar, ao tratar de alteridade, ensina que

[...] a palavra alteridade está presente no discurso do direito, ora para expressar a necessidade de um outro para constituir a bipolaridade mínima da relação jurídica, ora para expressar as relações necessárias para a interferência jurídica, podendo também traduzir a condição de um outro que é distinto, diferente ou contrastante⁵⁷.

Segundo o referido autor, o senso comum estabelecido pela dogmática não trata da relação jurídica entre indivíduos a partir de suas diferenças, mas pelo contrário, se utiliza de uma “norma uniformizadora”⁵⁸, a qual retira a concretude dos sujeitos envolvidos, colocando no lugar uma igualdade abstrata.

Surge, consoante ao exposto, a necessidade de se estudar os direitos de alteridade: é preciso respeitar o outro; respeitar seus direitos mais individuais, mais subjetivos, mais profundos. É preciso compreender que não deve haver ponto de referência ao conhecer o outro, e a esse respeito Souza ensina que “‘encontro’ significa aqui, em primeira linha, *permanecer disposto ao Outro, ou seja, ao ainda-não-conhecido*. O que com isso se quer dizer é não somente uma das coisas mais fáceis de pensar como uma das mais difíceis de realizar”⁵⁹.

56. *Idem, ibidem*, p. 140.

57. AGUIAR, Roberto A. R. **Alteridade e Rede no Direito**. Belo Horizonte: Veredas do Direito, 2006, p. 12.

58. *Idem, ibidem*, p. 12.

59. *Idem, ibidem*, p. 141.

De fato é um trabalho árduo lidar com as diferenças, reconhecer os direitos do outro e, acima de tudo, respeitá-los. Mas é fundamental, para a própria manutenção da vida, em seus inúmeros aspectos. Nessa esteira, expõe Paulo Ferreira da Cunha que

[...] abrir o direito aos sentidos e aos sentimentos não é tarefa fácil. Precisamente porque os juristas, mesmo os mais iconoclastas, se habituaram a certos limites, e mesmo na semiótica dos seus lugares, dos seus modos e vestes reconheceríamos sombras avessas às paixões. As quais podem ser, porém, vício oposto ao racionalismo ⁶⁰.

O operador do direito está tão embebido de dogmatismo ao ponto de acreditar que os limites impostos pelos institutos legais são absolutos e que habitam um cenário de certezas e verdades, as quais, conforme Ricardo Menna Barreto, ganham a possibilidade de

[...] reafirmar-se falsamente a cada edição e reedição de manuais e cursos esquematizados/simplificados, sem falar nas decisões judiciais que referem estas mesmas obras como se fossem a única fonte possível de referência e fundamentação, dada a eficiente blindagem de pensamento proporcionada pelos cegos reprodutores do SCTJ ⁶¹.

Ocorre que a reprodução desse direito engessado compromete dramaticamente os direitos subjetivos do outro, isso porque não há uma análise sincera do caso concreto. A busca pela “verdade real” exercida pelos magistrados pode, pois, ser comprometida pelo senso comum teórico jurídico.

Warat, portanto, propõe um rol (não taxativo) de direitos de alteridade, ou seja, direitos do outro, e afirma que

[...] deveríamos começar a falar de Direitos da Alteridade, que não seriam outra coisa que devires permanentes produtores do novo com o outro. Sementes de um sentido em comum, em comunidade. Sentidos compartilhados postos para o acordo. Imediatamente peguei meu caderninho de anotações, aquele que deixo na mesa de luz e me pus a enumerá-los provisoriamente.

60. CUNHA, Paulo Ferreira da. *Avessos do Direito*. Op. cit., p. 197.

61. MENNA BARRETO, Ricardo. *Ensino Jurídico Hoje: Pistas para uma Superação do “Senso Comum Teórico Jurídico” [SCTJ]*. **Julgar** (Lisboa), v. 11, p. 01-20, 2014, p. 16.

Primero esboço de Direitos da Alteridade: (uma listagem que me surgiu automaticamente e que pode ser alterada com várias combinações)

- a) Direito a não estar só;
- b) Direito ao amor;
- c) Direito à autonomia, encontro com a própria sensibilidade;
- d) Direito à auto-estima;
- e) Direito a não ser manipulado;
- f) Direito a não ser discriminado nem excluído;
- g) Direito a ser escutado;
- h) Direito a não ficar submisso;
- i) Direito a transitar à margem dos lugares comuns, dos estereótipos e dos modelos;
- j) Direito a fugir do sedentarismo como ideologia e retomar a pulsão de errância;
- l) direito a própria velocidade e lentidão.⁶²

É perceptível, na lista de Warat, a sensibilidade que envolve os direitos de alteridade. Não é possível ignorar o componente da alteridade que constitui toda a estrutura do Direito e, conseqüentemente, toda a estrutura social.

Segundo Warat⁶³, a pós-modernidade preocupa-se apenas com o saber. E, portanto, para ele o termo mais adequado é transmodernidade, na qual cada indivíduo descobrir-se-á a si mesmo; é o lugar do novo, mas não enquanto território externo, mas sim o novo como sensibilidade, ou seja, novo interior.

É, portanto, neste cenário transmoderno que temos presentes os elementos de abertura a um novo mundo jurídico, mais aberto, menos tecnicista, que contemple os direitos de alteridade. A ausência de

62. WARAT, Luis Alberto. Conferência de Encerramento. In: MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander et. al. **Construindo Memória: Seminários Direito e Cinema**. Rio de Janeiro: FND, 2009, pp. 134 e 135.

63. WARAT, Luis Alberto. **A Ciência Jurídica e Seus Dois Maridos**. 2 ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000, p. 47.

muitos destes direitos no material normativo disponível (Constituição Federal, Código Civil, etc.) não os fazem menos importantes, mas os colocam como uma relevante construção doutrinária que, possivelmente em breve, pode encontrar guarida no processo de tomada de decisão jurídica. Não obstante, para isso, precisa-se conquistar a referida abertura de pensamento, na qual o outro pode ser um horizonte (do) possível.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

a análise crítica proposta na presente pesquisa teve assento principal na busca pela superação do Senso Comum Teórico dos Juristas [SCTJ] através do resgate da sensibilidade dos operadores do Direito mediante a teoria do jus-filósofo argentino Luis Alberto Warat.

No percurso desta reflexão pôde-se perceber a tentativa de deslocar o eixo compreensivo, que atualmente está voltado para uma dogmática jurídica estéril, meramente reprodutiva, para uma perspectiva transgressora e crítica do Direito, a partir da proposta waratiana dos direitos de alteridade.

Assim, o pensamento waratiano constrói uma crítica da dogmática jurídica a fim de transcendê-la através da inserção da sensibilidade e da afetividade nas relações jurídicas. Em um mundo repleto de individualidades, no qual se tem uma visão egocêntrica da existência, Warat propõe um olhar mais profundo – apresentando como saída emancipatória a coexistência, ou seja, o olhar voltado não só para si, mas também para os direitos subjetivos do outro.

Com efeito, tanto a estrutura social, quanto a estrutura jurídica clamam pelo novo, pela poesia, pela sensibilidade. É perceptível a insuficiência da dogmática jurídica para a resolução das questões sociais; por mais que a norma seja legítima em sua gênese, se ela não atinge seu objetivo social na prática, ela deve ser questionada.

O individualismo, o descaso com os direitos do outro e a descrença no poder judiciário são os reflexos desta insuficiência. É preciso superar o senso comum e todas as “verdades” que são diariamente reproduzidas sem qualquer reflexão sobre sua eficácia no âmbito da

práxis jurídica. É preciso transcender, e isso só será possível através do resgate da sensibilidade, dos direitos subjetivos do outro, ou seja, dos direitos de alteridade.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Roberto A. R. **Alteridade e Rede no Direito**. Belo Horizonte: Veredas do Direito, 2006.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática Jurídica**: Escorço de sua Configuração e Identidade. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- ARNAUD, André Jean. Ser Jurista e Contestador? In: **Crítica do Direito**. São Paulo: Ciências Humanas, 1980.
- CASTANHEIRA NEVES, A. **O Direito Hoje e com que Sentido?** O Problema Atual da Autonomia do Direito. 3ª ed. Lisboa: Piaget, 2012.
- CORTÁZAR, Julio. **Obra Crítica**. Organização Saúl Yurkievich. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. **Avessos do Direito**. Ensaios de Crítica da Razão Jurídica. Curitiba: Juruá, 2012.
- FLORES, Luis Gustavo Gomes. O Professor que Prepara a Aula não Sabe Transar: Contribuições Waratianas para uma Reflexão Sedutora do Direito. In: **Cátedra Luis Alberto Warat** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS; Coordenadores: Leonel Severo Rocha, Cecilia Caballero Lois, Marcelino Meleu –Florianópolis: CONPEDI, 2015, pp. 274-295.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MENNA BARRETO, Ricardo. Ensino Jurídico Hoje: Pistas para uma Superação do “Senso Comum Teórico Jurídico” [SCTJ]. **Julgar** (Lisboa), v. 11, p. 01-20, 2014.
- NINO, Carlos Santiago. **Introducción al Análisis del Derecho**. 2ª edición ampliada y revisada. 12ª reimpressão. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2003.
- ROCHA, Leonel Severo. Crítica Da “Teoria Crítica do Direito”. In: ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. São Leopoldo: Unisinos, 2005.
- SANCHÉZ GAMBOA, Silvio. **Projetos de Pesquisa, Fundamentos Lógicos**: a dialética entre perguntas e respostas. Chapecó: Argos, 2013.
- SOUZA, Ricardo Timm de. **Em Torno à Diferença**: Aventuras da Alteridade na Complexidade da Cultura Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

- STRECK, Lenio Luiz. Dogmática jurídica, senso comum e reforma processual penal: o problema das mixagens teóricas. In: **Pensar**, Fortaleza, v. 16, n. 2, jul./dez. 2011.
- WARAT, Luis Alberto. **A Ciência Jurídica e seus Dois Maridos**. 2 ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000.
- _____. A Contribuição da Filosofia Surrealista para a Compreensão dos Direitos Humanos. In: MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander et al (Org.). **Construindo Memória: Seminários Direito e Cinema**. Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito, 2009.
- _____. **A rua grita Dionísio!** Direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia. Tradução e organização Vívian Alves de Assis, Júlio Cesar Marcellino Júnior; Alexandre Moraes da Rosa. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.
- _____. Conferência de Encerramento. In: MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander et. al. **Construindo Memória: Seminários Direito e Cinema**. Rio de Janeiro: FND, 2009.
- _____. **Introdução Geral ao Direito**. Epistemologia Jurídica da Modernidade. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1995.
- _____. **Introdução Geral ao Direito**. Interpretação da Lei: Temas para uma Reformulação. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1994.
- _____. Saber Crítico e Senso Comum Teórico dos Juristas. In: **Sequência** – Estudos Políticos e Jurídicos, V. 03 n. 05 (1982).

Cultura constitucional: uma breve reflexão sobre sua necessidade para a sociedade brasileira¹

*Tauana Fernandes Fontenelle**

SUMÁRIO: 1 Justificativa; 2 Objetivo; 3 O que é cultura constitucional? 3.1 O sentimento constitucional; 3.2 A vontade de constituição de Konrad Hesse; 3.3 A constituição aberta de Peter Haberle; 5 A contribuição filosófica de Hans Kelsen; Considerações Finais; Referências.

1. JUSTIFICATIVA

A constituição deve ser respeitada por todos como lei fundamental. A sociedade precisa compreender que conhecer a constituição do seu país é tornar efetivo o cumprimento de suas normas. Muitos não atribuem a importância devida à constituição ou não consegue compreendê-la como uma norma suprema e estável que deve ser criteriosamente observada e aplicada.

(*) Mestranda em Direito do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Especialista em Ciências Criminais pela Juspodivm (2013), Direito Público e Privado pela Faculdade da Cidade do Salvador (2014) e Docência no Ensino Superior pelo CESAP (2015). Atualmente atua como advogada cível e Assistente Jurídico na Dívida Ativa do Município do Salvador colocando em prática conhecimento no ramo do Direito Tributário, Administrativo e Constitucional.

1 O presente artigo é resultado dos estudos realizados na matéria Paradigmas Atuais do Conhecimento Jurídico, ministrada pelo Prof. Dr. Ricardo Mauricio Freire Soares no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia no ano de 2018.

Se determinado povo carece ou possui uma frágil cultura constitucional por não se atribuir a importância devida à constituição ou por não compreendê-la como uma norma suprema e estável, a qual se deva ter religiosa observância, resta prejudicado a construção de seu programa democrático.

A sociedade brasileira vive momentos de insegurança, e neste caso Ala Lúcia Sabadell (2013, p 29) afirmou que “o uso da razão humana é o único meio adequado para descobrir os fundamentos da ordem jurídica natural. Quando esses autores falam em uso da razão humana referem-se à capacidade de raciocinar, de ponderar e refletir do homem.” Justamente isso precisa fazer o cidadão para que consigamos alcançar o objeto desse estudo.

Os fortes motivos que levam as justificativas desta pesquisa parte dos indicativos das leis que não são criteriosamente analisadas, tribunais que não fazem verificações necessárias do processo para proferir uma decisão justa, pessoas que não se interessam pela organização política de seu país, cidadãos que não conhecem da sua constituição para exigir a efetividade de direitos.

Pelos motivos supracitados, a justificativa deste artigo segue no sentido de destacar a relevância da cultura constitucional para a sociedade brasileira, incentivando a academia num estudo mais aprofundado sobre o tema, bem como, impulsioná-los na prática de transmitir o conhecimento a cerca das normas constitucionais, não só para aqueles envolvidos com a ciência do direito, mas para todo o povo.

Realizar a Constituição é elevadíssimo propósito cometido não apenas aos técnicos do Direito, mas também a todos os indivíduos que, ciosos de sua cidadania, tem por certo que ela não se encerra em processo já findo; antes comanda esforço diário para a consecução da inexcedível meta do entre político: a dignificação do ser humano. (NETO, 1999, p.02)

Deste modo, somente quando o povo brasileiro aprender a colocar em prática o texto constitucional, ou melhor, quando esta nação impuser máxima força normativa ao Texto Maior ficará bem definido o papel do homem na concretização de um documento cuja força normativa depende exclusivamente do seu criador.

2. OBJETIVO

A necessidade de cultura constitucional está direcionada a sociologia jurídica e a filosofia do direito, inclusive, segundo Ana Lúcia Sabadell (2013, p.48) afirma que “os sociólogos do direito consideram que o direito possui uma única fonte, a vontade do grupo social.

Identifica-se com a sociologia jurídica porque

[...] os juristas que estudam as dimensões sociológicas das normas jurídicas, fazem uma sociologia jurídica, permanecendo dentro do sistema jurídico, procurando contribuir para sua melhoria (SABADELL, 2013, p.53):

A ciência do direito é entendida como um mero departamento da sociologia, ciência enciclopédica dos fatos sociais, que se incumbiria de estudar o direito no plano do ser (mundo real), e não mais na dimensão do dever-ser normativo (mundo ideal), valorizando, assim, as conexões diretas das normas jurídicas com os fatores econômicos, políticos e ideológicos que constituem a realidade social. (SOARES, 2016, p. 162)

A identificação com a filosofia ocorre já que é através das teorias filosóficas de interpretação que conseguiremos alcançar o objetivo geral deste estudo: refletir sobre uma cultura constitucional necessária para a sociedade brasileira.

A investigação dos fundamentos filosóficos da hermenêutica se justifica, especialmente, no campo jurídico. Isso porque o horizonte tradicional da hermenêutica técnica revela-se insuficiente para o desiderato da interpretação do direito. Enquanto instrumental para a exegese de textos, o saber hermenêutico é reduzido, nessa perspectiva, a um caleidoscópio intricado de ferramentas teóricas, com vistas à descoberta de uma verdade preexistente. (SOARES, 2017, p. 309)

A constituição é um conjunto de leis que regem um país, um governo, um estado. É um conjunto de prescrições em que se discrimina os órgãos do poder, definindo a competência desses, estabelecendo a forma de governo, proclamando os direitos individuais e sociais, e assegurando esses direitos num sistema definido, determinado, com clareza e precisão.

Essa concepção já constituição já nos remete à importância que deve ser dada a esse documento. Denominada como Carta Magna, Lei suprema, Lei das leis, Carta Mãe, a Constituição de 1988 se caracteriza por ser amplamente democrática e liberal, justamente por garantir direitos aos cidadãos.

Vale esclarecer que esse é um estudo destinado a qualquer pessoa, para todo cidadão que compreende a sua função na sociedade brasileira.

[...] enquanto houver uma sociedade com ordenamento jurídico, persistirá também a necessidade de refletir sobre a justiça, sobre a estrutura e a função das normas jurídicas, sobre os comportamentos que devem ser incentivados ou reprimidos e, enfim, sobre o tipo e o nível de ordem que deve reger aquela sociedade. (FERRALLI, 2006, XII/XIII)

Nestes fundamentos, seguem como objetivos específicos:

- I) explicar o significado de cultura constitucional;
- II) identificar pensamentos importantes da teoria da interpretação constitucional que justificam a importância da constituição;
- III) apresentar a contribuição da teoria filosófica de Hans Kelsen; e
- IV) expor os motivos da necessidade da cultura constitucional para a sociedade brasileira.

