



A ATUAÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS  
ADVOGADOS DO BRASIL NOS PRIMEIROS ANOS DA DITADURA  
Maria Cristina Cardoso Pereira

LA LIBERTAD DE EMPRESA Y LA NO DISCRIMINACIÓN  
Christian Alberto Cao

REGULAÇÃO (ANTI)CONSUMERISTA  
Marcelo Lauar Leite

O PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO NEOCONSTITUCIONAL  
Camila Paula de Barros Gomes

DO DIREITO DO TRABALHO À JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES  
SOCIAIS: NOTAS SOBRE WERNECK VIANNA  
Daniel Estevão Ramos de Miranda

A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À NACIONALIDADE: UM  
DESAFIO PARA O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS  
HUMANOS  
Ulisses Levy Silvério dos Reis  
Sven Peterke

A ABERTURA DAS CONSTITUIÇÕES AO DIREITO  
INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: ENSAIO  
INTRODUTÓRIO  
Breno Baía Magalhães

A DIFUSÃO DE IMAGENS DE CRIMES E DE ACIDENTES NO  
BRASIL: CONDUTA TÍPICA E VIOLAÇÃO DE DIREITOS DA  
PERSONALIDADE  
Nélida Reis Caseca Machado  
Kátia Dias Manso

COMPATIBILIZAÇÃO OU PREPONDERÂNCIA DE VALORES NA  
APLICAÇÃO DA SUSTENTABILIDADE?  
Marcus Tullius Leite Fernandes dos Santos

ENTRE TUPÃ E O LEVIATÃ: O TRANSCONSTITUCIONALISMO E  
AS ORDENS LOCAIS INDÍGENAS  
Julianne Holder da Câmara Silva  
Maria dos Remédios Fontes Silva

REVISTA JURÍDICA



## REVISTA JURÍDICA DA UFERSA

### Editor-Chefe

Dr. Rafal Lamera Giesta Cabral (UFERSA)

### Editor-Adjunto

Me. Marcelo Lauer Leite (UFERSA)

### Conselho Editorial

Dr. Alfredo de Jesus Dal Molin Flores (UFRGS)

Dra. Ana Cláudia Farranha Santana (UnB)

Dra. Andressa Guimarães Torquato Fernandes (UFF)

Dr. Cristiano Paixão (UnB)

Dr. Douglas Antônio Rocha Pinheiro (UnB)

Dr. Fernando César Costa Xavier (UFRR)

Dr. Gustavo César Machado Cabral (UFC)

Dr. Gustavo Silveira Siqueira (UERJ)

Dr. Mário Sérgio Falcão Maia (UFERSA)

Dr. Rafael Lamera Giesta Cabral (UFERSA)

Dr. Samuel Rodrigues Barbosa (USP)

Dr. Sérgio Said Staut Júnior (UFPR)

Dr. Jan Dirk Harke (Universidade de Würzburg - Universidade de Jena, Alemanha)

Dr. Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Universidade de Coimbra, Portugal)

Dr. Pedro Canastra de Azevedo Maia (Universidade de Coimbra, Portugal)

---

### Ficha catalográfica

R454

Revista Jurídica da UFERSA [recurso eletrônico] / Universidade Federal Rural do Semiárido  
v. 1, n. 1, (jan./jul. 2017) – Mossoró, 2017 –

Semestral

ISSN: pendente

1. Direito – Periódicos. I. Universidade Federal Rural do Semiárido.

CDD: 340

CDU: 34

---

Bibliotecária Keina Cristina Santos Sousa e Silva - CRB15/120



## REVISTA JURÍDICA DA UFRSA

### Pareceristas desta Edição

- Dra. Adriana Duarte de Souza Carvalho (CEUCLAR)  
Me. Aline Marques Marino (UNIFEI)  
Dr. Álisson da Silva Costa (PUC-MG)  
Me. Ana Paula Gonzatti da Silva (FDUC, Portugal)  
Me. Arleide Meylan (UnB)  
Me. Caroline Sátiro de Holanda (FDUC, Portugal)  
Dra. Cleide Calgaro (UCS)  
Me. Cristiano Starling Erse (FDUC, Portugal)  
Me. Daniel de Oliveira Araújo (FANEC)  
Dra. Eddla Karina Gomes Pereira (UFERSA)  
Dra. Estefânia Naiara da Silva Lino (UniRV)  
Dr. Fernando César Costa Xavier (UFRR)  
Me. Francisco Rogerio Madeira Pinto (UnB)  
Dr. Jacson Gross (UNILASALLE)  
Me. Juliana Aparecida Rigato (PUC-SP)  
Me. Leandro Almeida de Santana (UFG)  
Me. Leiliane Rodrigues da Silva Emoto (UNITOLEDO)  
Me. Lucila Gabriella Maciel Carneiro Vilhena (FDUL, Portugal)  
Me. Maéve Rocha Diehl (FDUC, Portugal)  
Esp. Marianny Alves (UFMS)  
Dra. Mônica Lúcia Cavalcanti de A. D. Mariz Nóbrega (UEPB)  
Dra. Mônica Teresa Costa Sousa (UFMA)  
Me. Paulo Esdras Marques Ramos (UMSA, Argentina)  
Me. Pedro Henrique Cordeiro Lima (UFMG)  
Dr. Pedro Parini Marques de Lima (UFPE)  
Me. Priscilla Cardoso Rodrigues (FDUC, Portugal)  
Me. Rafael Barbosa Firpo (FDUC, Portugal)  
Me. Raimundo Márcio Ribeiro Lima (UFC)  
Me. Raphael Peixoto de Paula Marques (UnB)  
Me. Ricardo Oliveira Rotondano (UFPA)  
Me. Rodrigo de Almeida Leite (UFPE)  
Me. Rômulo Magalhães Fernandes (PUC-MG)  
Me. Tiago Resende Botelho (FDUC, Portugal)  
Me. Ulisses Levy Silvério dos Reis (UFC)  
Dr. Victor Rafael Fernandes Alves (UFPB)



## NOTA EDITORIAL

Forjada no semiárido brasileiro, a Revista Jurídica da Universidade Federal Rural do Semi-árido (REJUR) tem como missão fomentar novos espaços de discussões sobre o fenômeno jurídico em sua complexidade. A idealização do periódico foi fruto de um trabalho coletivo que reflete tanto a heterogeneidade do Curso de Direito da UFRSA quanto as investigações originadas por seus pesquisadores. Essas experiências produziram ricas narrativas sobre Estado, Direito e Sociedade, as quais, a partir de agora, passam a ser refletidas em um âmbito inovador, com um diálogo interinstitucional com pesquisadores de outros Estados brasileiros e países.

Neste primeiro número, dois autores foram convidados a publicar artigos. Com o trabalho de abertura, MARIA CRISTINA CARDOSO PEREIRA produziu uma reflexão sobre “*A atuação do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil nos primeiros anos da ditadura (1964-1965)*”. A autora explorou uma outra possibilidade de leitura a partir do papel desempenhado pelo Conselho Federal da OAB no apoio civil à ditadura militar brasileira. Ao revisitar as atas do CFOAB nos primeiros anos do regime de exceção, a autora identificou como as tensões internas da Ordem acabaram sendo associadas a interesses próprios da categoria, ao mesmo tempo em que eram camufladas por uma narrativa que aderiu à necessidade de defesa da ordem e da democracia. O texto é um belo desafio para contribuir com novas interpretações sobre o papel das instituições no período autoritário que marcou nossa história constitucional.

Na sequência, CHRISTIAN ALBERTO CAO, da Universidade de Buenos Aires – Argentina, republica “*La libertad de empresa y la no discriminación*”, em que discute, a partir do direito argentino e de um *leading case*, o alcance e os limites do exercício do direito constitucional ao empreendimento econômico privado à luz do princípio da não discriminação nas relações de trabalho.

Desde a primeira chamada de artigos, realizada em janeiro de 2017, a REJUR recebeu 35 submissões e após rigorosa avaliação *peer/blind review*, 8 artigos foram selecionados para esta edição inaugural, atendendo-se também às recomendações da CAPES quanto à exogenia e internacionalização – fundamentais à oxigenação do debate científico.

MARCELO LAUAR LEITE problematiza a intervenção do Estado sobre a liberdade de iniciativa privada no texto sobre a “*Regulação (Anti)Consumerista*”. Para o autor, a ação estatal, mesmo que justificada por uma tentativa de ser pretensamente pró-consumerista, tende a produzir resultados anticonsumeristas. A criativa análise do autor passa por três grupos específicos de iniciativas: os das regulações que almejam

tutelar a saúde do consumidor, o lucro dos fornecedores e a segurança de passageiros nos contratos de transporte individual.