3. O QUE É CULTURA CONSTITUCIONAL?

A definição de cultura constitucional ainda não está bem difundida pelos estudiosos do direito. Entretanto, é relevante para esse estudo o conceito apresentado por Manoel Jorge e Silva Neto (2016, p.19) que, numa concepção de constitucionalismo brasileiro tardio, define cultura constitucional como “os comportamentos e condutas, públicas ou privadas tendentes a:

- I) preservar a “vontade de constituição”;
- II) efetivar, no plano máximo possível, os princípios e normas constitucionais e

III) disseminar o conhecimento a respeito do texto constitucional”.

A concepção de constitucionalismo brasileiro tardio que relaciona Manoel Jorge com cultura constitucional é compreendida como:

[...] fenômeno decorrente de causas histórico, políticas e jurídicas, entre outras, da ausência de cultura constitucional nos Estados pós-modernos que são organizadas formalmente por meio de uma constituição, o que conduz à ineficácia social dos textos constitucionais. (NETO, 2016, p. 19)

A definição apontada por Manoel Jorge (2016) é extremamente rigorosa no sentido de afirmar que não pode haver cultura constitucional sem constitucionalismo, e a falta desse segundo aspecto impede que o texto constitucional possa ser efetivado. Deste modo, conclui-se que a constitucionalização do direito é requisito essencial para que consigamos colocar em prática a cultura aqui defendida. Barroso (2007, p. 217-218) afirma que a constitucionalização do direito condiciona a validade e o sentido de todas as normas, já que deve considerar o conteúdo material e axiológico, ou seja, todos os valores, fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras.

A constitucionalização do direito ainda está em processo.

No nosso País muito ainda a caminhar até que se possa efetivamente concluir, com acerto, que o direito se constitucionalizou. (NETO, 2016, p. 20).

O círculo vicioso e dialético da ausência de cultura constitucional, que se materializa na fleumática jurisprudência dos Tribunais, no fisiológico comportamento dos governantes e, sobretudo, na inexistente participação dos indivíduos no processo de densificação dos valores constitucionais – tornando utópico construir a sociedade aberta dos interpretes da constituição, isso tudo impede objetivamente o reconhecimento da constitucionalização do direito no Brasil [...] (NETO, 2016, p.22/23)

Vejamos que são gravosos os motivos para que se comece o processo de cultura constitucional. Esta ausência de cultura está ausente numa sociedade como todo, incluindo aqueles que deveriam se preocupar ainda mais com a efetividade da constituição: os tribunais.

O poder judiciário é a última alternativa do cidadão para garantir que um direito seja efetivamente cumprido, um tribunal ausente de cultura constitucional não soaria muito bem para o ordenamento jurídico brasileiro, principalmente porque se trata de função específica de um poder reconhecido constitucionalmente para a defesa da própria carta constitucional.

Numa análise no plano da sociologia jurídica, especificamente da sociologia constitucional, a cultura constitucional pode ser compreendida pelo nível de conhecimento que o povo tem da sua constituição, sobre os direitos e garantias fundamentais, sobre a estrutura do estado e a organização de poderes, seus deveres e tantas outras normas descritas por esta lei fundamental. O direito precisa acompanhar a sociedade com as novas necessidades:

O sistema jurídico é, de fato, um produto cultural e, como todo produto cultural, é o resultado da atividade humana que sobrevive aos seus criadores: cada ato normativo produz um efeito sobre o sistema jurídico, “constituindo”, ou seja, modificando seu conteúdo. (FARALLI, 2006, p. 66)

Como a definição de Carla Faralli, Ricardo Mauricio Freire Soares (2.17, p.15) também compreende que o direito

[...] designará um tipo singular de experiência normativa no âmbito da sociedade humana, que se correlaciona com os fatos e valores partilhados por uma dada comunidade histórico-cultural.

Parece então que restou evidente que a trajetória do direito precisa seguir as transições da sociedade. Para tanto, como o direito pode servir de amparo para a sociedade, se o fio que os une é justamente o conhecimento?

Para facilitar o questionamento, prestemos atenção no art. 226, §3 da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

A aplicação deste dispositivo constitucional sofreu alterações extremamente necessárias para a sociedade, mas tão somente porque se registrou de que esta estava insatisfeita com a aplicabilidade desta norma constitucional, ou seja, ela não mais atende as necessidades, aliás, ela viola direitos fundamentais. Neste raciocínio, diante de confrontos normativos, é preciso tornar efetivos outros comandos que resguardam o cidadão na efetividade de seus direitos, como a dignidade da pessoa humana, fundamento maior do Estado Democrático de Direito.

O princípio da dignidade da pessoa humana permite, assim, reconstruir o modo de compreensão e aplicação dos direitos fundamentais no sistema jurídico brasileiro, potencializando a realização da justiça ao oportunizar: a aceitação da aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais, o reconhecimento da fundamentalidade dos direitos sociais de cunho prestacional; a inadequação dos conceitos de “reserva do possível” no constitucionalismo brasileiro, a aceitação da ideia de vedação ao retrocesso no campo dos direitos fundamentais, e a recusa a hipertrofia da função simbólica dos direitos fundamentais. (SOARES, 2016, p. 266)

Diante da manifestação do meio social e através da valoração que consiste em verificar qual das normas apresenta mais relevância, maior importância para a ordem social, admitiu-se no ordenamento jurídico brasileiro a união homoafetiva, ampliando a eficácia dos princípios fundamentais do Estado brasileiro.

Deste modo, ao passo que o cidadão conhece as normas constitucionais ele se preocupa em disseminar essa informação. Nesse ponto, a educação é tida como um instrumento de ensino que orienta o agir ético do indivíduo em seu crescimento pessoal. A civilização brasileira não expressa, por meio de sua história, cultura democrática e, seguramente por isso, não possui cultura constitucional. Posto isso, o que se deve buscar é a consolidação de uma cultura constitucional neste país, onde se entenda a Constituição como realidade que se põe a serviço do ser humano, como aconteceu com o art. 226, § 3º.

A inexistência de cultura constitucional reflete nos domínios da economia, política, social e jurídica. Considerando que a preocupação

central desta pesquisa é “disseminar o conhecimento a respeito do texto constitucional” (NETO, 2016, p. 19), a proposta que se apresenta é exatamente apoiar-se no domínio do social, tendo em vista que, “o direito é, em geral, configurado por interesses e necessidades sociais, ou seja, é produto de um contexto sociocultural. Isto não impede que o mesmo possa influir sobre a situação social, assumindo um papel dinâmico.” (SABADELL, 2013, p. 88)

É preciso que o cidadão alimente o sentimento constitucional, conhecer a lei suprema do seu país faz parte do exercício da atividade da cidadania. É importante o amadurecimento do sentir jurídico como forma de assegurar a participação de todos os cidadãos no discurso político, com vistas a legitimar a efetivação dos direitos fundamentais:

Na medida em que o direito oficial é pouco aplicado, só se pode presumir a existência de um vasto setor jurídico informal, pois nenhuma sociedade pode viver sem o direito. (ROULAND, 2003, p. 255)

O sentimento constitucional é critério basilar para a garantia de uma cultura constitucional capaz de efetivar o exercício da cidadania. A constituição aberta de Peter Haberle e a vontade de constituição de Konrad Hesse reunirão argumentos necessários para a compreensão de uma cultura constitucional necessária para a sociedade brasileira.

3.1. O sentimento constitucional

É necessário que a sociedade amadureça a ideia de importância que se deve dar as normas constitucionais. É preciso assegurar a participação de todos os cidadãos no discurso político, legitimando-os na efetivação dos direitos fundamentais e concretizando o exercício da cidadania. Para tanto é absolutamente preciso ter sentimento constitucional.

A expressão sentimento constitucional (*Verlassungsgelühl*), diz Loewenstein (1970, p. 200), designa comportamento psicológico e sociológico do existencialismo político. É a consciência da comunidade que integra os sujeitos possuidores e os destinatários do poder na Constituição.

O Estado constitucional moderno corresponde a mais que o Estado de Direito, visto que o elemento democrático serve não só para limitar o Estado, mas também para legitimar o exercício do poder político. Logo, é o princípio da soberania popular, segundo o que todo o poder vem do povo, o qual, concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados, permite harmonizar os pilares do Estado de Direito e do Estado democrático, potencializando a compreensão da fórmula moderna do Estado de Direito democrático. (SOARES, 2016, p. 186)

O desconhecimento, a ignorância, o desprezo e o desrespeito sistemático à Constituição negam o sentimento constitucional e fazem da Constituição uma “folha de papel”, que se agita na direção do vento, conforme apresenta a teoria de Ferdinand Lassalle (2002, p. 68). Essa conduta negativa opera a substituição da estabilidade pela fragilidade da Constituição.

Destaca Luis Roberto Barroso (1993, p. 41) que a efetividade da Constituição depende da “cristalização de um sentimento constitucional, resultado último do entranhamento da Lei Maior na vivência diária dos cidadãos”. Em contrapartida, sustenta Nelson Camatta Moreira (2010) a necessidade da existência de um conteúdo ético mínimo presente no texto Constitucional, com vistas a pautar a caracterização do referido sentimento nos cidadãos.

O conceito de constituição é representado por Pablo Lucas Verdú (2004, p. 74) como completo quando ultrapassa os limites da teoria:

Assim, pois, o conceito de Constituição é completo quando, à sua intelecção teórica, une-se sua compreensão emocional através do sentimento que adere ao conceito. O ensino do Direito Constitucional não se esgota na explicação de suas evidentes e necessárias conexões lógicas e técnicas. Requer, além disso, que se insista na necessidade de que a sociedade adira à Constituição, sentindo-a como coisa própria.

Como consequência dessa Constituição, surge o sentimento constitucional:

Por conseguinte, o sentimento jurídico brota de uma comoção da alma que normalmente contém momentos de prazer e de

desgosto. No primeiro caso, após racionalizar-se, tende a aderir ou a harmonizar-se com o ordenamento vigente e, portanto, a respeitá-lo; no segundo, incentiva o distanciamento em relação a este último em virtude do desgosto por ele proporcionado, seja pela injúria que lança sobre o afetado ou sobre os seus próximos (efeito de simpatia), seja porque se considera – e aqui reaparece o elemento intelectual – que ele é injusto se comparado ao ordenamento jurídico ideal imaginado ou querido (IBI-DEM, p. 56).

Nessa perspectiva, a caracterização do sentimento constitucional apresenta um conteúdo ético, de reconhecimento dos valores fundamentais do indivíduo frente à arbitrariedade e à injustiça. Ignorar o envolvimento crítico dos sujeitos destinatários das normas consiste em uma visão reducionista do procedimento de conformação do ordenamento jurídico. Neste sentido, destaca Pablo Lucas Verdú que:

[...] o sentimento jurídico supõe a implicação com o ordenamento jurídico e com a idéia da justiça que o inspira e ilumina. Sentir juridicamente é implicar com o Direito vigente, com o todo ou com parte dele, dando-lhe apoio. Às vezes, a não-implicação indica que se prefere um Direito distinto, o Direito anterior ou outro melhor e/ou mais justo. Desse modo, o *sentimento jurídico aparece como afeto mais ou menos intenso pelo justo e equitativo na convivência*. Quando tal afeto versa sobre a ordem fundamental daquela convivência, temos o sentimento constitucional (VERDÚ, 2004, p. 53).

No entanto, em grande parte o que se observa no Brasil é a face negativa do sentimento constitucional, a qual pressupõe o repúdio ao ordenamento, por não apresentarem os indivíduos inclinação suficiente para atuar em conformidade com o Direito, ante a falta da intrínseca relação das normas com o ideal de justiça.

A necessidade de cultura constitucional surge a partir do momento em que o sentimento constitucional, que envolve a valorização sentimental da Constituição, é incompatível com a indiferença popular em relação à Constituição. Isso significa que as pessoas não estão interessadas em conhecer a Carta Maior que lhe promove tantos direitos, e, principalmente a dignidade tão questionada e esperada.

3.2. A “vontade de constituição” de Konrad Hesse

O princípio da máxima efetividade está fortemente ligado ao conceito de cultura constitucional. É através dele que conseguiremos o máximo de concretude no que corresponde a eficácia da norma constitucional, preservando a “vontade de constituição”.

Não podemos excluir o fato de que, a frustração do indivíduo ou ainda do próprio técnico do Direito em não conseguir concretizar a norma constitucional provoca o desestímulo da luta pelo Direito.

A cultura constitucional defendida por Manoel Jorge e Silva Neto (2016), aponta como definição comportamentos necessários para o seu alcance, quais sejam: preservar a “vontade de constituição”; efetivar os princípios e normas constitucionais e disseminar o conhecimento a respeito do texto constitucional. É lógico que um comportamento é consequência do outro, de modo que, a preservação da vontade da constituição proporcionará a efetivação dos princípios e normas constitucionais lançando-nos em direção ao conhecimento a respeito do texto constitucional. Vejamos que o rompimento de um desses comportamentos causaria o enfraquecimento da cultura constitucional.

Nessa perspectiva, a preservação da “vontade de constituição” faz parte da defesa da teoria da força normativa da constituição de Konrad Hesse (1991), cuja intenção é demonstrar essa força como algo eficaz e capaz de ser aplicável, justamente por meio da técnica hermenêutica concretizadora.

A interpretação para Hesse parte da concretização da norma constitucional para a solução do problema concreto. A atividade hermenêutica é provocada a partir de um problema concreto, mas, para solucioná-lo, o intérprete deve observar as possibilidades que o texto constitucional comporta.

A “vontade de constituição” implantada por Hesse importa afirmar que existe um documento político e jurídico que deve possuir força normativa que se constitui em um pacto feito pelo povo para o povo, que elegeu valores supremos a serem guardados e protegidos acima de

tudo, não só pelo Estado, mas também pela sociedade, que necessariamente precisa conhecer dessas normas para torná-las efetivas.

É considerando a teoria de Hesse que o intérprete deve atribuir à norma o sentido que lhe traga maior efetividade do ponto de vista social e, conseqüentemente, maior eficácia.

Efetividade significa a realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Simboliza a efetividade, portanto, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social. O intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não auto-aplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador. (BARROSO, BARCELLOS, 2004, p. 6)

É importante que a Constituição seja interpretada sistematicamente, em uma estrutura lógica completa; que os valores estabelecidos nas normas estejam em consonância com a história e os anseios da sociedade; que haja o necessário empenho de governantes e população no respeito aos dispositivos da Constituição, fazendo valer os preceitos, princípios e valores lá previstos, evitando-se, se possível, a frustração e crise constitucional. De fato, os desempenhos de todas essas atividades serão obedecidos com a cultura constitucional que precisa começar a praticar o cidadão brasileiro.

O princípio da máxima efetividade em cumplicidade com a existência de uma cultura constitucional determina que a norma, ao ser interpretada, deve buscar a mais ampla efetividade social possível, resguardando a dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, a ineficácia social dos textos constitucionais acaba por prejudicar a efetividade da Constituição, que, segundo Luis Roberto Barroso (1993, p. 41) depende da “cristalização de um sentimento constitucional, resultado último do entranhamento da Lei Maior na vivência diária dos cidadãos”. Para tanto, entendemos que a interpretação realizada diante da máxima efetividade nos provoca o sentimento constitucional apresentado por Barroso.

3.3. A Constituição Aberta de Peter Haberle

Atribuir a teoria de Peter Haberle ao estudo da cultura constitucional pode soar estranho para alguns, já que, acabamos de defender a necessidade de preservação da “vontade de constituição” defendida por Konrad Hesse. Entretanto, vale salientar que Marcelo Novelino (2014, cap.8.4), entende que o eminente jurista alemão não tratou propriamente de um método hermenêutico, mas de uma teoria acerca dos sujeitos legitimados para interpretar a Constituição. É justamente isso que defendemos aqui.

A necessidade de cultura constitucional implantada neste estudo possui fundamentos na teoria de Peter Haberle (1997) na obra intitulada “Hermenêutica constitucional: Sociedade aberta de intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição”, pois foi a partir desta obra, em 1975, que houve uma mudança de enfoque da legitimidade do intérprete constitucional.

É impressionante como uma obra escrita no ano de 1975 é perfeita para a explicação da necessidade de cultura constitucional, considerando todos os fatores históricos, sociais e políticos que enfrenta hoje a República Federativa do Brasil, bem como, as diversas discussões jurídicas que provocam crises na jurisdição constitucional.

A nova interpretação constitucional, defendida aqui, segundo Peter Häberle não pode ficar adstrita a uma interpretação que priorize somente procedimentos formalizados pelos operadores oficiais das normas, quais sejam os juízes e legisladores, mas que considere todos os potenciais atores sociais, para tanto é necessário desenvolver a cultura constitucional. Essa interpretação, inclusive, possui amparo exclusivo, a nosso ver, no princípio da máxima efetividade.