Na sequência, CAMILA PAULA DE BARROS GOMES contribui com a reflexão “*O Poder Judiciário no Estado Neoconstitucional*”, ao expor que os desafios impostos pela democracia exigem problematizações frente ao papel dos magistrados na interpretação do sistema jurídico frente os princípios constitucionais.

DANIEL ESTEVÃO RAMOS DE MIRANDA oferece um ensaio intitulado “*Do Direito do Trabalho à judicialização das relações sociais: notas sobre Werneck Vianna*”. Para o autor, discutir o lugar do Direito enquanto elemento de mediação das relações entre Estado e Sociedade no Brasil tem se tornado fundamental para uma melhor compreensão de nosso legado. Miranda buscou no sociólogo LUIZ WERNECK VIANNA os principais conceitos mobilizados na construção de sua interpretação sobre como a modernização brasileira dialogou com o direito do trabalho, problematizando a judicialização da política e das relações sociais.

ULISSES LEVY SILVÉRIO DOS REIS e SVEN PETERKE discutem “*A justiciabilidade do Direito à nacionalidade: um desafio para o direito internacional dos direitos humanos*”. O ponto fundamental abordado pelos autores é o direito à nacionalidade e a condição jurídica dos apátridas frente aos sistemas do direito internacional e nacional de direitos humanos. Por mais que seja possível identificar avanços protetivos, os autores registram um grave desnivelamento entre os entes regionais.

No texto “*A abertura das constituições ao direito internacional dos direitos humanos: um ensaio introdutório*”, BRENO BAÍA MAGALHÃES revisita as ideias iniciais sobre a reinterpretação das relações entre os ordenamentos nacionais e internacionais frente aos novos paradigmas do contexto teórico contemporâneo por compreender que as alegações sobre rejeição ou convergência dos ordenamentos jurídicos frente aos direitos humanos são insuficientes para uma melhor compreensão do problema. No texto, é possível observar um esforço criativo em, a partir do método comparado, sustentar a necessidade de reinterpretação do constitucionalismo brasileiro por conta do impacto do direito internacional dos direitos humanos e proteção multinível de direitos.

A seguir, NÉLIDA REIS CASECA MACHADO e KÁTIA DIAS MANSO promovem um estudo sobre as consequências de compartilhamentos de imagens de crimes e acidentes no Brasil, principalmente as realizadas por servidores públicos, configurando responsabilidade criminal e civil, pela possível violação de direitos da personalidade.

No texto “*Compatibilização ou preponderância de valores na aplicação da sustentabilidade?*”, MARCUS TULLIUS LEITE FERNANDES DOS SANTOS propõe uma investigação sobre o gerenciamento da complexidade do desenvolvimento sustentável. Para o autor, a Política Nacional de Meio Ambiente brasileira se pauta na compatibilização ou harmonização valorativa e, em muitas circunstâncias, ações do Legislativo, Executivo e

Judiciário tendem a dificultar o cumprimento da Constituição, por promoverem uma prática decisória pela preponderância de um valor sobre o outro, e por consequência, impulsionarem uma desinstitucionalização da gestão ambiental.

Ao final, JULIANNE HOLDER DA CÂMARA SILVA e MARIA DOS REMÉDIOS FONTES SILVA, discutem a questão indígena em *“Entre Tupã e o Leviatã: o transconstitucionalismo e as ordens locais indígenas”*. As autoras investigam como os conflitos socioculturais entre as diversas pretensões normativas podem ser harmonizados, de modo a permitir o convívio pacífico das diferentes pretensões de inclusões jurídicas de grupos em que ocorra uma sobreposição de interesses politicamente dominantes. Para avançar nas análises, as autoras utilizam a teoria levantada por MARCELO NEVES, a partir do transconstitucionalismo, como um mecanismo capaz de assegurar à Constituição brasileira a obtenção da legitimidade democrática necessária à realização de sua força normativa.

A Revista Jurídica da UFERSA, com esta edição, inaugura discussões atuais do Direito e projeta um novo espaço para que debates científicos e acadêmicos que envolvam a interdisciplinaridade entre o Direito e outras áreas se concretizem, produzindo frutos a médio e longo prazos para ensino, pesquisa, extensão e internacionalização de um projeto que já se inicia grande.

Desde a idealização da revista até a produção deste primeiro volume, inúmeros desafios foram vencidos. Aqui, registram-se os sinceros agradecimentos ao Editor-adjunto, prof. MARCELO LAUAR LEITE, que com zelo e competência desempenhou um papel excepcional nesta primeira edição. Aos membros do Conselho Editorial, que desde as conversas informais no ano de 2016 se dispuseram a contribuir com este editor e com a UFERSA. Ao corpo de pareceristas e avaliadores *ad hoc* desta edição fica o registro de agradecimento e solidariedade institucional. Aos estudantes do Curso de Direito da UFERSA, representados pelo colaborador desta primeira edição, CARLOS LUAN LIMA MACIEL, pelo apoio e votos de confiança no projeto da REJUR. Aos autores que encaminharam seus textos. À equipe da Editora UFERSA, PROPPG e SUTIC e, por fim, a todos os professores do Curso de Direito da UFERSA.

Desejo uma excelente leitura!

Mossoró-RN, junho de 2017.

**PROF. DR. RAFAEL LAMERA GIESTA CABRAL**  
Editor-Chefe REJUR UFERSA



## MEMÓRIA

Nada somos sem lembranças. Além dos inarredáveis propósitos científicos, a REJUR também pretende cumprir uma tarefa de valor inestimável na documentação histórica do curso de Direito da UFRSA. Para tanto, convidamos alguns personagens a depor sobre suas experiências na construção dessa empreitada acadêmica no semiárido.

O Curso de Direito da UFRSA foi criado em um mar de incertezas, mesmo recebendo a avaliação máxima do MEC para sua autorização. Com a chegada das primeiras turmas, pudemos notar que a união de um corpo docente em sua maioria com dedicação exclusiva ao curso, e um grupo de alunos com sede do saber jurídico, fizeram hoje um dos melhores cursos do país. Os problemas temporários que tivemos no início, como falta de professores e livros na biblioteca, foram suplantados por uma imensa vontade de crescer. Esta foi a chave do sucesso.

**PROF. ME. RODRIGO DE ALMEIDA LEITE**

*Primeiro coordenador do Curso de Direito da UFRSA (2010/11)*

Quando questionada sobre como foi ser parte da primeira turma de Direito da UFRSA, penso de imediato que não foi um período pelo qual eu e meus colegas passamos incólumes. "A primeira turma é a cobaia", diziam todos. E fomos, realmente, para o bem e para o mal. Enfrentamos a primeira metade da graduação sem professores suficientes, livros suficientes, e até sem sala certa. Seguíamos assim, sem saber quando a situação iria melhorar, admirando a força de vontade dos nossos professores e a nossa própria.

Nós sonhamos muito alto. De certa forma, não estávamos somente buscando o diploma, estávamos, literalmente, construindo nosso curso. Tudo era novo, desconhecido, e foi nossa a missão de desbravá-lo, e o bom nome que o curso de Direito da UFRSA mantém até hoje - e seguirá mantendo, se Deus quiser - começou conosco.

Falando por mim agora, não poderia ser diferente, porque esse sonho não era somente meu. Meus pais sonharam junto comigo, meus amigos queridos, os colegas do ensino médio, do trabalho, a minha família, os professores que apostaram em mim e tantos outros me ajudaram que me ajudaram a me decidir pelo Direito e não trocar de graduação, que entenderam minhas ausências nos compromissos sociais, que foram pacientes e compreensivos. Como essa realização também é deles, não faria sentido que eu simplesmente desistisse diante de qualquer dificuldade.

Então, apesar dos obstáculos (e também por causa deles), a experiência de ter feito Direito na UFRSA foi maravilhosa e altamente recomendável. Ao olhar para trás e lembrar dos

congressos, das aulas, dos projetos de pesquisa e extensão, das monitorias, dos bons amigos que lá conquistei, tanto discentes quanto docentes, da aprovação na OAB, concluo que, realmente, não foi fácil. Mas as noites perdidas estudando, os finais de semana em casa e o cansaço por conciliar as aulas com um trabalho de período integral valeram a pena. Tudo me fez perceber que, um passo pequeno por vez, eu consegui realizar um sonho que não era somente meu, extremamente gratificante para mim e para todos que participaram dele comigo.

**ANA CLARA MAIA GURGEL MENDES**

*Concluinte da primeira turma de alunos do Curso de Direito da UFERSA*

*(2010.1 - 2015.1)*

Quando iniciei na UFERSA, a primeira turma do curso de Direito estava iniciando seu quarto período. Tanto os poucos professores, na época, como os alunos que frequentavam, estavam bastante entusiasmados com os enfrentamentos que estavam por vir (extensão, grupos de pesquisa, a prática jurídica). Entre eles, já se via a nítida harmonia que permitiu a realização do melhor curso da Cidade.