Haberle, através de sua teoria, insere a efetivação democrática nas questões interpretativas das normas jurídicas, especialmente aquelas de cunho eminentemente constitucional:

[...] no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível

estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. (HABERLE, 1997, p. 13)

O ponto chave da teoria da interpretação de Peter Haberle é o problema do modelo de sociedade fechada de interpretação constitucional, concentrada no âmbito dos juízes e nos procedimentos formalizados, o que afasta os agentes conformadores da realidade constitucional.

Uma Constituição que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública, dispondo sobre organização da própria sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos. Ela deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos (...). Limitar a hermenêutica constitucional aos intérpretes 'corporativos' ou autorizados jurídica ou funcionalmente pelo Estado significaria um empobrecimento ou um autoengodo. (HABERLE, 2002, p. 33/34)

O autor compreende que a questão central da hermenêutica constitucional reside em alargar o círculo de participantes do processo interpretativo, buscando um resultado mais adequado à realidade daqueles que vivem sob o seu manto jurídico. Considerando que as normas constitucionais se dirigem não somente ao Estado, mas a toda a sociedade, é inevitável admitir que esta possa interpretar a Constituição para aplicá-la.

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo, diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição. (HABERLE, 1997, p. 15)

Resta claro nas palavras de Haberle que a interpretação constitucional deve ser democratizada, tendo em vista que sociedade democrática realmente cria novas necessidades e dessas novas necessidades não escapa o Direito e suas peculiaridades hermenêuticas. Nesse mesmo raciocínio, Bonavides (2003, p. 509) afirma que Haberle propôs a democratização do processo interpretativo, o qual

deixaria de cingir-se a um grupo exclusivo de juristas passando ao domínio de todos os cidadãos.

Paulo Bonavides (2013, p. 516) afirmou “que o sucesso desse método em determinada sociedade depende de instituições sólidas, uma cultura desenvolvida politicamente e uma democracia madura.” Para alcançarmos esse patamar defendido pelo jurista é necessário que se desenvolva a cultura constitucional, pois equilibrar a sociedade e o Direito, dentro de um processo hermenêutico da Constituição é um dos desafios da ciência jurídica dos tempos atuais.

4. A CONTRIBUIÇÃO FILOSÓFICA DE HANS KELSEN

Existem muitas ideias implantadas por Hans Kelsen. O que queremos aqui é apresentar a contribuição da teoria filosófica do jurisfilósofo para o estudo da necessidade da cultura constitucional para a sociedade brasileira.

Inicialmente, lembramos que o jurista e filósofo austríaco Hans Kelsen foi considerado um dos maiores pensadores do século XX, professor na Universidade de Viena, imigrante nos EUA e posteriormente professor na Universidade da Califórnia- Berkeley. Escreveu mais de 400 obras, não somente no campo jurídico, mas também na política, sociologia e religião, e especialmente sobre a democracia, tema que faz parte do nosso objeto de estudo: cultura constitucional.

Considerado o máximo representante da jusfilosofia positivista, o direito, segundo Kelsen é uma ordem normativa da conduta humana, um sistema de normas que regulam o comportamento humano. Muitos criticam o posicionamento de Kelsen sobre a neutralidade axiológica acerca da necessidade de um estudo de uma ciência pura, entretanto chamamos atenção para o posicionamento de Ana Lúcia Sabadell (2013, p.36)

Apesar da sua concepção puramente jurídica do direito, Kelsen não nega que existam classes e conflitos sociais, que incidem sobre a criação e a aplicação do direito. Porém, o autor entende que esses temas *não são objeto da ciência jurídica*, mas sim de outras disciplinas como a sociologia, a ciência política, a

filosofia, a teologia. Nesta perspectiva, as causas de criação de uma norma e o problema do respeito a ela na prática são fatos empíricos (origem e resultado da norma jurídica), que não interessam ao jurista, pesquisador da natureza da norma jurídica. Não compete ao jurista o estudo do comportamento humano ou das relações entre direito e sociedade.

Ricardo Mauricio Freire Soares se posiciona no mesmo sentido:

A teoria pura do direito, no entanto, não exclui totalmente os Valores como integrantes da experiência jurídica e reconhece sua presença na prática profissional dos juristas. Pode-se constatar isso quando Kelsen critica os métodos habitualmente empregados na interpretação jurídica. Para ele, o direito a aplicar é uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades axiológicas de aplicação jurídica.

Kelsen estatuiu que a Constituição é a norma suprema, da qual todas as demais decorrem. Concebeu o ordenamento jurídico como um sistema do tipo dinâmico, em que, diferentemente dos sistemas do tipo estático, o fundamento de validade de uma norma não é referido ao seu conteúdo, mas à sua forma de criação.

Nesse sentido, o jurisfilósofo criou a pirâmide jurídica, usada para explicar o sistema constitucional e é essa pirâmide o objeto desse estudo, tendo em vista de que a nossa pretensão é fazer compreender que a Constituição Federal é o parâmetro de análise de qualquer espécie normativa.

Muito já se sabe sobre a teoria implantada por Hans Kelsen, entretanto, a observação que se quer implantar é que a pirâmide normativa precisa de mais aplicabilidade. Não só o jurista, mas também os cidadãos brasileiros devem compreender que é preciso colocar a Constituição no topo dessa pirâmide. Essa é uma regra geral que precisa ser efetivada.

A conclusão de que o ordenamento jurídico é um sistema de normas e estas encontram-se em ordem hierárquica, seguindo normas da Constituição do país, que se encontra no topo da pirâmide é uma idéia implantada por Kelsen com grande valor para a teoria do ordenamento jurídico.

Deste modo, compreende-se que acima da Constituição há a norma fundamental que está presente em todos os sistemas jurídicos do mundo:

Uma “ordem” é um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. E o fundamento de validade de uma ordem normativa é – como veremos – uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem. Uma norma singular é uma norma jurídica enquanto pertence a uma determinada ordem jurídica, e pertence a uma determinada ordem jurídica quando a sua validade se funda na norma fundamental dessa ordem. (KELSEN, 2009, p. 33).

Toda ciência tem seus limites metodológicos e o limite da ciência do Direito é dado pela norma fundamental. A passagem a seguir elucidada com clareza a posição ocupada pela norma fundamental na Teoria Pura do Direito:

Assim como Kant pergunta: como é possível uma interpretação, alheia a toda metafísica, dos fatos dados aos nossos sentidos nas leis naturais formuladas pela ciência da natureza, a Teoria Pura do Direito pergunta: como é possível uma interpretação, não reconduzível a autoridades metajurídicas, como Deus ou a natureza, do sentido subjetivo de certos fatos como um sistema de normas jurídicas objetivamente válidas descritíveis em proposições jurídicas? A resposta epistemológica (teorético-gnoseológica) da Teoria Pura do Direito é: sob a condição de pres-supormos a norma fundamental: devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve, quer dizer, de harmonia com o sentido subjetivo do ato de vontade constituinte, de harmonia com as prescrições do autor da Constituição. A função desta norma fundamental é: fundamentar a validade objetiva de uma ordem jurídica positiva, isto é das normas, postas através de atos de vontade humanos, de uma ordem coerciva globalmente eficaz, quer dizer: interpretar o sentido subjetivo desses atos como seu sentido objetivo. (KELSEN, 2009, p. 225-226).

Seguindo um raciocínio mais prático e exemplificativo, temos que o ordenamento jurídico assume para Kelsen, conforme já apresentado, a representação de uma pirâmide, em cujo topo encontra-se a Constituição, abaixo as leis gerais e mais abaixo os regulamentos, negócios jurídicos e sentenças. Ou seja, o sistema jurídico representa

um todo formado por normas superiores e inferiores, sendo as primeiras produtoras das segundas e as segundas executivas das primeiras, ou, como afirma Bobbio: “devido à presença, num ordenamento jurídico, de normas superiores e inferiores, ele tem uma estrutura hierárquica” (1995, p. 49). Essa hierarquia precisa ser respeitada.

Nesse mesmo sentido, explica Ricardo Mauricio Freire Soares (2016, p.165):

[...] o ordenamento jurídico é vislumbrado como um sistema de normas, disposto hierarquicamente como uma pirâmide. As relações entre as normas se processam com liames de fundamentação e derivação. A realidade de uma norma inferior depende de uma norma superior, que estabelece os critérios formais e materiais para sua criação/produção.

A Constituição será o fundamento de validade de um sistema jurídico, e neste caso legitima as normas deste sistema, ou a sua vigência, pois dita que algo deve ou não deve ser, por sua vez encontra o seu fundamento de validade na norma hipotética fundamental pressuposta.

[...] A validade normativa é verificada mediante a correspondência vertical de uma norma jurídica inferior com uma norma jurídica superior, seja porque o conteúdo é compatível (validade material), seja porque foi produzida por um órgão competente, dentro do procedimento previamente estabelecido pela normatividade jurídica posterior (validade formal). (SOARES, 2016, p.22)

No que corresponde a validade jurídica, Simone Goyard-Fabre (2007, p. 116) determina que “[...] a condição primeira e fundamental da validade jurídica de um texto ou de um ato de direito está no dispositivo da Constituição do Estado.”

Resta claro, que a existência de uma Constituição é fundamental para que um sistema jurídico tenha unidade, e logo se uma Constituição é válida é porque as suas normas são eficazes, e não precisa de qualquer elemento externo a norma para comprovar a sua validade. Uma lei ou um enunciado de direito só são válidos se são congruentes com o dispositivo da Constituição, que ganha assim valor fundamental.

Por isso Kelsen não pode aceitar a existência de uma lei válida e contrária à Constituição (anticonstitucional), pois se uma lei somente pode ser válida com fundamento na Constituição, a lei em questão é válida porque está de acordo com a Constituição, estas leis devem valer na medida e pelo tempo em que não forem anuladas pela forma constitucionalmente prevista.

A superlegalidade constitucional significa que, no Estado, a Constituição é a chave da lei e da regularidade das decisões de direito. Entenda-se por isso que ela se impõe de modo coercitivo como fonte da legalidade e que, por essa razão, torna inteligível, desde seus princípios primeiros, todo o sistema jurídico do Estado. Em outras palavras, ela permite pensar o sistema do direito segundo as categorias da razão. A doutrina constitucionalista corresponde, com efeito, a uma preocupação de racionalização da ordem jurídica. (GOYARD- FABRE, 2007, p. 122)

Assim, as leis “inconstitucionais” são leis conforme à constituição que, todavia, são anuláveis por um processo especial” (KELSEN, 1984, p. 367 e 371), enquanto assim não o forem declaradas são válidas. Temos aqui o enfoque da norma Constituição como critério de interpretação, pressuposto de da praticidade da cultura constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

a preocupação de transmitir a importância que deve ter a sociedade de conhecer a Constituição Federal, compreendendo-a como norma suprema, diante do exercício da democracia, foi de grande relevância na construção de um texto não tão denso, mas dotado de especificidade e objetividade.

Compreender que a cultura constitucional é necessária para a sociedade brasileira não é tarefa fácil, principalmente quando falamos de um povo carente em educação, tão dependente do Estado e hipossuficiente de seus direitos. O cidadão precisa exigir o cumprimento das normas constitucionais e participar da interpretação constitucional é um dos caminhos para alcançar o Estado democrático de Direito.

A proposta deste artigo foi provocar uma reflexão no leitor sobre a necessidade de cultura constitucional. Fazendo-o entender que, na

realidade em que vivemos de inseguranças, este é o melhor método para a melhoria na condição de vida das pessoas. Portanto, é preservando a “vontade de constituição”; efetivando os princípios e normas constitucionais e disseminando o conhecimento a respeito do texto constitucional que se garante a efetivação do fundamento da República Federativa do Brasil: a dignidade da pessoa humana.

Restou claro que cultura constitucional é definida como ações praticadas pelo ente público ou por qualquer cidadão, tendente a preservar a “vontade da constituição”; efetivar, conforme o princípio da máxima efetividade, os princípios e normas constitucionais e disseminar o conhecimento a respeito do texto constitucional.

Foi possível identificar que para a sociedade amadurecer a ideia de importância que se deve dar as normas constitucionais, ela precisa sentir a constituição, e, esse sentir é, conforme Pablo Lucas Verdú, implicar com o Direito vigente, com o todo ou com parte dele, dando-lhe apoio. Às vezes, a não-implicação indica que se prefere um Direito distinto, o Direito anterior ou outro melhor e/ou mais justo.

A teoria de Konrad Hesse nos explicou que a sociedade e especialmente os responsáveis por sua liderança devem ter sempre em mente uma “vontade de constituição”, que significa uma responsabilidade que permita dar força aos princípios constitucionais, não permitindo que ventos momentâneos tirem a nau da sociedade de seu rumo correto.

Mais ainda, o raciocínio de Konrad Hesse se coaduna com a cultura constitucional que aqui defendemos quando ele afirma que a constituição elaborada com responsabilidade, e assimilada pelo seu povo, ganha uma força normativa tal que não sucumbirá frente as vontades dos “oportunistas” de plantão.

A Constituição Jurídica passa a orientar a sociedade, a ser um porto seguro em defesa de princípios singulares que protegem o povo. Entendemos que a interpretação realizada diante do princípio da máxima efetividade nos provoca o sentimento constitucional, logo, o incentivo da prática a cultura constitucional.

Seguindo este raciocínio, percebemos que os sujeitos que interpretam não podem apenas ser aqueles estabelecidos pelo Estado, mas

aqueles também determinados pela carta constitucional. A importância da constituição aberta de Peter Haberle surge quando precisamos outorgar legitimidade para a consumação do procedimento interpretativo da norma constitucional para todos aqueles que participam da vida política do Estado, inclusive a própria sociedade.

O valor da Constituição Federal precisou ser apresentado pela Teoria Pura de Hans Kelsen. A contribuição deste jurisfilósofo foi no sentido de tratar da pirâmide jurídica, usada para explicar o sistema constitucional. O ordenamento jurídico é um sistema de normas e estas se encontram em ordem hierárquica, seguindo normas da Constituição do país, que se encontra no topo da pirâmide.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. São Paulo: Renovar, 1993.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. 184 p.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- Loewenstein, Karl. **Teoria de la Constitucion**, Ediciones Ariel, Barcelona, 1970.
- LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição**; trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002, p. 68.
- MOREIRA, Nelson Camatta. **Fundamentos de uma teoria da constituição dirigente**. Santa Catarina: Conceito, 2010.
- NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2014.
- SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de sociologia jurídica**: introdução a uma leitura externa do direito. – São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2013.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. **O constitucionalismo brasileiro tardio**. Brasília: ESMPU, 2016.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo, Editora Saraiva, 8ª Edição, 2013.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. **O princípio da Máxima Efetividade e a Interpretação Constitucional**. 1ª edição, 1999. Disponível em <https://pt.scribd.com/document/185164078/O-Principio-da-Maxima-Efetividade-e-a-Interpretacao-Constitucional>. Acesso em 16 fev. 2018.

- SOARES, Ricardo Mauricio Freire. **Elementos da teoria geral do direito.** – 4ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.
- VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional:** aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional:** a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional:** a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição”. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. 427 p.
- Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 6ª ed. Tradução de João Batista Machado. Coimbra : Armênio Armado Editor. 1984.

Capítulo XIV

Direito fundamental à boa administração na União Europeia, *ombudsman* e realidade jurídico-cultural brasileira: um diálogo é possível?

*Tiago Ferreira Santos**

SUMÁRIO: Introdução; 1 Concepção de direito; 2 Ineficácia da vontade de constituição, constitucionalização simbólica e constitucionalismo brasileiro tardio; 3 Direito fundamental à boa administração pública; 3.1 Discurso jurídico da dignidade da pessoa humana no direito comparado como fundamento do reconhecimento do direito fundamental à boa administração no Brasil; 3.2 Direito fundamental à boa administração pública na União Europeia; Considerações Finais; Referências.

INTRODUÇÃO

A realidade brasileira parece ambígua. De um lado, um país em que se adaptou formalmente ao modelo jurídico ocidental da França, da Alemanha, dos Estados Unidos e da Inglaterra. Do outro, a realidade parece não corresponder aos livros de direito, ou seja, parece existir uma constitucionalização apenas com efeitos simbólicos, fruto de

(*) Mestrando em Direito (Universidade Federal da Bahia - UFBA), especialista em Ciências Criminais (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC-MG) e em Direito do Estado (Universidade Católica do Salvador - UCSAL).

uma inequívoca ausência de cultura constitucional com raízes históricas, políticas, jurídicas, sociológicas e antropológicas.

A questão que se põe é o direito fundamental à boa administração é compatível com a realidade brasileira com fins de reduzir a incoerência existente entre a teoria e a prática no que se refere à tolerância com as más práticas administrativas, sob a luz de um neoconstitucionalismo fundado no pós-positivismo jurídico?

Para responder a essa pergunta-problema, objetivo geral da presente pesquisa, alguns objetivos específicos tiveram de ser enfrentados preliminarmente.

Primeiro, diante da heterogeneidade existente no pós-positivismo tal como proposto pela doutrina brasileira, objetivou-se inicialmente investigar a concepção de direito adotada, assim como, o papel da interdisciplinaridade, o que foi desenvolvido no tópico segundo, “Concepção de Direito”.