O MEC demorou para autorizar o início do Curso de Direito na cidade de Mossoró. À época, dizia-se que três outras instituições já atendiam a demanda da cidade. Não se contava, talvez, que germinava “O Curso de Direito” da cidade de Mossoró.

O Curso já aponta nos primeiros lugares dos rankings da OAB, ENADE e outros. A cada turma formada, quebram-se paradigmas e se coloca a cidade de Mossoró e a UFERSA aos olhos do povo do Nordeste, para quem quiser ver.

Tudo isso só ocorre com o trabalho em equipe dos professores e alunos, ligados de forma *sine qua non*. Além disso, o papel das coordenações foi crucial na condução do curso, abrangendo a recepção dos alunos, o planejamento das vagas dos professores e os projetos de qualificação.

Hoje, com a REJUR, o curso avança mais uma etapa da sua jornada de sua consolidação. Parabênizo os criadores e organizadores da Revista por mais uma contribuição na melhoria da qualidade de uma graduação tão sonhada para aqueles que precisavam ir para as capitais em busca de uma qualificação decente e que, agora, não precisam mais disso.

**ANTONIO FRANKLIN VIANA FAUSTINO**

*Primeiro técnico-administrativo a atender especificamente ao Curso de Direito da UFERSA*



## SUMÁRIO

A ATUAÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO  
BRASIL NOS PRIMEIROS ANOS DA DITADURA | **1-20**

**DRA. MARIA CRISTINA CARDOSO PEREIRA**

LA LIBERTAD DE EMPRESA Y LA NO DISCRIMINACIÓN | **21-32**

**DR. CHRISTIAN ALBERTO CAO**

REGULAÇÃO (ANTI)CONSUMERISTA | **33-52**

**ME. MARCELO LAUAR LEITE**

O PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO NEOCONSTITUCIONAL | **53-71**

**ME. CAMILA PAULA DE BARROS GOMES**

DO DIREITO DO TRABALHO À JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS:  
NOTAS SOBRE WERNECK VIANNA | **72-88**

**DR. DANIEL ESTEVÃO RAMOS DE MIRANDA**

A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À NACIONALIDADE: UM DESAFIO PARA O  
DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS | **89-110**

**ME. ULISSES LEVY SILVÉRIO DOS REIS**

**DR. SVEN PETERKE**

A ABERTURA DAS CONSTITUIÇÕES AO DIREITO INTERNACIONAL DOS  
DIREITOS HUMANOS: ENSAIO INTRODUTÓRIO | **111-130**

**DR. BRENO BAÍA MAGALHÃES**

A DIFUSÃO DE IMAGENS DE CRIMES E DE ACIDENTES NO BRASIL: CONDUTA  
TÍPICA E VIOLAÇÃO DE DIREITOS DA PERSONALIDADE | **131-143**

**ME. NÉLIDA REIS CASECA MACHADO**

**KÁTIA DIAS MANSO**

COMPATIBILIZAÇÃO OU PREPONDERÂNCIA DE VALORES NA APLICAÇÃO DA  
SUSTENTABILIDADE? | **144-164**

**ME. MARCUS TULLIUS LEITE FERNANDES DOS SANTOS**

ENTRE TUPÃ E O LEVIATÃ: O TRANSCONSTITUCIONALISMO E AS ORDENS  
LOCAIS INDÍGENAS | **165-187**

**ME. JULIANNE HOLDER DA CÂMARA SILVA**

**DRA. MARIA DOS REMÉDIOS FONTES SILVA**



# A ATUAÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL NOS PRIMEIROS ANOS DA DITADURA

THE ACTING OF THE FEDERAL COUNCIL OF THE BRAZILIAN BAR ASSOCIATION IN THE FIRST YEARS OF THE DICTATORSHIP

MARIA CRISTINA CARDOSO PEREIRA\*

## RESUMO

Este artigo tem por objetivo mostrar que o apoio da OAB à ditadura militar contou com muitos elementos pragmáticos, envolvendo interesses dos associados e da direção. Através da análise das atas das reuniões ordinárias e extraordinárias do Pleno entre 1964-65, a OAB estabeleceu uma pauta própria neste período, na qual se apresentam diagnósticos políticos (especialmente contra o "perigo comunista") associadas a gestões junto ao Governo Federal visando implementar uma pauta bastante pragmática, centrada na defesa dos interesses econômicos dos advogados.

**Palavras-chave:** Ordem dos Advogados do Brasil; ditadura civil-militar; democracia.

## ABSTRACT

This article aims to show that the support of the OAB to the military dictatorship had many pragmatic elements, involving interests of members and direction. Through detailed analysis of the minutes of regular and extraordinary meetings between 1964-65, this work aims to demonstrate that the OAB set its own agenda in this period, what was associated with political radicalism against the "communist threat" actions to shut the internal opposition and the defense of interests of lawyers especially through personal gestions on the Federal Government.

**Keywords:** Brazilian Bar Association; Civil-Military Dictatorship; Democracy.

\* Pós-doutora em Sociologia pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP). Doutora em Ciências Sociais pela UNICAMP. Doutora em Direito pela Universidade de Brasília (UnB).  
Professora Adjunta da Universidade Federal de Goiás (UFG).  
*cristinapereiraufg@gmail.com*

Recebido em 19-5-2017 | Aprovado em 19-5-2017<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Artigo convidado.



## SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO; 1 A RECEPÇÃO AO GOLPE DE 1964; 2. A QUESTÃO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL; 3. A ELITE NO PODER; 3.1 A teoria das elites; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.**

### ■ INTRODUÇÃO

A Ordem dos Advogados do Brasil tem sido constante objeto de pesquisa bibliográfica tanto pelo direito quanto áreas afins, como a sociologia e a história. Tais estudos se concentram em aspectos relacionados às formas como a Ordem envidou esforços e teve papel destacado na resistência à ditadura militar.<sup>2</sup> Outro ponto sensível é o período imediatamente anterior à própria ditadura, em que setores da Ordem apoiaram o regime militar.<sup>3</sup> Em geral, os dois períodos são tratados de maneira bastante crítica pela bibliografia, de forma a ressaltar que a adesão às reformas democráticas realizou-se tardiamente, a partir da recusa às violações dos direitos dos advogados, das prisões de jovens militantes e às torturas.

A leitura das atas<sup>4</sup> do Pleno da OAB Federal demonstra uma outra possibilidade de leitura. Neste artigo, baseado em fontes primárias, apresentaremos as principais polêmicas presentes nas discussões internas da Ordem, assim como estabeleceremos marcos factuais que ajudarão a compreender de que forma posições políticas se associaram a interesses próprios à categoria e compuseram o apoio civil dispensado pelo Conselho Federal da OAB à ditadura que se instaurou em 1964.

A hipótese apresentada neste artigo é que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil construiu argumentos de defesa do golpe que associavam objetivos genéricos ("defesa da ordem", "contra os comunistas", "pela democracia") com outros, extremamente pragmáticos (os "interesses da categoria", ainda que alguns estivessem em franca oposição ao ordenamento jurídico vigente).

### 1 A RECEPÇÃO AO GOLPE DE 1964

O golpe militar de 1964 foi recebido com júbilo dentro da OAB federal. Essa questão, inclusive, foi bastante ressaltada pela bibliografia que trata o período. A ideia de que a

<sup>2</sup> Para maiores detalhes, ver: MATOS, Marco. A. V. L. *Os cruzados da ordem jurídica*. A atuação da OAB (1945-1964). Tese. Doutorado em História. São Paulo: USP, 2011 e CURI, Isadora Volpato. *Juristas e o regime militar (1964-1985)*: atuação de Victor Nunes Leal no STF e de Raymundo Faoro na OAB. Dissertação de mestrado. São Paulo: USP, 2008.

<sup>3</sup> Consultar: BENEVIDES, Maria Victoria. *A UDN e o udenismo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981; HIPOLITO, Lucia. *De raposas e reformistas: o PSD e a experiência democrática brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985; TOLEDO, Caio Navarro de. *O governo Goulart e o golpe de 1964*. São Paulo: Brasiliense, 2004.

<sup>4</sup> As atas originalmente não possuem numeração por página. Optamos por respeitar a omissão e apenas citar os dados completos disponíveis para consulta. Todas as atas estão disponíveis no Conselho Federal da OAB, em Brasília, em versão digital. Agradeço ao auxílio das bibliotecárias do Conselho Federal que responderam prontamente todas as dúvidas referentes a inconsistências encontradas por mim, cotejando as atas digitalizadas com os documentos originais.