Em seguida, diante da concepção de direito adotada propor a incorporação à análise do jurista de argumentos que outrora, no juspositivismo exclusivo, não lhe seriam inerentes, foi investigado numa perspectiva também histórica, política, sociológica e antropológica as circunstâncias que conduzem à tolerância às más práticas da administração pública. O desenvolvimento desse assunto aconteceu no tópico 3, “Ineficácia da Vontade de Constituição, Constitucionalização Simbólica e Constitucionalismo Brasileiro Tardio”.

No último tópico destinado ao desenvolvimento das ideias, o direito fundamental à boa administração foi investigado sob a ótica do direito comparado entre o Brasil e a União Europeia e seus Estados-membros.

O método adotado foi a análise bibliográfica qualitativa de livros, artigos científicos, Constituição, legislação e jurisprudência.

Por fim, foram trazidas as considerações finais acerca dos debates desenvolvidos, na qual, entre outras, pode ser destacado que, se a dignidade da pessoa humana é um princípio protegido em diversos ordenamentos jurídicos do mundo, as soluções para sua realização

encontradas em um país podem muito bem serem úteis em outros, desde que superem testes de adequação com a história, a política, o direito e as peculiaridades sociais e antropológicas do país que pretende adotá-las.

Nessa perspectiva, a adoção do direito fundamental à boa administração e seus recursos inerentes, como o instituto do *ombudsman*, ainda que adaptados às circunstâncias brasileiras, podem ser uma solução para reduzir a distância entre a teoria e a prática no direito.

1. CONCEPÇÃO DE DIREITO

Para adequadamente compreender em que medida será possível obter as conclusões que se pretende, é preciso iniciar este trabalho pelo começo de qualquer problema jurídico, qual seja, o que é direito? Na verdade, como bem alertou Ronald Dworkin (2010, p. 23) ao investigar o conceito de obrigação jurídica, os juristas estão acostumados a conferir as respostas sempre se apoiando, ao fim, nessa questão clássica da teoria do direito.

Não é possível fugir, portanto, dessa investigação preliminar. As respostas possíveis precisam, entretanto, ser devidamente organizadas, consoante uma diretriz. No presente caso, a exposição começará pela teoria de Hans Kelsen e, assim, ao criticá-lo pontualmente com base em autores pós-positivistas, expor uma corrente “não positivista superinclusiva”, consoante classificação trazida por Robert Alexy (2015, p. 306). De qualquer modo, inegável também a influência de Ronald Dworkin nessa ideia, porquanto ele partiu da concepção de H. L. A. Hart para expor a sua própria teoria.

Para o positivismo jurídico, o direito é formado por um conjunto de normas postas hierarquicamente conforme indicado pelas entidades estatais. Obviamente, reconhece a possibilidade de normas jurídicas serem instituídas também por particulares, mas desde que estejam de acordo com as superiores. Adota, assim, a concepção monista, mesmo que a amplie para incluir normas jurídicas privadas elaboradas em conformidade com as estatais. No topo da pirâmide do direito nacional, figura a Constituição e, em seguida, as leis. É uma

vertente de teoria da validade por afirmar que a norma inferior busca sua fundamentação na superior.

A essência dessa corrente tal qual aqui entendida, portanto, não se coaduna com a opinião de Carla Faralli (2006, p. 11), para quem há a “identificação do constitucionalismo como teoria específica do direito e sua distinção do positivismo (ou legalismo)”.

Afinal, mesmo o incansavelmente combatido Hans Kelsen jamais recusou a conferir validade às constituições que possuíam, inclusive, ao menos dentro do Estado, “escalão de Direito positivo mais elevado” (KELSEN, 2006, p. 247), incumbindo sim ao intérprete lhes aplicar até mesmo do ponto de vista material, o que aliás é um dos traços do neoconstitucionalismo, que defende o reconhecimento da “supremacia material e axiológica da Constituição” (CUNHA JÚNIOR, 2018, p. 34), ao invés de se afirmar a supremacia meramente formal. Nessa perspectiva, pela presença da vinculação material e ausência da axiologia, o normativismo kelseniano já pode ser considerado uma transição. Segue transcrição demonstrativa da afirmação:

A Constituição, que regula a produção de normas gerais, pode também determinar o conteúdo das futuras leis. [...] Com mais eficácia, porém, podem ser excluídas pela Constituição leis de determinado conteúdo. [...] Tudo isto sob o pressuposto de que a simples lei não tenha força para derogar a lei constitucional que determina a sua produção e o seu conteúdo, de que esta lei somente possa ser modificada ou revogada sob condições mais rigorosas [...] (KELSEN, 2006, p. 249)

Admitir a oposição de um positivismo a um constitucionalismo implica, portanto, considerar que Hans Kelsen jamais fora positivista. Na verdade, não é adequado o jurista propor arbitrariamente significados às palavras, ao contrário, como bem alerta permanentemente Edvaldo Brito (2016, p. 210), o método lógico-linguístico lhe é crucial. É sabido que a Constituição é uma norma de direito posto e, portanto, o constitucionalismo é, na verdade, um fenômeno do juspositivismo.

Essa oposição do constitucionalismo ao legalismo ainda possui alguma pertinência àqueles que pretendiam fundar o direito baseado nos códigos que esgotariam a matéria jurídica por meio da ausência

de omissões, aliás, Savigny corretamente criticou a chamada Escola da Exegese, nos seguintes termos:

Em sua virtude se pediam novos Códigos, os quais, com suas perfeições, deviam garantir uma mecânica exata na administração da justiça; de modo que o magistrado, dispensado de todo juízo próprio, devia limitar-se a uma simples aplicação literal da lei. Deviam, além disso, esses Códigos estarem completamente livres de toda influência da história, e por obra de uma solene e estranha abstração estranha, eles tiveram que se adaptar a todos os povos e tempos. (SAVIGNY, 2018, p. 20)

Tal abordagem do positivismo legalista, entretanto, apenas foi relevante no século XIX, ligado ainda às metas do jusnaturalismo racionalista do Iluminismo. Diferentemente, a concepção de Hans Kelsen já se demonstra bem mais adequada, sendo que seu principal erro foi adotar a tese da não-incorporação no que se refere à interpretação jurídica, ou seja, não admitiu a leitura interna ao direito de outros campos do pensamento, rejeitando a existência, por exemplo de uma sociologia no direito. Na verdade, o último capítulo do livro *Teoria pura do direito* é o que versa sobre a sua teoria da interpretação e nas suas pouco mais de dez páginas possui algumas das passagens mais esdrúxulas de suas opiniões.

Assim, não só pela extensão, mas também pela qualidade, é seguramente o autor menos indicado para aprofundar esse assunto, o qual, entretanto, não deve desmerecer sua teoria da validade das normas jurídicas. Nesse sentido, reconhecer a existência de elementos de interpretação, similar ao proposto por Savigny, é mais adequado à teoria de interpretação que se pretende desenvolver. Afinal, embora inicie por uma leitura gramatical ou literal, sua proposta nunca esgota apenas em tanto, como segue:

Tenha em mente que não são esses quatro tipos de interpretação, entre os quais você pode escolher de acordo com o gosto ou capricho, mas quatro operações diferentes, cuja reunião é indispensável para interpretar a lei, por mais que alguns desses elementos possam ter mais importância e ser mais notado. Por isso, o indispensável é não esquecer nenhum deles, porque em algumas circunstâncias é possível, sem diminuir a importância da interpretação, omitir qualquer, quando sua menção é inútil ou pedante. (SAVIGNY, 1878, p. 150)

Essas quatro mencionadas classes de interpretação são por Savigny explicadas respectivamente como elementos gramatical, lógico, histórico e sistemático na citação que segue transcrita:

O elemento gramatical da interpretação tem como objeto as palavras que o legislador utiliza para comunicar seu pensamento, isto é, a linguagem das leis.

O elemento lógico, a decomposição do pensamento ou as relações lógicas que unem diferentes partes.

O histórico tem como objeto o estado do direito existente sobre o assunto, na época em que a lei foi dada; determina o modo de ação da lei e a mudança introduzida por ela, que é precisamente o que o elemento histórico deve esclarecer.

Finalmente, o elemento sistemático tem como objeto o laço íntimo que une as instituições e regras de direito dentro de uma vasta unidade. (SAVIGNY, 1878, p. 150)

Há diversos arranjos que posteriormente foram realizados nessa exposição sistemática de Savigny acerca dos elementos de interpretação. Por exemplo, na sua concepção original, essas classes de interpretação destinavam-se apenas às leis normais, não às defeituosas, entre as quais se inseriam aquelas com expressões indeterminadas (SAVIGNY, 1878, p. 154/155). Para essas, a analogia e o direito comparado eram apontados como principais formas de remediá-las (SAVIGNY, 1878, p. 155)

Relevante contribuição foi trazida por Ricardo Maurício Freire Soares (2017, p. 335), que, com base em Savigny, mas atualizando a sua doutrina, expõe que tradicionalmente há, para a doutrina, cinco “técnicas interpretativas: a gramatical, a lógico-sistemática, a histórica, a sociológica e a teleológica”.

Nesse sentido, destaca que a “interpretação gramatical deve ser [...] apenas o ponto de partida e nunca sinalizar o término do processo hermenêutico, ante o risco de injustiças” (SOARES, 2017, p. 335), portanto, é importante debruçar-se “sobre as expressões normativas, investigando a origem etimológica dos vocábulos e aplicando as regras estruturais de concordância ou regência, verbal e nominal” (SOARES, 2017, p. 335), mas jamais se deve contentar só com isso.

Nessa seara, traz a técnica lógico-sistemática, que “consiste em referir o texto ao contexto normativo de que faz parte, correlacionando, assim, a norma ao sistema do inteiro ordenamento jurídico e até de outros sistemas paralelos, conformando o chamado direito comparado” (SOARES, 2017, p. 335).

Assim, de acordo com a sua doutrina, uma das principais fontes de compreensão das expressões normativas investigadas por meio da técnica lógico-sistemática consiste justamente no direito comparado, perspectiva de suma importância para o desenvolver desta pesquisa.

Além disso, “munido da técnica histórica, o intérprete do direito perquire os antecedentes imediatos [...] e remotos do modelo normativo” (SOARES, 2017, p. 335). Não raro, as consequências jurídicas adequadas para resolver um caso são aclaradas diante da investigação das origens dos atuais institutos.

Já a técnica sociológica de interpretação consiste em “conferir a aplicabilidade da norma jurídica às relações sociais que lhe deram origem; elastecer o sentido da norma a relações novas, inéditas ao momento de sua criação; e temperar o alcance do preceito normativo, a fim de fazê-lo espelhar as necessidades atuais da comunidade jurídica” (SOARES, 2017, p. 336).

Por último, a técnica teleológica objetiva “delimitar o fim, vale dizer, a *ratio essendi* do preceito normativo, para a partir dele determinar o seu real significado” (SOARES, 2017, p. 336).

Assim, enquanto havia uma fé inabalável na capacidade do método literal durante o positivismo jurídico legalista, o normativismo kelseniano já não incorre nesse erro, reconhecendo que a necessidade de outros argumentos para aplicar as normas, mas incide no equívoco de não considerar adequado que tais temas fossem estudados pelo jurista, porquanto não se tratariam de uma teoria pura do direito, já que incluíam concepções da política e da moral. Portanto, a tarefa jurídica se limitaria ao delineamento da moldura dentro da qual o intérprete/aplicador estaria livre para usar seus argumentos éticos, morais, políticos etc. Adota-se, assim, a tese da não incorporação ao direito.

De qualquer modo, por ter adotado uma crítica a Hans Kelsen como ponto de partida da exposição da concepção de direito que guiará o presente trabalho, não de continuar a serem confrontadas as suas perspectivas com as propostas do presente trabalho.

Concorda-se, como se percebe, com a concepção de moldura trazida por Kelsen no sentido de que a “determinação nunca é [...] completa. A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada” (KELSEN, 2006, p. 388). Entretanto, não é possível concordar que o intérprete seja livre para julgar do ponto de vista moral, político ou religioso dentro dessa moldura sem qualquer limite a ser traçado pelo jurista, especialmente, porque o atual ordenamento jurídico é demasiado complexo. Possui precedentes e, inegavelmente, os princípios são matéria de direito. Nesse sentido, diverge-se frontalmente dele na seguinte passagem:

Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso etc. Do ponto de vista do Direito positivo, nada se pode dizer sobre a sua validade e verificabilidade. (KELSEN, 2006, p. 393)

Em suma, a corrente de Ronald Dworkin e Robert Alexy está adequada. Afinal, o jurista não é limitado apenas às normas de direito positivo, e nem pode assim ser em qualquer hipótese. Argumentos principiológicos, políticos e morais são utilizados para resolver diversos casos sem os quais seria impossível concluir seguramente acerca de qual a melhor decisão, relegando às autoridades uma ampla discricionariedade que não se coaduna com o direito na contemporaneidade.

Entretanto, ao menos para a perspectiva que se pretende neste trabalho, oposta à do realismo jurídico, uma outra passagem de Hans

Kelsen (2006, p. 394) sobre a interpretação do direito não pode igualmente prosperar. Segundo sua concepção, “também se pode produzir uma norma que se situa complementemente fora da moldura que a norma a aplicar representa”. Entretanto, o adequado é reconhecer inequívoco erro do intérprete nesse caso. Em suma, a aplicação do direito simplesmente não foi correta.

Assim, embora a teoria da validade das normas jurídicas com espreque para o papel primordial da Constituição seja uma importante contribuição de Hans Kelsen para o presente trabalho, é impossível negar que sua doutrina é insuficiente especialmente no que se refere à interpretação dessas normas, o que leva a destacar a distinção crucial no caráter inclusivo da interpretação que se propõe.

Decorrente dessa crítica que se faz sobre o papel do jurista para Hans Kelsen, pretensamente purificado da interação com outros argumentos como acima visto, há de se considerar a relevância da interdisciplinaridade nesta pesquisa.

Por exemplo, a sociologia do direito consiste em uma abordagem positivista realizada pelo sociólogo sobre o direito, ou seja, é uma leitura externa do direito que, a princípio, não se destina à aplicação em casos concretos. Há de se destacar, Hans Kelsen nunca negou a existência de interface entre sociologia, antropologia e outras ciências com o direito. Ele limitou-se a empreender a redução gnosiológica no sentido de realizar um corte acerca da atividade do jurista.

Noutro giro, a sociologia no direito consiste em uma abordagem não-positivista, na qual se propõe o conhecimento dos fatos sociais para aprimoramento do próprio direito, inclusive, para melhor aplicação em casos concretos. A perspectiva que se propõe de interdisciplinaridade é essa, mas também da filosofia no direito, a antropologia no direito. Em resumo, haverá uma utilização dessas ciências numa leitura interna do direito.

Até o momento, foram expostas questões que possuem relevância prática para esta pesquisa. Entretanto, há de se reconhecer que uma parte do debate que se desenvolve sobre o conceito de direito tem caráter meramente teórico, especialmente, diante do contexto

normativo de uma Constituição democrática que dispõe positivamente os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil já no seu art. 1º, como segue:

- 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.

Assim, ao menos no contexto brasileiro atual em que o marco filosófico pós-positivista foi adotado, buscando conciliar o jusnaturalismo (legitimidade material por meio dos valores) com o juspositivismo (segurança jurídica por meio da positivação do direito) por meio da inscrição de princípio jurídicos relacionados à valores inerentes à axiologia na Constituição, carece sentido prático o debate acerca da existência de um texto normativo estatal extremamente injusto poder fundamentar a aplicação de uma norma jurídica. No sentido de demonstrar esse caráter sintético, Ricardo Maurício Freire Soares (2010, p. 127) assim leciona:

Como se pôde depreender do tópico anterior, uma das características mais marcantes do neoconstitucionalismo, expressão do pós-positivismo jurídico no Direito Constitucional, consiste na frequente utilização de princípios jurídicos no embasamento de processos hermenêuticos e decisórios, como espécies normativas que permitem conciliar as estimativas de justiça (legitimidade), típicas do jusnaturalismo, com as exigências de segurança (legalidade), própria do positivismo jurídico.

A valorização desses princípios jurídicos vem sendo acompanhada, *pari passu*, pela progressiva constitucionalização desses cânones éticos

Feitas essas investigações preliminares, mesmo que uma parte do debate seja meramente teórico, importa agora abordar as relações entre o neoconstitucionalismo e o pós-positivismo.

Defende-se no Brasil que houve a constitucionalização do direito no seio do movimento do pós-positivismo jurídico fundamentado especialmente nas concepções de Ronald Dworkin e de Robert Alexy.

Entretanto, a forma que se desenvolveu essa corrente jurídica neste país diferencia-se das ideias daqueles autores especialmente em virtude do caráter sincrético adotado aqui, faz-se necessário compreender adequadamente o neoconstitucionalismo que se adotará como premissa teórica do trabalho.

Essa referência à influência de Ronald Dworkin, americano, e Robert Alexy, alemão, como pilares da teoria neoconstitucional pode levar a crer que a doutrina brasileira está desinteressada ou sem atuação nessa seara, o que é de toda uma inverdade.