"democracia" havia vencido os comunistas aparentemente encantou amplos setores jurídicos: de Ministros do STF até advogados que posteriormente se destacariam na luta contra a ditadura.<sup>5</sup> A "defesa da ordem jurídica" contra a "grave ameaça que pairava sobre a nação" fez com que em março de 1964 o presidente da OAB, Carlos Povina Cavalcanti, nomeasse Aragão Bozano para relator de uma nota de apoio sem consultar os representantes das seccionais. Vozes que contestavam o teor da nota foram caladas pelos gritos de júbilo. Carlos Alberto Dunshee de Abranches ainda propôs emenda aditiva à do presidente, sem sucesso:

a necessidade inegável de introduzir na legislação ordinária as reformas destinadas a eliminar certas desigualdades e privilégios e efetivar os princípios da justiça social, prescritos na constituição não justifica a invasão das atribuições de qualquer dos três poderes por um deles ou a propaganda de soluções extra constitucionais porque a nossa sábia lei básica e o regime democrático permitem realizar todas as reformas imprescindíveis dentro da lei e do respeito à ordem jurídica.<sup>6</sup>

Em igual teor, a intervenção de Paulo Belo:

Fazer apelo aos partidos políticos e organizações de classe, dos campos e das cidades, para conduzirem as suas reivindicações a correspondentes debates num clima de respeito às leis e às instituições, sem excessos e radicalizações. Solicitar que o Congresso Nacional, como legítimo representante do povo, no uso de sua soberania, atendendo a realidade nacional, examine com a urgência que se faz necessária, as reformas indispensáveis à reestruturação da política social e econômica reclamada pela Nação, votando as leis adequadas, constitucionais ou ordinárias.<sup>7</sup>

Ainda que com votos favoráveis das seções, as emendas foram sumamente rejeitadas pelo relator, que ao final, teve a redação de sua autoria aprovada. Nela, apresentava forte crítica aos movimentos sociais, pleiteando pela utilização do

*princípio da autoridade e de todos os direitos com o imediato objetivo de restaurar a tranquilidade pública perturbada por movimentos de agitação, ameaças e atos contrários à Constituição e às leis<sup>8</sup>.*

Essa defesa dos interesses nacionais, entretanto, não estava apartada da defesa dos interesses dos advogados. Em especial, era preciso "valorizar a categoria", elevar sua importância nacional, o que, segundo a perspectiva do presidente da entidade, havia sido negada pelo governo anterior. Intermediando os dois, a opção pelo golpe significaria principalmente que os obstáculos opostos pelo governo anterior poderiam ser sanados pela gestão pessoal junto às autoridades.

<sup>5</sup> VALÉRIO, Otávio L. S. *A toga e a farda: o Supremo Tribunal Federal e o Regime Militar (1964-1969)*. Dissertação. Mestrado em Direito. São Paulo: USP, 2010.

<sup>6</sup> ATA da 1.114a. sessão extraordinária da 34a. reunião Ordinária do Conselho Federal da OAB, em 20/301964.

<sup>7</sup> Idem.

<sup>8</sup> Idem.

Em abril de 1964, Povina Cavalcanti externou suas teses: a defesa da Constituição era obstaculizada pelas concessões que o governo anterior vinha fazendo a setores da sociedade - como os camponeses. Tal atitude violava o direito de propriedade. Essas concessões estavam inseridas, no entender do presidente, em um projeto maior que atingia os advogados: tratava-se de "eliminar as elites" - e, com elas, os advogados que se encontravam em situação de "proletarização" avançada<sup>9</sup>.

Na ata da 1.115a. sessão, em 7 de abril de 1964, Povina Cavalcanti faz um balanço do ano anterior. Dirigindo-se aos "cruzados valorosos do respeito à ordem jurídica e à constituição" - externava que o golpe significava um "retorno à democracia":

Em sessão de 14 de maio do ano passado, sob ameaças de diferentes origens, mas sobretudo encampadas pelo Governo Federal, através de uma tolerância, que redundava em cumplicidade, este Egrégio Conselho teve o seguinte pronunciamento: 'a OAB manifesta sua contrariedade à pretendida reforma constitucional, eis que, além de perigosa como precedente, atenta contra o direito de propriedade e resulta totalmente desnecessária ao fim declarado, o de proporcionar aos trabalhadores rurais o acesso às terras. Dentro da Constituição da República, como da legislação ordinária em vigor, há elementos suficientes para a mudança da estrutura agrária do país, atendendo ao homem e às necessidades da produção, sem que sejam golpeados os direitos fundamentais dos cidadãos e com grave risco para a ordem jurídica.'- E ainda agora, antecipando-nos à derrocada das forças subversivas, acionadas por dispositivos governamentais, que visavam já sem disfarces à destruição do primado da democracia e à implantação de um regime totalitário, no qual submergiriam todos os princípios da liberdade humana, tivemos a lucidez e o patriotismo de alertar, na memorável reunião extraordinária de 20 e março p. findo, os poderes constituídos da República para a defesa da ordem jurídica da constituição, tão seriamente ameaçados. Mercê de Deus, sem sairmos da órbita constitucional, podemos hoje, erradicado o mal das conjuras comuno-sindicalistas, proclamar que a sobrevivência da nação brasileira se processo sob a égide intocável do Estado do Direito<sup>10</sup>.

Elegendo os camponeses e operários como "privilegiados" do antigo governo, completava:

É mais fácil atender-se a uma reivindicação operária (a massa... a massa...) do que a uma postulação de elite... processa-se a proletarização do advogado sem que a sua condição de proletário tenha a proteção das leis que os proletários autênticos usufruem. No meio dessa confusão, os órgãos de cúpula, como é a Ordem dos Advogados do Brasil, não podem fazer nada. Mas não podem porque não se lhes dá apreço.<sup>11</sup>

Posteriormente, à ata de 26 de maio, em reunião ordinária, o presidente Povina manifestaria o seu profundo desagrado ao fato de que a profissão se encontrava em tal grau

<sup>9</sup> Essa tese seria repetida inúmeras vezes posteriormente, durante todo o período estudado.

<sup>10</sup> Ata da 1.115a. sessão de da 34a. Reunião Ordinária do Conselho Federal da OAB, em 7/04/1964.

<sup>11</sup> Idem.

de aviltção que o salário de um advogado chegava a ser menor do que o de um correspondente bancário ou um motorista<sup>12</sup>.

A preocupação externada por Povina envolvia, portanto, a "re-elitização" do "órgão de cúpula" (representado pelo Conselho Federal da Ordem) e a extensão aos advogados dos mesmos benefícios gozados pelos empregados. Pleiteava, assim, um tratamento "trabalhista" aos profissionais liberais do direito. Essa última questão, por sua vez, envolvia o reconhecimento do status reduzido dos advogados (cujas causas se ampliavam inclusive tendo em vista a "enxurrada" de cursos jurídicos que "despejavam advogados no mercado" e os baixos salários pagos a eles<sup>13</sup>). Equiparar os proletarizados de fato aos proletários de direito, entretanto, significava para a Ordem defender direitos celetistas aos profissionais liberais da área jurídica. Para tal empreitada, Povina contava sem meias palavras com o apoio do governo eleito ao seu projeto de valorização da "classe": *"Queira Deus que um governo isento, de gabarito que não se meça pela altura dos demagogos, nos dê condições para servir à classe e ao Brasil"*.

As rugas com o governo Goulart eram evidentes e vinham de longa data: Povina citava a contenda da OAB contra o ministro da guerra de João Goulart e a morosidade do Itamarati em "cortar relações" com a American Bar Association (entidade, aliás, privada que, em congresso interno, deixou de convidar a OAB para seu congresso internacional). Porém o principal foco da insatisfação da OAB com o governo Goulart já vinha de alguns anos e sem dúvida nenhuma ocorria no âmbito do Ministério do Trabalho, especificamente com relação ao pleito da Ordem de transformar a previdência pública estendida a advogados profissionais liberais em um "montepio". Povina Cavalcanti, nesse sentido, não poupava críticas àquele Ministério, assim como clamava aos associados da ordem que, com "a democracia restaurada", os direitos dos advogados seriam preservados e ampliados. Na ata 1115a. sessão Ordinária da Ordem, Povina Cavalcanti se manifestava acerca do Ministério do Trabalho:

Quando foi da criação da carteira de Assistência Social do Advogado (Lei no 4.103 de 21 de julho de 1962), o Conselho Federal tomou as providências que lhe cabia. Infelizmente o Ministério do Trabalho, *sofrendo a influência do peleguismo então dominante, anulou o anteprojeto de regulamentação feito com a colaboração deste órgão*.<sup>14</sup> (grifos nossos).

Povina, ao final, manifestava sua certeza de que com o novo governo, o projeto de constituir-se uma elite seria novamente contemplado pelo governo. A valorização do advogado, entretanto, deveria vir acompanhada do resgate de seus privilégios "ultra-aristocráticos"<sup>15</sup>.