Embora seja reconhecida a proeminência desses expoentes e usualmente apontado o período posterior à segunda guerra mundial como marco histórico do neoconstitucionalismo na Europa, sendo que no Brasil ele se daria apenas em 1988 (BARROSO, 2016, p. 279), é inegável que essa corrente teórica pós-positivista encontra amplo respaldo na região de influência dos povos falantes de idiomas originários na península Ibérica, na qual Brasil e Portugal se incluem.

Inclusive, o pós-positivismo jurídico, considerado “marco filosófico do novo direito constitucional [...] ou neoconstitucionalismo” (BARROSO, 2016, p. 281 e 284) pela doutrina brasileira consiste numa expressão que não é de uso frequente de Ronald Dworkin, nem de Robert Alexy, embora o segundo tenha anuído que está relacionado a ela após palestra de Luís Roberto Barroso, na qual nitidamente ele se mostrava inseguro da sua afirmação.

Ele consiste em uma corrente do direito marcada essencialmente pelo seu sincretismo teórico-metodológico por ser, “em certo sentido, como uma terceira via entre as concepções positivista e jusnaturalista” (BARROSO, 2016, p. 282), mas também por corresponder a um momento de crise do paradigma ainda vigente sem estabelecimento uniforme de uma doutrina que o suceda. Em resumo, como bem ensinou Luís Roberto Barroso (2016, p. 283):

No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o

desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a ética.

Conforme visto, a heterogeneidade até mesmo normal em momentos de crises paradigmáticas é nota do chamado pós-positivismo. Não à toa, ele encontra especial guarida na doutrina brasileira, que, por razões culturais, tende sempre a conciliar autores aparentemente incompatíveis, como demonstrou Sérgio Buarque de Holanda (2014, p. 185-186):

Somos notoriamente avessos às atividades morosas e monótonas, desde a criação estética até às artes servis, em que o sujeito se submeta deliberadamente a um mundo distinto dele: a personalidade individual dificilmente suporta ser comandada por um sistema exigente e disciplinador. É frequente, entre os brasileiros que se presumem intelectuais, a facilidade com que se alimentam, ao mesmo tempo, de doutrinas dos mais variados matizes e com que sustentam, simultaneamente, as convicções mais díspares.

No sentido de apontar uma cultura do povo brasileiro similar àquela dos povos da península ibérica, segue transcrição:

No caso brasileiro, a verdade, por menos sedutora que possa parecer a alguns dos nossos patriotas, é que ainda nos associa à península Ibérica, a Portugal especialmente, uma tradição longa e viva, bastante viva para nutrir; até hoje, uma alma comum, a despeito de tudo quanto nos separa (HOLANDA, 2014, p. 46).

Há de se reconhecer, entretanto, que não é corrente genuinamente brasileira, muito menos, restrita a essa região acima demarcada. Nesse sentido, por exemplo, Carla Faralli (2006, p. 8), italiana, utiliza expressamente essa terminologia, fazendo menção seguramente a essa corrente bem descrita pela doutrina brasileira, o que demonstra que não é de todo adequada a crítica realizada por Dimitri Dimoulis (2006, p. 48), no sentido de que “a pesquisa da bibliografia indica que o termo é praticamente desconhecido fora do Brasil”.

Impertinente para os fins do presente trabalho superar a dificuldade conceitual das distinções ou semelhanças entre pós-positivismo (doutrina brasileira), não-positivismo (doutrina alemã) ou anti-positivismo (doutrina anglo-americana), afinal, embora possua notas

de direito comparado, a presente pesquisa pretende essencialmente apenas melhorar o direito brasileiro, assim, importa melhor conhecer o pós-positivismo jurídico, linha decorrente de trabalhos realizados por Ronald Dworkin e Robert Alexy, mas que se distancia em diversos pontos da pureza de suas teorias.

Uma de suas principais características é justamente o apoio no neoconstitucionalismo, que encontrou um de seus mais importantes marcos em artigo elaborado por Robert Alexy e Ralf Dreier, quando se sustentou que o direito constitucional não era meramente uma disciplina do direito. Assim, defenderam os autores que o constitucionalismo era uma teoria do direito oposta ao positivismo jurídico (FARALLI, 2006, p. 11).

Embora Carla Faralli (2006, p. 11), seguindo diretriz de Robert Alexy tenha usado o termo constitucionalismo para designar tal movimento, na doutrina brasileira, neoconstitucionalismo vem sendo o termo adotado, que se demonstra mais adequado. Afinal, consoante já visto, mesmo Hans Kelsen já defendia o constitucionalismo, então essa abordagem proposta apenas pode ser uma nova leitura da Constituição.

Consoante visto, o marco filosófico do pós-positivismo demonstra justamente a incorporação dos cânones éticos no direito, consistindo na superação entre a dicotomia entre jusnaturalismo e juspositivismo. Importa verificar quais concepções de direito na classificação de Robert Alexy possibilitam resultados similares. Assim, diante da classificação das teorias do direito de Robert Alexy (2015, p. 304-308), a perspectiva que se propõe investigar o problema pode ser enquadrada em qual das suas cinco possibilidades?

Há de se excluir categoricamente, verdade, o positivismo jurídico exclusivo, perspectiva adotada por Joseph Raz, já que ele “sustenta que a moral é necessariamente excluída do conceito do direito” (ALEXY, 2015, p. 304). Entretanto, já que os princípios jurídicos inegavelmente incorporam no direito o debate da moral, no ordenamento jurídico brasileiro, essa é uma linha inadequada, especialmente, em virtude do art. 1º, da Constituição, estabelecer os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil.

Assim, se o positivismo jurídico exclusivo é inapropriado, há de se reconhecer que o positivismo jurídico numa perspectiva inclusiva está condizente com a teoria que se pretende aplicar. Afinal, ele defende que a “inclusão é tomada como um assunto contingente ou convencional, voltando-se para aquilo que o direito positivo, de fato, disser” (ALEXY, 2015, p. 305).

No caso brasileiro, a adequação dos princípios jurídicos com o direito positivo é integral em virtude da cláusula de abertura adotada expressamente no art. 5º, parágrafo segundo, da Constituição, que possibilita a existência de princípios até mesmo implícitos “decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Entretanto, não apenas, o não positivismo jurídico na vertente superinclusiva também é adequado. Segundo essa proposta, “a validade jurídica não é afetada de forma nenhuma pelos vícios morais” (ALEXY, 2015, p. 306), em virtude de possuir uma conexão necessária, mas apenas classificatória, não qualificadora, cujo efeito é a possibilidade de verificação da “falibilidade jurídica” (ALEXY, 2015, p. 306).

Do ponto de vista de uma compatibilidade entre o juspositivismo e o jusnaturalismo, tal como proclamado pela corrente pós-positivista que pretenda superar essa dicotomia, essas são as duas concepções adequadas no direito brasileiro. O exercício classificatório continua ao expor o não positivismo inclusivo, perspectiva adotada por Robert Alexy (2015, p. 307), para quem sob determinadas condições qualquer norma jurídica deve ser considerada inválida, trazendo o critério da extrema injustiça. Além disso, há também o não positivismo jurídico exclusivo, perspectiva em que qualquer injustiça prejudica a validade da norma (ALEXY, 2015, p. 305-306).

Entretanto, embora neste trabalho se reconheça a ocorrência da constitucionalização do direito compatível com uma interpretação do direito numa perspectiva pós-positivista nos termos entendidos pela doutrina brasileira, mas também nas linhas classificadas por Robert Alexy de “positivismo inclusivo” e “positivismo superinclusivo”, circunstância a ser destacada e analisada é de que sua ocorrência foi apenas formal. Nesse sentido, as normas constitucionais embora

devessem espalhar efeitos pelos mais diversos ramos do direito, e assim, concretizarem no país a vida constitucional, há de se reconhecer que essa não é a realidade. As razões dessa situação serão analisadas no tópico seguinte.

2. INEFICÁCIA DA VONTADE DE CONSTITUIÇÃO, CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA E CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO TARDIO

A sociologia do direito traz estudos acerca da ineficácia do texto constitucional no Brasil, reconhecendo ser esse um problema crônico. Entretanto, não apenas isso, também há a inadequação interna, ou seja, mesmo que haja eficácia, acontece de ela não atingir a finalidade desejado pelo constituinte.

Assim, mesmo que se reconheça acertadamente um marco filosófico correspondente ao pós-positivismo jurídico, que busca a superação da dicotomia entre juspositivismo e jusnaturalismo pela inscrição de princípios jurídicos fundamentais na Constituição, a partir do marco histórico da segunda guerra mundial na Europa ou da Constituição de 1988 no Brasil, com a finalidade de inserir um novo marco teórico especialmente no que se refere à teoria da interpretação que passa a prestigiar outros métodos para além do literal, constituindo o direito, há de se admitir que essa perspectiva ainda está longe de concretizar-se na realidade do dia-a-dia das pessoas.

Portanto, a partir do reconhecimento de uma afirmação formal de uma constitucionalização do direito, com base especialmente na proteção à dignidade da pessoa humana, mas também de uma abertura do direito para outras ciências, consoante análise de cunho em geral mais otimista do direito realizada no tópico anterior, impõe-se agora uma perspectiva não tanto otimista decorrente justamente dessa interdisciplinaridade, qual seja, verificar as possíveis causas dessa ineficácia ou inadequação interna do texto constitucional, assim como, da legislação.

A eficácia da norma consiste “no grau de cumprimento da norma dentro da prática social. Uma norma é considerada socialmente

eficaz quando é respeitada por seus destinatários ou quando a sua violação é efetivamente punida pelo Estado” (SABADELL, 2017, p. 57).

Nessa toada, a sociologia propôs a quota de eficácia para calculá-la, ou seja, soma-se a eficácia do preceito ou primária, “que resulta do respeito espontâneo da norma” (SABADELL, 2017, p. 57), com a eficácia da sanção ou secundária, a qual “resulta da intervenção repressiva do Estado” (SABADELL, 2017, p. 57).

A crítica que se faz a essa forma de calcular empiricamente a quota de eficácia é que ela engloba as pessoas que cumpririam a proposta da norma independentemente de sua existência. De qualquer modo, é uma forma de enriquecer os debates por meio da análise da aplicação concreta do direito.

Se na baixa eficácia das normas jurídicas é constatada, também é impossível negar que uma outra situação preocupa tanto quanto, qual seja, a ausência de adequação interna da norma, a qual consiste na “capacidade da norma em atingir a finalidade social estabelecida pelo legislador” (SABADELL, 2017, p. 58). Assim, uma “norma jurídica é considerada internamente adequada se as suas consequências, na prática, permitem que sejam alcançados os fins objetivados pelo legislador” (SABADELL, 2017, p. 58).

Assim, mesmo na hipótese de uma norma jurídica obter a eficácia, ainda assim, é bem possível que ela não atinja a finalidade almejada pelo legislador. Na verdade, ao menos, a finalidade declarada. Por exemplo, para fins de assegurar a incidência dos princípios constitucionais no âmbito da contratação realizada por entes da administração pública, o Constituinte previu, em regra, que elas serão precedidas por licitação, admitidas as exceções legais (Art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal).

Ocorre que, mesmo cumprindo esse texto normativo, há diversas licitações com editais previamente pactuados para restringir a concorrência de forma a direcionar a determinadas empresas. Assim, para essa previsão constitucional, há inadequação interna da norma.

Entretanto, essa conduta denota a ineficácia do texto legal, especificamente, o Art. 3º, parágrafo primeiro, inciso I, da Lei no 8.666/93,

o qual veda aos agentes públicos “admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo [...]”.

Relacionado a esse debate, estão os estudos sobre a constitucionalização simbólica realizados por Marcelo Neves. Nesse sentido, reconhece-se que “uma norma ineficaz ou inadequada pode ter relevância social” (SABADELL, 2017, p. 60), porque não raro “o legislador cria normas que dificilmente encontrarão sua aplicação na prática, ou seja, normas cuja baixa eficácia poderia ser prevista já no momento da sua elaboração” (SABADELL, 2017, p. 60). Em suma, “a norma objetiva produzir efeitos simbólicos” (SABADELL, 2017, p. 60).

Em seus estudos, Marcelo Neves (2018, p. 33) diagnosticou três possíveis efeitos simbólicos da legislação, a saber: confirmação de valores sociais; demonstração da capacidade de agir do Estado; adiamento da solução dos conflitos sociais por meio de compromissos dilatórios.

Por meio da confirmação dos valores sociais, “os grupos que se encontram envolvidos nos debates ou lutas pela prevalência de determinados valores vêem a ‘vitória legislativa’ como uma forma de reconhecimento da ‘superioridade’ ou predominância social de sua concepção valorativa” (NEVES, 2018, p. 33). Em suma, as suas expectativas são satisfeitas apenas com a expedição do ato legislativo.

Já a demonstração da capacidade de agir do Estado acontece pela chamada legislação-álibi, a qual também tem por objetivo “fortificar a confiança dos cidadãos no respectivo governo ou, de um modo geral, no Estado” (NEVES, 2018, p. 38), mas “não se trata de confirmar valores de determinados grupos, mas sim de produzir confiança nos sistemas político e jurídico” (NEVES, 2018, p. 36), afinal, nesse caso, “elabora diplomas normativos para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas” (NEVES, 2018, p. 36).

Em sua, ela decorre “da tentativa de dar a aparência de uma solução dos respectivos problemas sociais ou, no mínimo, da pretensão

de convencer o público das boas intenções do legislador” (NEVES, 2018, p. 39).

Há, ainda, a legislação simbólica servindo como fórmula de compromisso dilatatório. Nessa situação, “as divergências entre grupos políticos não são resolvidas por meio do ato legislativo, que, porém, será aprovado consensualmente pelas partes envolvidas, exatamente porque está presente a perspectiva de ineficácia” (NEVES, 2018, p. 41), ou seja, acorda-se a “transferência da solução do conflito para um futuro indeterminado” (NEVES, 2018, p. 41).

No caso da constitucionalização simbólica especificamente, Marcelo Neves (2018, p. 103-104) restringe a questão “aos casos em que a própria atividade constituinte (e reformadora), o texto constitucional e o discurso a ele referente funcionam, antes de tudo, como *álibi*” não apenas para “os legisladores constitucionais e governantes (em sentido amplo), como também para detentores de poder não integrados formalmente na organização estatal”.

Nesse diapasão, importa analisar se o fenômeno da constitucionalização simbólica enseja considerá-la como normativa, nominalista ou semântica, consoante classificação de Loewenstein, incorporada à cultura brasileira por Raymundo Faoro (2012, p. 829), para quem os “o regime autoritário convive com a vestimenta constitucional, sem que a lei maior tenha capacidade normativa, adulterando-se no aparente constitucionalismo”. Nesse escopo, duas situações podem aparecer, a saber, “o constitucionalismo nominal no qual a Carta Magna tem validade jurídica mas não se adapta ao processo político, ou o constitucionalismo semântico, no qual o ordenamento jurídico apenas reconhece a situação de poder dos detentores autoritários” (FAORO, 2012, p. 829).

Nessa perspectiva, o ordenamento jurídico constitucional brasileiro enquadra-se no constitucionalismo nominal em decorrência da existência de uma incongruência entre a Constituição e a situação fáctica de o Estado ser um “monstro patrimonial-estamental-autoritário que está vivo na realidade brasileira” (FAORO, 1987).

Entretanto, essa abordagem será melhor explicada ao debater o constitucionalismo tardio ao investigar especificamente as causas

de sua ocorrência. No momento, importa centrar-se nos debates da constitucionalização simbólica.

Assim, a Constituição normativa corresponde àquela em que realmente direciona “o processo de poder, de tal maneira que as relações políticas e os agentes de poder ficam sujeitos às suas determinações de conteúdo e ao seu controle procedimental” (NEVES, 2018, p. 105).

Noutro giro, por Constituição nominal ou nominalista entende-se a que, “apesar de conterem disposições de limitação e controle da dominação política”, não conseguem “ressonância no processo real de poder, inexistindo suficiente concretização constitucional” (NEVES, 2018, p. 105).

Por fim, a Constituição semântica consiste naquela que é simples reflexo “da realidade do processo político, servindo, ao contrário das normativas, como mero instrumento dos ‘donos do poder’, não para sua limitação ou controle” (NEVES, 2018, p. 106).

Consoante já antecipado, a situação brasileira se enquadra no constitucionalismo nominal ou nominalista, em virtude da existência de uma Constituição formal com as mesmas previsões textuais de qualquer país em que figure o constitucionalismo normativo. Entretanto, esse discurso consiste numa referência retórica cujo efeito é “construir-se perante o público a imagem de um Estado ou um governo identificado com os valores constitucionais, apesar da ausência de um mínimo de concretização das respectivas normas constitucionais” (NEVES, 2018, p. 151).

Nessa situação de constitucionalização simbólica, o direito perde sua relativa autonomia, estando subordinado do ponto de vista da realidade empírica às injunções políticas, as quais também não possuem, entretanto, autonomia, porquanto “o poder político sofre injunções particularistas as mais diversas, tornando-se ineficiente com respeito à sua função de decidir de forma vinculatória generalizada” (NEVES, 2018, p. 151).