O "governo de gabarito" ao qual se referia Povina à nova junta militar implicava em várias modificações nas pautas consideradas "proletarizadoras" dos advogados porém, principalmente, a questão da previdência social.

<sup>12</sup> Ata da 1.118a. sessão ordinária da 34a. reunião do Conselho Federal da OAB, em 26 de maio de 1964.

<sup>13</sup> Ata da 1.115a. sessão (instalação anual) da 34a. Reunião Ordinária do Conselho Federal da OAB, em 7/04/1964.

<sup>14</sup> Idem.

<sup>15</sup> Idem.

## 2 A QUESTÃO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

A leitura das atas da OAB ordinárias e extraordinárias do Pleno da OAB expõe uma imensa discórdia entre o Conselho e o Ministério do Trabalho e Previdência Social (MTPS) no que dizia respeito à previdência dos advogados. De fato, ainda que por serem profissionais liberais, os advogados pleiteavam guarida em várias entidades de aposentadorias e proteção social de outros setores - especialmente as já consolidadas. A forma mais clara de entender a imensa contenda que redundaria, por parte da presidência da OAB, na defesa de um "acordo" que não apenas passava por cima de legislação federal competente, mas onerava sobremaneira o erário (já que a adesão individual dos advogados seria facultativa em uma sistema que só sobrevive se a universalidade de concessão dos benefícios for associada com a obrigatoriedade de contribuição dos segurados) foi narrada em um parecer do Ministério do Trabalho que afirmava que as gestões realizadas pela OAB não passavam de uma tentativa de se instaurar o privilégio a esta categoria composta de autônomos.

Para isso, lançamos mão do Interpretação da Lei no. 4.103-A, de 1962, tendo em vista o parecer no processo no. 202.742-62, de 07/02.63 (Comissão Permanente de Direito Social) solicitado pelo representante do Sindicato dos Advogados do Estado da Guanabara (PARECER MTPS 202.712, 1/10/62). Com base no Regulamento Geral da Previdência Social (DECRETO no. 48.959-A, de 19/9/1960, art. 6, no. V, 241 e 243, no. VII) firmou-se um acordo com o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciantes (IAPC) em 22/2/1962 segundo o qual os advogados associados ao Sindicato seriam inscritos com o salário base de Cr\$40.320,00 na condição de segurados obrigatórios do Instituto.

Para o Ministério do Trabalho<sup>16</sup> esse "acordo" (ao qual o parecer se refere entre aspas) estava amparado em lei à época em que foi firmado. Até 1962 não havia Lei Federal que regulamentasse a situação dos advogados, então os Estados legislavam supletivamente. Por sua vez, o Decreto Estadual (Guanabara) no. 48.959a de 19/6/60 permitia a elaboração de acordos e esses foram regulados por Lei Estadual. Quando a Lei Federal no. 4.103-A foi promulgada em 1962, revogou-se a obrigatoriedade de filiação ao Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Comerciantes (IAPC) e passou-se a exigir a filiação obrigatória para os beneficiários novos ou que desejassem mudar de vínculo, passando-os para a Carteira dos Advogados do IPASE (Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado).

Inconformado com a mudança, o Conselho Federal da OAB decidiu unilateralmente pela manutenção do vínculo com o IAPC.

O parecer do Ministério do Trabalho desfiou críticas não apenas à situação perigosa que se criava no IAPC, em que o patrimônio da entidade poderia vir a se confundir com a carteira dos advogados, mas também o fato de que o que a OAB pleiteava era um sistema de previdência privilegiado, em que advogados passavam a ter tratamento diverso de outras categorias: ao filiar-se ao IAPC os advogados, que na condição de autônomos deveriam contribuir sobre mais do que o dobro do salário base, poderiam usufruir das mesmas

---

<sup>16</sup> Elaborado no Rio de Janeiro, assinado por Jose Augusto Seabra, Relator, e a comissão permanente composta por: Arnaldo Sussekind, Alfredo E. da Rocha Leão, Evaristo de Moraes Filho, Fernando Cavalcanti Martins Abelheira, Geraldo Augusto de Faria Batista, José Augusto Seabra, José Luciano de Nóbrega Filho, Luis Augusto do Rego Monteiro, Marcelo Pimentel, Nélio Reis e Nélio Battendieri.

condições que comerciários formalmente empregados, inclusive com alíquotas de contribuição equivalentes.

No parecer, os conselheiros do Ministério do Trabalho propugnavam pela inconstitucionalidade de qualquer diploma não federal a partir do advento da Lei de 4.103-A 1962: novos advogados deveriam ser obrigatoriamente encaminhados para a Caixa do IPASE. Segundo o diploma, os advogados:

1. se já manifestaram a opção ou se a manifestarem até o dia 2 de fevereiro de 1963, passarão a segurados obrigatórios da 'carteira de seguro social dos advogados do Brasil".
2. os que deixarem de optar até aquela data, continuarão como segurados obrigatórios da instituição de que já eram contribuintes<sup>17</sup>.

Apesar da clareza do diploma legal, a OAB continuava a assegurar a seus membros a legalidade das inscrições no âmbito do IAPC. Em atas fica evidente que, mesmo amparada apenas com Regulamentos ou Decreto Estadual, era certa a inscrição, bastando resolver "questões menores".

Um outro ponto, entretanto, desagradava a direção da OAB: muitos advogados aparentemente optaram por aguardar uma definição mais segura e não contribuíram nem ao IAPC nem ao IPASE. Isso havia provocado um vácuo de dois anos nos pagamentos dos associados que se encontravam, assim, desamparados do ponto de vista previdenciário. No parecer, o Ministério do trabalho afirmava que o não pagamento ao IPASE teria como efeito o reinício da contagem do período de carência de 12 meses para recebimento de benefícios. Entretanto, o IAPC cobrava daqueles que queriam ingressar no seu sistema em 1964, os retroativos desde 1962. Aparentemente, o IAPC tentava criar uma contribuição "retroativa" para evitar futuros problemas diante da Lei que associava obrigatoriamente os advogados a uma nova carteira, vinculada ao IPASE.

Atento a isso, o Ministério do Trabalho afirmava que as cobranças compulsórias ao IAPC visavam criar um fato - a vinculação anterior à Lei de 1962. Alertava, porém, que de acordo com a Lei Federal também essa prática poderia ser questionada já que a filiação ao IPASE havia se tornado compulsória. Alertava também que a OAB não estava repassando as verbas previstas em lei para a constituição do patrimônio do novo instituto. Ainda que o parecer não o dissesse textualmente, há a clara sugestão de que o comportamento da OAB configurava uma desobediência civil. Assim, uma outra questão envolvia o comprometimento de patrimônio da OAB Federal tendo em vista que as verbas que iriam para uma entidade de direito privado dotada de patrimônio próprio seriam retiradas das verbas até então administradas pelo Conselho Federal. À OAB parecia interessar que a previdência dos advogados fosse encampada por uma instituição já com estrutura e patrimônio para a finalidade de previdência, apenas mantida por contribuições voluntárias dos advogados, sem participação patrimonial da OAB.

Prossegue o parecer, afirmando que na hipótese de não existência de aporte de capital próprio e não vinculação previdenciária obrigatória e universal aos advogados (exceto

---

<sup>17</sup> Parecer, *op. cit.*, p. 334.

os já participantes de outras carteiras anteriormente à Lei de 1962), seria criada uma situação patrimonial perigosíssima a quem acolhesse os advogados nessas condições.

Ainda na hipótese de que o vínculo ao IAPC fosse facultativo, ainda assim os que sentissem que a contribuição não correspondia às suas demandas (por exemplo, indivíduos sãos, jovens e sem ou com poucos dependentes) entenderiam que sua contribuição seria desnecessária - ao contrário daqueles que estivessem se aproximando da idade da aposentadoria, com vários dependentes ou portadores de doenças. Isso criaria uma impossibilidade de que a entidade se sustentasse tendo em vista as diferentes situações de risco dos contribuintes. Alertava que a tendência de caixas facultativas era de se esvaziarem ou mesmo falirem, já que não se manteriam com a contribuição voluntária de seus membros - que obviamente só o fariam na condição de "maus riscos".

O parecer chegava a estender a esse tipo de organização a classificação de "montepio", já que para atender às demandas dos que se julgavam no direito de usufruir dos benefícios seria necessário, mais cedo ou mais tarde, apelar para a boa vontade dos administradores do erário público, que ao seu critério acabaria injetando dinheiro em uma forma jurídica fadada ao fracasso.