Relacionado a essa discussão acerca da constitucionalização simbólica, está o debate trazido sobre o constitucionalismo brasileiro

tardio, consoante já adiantado, por meio do qual analisa-se principalmente as possíveis causas dessa ineficácia do texto constitucional.

Nesse sentido, o constitucionalismo tardio consiste no fenômeno decorrente “da ausência de cultura constitucional nos Estados pós-modernos que são organizados formalmente por meio de uma Constituição, o que conduz à ineficácia social dos seus textos” (SILVA NETO, 2016, p. 19). Portanto, tal circunstância não possui relação necessária com o período em que houve outorga ou promulgação da Carta de um país, nem poderia ser diferente.

Afinal, por constitucionalismo tardio, não se entende a recente elaboração de texto constitucional, mas sim a ausência de eficácia de suas normas, mas também de adequação interna. Para melhor compreender a situação, importa trazer o conceito de cultura constitucional, que consiste nos comportamentos e condutas “tendentes a I) preservar a ‘vontade de Constituição’; II) efetivar, no plano máximo possível, os princípios e normas constitucionais; III) disseminar o conhecimento a respeito do texto constitucional.” (SILVA NETO, 2016, p. 19).

Assim, em países sem cultura constitucional, presencia-se o fenômeno do constitucionalismo tardio de índole principalmente interdisciplinar, porquanto transcende os âmbitos da dogmática jurídica.

Em sentido similar, entende Konrad Hesse, para quem a força normativa da Constituição pressupõe uma “consciência geral - particularmente na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição” (HESSE, 1991, p. 19).

Portanto, Konrad Hesse constatou que não importa o quão bem escrito seja o documento jurídico, não bastam títulos, capítulos, artigos, incisos e parágrafos para que a Constituição seja vivenciada por uma comunidade. Afinal, há de se cumprirem determinadas condições extrajurídicas. Em outros termos:

Essa pretensão de eficácia (Geltungsanspruch) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas.

Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas, e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. (HESSE, 1991, p. 15)

Ele também verificou, de forma similar, de que a sua força normativa depende da cultura constitucional, ou seja, as “Constituições não podem ser impostas aos homens tal como se enxertam rebentos em árvores. Se o tempo e a natureza não atuaram previamente, é como se se pretendesse coser pétalas com linhas” (HESSE, 1991, p. 17).

Assim, mesmo que se reconheça o Supremo Tribunal Federal (STF) ser expressamente o guardião da Constituição, a força normativa dela depende de um esforço conjunto da sociedade por meio de seus partícipes, como segue lição de Konrad Hesse (1991, p. 21):

Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas de seu conteúdo, mas também de sua prática. De todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada vontade de Constituição.

Nessa perspectiva, a finalidade do presente trabalho não é outra senão “o de fazer que a ciência do direito constitucional se converta em instrumento à melhoria da condição de vida das pessoas, conduzindo o nosso País a bom porto - ao bom porto do respeito à dignidade da pessoa humana” (SILVA NETO, 2016, p. 15). Afinal, não se duvida que a tolerância dos partícipes da vida constitucional acerca do fisiologismo e das omissões dos governantes em adotar os mecanismos mais eficazes faz padecer até “os denominados ‘Princípios Fundamentais’, à vista da irrisória importância atribuída pelo aplicador do direito no Brasil ao domínio da Constituição de 1988” (SILVA NETO, 2016, p. 50).

Nessa perspectiva, embora tenha sido realizada uma leitura no tópico 2 acerca do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo, os quais constatarem uma constitucionalização do direito, inclusive, pela inclusão na argumentação do jurista dos debates interdisciplinares acerca dos princípios jurídicos constatarem, a perspectiva realizada está atenta à ausência de concretização fática da Constituição, consoante se percebe deste tópico 3.

Assim, ao reconhecer que esse é o principal problema que o direito brasileiro enfrenta na atualidade, as investigações sobre as possíveis causas dessa incongruência são indispensáveis para uma leitura interdisciplinar interna ao direito tal qual a que se propõe.

Nesse sentido, diversas são as possíveis causas históricas, políticas e jurídica apontadas por Manoel Jorge e Silva Neto (2016, p. 33-47) para tal situação que se instalou no Brasil, as quais serão analisadas a seguir.

Entre as possíveis causas históricas indicadas pelo estudo inaugurador do debate sobre o constitucionalismo tardio (SILVA NETO, 2016), há os seguintes: a ausência de pertencimento de parte significativa do povo brasileiro da formação política do Estado; o homem cordial que se comporta diante das relações públicas como se estivesse em âmbito familiar, ou seja, é movido por interesses particulares; ainda, o personalismo lusitano que enfatiza culturalmente a individualidade em detrimento do coletivo (SILVA NETO, 2016, 33-38), embora esta pesquisa tenha sugerido a adoção da expressão personalismo ibérico por melhor corresponder ao fenômeno que envolve tanto Portugal quanto Espanha.

Relacionado aos debates especialmente sobre as causas históricas do homem cordial e do personalismo lusitano ou ibérico, serão posteriormente trazidos estudos sobre o modelo estatal patrimonial-estamental-autoritário analisado por Raymundo Faoro (1987), consoante já sinalizado nos estudos da constitucionalização simbólica.

Acerca da ausência de pertencimento de parte significativa do povo brasileiro ao molde de Estado adotado, há de considerar que, desde as origens da concepção luso-brasileira, os índios não tiveram voz ativa. Nesse sentido:

[...] a primeira conclusão que pode ser extratada a respeito de uma das possíveis causas históricas para o constitucionalismo brasileiro tardio é a ausência de pertencimento das comunidades nativas relativamente ao modelo de organização social imposto pelo colonizador. (SILVA NETO, 2016, p. 34)

Não apenas, igualmente o povo negro não teve participação ativa nas eleições do modelo político proposto, conforme pode se depre-

ender das origens históricas da República Federativa do Brasil. Nesse sentido, outro “grupo racial seguiu o mesmo caminho da ausência de pertencimento: os negros africanos” (SILVA NETO, 2016, p. 35), conforme descrição que segue:

Os negros escravos ou forros compuseram grupo étnico-racial da mais elevada importância para a formação da cultura nacional; contudo, de modo semelhante ao ocorrido com os indígenas, não se adaptaram ao modelo normativo imposto, máxime em virtude da grave injustiça sobre o qual estava assentado e que se traduzia no modelo escravista.

Assim, chegaram mesmo a tentar a criação de um estado negro e livre dentro do território nacional, como se sucedeu com o Quilombo dos Palmares, liberado pelo negro *banto* Zumbi (SILVA NETO, 2016, p. 35).

Nessa perspectiva, embora seja uma causa histórica, há de se reconhecer que influi ao promover “a consolidação de sentimento de repulsa e indignação quanto ao sistema normativo, o que contemporaneamente pode ser identificado à falta de consciência constitucional” (SILVA NETO, 2016, p. 35).

Por outro lado, o homem cordial, outra causa histórica da ausência de cultura constitucional, consiste num tipo ideal em que o povo brasileiro está enquadrado. Considerado um produto de exportação cultural por estar relacionado à generosidade e à hospitalidade (HOLANDA, 2014, p. 176), pode ser visto também como um mal a ser extirpado ou uma característica excedida por se relacionar ao favorecimento pessoal ao invés de obediência aos ideais republicanos da impessoalidade, mesmo em situações em que ela é imperativa (HOLANDA, 2014, p. 175-176).

O fato é que “imperou, desde os tempos remotos, o tipo primitivo da família patriarcal” (HOLANDA, 2014, p. 175), circunstância que propicia o estreitamento dos vínculos sociais, estando essa circunstância relacionada ao surgimento da figura do homem cordial. Assim, houve um desequilíbrio entre essa realidade atávica e o crescimento das cidades e expansão dos meios de comunicação (HOLANDA, 2014, p. 175).

Além disso, esse mesmo tipo ideal do homem cordial está relacionado às características religiosas do povo brasileiro, no caso, “é

precisamente o rigorismo do rito que se afrouxa e se humaniza” (HOLANDA, 2014, p. 180).

É sabido que a religião e o direito estão extremamente relacionados, mesmo nos países ocidentais ditos laicos. Por exemplo, a concepção de pessoa humana, fundamental para a compreensão do direito brasileiro, consoante dispositivo do art. 1º, inciso III, da Constituição, decorre historicamente também do modelo religioso culturalmente adotado. Nesse sentido, Alain Supiot (2007, p. 17) apontou o seguinte:

Assim concebidos, os homens são necessariamente iguais, como cada homem é feito a imagem de Deus, mesmo que seja mulher, escravo ou herege, ele é a um só tempo único e semelhante a todos os outros homens. Em suas formulações mais modernas e mais laicizadas, o princípio de igualdade permanece perpassado por essa tensão entre as duas faces da identidade individual: somos todos semelhantes e, portanto, todos idênticos; e somos todos diferentes, pois todos únicos.

Logo, conscientes dessa interface entre direito e religião, é de se esperar que essa dificuldade de obedecer a ritos transborde em direção também às práticas de gestão da administração pública e de suas empresas, o que bem se observa. Nesse sentido, reconhece-se ser “o homem cordial [...] avesso aos formalismos e ritualísticas do âmbito público” (SILVA NETO, 2016, p. 37).

Intimamente relacionado ao tipo do homem cordial, tanto que também decorre de uma interpretação de Manoel Jorge e Silva Neto (2016, p. 37) de Sérgio Buarque de Holanda (2014, p. 36), está o personalismo lusitano. Na verdade, é mais adequado, inclusive, destacar o personalismo ibérico, já que engloba a cultura tanto portuguesa quanto espanhola.

Afinal, ele consiste em uma “característica bem peculiar à gente da península Ibérica, uma característica que ela está longe de partilhar, pelo menos na mesma intensidade, com qualquer de seus vizinhos do continente” (HOLANDA, 2014, p. 36).

Assim, um dos traços dessa cultura ibérica é inferir o valor de uma pessoa, “antes de tudo, da extensão em que não precise depender dos demais, em que não necessite de ninguém, em que se baste”

(HOLANDA, 2014, p. 37). Em suma, cada “qual é filho de si mesmo, de seu esforço próprio, de suas virtudes...” (HOLANDA, 2014, p. 37)

Nessa perspectiva de homem cordial e personalismo lusitano ou ibérico, há, ainda, o modelo de Estado patrimonial-estamental-autoritário (FAORO, 1987) relacionado à confusão existente entre a esfera pública e a privada pelo funcionalismo luso-brasileiro, sendo certo que a “realidade histórica brasileira demonstrou - insista-se - a persistência secular da estrutura patrimonial, resistindo galhardamente, inviolavelmente, à repetição, em fase progressiva, da experiência capitalista” (FAORO, 2012, p. 822). Em resumo, adotou-se “do capitalismo a técnica, as máquinas, as empresas, sem aceitar-lhe a alma ansiosa de transmigrar” (FAORO, 2012, p. 822).

Na verdade, a opinião de Raymundo Faoro (1987) foi intensa acerca dessa situação, expondo exatamente o seguinte:

O Estado seria outro, não o monstro patrimonial-estamental-autoritário que está vivo na realidade brasileira. Da incongruência da dinâmica do pensamento político, resultou que todas as fases suprimidas se recompõem como substitutos numa realidade absolutista, ainda que reformista, neopombalina em um momento, industrialista em outro, nunca com os olhos voltados ao povo brasileiro, primeiro no respeito aos seus direitos, depois às suas reivindicações sociais.

Isso significa que, não apenas há classes sociais decorrentes de variações econômicas, mas também estamentos burocráticos relacionados à proximidade dos agentes políticos outrora reis, sendo que “o domínio patrimonial, desta forma constituído pelo estamento, apropria as oportunidades econômicas de desfrute dos bens, das concessões, dos cargos, numa confusão entre o setor público e o privado [...]” (FAORO, 2012, p. 823).

Na verdade, as raízes de tal situação podem ser recompostas à formação própria do Reino de Portugal. Afinal, “desde a ascensão ao poder da dinastia de Avis com dom João I em 1385, uma simbiose entre os interesses da realeza e do comércio abre espaço para a constituição de um poder estatal centralizado com base econômica na propriedade fundiária” (COHN, 2012, p. 2-3). Desse modo, o “rei

que assim se equipa para o exercício de um poder de caráter patrimonial, no qual a fazenda pública se confunde com a propriedade do mandatário maior” (COHN, 2012, p. 3).

Em síntese, há de se entender que a “compatibilidade do moderno capitalismo com esse quadro tradicional, equivocadamente identificado como pré-capitalismo, é uma das chaves da compreensão do fenômeno histórico português-brasileiro” (FAORO, 2012, p. 823).

Nesse contexto, os letrados possuem uma dupla função. Sob o aspecto positivo, sem dúvidas, são capazes de conferir uma promessa de maior racionalidade e impessoalidade por constituírem presumidamente corpo técnico de burocratas. Entretanto, é inegável que nesse sistema patrimonial-estamental-autoritário não “imperava a burocracia, a camada profissional que assegura o funcionamento do governo e da administração (*Berufsbeamtentum*), mas o estamento político (*Beamtenstand*)” (FAORO, 2012, p. 825). Afinal, a “burocracia, como burocracia, é um aparelhamento neutro, em qualquer tipo de Estado, ou sob qualquer forma de poder” (FAORO, 2012, p. 825).

A diferença entre a realidade luso-brasileira e de outros países é marcante, porque “o administrador egresso da universidade europeia espanta-se de que o político queira orientar o planejamento econômico, ele, que nunca frequentou um curso de pós-graduação” (FAORO, 2012, p. 831).

Na verdade, especialmente na realidade brasileira, transbordam exemplos que estão sendo constantemente esclarecidos pelos órgãos de controle acerca das razões pelas quais políticos dirigem arbitrariamente órgãos e entidades da administração pública, sem obedecer às diretrizes técnico-científicas ou, pior, cercado-se de pessoas do seu vínculo e confiança para obtenção de pareceres que emitam opiniões insinceras.

Por outro lado, há também uma perspectiva negativa exercida pelos intelectuais e, também, trazida em Raymundo Faoro (2012, p. 836-837). Nesse caso, os técnicos passar a ser cooptados eles próprios pela estrutura do estamento burocrático, nos termos que seguem:

O estamento burocrático, fundado no sistema patrimonial do capitalismo politicamente orientado, adquiriu o conteúdo aristocrático, da nobreza da toga e do título. A pressão da ideologia liberal e democrática não quebrou, nem diluiu, nem desfez o patronato político sobre a nação

Assim, vê-se, inclusive, a relação do modelo patrimonial-estamental-autoritário com a análise do homem cordial já trazida, entre outras características, na escolha dos homens que irão exercer as funções públicas por meio de confiança pessoal ao invés de suas capacidades. Assim, “o funcionalismo patrimonial pode, com a progressiva divisão das funções e com a racionalização, adquirir traços burocráticos” (HOLANDA, 2014, p. 175), mas, em sua essência, não se iguala.

A causa política para a ausência de cultura constitucional no Brasil apontada por Manoel Jorge e Silva Neto (2016, p. 39-45) foi o pífio desenvolvimento dos ideais de democracia e república, a qual é confirmada historicamente. Inclusive, a Constituição outorgada que previa monarquia com a figura do poder moderador foi a que mais perdurou em território brasileiro, situação extremamente atípica para um país do continente americano.

Por fim, a possível causa jurídica para essa situação que conduz o Brasil ao desrespeito da vontade de Constituição consiste no individualismo jurídico decorrente da adoção não só da escola da exegese na doutrina brasileira, mas principalmente da influência de seus valores (SILVA NETO, 2016, p. 46).

Além dessas hipóteses acima trazidas fundadas especialmente na doutrina de Manoel Jorge e Silva Neto, mas também de outras leituras relacionadas, há, ainda, possíveis causas socioantropológicas que podem explicar a ausência de cultura constitucional brasileira causadora da tolerância desmedida com as más práticas administrativas.

Do ponto de vista sociológico, o comportamento tolerante com as más práticas administrativas que está relacionado, inclusive, com a persistência da corrupção no Brasil é compreendido enquanto uma conduta anômica.

Três foram os principais pesquisadores que trataram dessa inadequação comportamental. Guyau iniciou os estudos acerca da anomia, identificando-a como

[...] ausência de lei fixa que possa ser imposta aos indivíduos” (SABADELL, 2017, p. 72). Por sua vez, Durkheim entendia que “ela significa estado de desregramento, falta de regulamentação, situação na qual a sociedade não desempenha o seu papel moderador, ou seja, não consegue orientar e limitar a atividade do indivíduo” (SABADELL, 2017, p. 75).

Mas, a perspectiva que melhor explica a análise que se pretende realizar é a interpretação de Ana Lúcia Sabadell acerca da teoria de Robert King Merton, muito adequada para as hipóteses de ilícitos com motivação econômica.

A primeira situação a ser trabalhada, assim, corresponde à conformidade. Nela, “o indivíduo busca atingir as metas culturais empregando os meios estabelecidos pela sociedade” (SABADELL, 2017, p. 77). Logo, não há anomia nesse caso.