Para evitar essas distorções, a Lei que criou o vínculo com o IPASE estabeleceu a forma da capitalização da carteira dos advogados que passaria a operar de maneira independente do Instituto. Neste sentido, previa que não apenas as contribuições individuais seriam devidas, mas também comporiam o patrimônio em fluxo contínuo:

c) as multas aplicadas aos advogados, provisionados ou solicitadores pela Ordem dos Advogados do Brasil; d) a taxa que for cobrada pela Ordem dos Advogados do Brasil pela inscrição de advogados, provisionados ou solicitadores; e) a taxa que for cobrada em todas as certidões passadas pela Ordem dos Advogados do Brasil ; f) a taxa de CR\$500,00 (quinhentos cruzeiros) cobrada para registro de diploma de bacharel ou doutor em ciências jurídicas e sociais; g) a taxa de CR\$50,00 (cinquenta cruzeiros) cobrada nas certidões relacionadas com o registro desses diplomas; h) a taxa de 5% (cinco por cento) sobre o salário mínimo vigente do DF, cobrada a título de custas, no preparo de recursos judiciais e dos feitos processados perante o STF, o TFR e o STM; i) o adicional de 20% (vinte) por cento no caso de interposição de recurso, sobre as custas dos processos perante a justiça do Trabalho, pagável no prazo e sob as penas do art. 789, par. 4o. da Consolidação das Leis do Trabalho; j) a taxa de 2% sobre o salário mínimo regional, cobrada a título de contribuição pessoal do autor ou requerente na distribuição em primeira ou em única instância, de feitos de qualquer natureza perante tribunais ou juízes federais exceto os da Justiça do Trabalho; k) a taxa de 2% sobre o salário mínimo regional cobrada a título de contribuição dos mandantes, por instrumento de mandato judicial, produzido ou apresentado em tribunais ou juízes federais, exceto os da Justiça do trabalho ; l) a taxa de 2% sobre o salário mínimo regional cobrada por substabelecimento de mandato produzido ou apresentado nas condições do inciso anterior; m) a taxa de 2% (dois por cento) descontada sobre o total dos honorários de advogado em condenação imposta por decisão judicial<sup>18</sup>.

Como se observa, a ideia do Ministério do Trabalho era que a aposentadoria do advogado tivesse impacto sobre as verbas relativas aos seus órgãos de classe assim como ao

<sup>18</sup> PARECER, *op. cit.*, p. 342.

próprio judiciário, advindas de percentuais sobre as movimentações processuais, emolumentos, taxas etc. Com isso, se garantiria um patrimônio mínimo para que as operações tivessem um lastro próprio, sem a necessidade de socorro tanto do erário público quanto do patrimônio de outras entidades

A forma jurídica adotada é certo, tem o mérito de assegurar que a eventual inviabilidade da 'Carteira' não irá contaminar o IPASE, já de si, com sérios problemas de equilíbrio atuarial, senão financeiro, nem esses problemas do IPASE irão agravar os próprios da 'Carteira'.<sup>19</sup>

Por último, o parecerista criticava o imobilismo não só da OAB, mas também do presidente do IPASE e dos beneficiários

A OAB deveria estar recolhendo ao IPASE, para crédito da Carteira, ou exigindo que fosse recolhido o produto das taxas e ela pertinentes, nos termos do art. 15, em particular as referidas nas alíneas c, d e do mesmo artigo; [...] O presidente do IPASE deveria ter tido a iniciativa que o art. 24 da lei lhe atribui qual a de propor a criação dos cargos que forem indispensáveis aos serviços da carteira; [...] Os interessados já deveriam ter tomado providências que lhes competem - já os chamados segurados obrigatórios deveriam ter tido a iniciativa de 'inscrever-se na carteira' e fazer a opção pelo pagamento da contribuição mínima, média ou máxima (art. 16, par. 1o.) e desde logo, depositado o produto dessa contribuição na forma prevista (art. 16, par. 2o), no seu próprio interesse de ver iniciar-se o curso dos períodos de carência [...] <sup>20</sup>.

Na 1.117 sessão em 28/4/64, entretanto, o presidente Povina Cavalcante afirmava que "havia reiniciado conversações com as autoridades do Ministério do Trabalho para solucionar a questão da aposentadoria dos advogados". Sua conclusão era a de que uma vez que a lei não estabelecia dotação orçamentária ao IPASE, se estabelecia um vício de forma, tornando a filiação obrigatória inexecutável (o que, como se viu, não correspondia nem ao conteúdo do diploma legal nem ao parecer do MTPS).

Apesar das afirmações, a atitude do Conselho Federal da Ordem nas sessões seguintes foi claramente a de protelar a abordagem do tema. Assim, continuavam as "gestões" (ata 1.119, da 34a. reunião ordinária em 23/junho de 1964) junto ao Ministro do Trabalho para que se manifestasse pela contribuição ao Instituto de Previdência social dos Comerciantes encarregado o presidente da seção da Guanabara, Jorge Lafayette Pinto Guimarães, de realizar as conversas (meses mais tarde, a Seção da Guanabara patrocinaria a criação de um instituto Estadual de previdência privada dos Advogados, em evidente inconstitucionalidade e concorrência com o IAPC).

Porém, uma surpresa estava por vir: aparentemente a OAB desconhecia o teor do parecer referido por nós acima, do Ministério do Trabalho e Previdência Social. De fato, do ponto de vista formal, a Ordem não havia participado de nenhum ato de formulação da protocolação do pedido de parecer: quem o havia feito era o sindicato dos advogados da

<sup>19</sup> Idem, p. 343.

<sup>20</sup> Idem, p. 343.

Guanabara, juntamente com uma entidade denominada "União Nacional dos Advogados". Ambas desejavam esclarecimentos sobre a lei do IPASE, assim como criticavam a situação que julgavam ser de "desalento" dos advogados que se encontravam sem previdência. Havia também a leitura, feita pelo sindicato dos advogados da Guanabara, e que se aproximava da OAB, de que a IAPC era o órgão para o qual as contribuições obrigatórias deveriam ser encaminhadas<sup>21</sup>.

Assim, somente em 17 de setembro de 1964<sup>22</sup>, portanto dois anos depois do parecer emitido (10 de dezembro de 1962), é que a OAB inteirou-se (ou tornou público) o seu teor.<sup>23</sup> Nehemias Gueiros prontamente subiu à tribuna para afirmar que que, a despeito da "surpresa" do parecer, só restava à OAB federal optar entre "a aplicação da Lei Orgânica da Previdência, com a filiação ao IAPC, ou a Lei no. 4.1.03/4 de 21 de julho de 1962"<sup>24</sup>. Esta última, "inexequível diante das exigências de filiação ao IPASE"<sup>25</sup>.

O ponto, entretanto, contra o qual começam a se levantar vários conselheiros, especialmente de Estados do Nordeste, Norte e Sul, é que o IAPC aceitaria o ingresso dos advogados desde que eles pagassem as prestações "atrasadas", ou seja, desde que a filiação fosse retroativa à Lei 4.103/4 de 21 de julho de 1962. Em outras palavras, a questão estava em ingressar no IAPC com um saldo de dois anos a pagar, com juros e correção monetária, ou ingressar no IPASE, porém sendo obrigada a OAB e o judiciário a contribuir com sua formação de patrimônio<sup>26</sup>.

<sup>21</sup> Ata de 1.123 sessão da 34a. Reunião Ordinária do Conselho Federal da OAB, em 25 de agosto de 1964.

<sup>22</sup> "O professor Nehemias Gueiros transmite ao conhecimento do plenário que uma Comissão nomeada pelo Governo Federal foi designada para a reformulação do assunto, tendo sido feita esta comunicação ao orador pelo Presidente Carlos Povina Cavalcanti. A comissão pede colaboração, cabendo, todavia, ao Conselho Federal, definir-se entre a filiação ao IPASE ou ao IAPC (...) Apela, então, o Conselheiro Carlos Bernardino Aragão Bozano ao 'battônnier' Nehemias Gueiros para que se dedique à solução proposta, contribuindo, dessa forma, a levar tranquilidade a lares sem conta de colegas pouco afortunados, pleiteando, inclusive, para que cessasse a exigência insuportável de pagamento de contribuições a contar da vigência da Lei Orgânica da Previdência Social". Ata da 1.125 sessão extraordinária do Conselho Federal da Ordem dos Advogados em 17/09/1964.

<sup>23</sup> Paralelamente surgiu na ata de no. 1.123, da 34a. reunião ordinária em 22 de setembro de 1964, a notícia de que o "pseudo instituto dos advogados do Estado da Guanabara" movia ação declaratória contra a OAB". O teor da ação não foi obtido, porém é notório que a Ordem caminha em um campo pouco amistoso com relação a outras entidades também representativas dos advogados. (PARECER...)

<sup>24</sup> Ata da 1.125 sessão extraordinária do Conselho Federal da Ordem dos Advogados em 17/09/1964.

<sup>25</sup> Ata da 1.131 sessão extraordinária da 34a. reunião ordinária do Conselho Federal da OAB em 12 de novembro de 1964. A interpretação do conselheiro Jorge Botelho foi no mínimo um malabarismo jurídico: o conselheiro assegurava, em contrariedade absoluta com a Lei de 1962, que, havia uma "portaria ministerial que fixa a vigência da inscrição do autônomo a partir de 30 dias após a fixação do salário base e este (salário base) ainda não havia sido fixado". Não apenas erro formal (a portaria não se sobrepõe a lei federal), mas a lei federal de 1962 deixava claro que esse prazo ocorreria em 30 dias de sua promulgação a partir da escolha do contribuinte tendo em vista uma das 3 alíquotas já pré-definidas em Lei. A "escolha" não era da OAB ou do IAPC, mas do segurado, conforme sua possibilidade econômica e de acordo com a Lei de Criação da Caixa de assistência e aposentadoria do Advogado o âmbito do IPASE.

<sup>26</sup> Ata da 1.125 sessão extraordinária da 34a. reunião ordinária do conselho federal em 17 de setembro de 1964. No início de 1964 há referências nas atas dos 3 primeiros meses depois do golpe a gestões junto ao Ministério da Justiça para que a competência para apreciar a questão fosse transferida do Ministério do Trabalho para o da Justiça. Após a negativa do segundo, nunca mais a sugestão voltou à pauta.

### 3 A ELITE NO PODER

É importante destacar que, ao lado das "gestões" junto a "autoridades", nessas atas do início de 1964 começam a surgir declarações de participação direta de membros da OAB com instituições intimamente vinculadas à ditadura militar. É o caso do convite de Castelo Branco, tratado com júbilo, a Povina Cavalcante para que participasse da comissão geral de inquérito que verificaria a integridade física dos prisioneiros chineses no Brasil.<sup>27</sup> Aqui se observa que a OAB atuou como entidade civil (e o continuaria a fazê-lo nos anos seguintes) inclusive utilizando como argumento de participação não somente a "deferência" do novo governo, mas a necessidade de participar de um projeto no qual confiava não só em termos de implementação da democratização, mas também de valorização dos advogados e atendimento de seus pleitos.

É assim que poucas vozes dentro da OAB se manifestam nas reuniões ordinárias e extraordinárias do pleno para questionar as reformas dos códigos promovidas pela junta militar. Pelo contrário, estabelecem-se comissões internas para promover a "intervenção" dos advogados através de "sugestões" para reformas de artigos dos códigos e propostas de reelaboração do Estatuto do Advogado. Longe, portanto, de criticar a arbitrariedade de alteração da legislação brasileira. A OAB federal comportava-se colaborativamente, fornecendo sugestões pontuais que diziam respeito a questões vinculadas a honorários, prazos (há uma proposta do conselheiro Gaston Luiz do Rego para que os prazos processuais passassem a excluir feriados e dias santos, alterando a Lei de Introdução ao Código Civil, de 1942), férias coletivas de advogados (quando os prazos processuais deveriam ser nacionalmente suspensos), entre outras.

Havia também forte reação contra emendas ao Projeto de 1963, especialmente aquelas que atingiam diretamente os advogados, como a proposta de imputar responsabilidade civil por danos ao advogado independente de culpa. Nada sobre a supressão do processo legislativo e a exclusão de crimes da apreciação da justiça. Tudo isso passou a ganhar nomes eufemísticos, como "processos legislativos abreviados" que, inclusive, eram defendidos por advogados para que as reivindicações da "classe" fossem contempladas de forma rápida.

Do ponto de vista das vozes dissonantes, havia poucas, como de Renato Ribeiro, solicitando que o Conselho se pronunciasse sobre a "*ameaça de se fazer a reforma dos códigos com açodamento, pretendendo submetê-los à tramitação legislativa regulada no Ato Institucional*".<sup>28</sup> Aqui surgia uma prática que se aplicaria ao longo do ano todas as vezes que surgiam vozes críticas no plenário: adiava-se a sessão, tendo em vista o "adiantado da hora". Os temas, entretanto, raramente seriam reapresentados - e um dos motivos possíveis para esse silêncio era que várias vezes, nas seções em que os pontos deveriam retornar à pauta, os presidentes e vice presidentes anunciavam a presença de chefes policiais, ex presidentes, membros da polícia ou mesmo "observadores" militares, além de Ministros ou representantes do Estado Maior das Forças Armadas<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> Ata 1118 da 34a. reunião ordinária Conselho Federal da OAB em 26 de maio de 1964.

<sup>28</sup> Ata 1119 da 34a. reunião ordinária do Conselho Federal da OAB em 23 de junho de 1964.

<sup>29</sup> Outro ponto curioso foi o apoio da OAB à forma como os Ministros do Supremo Tribunal Federal resolveram, via modificação do regimento interno, o problema do volume de processos parados no órgão há mais de 10 anos:

### 3.1 A teoria das elites

A questão da cassação dos direitos políticos surge objetivamente na ata da 1.119 reunião ordinária do conselho, em 23 de junho de 1964. A seção de Mato Grosso consultava o Pleno se advogado inscrito na OAB e com seus direitos políticos suspensos em virtude de Ato Institucional, poderia advogar. A primeira sugestão foi do representante da seção da Bahia, o mesmo que havia proposto a alteração dos prazos processuais constantes na LICC: Gaston Luiz do Rego entendia que o conselho federal deveria interceder junto às autoridades do país "*propugnando que, antes da detenção de qualquer de seus membros, seja ouvido o presidente da seção responsável*". Criava, assim, a figura do "tutor" causídico, com poder inclusive de contrariar o chefe de polícia e levantar o flagrante supostamente cometido pelo advogado. Por fim, e só na sessão seguinte, manifestou seu voto:

Sendo a ordem dos advogados um serviço público federal e os seus membros órgãos da justiça, não podia admitir que continuassem no exercício da profissão os que tivessem suspensos os seus direitos políticos que constituem um dos requisitos para o seu ingresso no quadro dos advogados; que a suspensão é a perda temporária dos direitos políticos, portanto, equivalendo em seus efeitos à perda dos mesmos direitos, que só difere daquela por ser definitiva; que, no entanto, havia uma desigualdade, que cumpria ser considerada, entre os funcionários públicos civis e militares que, aposentados ou reformados, continuaram a receber os seus proventos, ao passo que os advogados, não tendo aposentadoria e sem aquelas vantagens, ficariam privados dos meios de subsistências em outros mistéres; que, diante dessa flagrante iniquidade no tratamento de uns e de outros cidadãos com os direitos políticos suspensos, aderiu ao parecer do relator, com o adendo<sup>30</sup>.

Por sua vez, o Presidente Povina Cavalcanti emitiu parecer criando a figura da "condição suspensa de eleitor": tratava-se de indivíduo cujas faculdades políticas não haviam sido perdidas mas "suspensas". Assim, se a perda dos direitos políticos acarretava simultaneamente a do cargo ou função pública, e não se equivalendo suspensão à perda, o advogado poderia continuar a advogar. E recomendava que esses advogados restringidos politicamente, continuassem no seu exercício profissional, já que "*maximé quando se pretende que a Revolução não use um eufemismo de paredon para matar de fome advogados do Brasil*"<sup>31</sup>.

Observe-se, portanto, que havia uma corrente encabeçada por Povina Cavalcanti que buscava associar o apoio ao regime militar a um projeto não apenas de transformar os advogados em nova elite (o que, de certa forma já vinha sendo conseguido graças aos convites pessoais a membros da OAB para assumir cargos no Estado e que se ufanavam da deferência prestada pelo regime), assim como amenizar a condição de "proletários" de boa parte dos advogados.

---

As partes deveriam ser científicas para, querendo, dar continuidade ao processos. Do contrário, entender-se-ia que "o interesse pelo andamento do feito estaria prejudicado (...) se nenhum dos interessados atender à intimação". Ata 1119 da 34a. reunião ordinária do Conselho Federal da OAB em 23 de junho de 1964.

<sup>30</sup> Idem.

<sup>31</sup> Idem.



A questão das prisões arbitrárias surge na ata da 1.128 sessão extraordinária ocorrida em 15 de outubro de 1964. Nela, o Conselheiro Wilson Regalado Costa, de Goiás, interrompeu a instalação dos trabalhos para pedir que fosse ouvido em caráter de urgência, a despeito da pauta única: solicitava que o pleno desagravasse o tratamento dispensado pelo Comandante do 10o. BC, Danilo Cunha Melo ao presidente do Conselho Seccional de Goiás, Rômulo Gonçalves, quando este levou à autoridade militar o pedido de cumprimento do Habeas Corpus que, unanimemente, o Superior Tribunal Militar (STM) havia concedido em favor do advogado João Batistas Zacarioti. Narrando a truculência do militar, assim como sua recusa em cumprir o HC, o Pleno da OAB votou por informar o Ministro da Justiça para que interviesse no caso para "*coibir violência contra o império da lei*".