Situação diversa são os outros quatro modos de adaptação, todos condizem a uma situação de anomia. Por exemplo, a inovação consiste na situação em que a “conduta do indivíduo é condizente com as metas culturais, mas existe uma ruptura com relação aos meios institucionalizados” (SABADELL, 2017, p. 77).

Para a referida socióloga, a corrupção dos grupos políticos brasileiros consiste, justamente, nessa modalidade de comportamento anômico, afinal, procuram atingir a meta cultura (enriquecimento ou vencer as eleições) por meios ilícitos (corrupção).

Inclusive, sua análise confirma o desenvolver das demais referências utilizadas, especialmente, por anotar a necessidade de “acrescentar uma característica da corrupção política: a indistinção que se estabelece, no âmbito dessas relações, entre esfera pública e atividade econômica privada” (SABADELL, 2017, p. 85).

Por fim, em síntese, considerou ser “evidente que tanto os interessados como a opinião pública tendem a considerar a violação de regras sobre a corrupção como algo inevitável na política, verificando-se uma situação de anomia no sentido da ‘inovação’ mertoniana” (SABADELL, 2017, p. 85).

As outras modalidades de comportamento anômico são os seguintes: a ritualista, em que “o indivíduo demonstra um desinteresse em atingir as metas socialmente dominantes” (SABADELL, 2017, p. 78), ou seja, aceita-se a situação, mas obedece ao direito; a evasão consistente no “abandono das metas e dos meios institucionalizados” (SABADELL, 2017, p. 78), sendo possível exemplificar por meio dos mendigos; e a rebelião, “caracterizada pelo inconformismo e pela revolta” (SABADELL, 2017, p. 78), ou seja, propõe-se “o estabelecimento de novas metas e a institucionalização de novos meios para atingi-las” (SABADELL, 2017, p. 78).

Por seu turno, a antropologia, especialmente por meio dos estudos de Roberto DaMatta traz uma interessante noção para fins de compreensão da realidade brasileira tal como se desenvolve no presente trabalho.

Inicialmente, o referido antropólogo trata da necessidade de conhecer o que faz do Brasil o Brasil, ou seja, indispensabilidade de conhecer os traços característicos do povo que o constitui (DAMATTA, 1986, p. 126), destacando ainda que “a identidade social é algo tão importante que o conhecer-se a si mesmo através dos outros deixou os livros de Filosofia para se constituir numa busca antropológica orientada” (DAMATTA, 1986, p. 15).

Assim, por meio de uma análise por meio do método comparativo que “se realizam as pesquisas antropológicas e sociológicas” (DAMATTA, 1986, p. 17), ou seja, a “construção de uma identidade social, então, como a construção de uma sociedade, é feita de afirmativas e negativas diante de certas questões” (DAMATTA, 1986, p. 17).

Desse modo, embora a presente pesquisa destine-se a propor solução a problemas geograficamente delimitados, a referência a outras culturas e formas de aplicar o direito, desde que atento às particularidades locais, demonstra-se acertada. Assim, adota-se uma postura similar a que Norbert Rouland (2003, p. 403) adotou ao afirmar o seguinte: “Uma antropologia dos fugitivos não é a minha: se me indago sobre as outras sociedades, elas me remetem constantemente para aquela de que venho”.

Nessa linha, Roberto DaMatta (1986, p. 19) ressalta que o Brasil possui uma identidade com dois eixos classificatórios, sendo que consiste em um equívoco pretender reduzi-lo a apenas um deles. De um lado, esse país surge como uma questão de modernidade e de economia política, no qual há a instituição do “pode” e “não pode” similarmente à Inglaterra, à França, à Alemanha. Do outro, ao contrário, há uma redução da “sua realidade a um problema de família, de relações pessoais e de cordialidade” (DAMATTA, 1986, p. 19).

Entretanto, a questão brasileira, como já se pode perceber, não possui um único lado da moeda. Como diz Roberto DaMatta (1986, p. 19), “a chave para entender a sociedade brasileira é uma chave dupla. De um lado, ela é moderna e eletrônica, mas de outro é uma chave antiga e trabalhada pelos anos”.

Não é diferente com o direito. Assim, no tópico segundo, foi destacada uma doutrina pós-positivista para interpretação do direito fruto de uma crítica às perspectivas exclusivas tanto do positivismo jurídico quanto do jusnaturalismo, a qual destaca que os cânones éticos foram e continuam a ser incorporados ao direito positivo por meio de princípios, demonstrando uma teoria jurídica brasileira moderna compatível com as concepções constitucionais anglo-americanas (especialmente Dworkin) ou alemães (principalmente Robert Alexy).

Entretanto, no tópico segundo, está sendo demonstrado um conflito da realidade vivenciada com essa perspectiva, porquanto o modelo de direito adotado encontra dificuldades de aplicação eficaz no âmbito da realidade brasileira, que devem ser superadas, respeitando-se, entretanto, a cultura brasileira, o “torna necessário resgatar como coisa altamente positiva, como patrimônio realmente invejável, toda essa nossa capacidade de sintetizar, relacionar e conciliar” (DAMATTA, 1986, p. 125).

Assim, com a finalidade de discutir os problemas jurídicos brasileiros de uma forma relacional, “como uma moeda” (DAMATTA, 1986, p. 20), ou seja, como “algo que tem dois lados” (DAMATTA, 1986, p. 20), indispensável continuar a perguntar “o que faz o Brasil, Brasil?” (DAMATTA, 1986, p. 126).

Sem dúvidas, o jeitinho malandro ocupa um relevante espaço nessa interlocução entre o direito formal e a vivência cotidiana. Nessa linha, a cultura brasileira entende que “não existe jamais um ‘não’ diante de situações formais e que todas admitem um ‘jeitinho’ pela relação pessoal e pela amizade” (DAMATTA, 1986, p. 17), decorrente do fato de as pessoas acreditarem na seguinte afirmação: “finalmente, sei que tenho relações pessoais que não me deixam caminhar sozinho neste mundo” (DAMATTA, 1986, p. 17).

Em suma, o jeitinho brasileiro consiste na forma de sintetizar as exigências jurídicas da modernidade com essa influência das relações pessoais, familiares, da cordialidade, que eram impregnadas nas sociedades tradicionais. Assim, não chega a ser um absurdo no direito se afirmar que inexistem dois casos iguais, perspectiva que não encontra ressonância nem em Dworkin nem em Alexy, apenas para citar as principais influências sobre a teoria jurídica brasileira.

Na verdade, mesmo tal assertiva, ainda que inconscientemente, está relacionada ao jeitinho malandro de ser, como bem anota Roberto DaMatta (1986, p. 106):

Quer dizer, tal como acontece com o seu modo de andar, o malandro é aquele que – como todos nós – sempre escolhe ficar no meio do caminho, juntando, de modo quase sempre humano, a lei, impessoal e impossível, com a amizade e a relação pessoal, que dizem que cada homem é um caso e cada caso deve ser tratado de modo especial.

Assim, uma das propostas de solução que se pode adotar no direito brasileiro, o que muito corretamente o atual Código de Processo Civil (CPC) fez, é instituir uma teoria da decisão baseada nos precedentes, especialmente pela incorporação ao direito brasileiro do princípio da integridade, que já era tratado nesses termos por Dworkin (1996, p. 83).

Integridade no direito tem muitas dimensões. Primeiro, ela insiste que a decisão judicial deve ser uma matéria de princípio, não de compromisso ou estratégia ou acomodação política. Essa aparente banalidade é frequentemente ignorada [...]. Segundo, integridade mantém verticalmente: um juiz quem clama um particular direito de liberdade como fundamental deve

mostrar que tal argumento é consistente com o conjunto de precedente, e com a principal estrutura de nosso arranjo constitucional. Terceiro, integridade mantém horizontalmente: um juiz que adote um princípio deve dar completo peso a ele em outros casos que ele decida ou endosse.

O direito passa a não mais aceitar que cada caso é um caso que deve ser resolvido de um modo especial no âmbito do Direito Processual Civil, mas não apenas pela menção abstrata ao princípio da integridade, mas também por disposição de diversas regras acerca de como os juízos devem se portar diante do momento da decisão, como segue:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

[...]

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Inclusive, tal regramento deve ser considerado cogente para as demais áreas processuais ou procedimentais, em virtude de ser a primeira tratativa legal dessa matéria, portanto, a analogia deve ser utilizada para preencher a lacuna na área administrativa, por exemplo, nos termos do Art. 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Do dito até agora, é possível imaginar que mesmo essa alteração legislativa possuirá efeitos meramente simbólicos, ou seja, os aplicadores continuem sem destacar as circunstâncias relevantes que distinguem um caso do outro, ferindo a presunção legal de que os casos são sempre iguais, em vez de distintos. Afinal, o jeitinho malandro enquanto característica socioantropológica brasileira possivelmente preponderará, ou seja, a atividade de advogados manterem um diálogo próximo com os magistrados provavelmente continuará sendo importante. Afinal, como bem ressalta Roberto DaMatta (1986, p. 102)

acerca das circunstâncias que é possível aplicá-lo para flexibilizar o direito:

Geralmente, isso se dá quando as motivações profundas de ambas as partes são conhecidas; ou imediatamente, quando ambos descobrem um elo em comum. Tal elo pode ser banal (torcer pelo mesmo time) ou especial (um amigo comum, ou uma instituição pela qual ambos passaram ou, ainda, o fato de se terem nascido na mesma cidade).

Importa destacar, o presente trabalho não possui pretensão de esgotar a temática estudada da constitucionalização simbólica, do constitucionalismo tardio, da ausência de cultura constitucional, nem do desrespeito à vontade de Constituição prejudicial à afirmação de sua força normativa, mas tão-somente demonstrar como essas circunstâncias e suas possíveis causas prejudicam a realização dos mais caros princípios fundamentais especialmente por meio da tolerância com más práticas de gestão administrativa prejudiciais à afirmação da dignidade da pessoa humana concretizada em parte pelo direito fundamental à boa administração pública, a ser estudado no tópico seguinte, assim como, sinalizar possíveis meios adaptados à realidade deste país para aprimoramento de seu sistema jurídico.

4.1. Discurso jurídico da dignidade da pessoa humana no direito comparado como fundamento do reconhecimento do direito fundamental à boa administração no Brasil

Consoante já antecipado, o direito brasileiro, do ponto de vista constitucional, adotou princípios jurídicos inúmeros, entre os quais, a dignidade da pessoa humana, que é considerada, nessa perspectiva, a própria essência e finalidade do direito. Nesse sentido, Ricardo Maurício Freire Soares (2010, p. 128) indica o seguinte:

De certo, 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.

Assim, inevitavelmente, ela possui uma tríplice eficácia jurídica, a saber, positiva, jurídica e hermenêutica. Por eficácia positiva, entende-se que ela obriga os poderes constituídos a praticar atos que a promovam. Já a eficácia negativa significa que ela impede a realização de atos que dificultem ou impossibilitem a sua realização. Nessa linha, segue citação de Ricardo Maurício Freire Soares (2010, p. 145):

Sendo assim, constata-se que o princípio 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.

Mas, como visto, não há apenas as eficácias positiva e negativa. Por sua vez, a eficácia hermenêutica significa que a dignidade da pessoa humana deve ser utilizada para interpretar outros textos normativos, seja lá qual for o ramo do direito, como bem leciona Ricardo Maurício Freire Soares (2010, p. 146):

[...] no plano hermenêutico, o princípio da dignidade humana orienta a correta interpretação e aplicação dos demais princípios e regras, constitucionais ou infraconstitucionais, de um dado sistema jurídico, a fim de que o intérprete escolha, entre as diversas opções hermenêuticas, a que melhor tutele a ideia de existência digna no caso concreto.

Diante desse contexto, é inegável que a dignidade da pessoa humana pode ser utilizada para fins de reconhecer a juridicidade no âmbito brasileiro numa interpretação lógico-sistemática, baseada no direito comparado, de princípios não expressamente previstos na Constituição de 1988, nos termos da cláusula de abertura do seu art. 5º, parágrafo segundo. Na mesma linha, segue lição:

O princípio da dignidade da pessoa humana se desdobra em inúmeros outros princípios e regras constitucionais, conformando um arcabouço de valores e finalidades a ser realizadas pelo Estado e pela sociedade civil, como forma de concretizar a multiplicidade de direitos fundamentais, expressos ou implícitos, da Carta Magna brasileira, e, por conseguinte, da normatividade infraconstitucional derivada (SOARES, 2010, p. 137).

Na verdade, a utilização do direito comparado como método de interpretação e aprimoramento do direito nacional não consiste em uma inovação, sendo adotado por diversos pesquisadores do ramo. Por exemplo, René David (1978, p. 40/41), das três funções que ele enxergou para o direito comparado, uma delas foi justamente “permitir aos juristas de diversas nações, no que respeita aos seus direitos internos, considerar o seu aperfeiçoamento, libertando-os da rotina”.

Assim, essa pesquisa insere-se naquela perspectiva da maior parte dos juristas, qual seja, considerar “o direito comparado [...] apenas um método, o método comparativo” (DAVID, 1978, p. 35). Em resumo, adota-se a opinião de que esse não é um campo fechado para especialistas nessa área, como bem destacado por René David (1978, p. 35) na citação a seguir:

O direito comparado não é o domínio reservado de alguns juristas que encontram o seu interesse nesse ramo. Todos os juristas são chamados a interessar-se pelo direito comparado, quer para melhor compreenderem o seu próprio direito, quer para o tentarem aperfeiçoar, ou, ainda, para estabelecer, de acordo com os juristas dos países estrangeiros, regras de conflito ou de fundo uniformes ou para harmonização dos diversos direitos.

O argumento da juridicidade do direito fundamental à boa administração ganha especial relevo em decorrência de a realização da dignidade da pessoa humana não pressupõe apenas os direitos de primeira dimensão, mas também os de segunda (SOARES, 2010, p. 152). Em síntese, sem uma adequada gestão dos órgãos, autarquias e empresas estatais capaz de conciliar o texto normativo com a cultura brasileira, sem dúvidas, a sua concretização restará prejudicada. Afinal, é sabido que os recursos são limitados e a positivação de um princípio implica o conseqüente dever jurídico de adoção dos meios adequados, necessários e proporcionais, como bem trouxe Robert Alexy (2015, p. 116-117), nos seguintes termos:

Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza.

Assim, na linha de uma técnica lógico-sistemática de interpretação do direito, na esteira do marco filosófico pós-positivista que impacta numa nova teoria de interpretação constitucional, no seguinte tópico será investigado o direito fundamental à boa administração na União Europeia para fins de investigar a sua utilização como meio de concretização da dignidade humana, assim como, possível incorporação ao direito brasileiro.

3.2. Direito fundamental à boa administração pública na União Europeia

O artigo 41 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia prevê expressamente o direito fundamental à boa administração. Aquele documento é dividido em preâmbulo e quatro capítulos, a saber: dignidade, liberdades, igualdade, solidariedade, cidadania, justiça e disposições gerais.

Já no preâmbulo, é destacado que a união está fundada nos valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano, liberdade, igualdade e solidariedade. Em resumo, isso significa que os quatro primeiros capítulos da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia tratam dos referidos valores.

Além disso, esse documento afirma que é baseado nos princípios da democracia e do Estado de direito, correspondendo, assim, aos capítulos quinto e sexto. Ademais, ele conclui que o ser humano é o cerne da atuação da união.

O direito fundamental à boa administração, na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, está inserido no capítulo cidadania. Assim, pela sua forma de organização, já se pode perceber que enquanto dignidade do ser humano, liberdade, igualdade e solidariedade são os valores em comum a serem defendidos e possuem característica principalmente material, a democracia resguardada pelos direitos dos cidadãos e o Estado de direito protegido pela justiça possuem caráter instrumental.

Desse modo, após o reconhecimento doutrinário de que houve no Brasil uma constitucionalização do direito por meio do reconhe-

cimento de princípios e regras fundamentais que asseguraram ao direito, essencialmente deontológico, uma aproximação com o justo, ou seja, com o axiológico, foi verificado que o maior problema atualmente não consiste no reconhecimento da constitucionalidade do princípio da dignidade da pessoa humana ou de tantos outros, muito menos de sua força normativa vinculante, mas sim nos instrumentos aptos a torná-lo efetivo, ou seja, aplicar-lhe eficácia para além do direito.

Assim, o direito do cidadão à boa administração pública na União Europeia, entendido como um meio para a realização do valor em comum da dignidade do ser humano, ganha relevância para ser devidamente compreendido em uma análise de direito comparado como a presente. Portanto, o presente trabalho possui a mesma inspiração que o de Said Vakkas Gözlügöl (2013, p. 425), ou seja, objetiva uma perspectiva “diferente da boa governança em relação da convencional, com o propósito de encorajar a reflexão sobre como melhorar a administração pública e com o objetivo último de colocar a dignidade humana em primeiro lugar e acima de tudo, tanto na teoria como na prática”¹.

Isso não nega ou afasta a ideia de que para cumprir o direito fundamental à boa administração diversos princípios devem ser considerados na análise, ao contrário. Said Vakkas Gözlügöl (2013, p. 425) apontou transparência, prestação de contas e participação dos cidadãos como seus pré-requisitos.

Noutro giro, G. H. Addink (2015, p. 7), ao realizar um estudo exploratório de sua utilização pela União Europeia e Estados-Membros, concluiu que encontrou seis princípios decorrentes do direito fundamental à boa governança: “correção e direitos humanos; transparência e participação; e finalmente efetividade e prestação de contas”².

-
1. Cf: “A different approach of good governance from the conventional one has been suggested, with the purpose of encouraging thinking about how to improve public administration, and with the ultimate aim of putting human dignity first and above all both in theory and in practice”.
 2. Cf: “In different legal forms – constitutions, laws, policy papers, case law and reports of ombudsman and audit institutions – six principles of good governance

Entretanto, pode-se observar que, não raro, administradores públicos adotam políticas e praticam atos de gestão ineficazes. Algumas vezes, eles o realizam sem o devido apoio de profissionais experientes e especializados em suas respectivas áreas, agindo respaldados nas suas crenças pessoais. Em outras, eles contrariam até mesmo opiniões orais ou escritas conferidas por técnicos por motivos injustificados.

Diante da atual perspectiva do direito e do desenvolvimento das ciências, essas decisões que desperdiçam recursos públicos não podem ser consideradas constitucionais. Inclusive, a discricionariedade do administrador público precisa ser revisitada.

Um dos principais autores a tecer uma crítica contundente contra a discricionariedade foi Ronald Dworkin (2010, p. 55). Naquele momento, ele pretendeu demonstrar que os juízes não possuem uma discricionariedade em sentido forte, entendida essa como uma liberdade para o magistrado após esgotados os parâmetros jurídicos formalizados em termos de regras.

No máximo, poder-se-ia argumentar possuírem discricionariedade no sentido fraco, ou seja, possibilidade de juízes decidirem diferentemente, mesmo ambos sendo bem treinados, inteligentes e tenham examinado detidamente a matéria. Em resumo, nessa situação, ela acontece quando “por alguma razão, os padrões que uma autoridade pública deve aplicar não podem ser aplicados mecanicamente, mas exigem o uso da capacidade de julgar. Usamos este sentido fraco quando o contexto não é por si só esclarecedor [...]” (DWORKIN, 2010, p. 51).

Assim, na verdade, mesmo na hipótese de o texto normativo estabelecer uma relativa indeterminação, não há mais para considerar que o aplicador poderá decidir discricionariamente as consequências jurídicas, porque deverá fazê-lo com base nos princípios. Nesse sentido, a crítica empreendida por Gustavo Binbenojm (2014)

were found: properness and human rights; transparency and participation; and finally effectiveness and accountability.”

especificamente na seara administrativista ganha relevância por alguns motivos.

Primeiro, as origens do reconhecimento do poder discricionário do administrador público possui traços estreitos com o absolutismo, não encontrando mais respaldo constitucional, especialmente, se ela prever a incorporação de cânones éticos ao direito na forma de princípios jurídicos. Nos seus dizeres: a “palavra *discricionarietà* tem sua origem no antigo Estado europeu dos séculos XVI a XVIII, quando expressava a soberania decisória do monarca absoluto (*voluntas regis suprema lex*)” (BINENBOJM, 2010, p. 207).

Segundo, “abandona-se a tradicional dicotomia entre ato vinculado e ato discricionário, passando-se a um sistema de graus de vinculação à juridicidade” (BINENBOJM, 2010, p. 25), a depender da norma jurídica aplicável ao caso, consoante a seguinte classificação, ordenada “em uma escala decrescente de densidade normativa vinculativa” (BINENBOJM, 2010, p. 221):

- a) atos vinculados por regras (constitucionais, legais ou regulamentares);
- b) atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados (constitucionais, legais ou regulamentares);
- c) atos vinculados diretamente por princípios (constitucionais, legais ou regulamentares).

Portanto, nessas circunstâncias em que supostamente há discricionarietà, na verdade, o administrador público precisa julgar, à luz das normas jurídicas aplicáveis ao caso sejam princípios ou regras com ou sem conceitos jurídicos indeterminados. E, obviamente, para atingir a adequada interpretação delas, deverá procurar suporte nos postulados do pensamento humano e no conhecimento técnico-científico, com fins a eleger os melhores meios para a concretização do direito, no que o direito fundamental à boa administração pública nos moldes aplicáveis na União Europeia pode muito bem ajudar.

Não se pretende também com esse argumento defender uma incorporação acrítica das soluções encontradas no estrangeiro, especi-

almente, na União Europeia, objeto de estudo no presente tópico, mas é fato que, como traz Said Vakkas Gözlügöl (2013, p. 425), “os meios e modos de superar esses obstáculos devem ser concebidos em uma base específica do país de uma maneira receptiva às boas práticas e realizações da comunidade internacional e a partir de estudos empíricos”.³

Em síntese, interessa ao direito brasileiro as soluções encontradas pelos estados europeus para tornar efetiva a consubstanciação da dignidade da pessoa humana por meio do direito fundamental à boa administração tanto na perspectiva teórica, quanto na prática. Afinal, é momento de se reconhecer que a constitucionalização do direito aconteceu até então meramente formalmente, ensejando o reconhecimento de que os meios também constituem núcleo do dever-ser. Afinal, sem uma boa destinação e aplicação dos recursos públicos, consoante uma análise adequada, o fundamento da República Federativa do Brasil permanecerá sem eficácia.

Assim, as soluções encontradas em outros países, ainda que não sejam milagrosas e por vezes demandem checagem da adequação ou adaptações às especificidades locais, são inegavelmente um ponto de partida.

Não se pode olvidar, entretanto, que também os países europeus estão longe de serem perfeitos. Não é apenas a doutrina brasileira que conhece a constitucionalização simbólica e o constitucionalismo brasileiro tardio, ainda que sejam essas duas expressões forjadas por pensadores deste país. Por exemplo, Norberto Bobbio (2004, p. 9) já denunciou que, em plena era dos direitos, persistem muitos cidadãos que integram a classe social dos sem direito, o que enseja debates especialmente sobre os mecanismos para concretizá-los, mais do que teorizar acerca deles.

Nessa linha, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia atribui ao Provedor de Justiça Europeu, *ombudsman*, atribuição

3. Cf: “[...] the means and modes to overcome these obstacles should be designed on a country specific basis in a manner that is receptive to good practices and achievements by international community, and from empirical studies”

para recebimento de petição relacionada a casos de má administração das instituições, órgãos ou organismos da União formulada por qualquer de seus cidadãos ou pessoa singular ou coletiva com residência ou sede social num Estado-Membro, excetuando, apenas, casos relacionados ao Tribunal de Justiça da União Europeia no exercício das respetivas funções jurisdicionais.

Duas perspectivas de direito comparado são possíveis acerca da existência de um Provedor de Justiça nos moldes de um *ombudsman* no direito brasileiro. Uma leitura propõe que se analise as funções exercidas pelo órgão. Nesse caso, a inclusão do Ministério Público está para além de qualquer dúvida, mas também com acerto afirma-se que a Defensoria Pública também é equiparada, opinião defendida por Daniel Sarmiento (2015, p. 18):

Nesses termos, não resta dúvida de que a Defensoria Pública da União exerce função de *ombudsman*. Como visto, trata-se de entidade autônoma, dotada de estatura constitucional, cujas funções institucionais abrangem “a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados” (art. 134, caput, CF).

Na verdade, para Daniel Sarmiento (2015, p. 17), o *ombudsman* pode possuir duas funções, quais sejam, fiscalizar a administração pública ou proteger os direitos fundamentais, como lição que segue:

Na seara estatal, aponta-se uma clivagem entre o modelo europeu de *ombudsman*, surgido ainda no século XIX e voltado precipuamente para a fiscalização da administração pública, e o modelo latino-americano, erigido a partir do segundo pós-guerra e mais ligado à proteção dos direitos fundamentais.

Outra análise possível em sede de direito comparado acerca da existência de uma instituição similar ao *ombudsman* no direito brasileiro consiste em entender que simplesmente inexistente, em virtude de, no direito comparado, ele ser escolhido pelo órgão legislativo, tal proposta é seguida por Juliana Almenara Andaku (2006).

De fato, as instituições do Ministério Público e da Defensoria Pública podem possuir características de fiscalizar a administração

pública ou defender os direitos fundamentais, mas o realizam numa perspectiva de acionamento judicial, o que difere da ótica política do *ombudsman*. Tal visão diversa de atuação decorre da forma de nomeação que termina, ressalta-se, por impactar no *modus operandi* da instituição.

Mesmo que se argumente que os chefes do Ministério Público possuem sua nomeação indicada pelo chefe do Poder Executivo e aprovação por maioria absoluta do Senado Federal, na verdade, a forma jurídica de controle distancia-se da modelagem política proposta pelo instituto do *ombudsman*.

Assim, pode ser interessante para a realidade brasileira instituir um Provedor de Justiça vinculado às Câmaras de Vereadores, Assembleias Estaduais ou Congresso Nacional com a finalidade de, inicialmente, informar a prática de ato de má gestão ao órgão ou entidade vinculada à administração, tal qual uma ouvidoria externa.

Caso não adotadas as medidas pertinentes, o *ombudsman* ingresaria em uma fase de negociação, utilizando para tanto de sua capacidade e repertório político, com fins de adequar a má prática de gestão para o caso em questão e os vindouros.

Em última hipótese, o caso seria levado diretamente à instituição do Poder Legislativo ou ao respectivo Tribunal de Contas a depender do que dispusessem as normas de direito positivo.

Essa concepção, embora baseada no direito europeu, está até mesmo condizente com as características antropológicas do povo brasileiro, já que propiciar a instituição de um profissional destinado justamente a realizar a uma interlocução por meio da negociação e da conciliação política está relacionado, por exemplo, ao relatado “jeitinho malandro”.

Obviamente, tal instituição precisaria igualmente respeitar os parâmetros da impessoalidade, ainda que o faça por meio de o resultado da negociação ou conciliação pessoal passar a vincular impessoalmente todos os casos vindouros. Assim, três sugestão para a sua atuação são possíveis.

Primeiro, o *ombudsman* deveria promover uma interlocução mais próxima, praticamente pessoal e familiar, entre os interesses do cidadão e a explicação dos limites e dificuldades que precisam ser transcendidos para obter o direito, o que pode vir a ser uma solução, pois, como visto, uma perspectiva política em vez de jurídica pode resultar numa instituição mais acolhedora.

Segundo, uma das más práticas administrativas, sem dúvidas, é a existência de exigências formais desnecessárias. Não raro, há de se reconhecer também, o jeitinho brasileiro destina-se a superar dificuldades burocráticas que não precisavam existir. Assim, a desformalização do direito aplicado em cartórios e repartições administrativas, sempre que possível, é prática que deve ser recomendada, mantendo-se apenas os atos e formalidades indispensáveis de serem excetuadas.

Por fim, o *ombudsman*, ao menos diante das peculiaridades da cultura brasileira, deveria também realizar uma interlocução com a administração acerca da possibilidade de passar a inserir na rotina administrativa as soluções necessárias para atender às queixas a ele conduzidas. Na verdade, caso não seja possível passar a vincular os casos semelhantes vindouros, então a reclamação não poderá ser conduzida por violação à impessoalidade.

Essa perspectiva de apoiar-se nos precedentes é indispensável, até mesmo para os órgãos de controle, afinal, há de se evitar que as decisões sejam tomadas por aproximações pessoais, familiares ou meras afinidades.

A sugestão que surge, portanto, é a instituição de mecanismos jurídicos pessoais, respeitantes da cultura brasileira, mas com efeitos jurídicos impessoais, para fins de manter a conformação com o direito. Nessa seara, o *ombudsman*, uma espécie de ouvidor externo, assim configurado, pode vir a impactar na melhora da performance da administração pública, reduzindo as más práticas administrativas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, conclui-se:

1. O “positivismo jurídico exclusivo” é incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro que prevê expressamente a normatização de princípios fundamentais. Não bastasse, ainda deixa possibilidade de o hermenauta deduzir princípios implícitos da Constituição.
2. O “não positivismo jurídico exclusivo” também é incompatível com o direito posto brasileiro, porque reduz a análise do direito à critérios morais, tornando-se dispensável defrontar-se com o texto posto, inclusive, a Constituição.
3. Na verdade, em decorrência da perspectiva pós-positivista que é tão propalada na doutrina brasileira, que busca uma síntese entre o jusnaturalismo e o juspositivismo, as perspectivas mais adequadas para se interpretar o direito são o “positivismo jurídico inclusivo” ou o “não positivismo jurídico superinclusivo”, não sendo sequer adequado o “não positivismo inclusivo”, já que admite a invalidade até mesmo de texto constitucional considerado extremamente injusto.
4. Nessa seara, princípios e outros argumentos passaram a ser incorporados ao direito. Assim, em decorrência disso, a interdisciplinaridade defendida não possibilita apenas uma leitura externa do direito, mas também uma leitura interna por meio da filosofia no direito, sociologia no direito, antropologia no direito etc., em vez de meramente filosofia do direito, sociologia do direito, antropologia do direito.
5. Igualmente a exclusividade da técnica interpretativa literal deixa de existir, passando a preponderar uma leitura teleológica, no presente estudo, enriquecida especialmente pelo método lógico-sistemático relacionado com o direito comparado.
6. Afinal, se a dignidade da pessoa humana é um princípio protegido em diversos ordenamentos jurídicos do mundo, as soluções para sua realização encontradas em um país podem

muito bem serem úteis em outros, desde que superem testes de adequação com a história, a política, o direito e as peculiaridades sociais e antropológicas do país que pretende adotá-las.

7. Nesse sentido, o direito fundamental à boa administração possui contornos que soa bem possível a sua incorporação pela via hermenêutica, especialmente, em virtude de sua vinculação de instrumento de concretização da dignidade do ser humano no sistema jurídico europeu.
8. Uma decorrência dessa incorporação, é o reconhecimento da compatibilidade, na cultura brasileira, da existência de um Provedor de Justiça similar ao *ombudsman*, ou seja, um agente nomeado pelo Poder Legislativo com fins de receber queixas e conferir uma solução política para as más práticas administrativas, o qual não se confunde com os atuais Ministério Público ou Defensoria Pública, órgãos eminentemente jurídicos.

REFERÊNCIAS

- ADDINK, G. H. **Good governance in the EU member states**: a comparative, interdisciplinary study on the interpretation and application of good governance in the EU member states and in the different functions of the government bodies. 2015. Disponível em: <https://www.ris.uu.nl/ws/files/18826324/final_version_september_2015.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2018.
- ALEXY, Robert. Não positivismo inclusivo. In: **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Organizadores: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva. 1. Ed. Florianópolis: Qualis, 2015.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2015.
- ANDAKU, Juliana Almenara. **O papel do ombudsman no direito brasileiro**. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9077/o-papel-do-ombudsman-no-direito-brasileiro>>. Acesso em: 28 jul. 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 28. jul. 2018.
- BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 jul. 2018.
- BRASIL. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 28. jul. 2018.
- BRITO, Edvaldo. **Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- COHN, Gabriel. Persistente enigma. In: FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 5 ed. São Paulo: Globo, 2012.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev, ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2018.
- DAMATTA, Roberto. **O que faz o brasil, Brasil?**. Rio de Janeiro: Rocco, 1986.
- DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução: Hermínio A. Carvalho. 2. ed. Lisboa: Editora Meridiano, 1978.
- DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006.
- DO VALLE, Vanice Regina Lírio. **Direito fundamental à boa administração e governança: democratizando a função administrativa**. 2010. Tese (Pós-doutorado) - Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2010.
- DWORKIN, Ronald. **Freedom's law: the moral Reading of the American Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1996.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.
- FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 5 ed. São Paulo: Globo, 2012.
- FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios**. Tradução: Candice Premaor Gullo. Revisão da tradução: Silvana Cobucci Leite. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.
- GÖZLÜGÖL, Said Vakkas. **Human being dignity-based public administration: the road to effective good governance**. Isparta: The Journal of Faculty

- of Economics and Administrative Sciences, 2013. Disponível em: <<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/194327>>. Acesso em: 29 jul. 2018.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 27. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.
- JORNAL OFICIAL DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Carta dos direitos fundamentais da União Europeia**. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2018.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.
- ROULAND, Norbert. **Nos confins do direito**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- SARMENTO, Daniel. **Dimensões constitucionais da Defensoria Pública da União**. 2015. Disponível em: <www.anadef.org.br/images/Parecer_ANA-DEF_CERTO.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2018.
- SAVIGNY, M. F. C. de. **De la vocación de nuestro siglo**. Disponível em: <fama2.us.es/fde/ocr/2012/deLaVocacionDeNuestroSiglo.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2018.
- SAVIGNY, M. F. C. de. **Sistema del derecho romano actual**, tomo I. Tradução: M. Ch. Guenoux. Madrid, F. Góngora y Compañía, 1878. Disponível em: <<https://archive.org/stream/BRes1421811#page/n185/mode/1up>>. Acesso em: 28 jul. 2018.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. **O constitucionalismo brasileiro tardio**. Brasília: ESMPU, 2016.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Elementos de teoria geral do direito**. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2017.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SUPIOT, Alain. **Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