Na sessão seguinte, com a presença dos ex presidentes Nehemias Gueiros e Seabra Fagundes, a resposta do Ministério Extraordinário para Assuntos do Gabinete, assinado por Luiz Vianna Filho, nitidamente visava desqualificar a OAB e seus advogados em Goiás:

Em resposta telegrama Vossência sobre situação bacharel João Batista Zacariotti vg Senhor Presidente República autorizou-me assegurar-lhe que conforme informação senhor Chefe Polícia Federal Segurança Pública vg referido bacharel depois haver sido solto dia 16 corrente foi novamente detido virtude se haver averiguado estar mesmo envolvido em atos de espionagem com elementos estrangeiros dentro os quais polonês Pawel Outko pt Detido no quartel da bateria antiaérea de Brasília foi submetido a exame de corpo de delito ficando constatada improcedência notícias qualquer sevícia ou agressão pt Desejo reiterar-lhe que em todo território nacional estão respeitadas tôdas as franquias constitucionais vg embora informações inexatas divulgadas por elementos interessados desacreditar instituições procurem criar confusão em torno do assunto pt Atenciosamente cumprimentos pt<sup>32</sup>.

A respeito da volta à prisão do advogado João Zacariotti, associado a um estrangeiro subversivo, é importante salientar que os pedidos de Habeas Corpus nas defesas dos presos políticos se baseavam em duas teses - a última acolhida totalmente pelo Supremo Tribunal Federal (STF). A primeira, de que a Justiça Militar não era competente para julgar "crimes contra a segurança Nacional"; a segunda, de que civis só poderiam ser julgados pela Justiça Militar no caso de atentados à segurança externa do país, conforme a Constituição de 1946. Os militares tentavam driblar essa segunda tese vinculando brasileiros a estrangeiros em tentativas de associação criminosa internacional - daí muitas prisões ocorrerem com um "flagrante" duplo: do cidadão brasileiro e de um suspeito estrangeiro. O STF não compartilhava essa tese e tendia a julgar contra o Tribunal Militar.<sup>33</sup> Isso, entretanto, não impediu o silêncio da OAB Federal com relação às teses e às ilegalidades cometidas pelos militares.

Na mesma sessão a que nos referimos, e contrariando o parecer do Ministério do Trabalho, os conselheiros votaram o salário base de contribuição dos advogados a ser sugerido pelo conselho ao IAPC e "homologado pelo ministro do trabalho".

<sup>32</sup> Ata da 1.129a. sessão da 34a. reunião ordinária do Conselho Federal da OAB em 27 de outubro de 1964.

<sup>33</sup> QUEIROZ, Rafael M. R. Cinquenta anos de um conflito: o embate entre o ministro Ribeiro da Costa e o General Costa e Silva sobre a reforma do STF (1965). In: *Revista Direito GV*. Jan.-Jun. 2015, p. 328.

Paralelamente, a OAB iniciava um movimento de fechamento de suas instâncias participativas a novos quadros. De fato, a geração atuante na década de 1964 nos Conselhos e no Pleno guardava anos exercendo os mesmos cargos executivos. Isso é observável não somente pela consulta às biografias dos membros, mas por outros dois fatos: 1. o estabelecimento de barreiras para que os jovens bacharéis pudessem exercer a advocacia imediatamente após deixarem as universidades; 2. a exigência de que, uma vez inscritos na OAB, ainda haveria o intercurso de 5 anos até que se qualificassem para apresentar-se como candidatos representantes das seccionais. Sob o argumento de que era necessário garantir o exercício da advocacia para fazer frente à péssima qualidade dos cursos jurídicos, criavam-se barreiras à participação na OAB.

Constante no Estatuto da Ordem dos Advogados, Lei 4.215 de 27 de abril de 1963, exigiam-se estágios obrigatórios de 2 anos em escritórios abertos há mais de 5 anos ou exame de ordem para a inscrição na Ordem como advogado. Para a candidatura a cargos eletivos, entretanto, seria preciso trabalhar em escritórios de advocacia abertos há mais de 5 anos por 5 anos ininterruptamente (sem que o tempo inicial de estágio pudesse ser contado). Ao todo, um advogado poderia ter que aguardar entre 5 e 7 anos antes de poder se candidatar a cargos eletivos na OAB.<sup>34</sup> Além disso, os constantes aumentos das anuidades das seccionais, sempre aprovados pelo Pleno, impunham pesados ônus aos advogados em início de carreira<sup>35</sup>.

Outro aspecto consistia nos constantes aumentos de preços sobre vestes talares, insígnias de advogados, carteiras profissionais de plástico, anuidades, mensalidades, taxas, registros de diplomas e tudo o mais de competência do Conselho Federal. Várias delegações começavam a demonstrar a insatisfação com relação aos aumentos de preço - que passariam a ser uma tônica, a ponto de acarretar atrasos nos pagamentos devidos pelas seções. A resposta da Ordem foi de responsabilizar as seções por má gestão e ameaçar excluí-las do Conselho Federal. O tema é inicialmente colocado na ata n. 1.121 em sessão extraordinária de 9 de julho de 1964 e não pararia mais: pairava, de fato, sobre as seções em atraso não apenas a proposta (inexequível em algumas localidades, como protestavam os representantes) de se contratar contadores para auditar mensalmente as contas, mas também a suspensão dessas seções enquanto os pagamentos não fossem regularizados<sup>36</sup>.

Na penúltima sessão de novembro de 1964 o Conselho Federal comunicava que publicaria uma lista com a situação de todos os advogados inscritos na ordem, com detalhamento dos motivos de sua suspensão, impedimentos, cassação ou permissão para advogar (e em quais Comarcas). Também estariam abertas ao público as listas de advogados já apenados pela ordem, com nome do advogado e sociedade de advocacia.

<sup>34</sup> A esse respeito, ver também DIÁRIO DO CONGRESSO NACIONAL, seção I, 5a. feira, 12 de setembro de 1963. Ata 1.132 da sessão extraordinária da 34a. reunião ordinária do conselho pleno, aos 19 de novembro de 1964. Acerca da baixa rotatividade dos membros do Conselho Federal, veja-se a declaração de Alberto Barreto de Melo sobre sua trajetória por ocasião da posse para vice presidente: "Da secretaria para a vice-presidência houve uma espécie de promoção por antiguidade, decretada pela boa vontade dos amigos de tantos anos. (...) Aqui ingressei nos albos de minha vida profissional, já marcada, hoje, por duas décadas de militância. E há 17 anos integro este colegiado. E há 12 sou Secretário geral". Ata da 1.138 sessão de instalação da 34 reunião ordinária do conselho federal, realizada em 30 de março de 1965.

<sup>35</sup> Ata da 1.150 sessão ordinária do pleno em 27 de julho de 1965.

<sup>36</sup> Curioso é que o assunto simplesmente deixa de ser tratado pela presidência da OAB, ao mesmo tempo em que as seções continuam a ser cobradas pelos IAPCs, para onde tentam se filiar sem êxito da dispensa da cobrança dos anos retroativos a 1962. Ata 1.137, reunião extraordinária, 15 de dezembro de 1964.

A última sessão desse ano do Pleno traria, por sua vez, a proposta de Seabra Fagundes (não prevista na pauta) de que a Ordem redigisse uma declaração, em que a entidade reconhecesse a "honestidade" dos ministros do Supremo Tribunal Federal tendo em vista "*acusações recentes, graves e reiteradas, feitas à honorabilidade de ministros do STF, acusações que notoriamente não correspondem à verdade e que, se verdadeiras, comprometeriam a própria dignidade nacional*"<sup>37</sup>.

De fato, Seabra Fagundes tangenciou as acusações, constantes e graves contra o STF que vinham especialmente dos setores mais radicais, Udenistas e da linha dura militar: apregoava-se, como fez o Sindicato dos Advogados de São Paulo, que "nenhum dos poderes estava imune à revolução", incitando a "limpeza de comunistas" - inclusive no STF<sup>38</sup>.

O ano de 1965 iniciava-se na OAB com a posse irregular dos novos conselheiros eleitos por suas seções e a convocação e pleito, na mesma seção, para a eleição do presidente da OAB, vice e demais cargos, em 30 de março de 1965.<sup>39</sup> Apesar dos protestos de Átila Sayol de Sá Peixoto, da Delegação de Brasília, que afirmou que o mandato só começaria em 1o. de abril, e que eles deveriam ouvir suas bases antes de proceder a votação ou mesmo formalizar as candidaturas, Povina Cavalcanti, como presidente, afirmou que o ato estava "consoante a lei" e procedeu o pleito. A posse dos conselheiros, por sua vez, seria refeita na sessão seguinte - porém a votação, que elegera presidente Themístocles Marcondes Ferreira (com 17 votos), já havia sido efetuada<sup>40</sup>.

A atitude de não ouvir os conselheiros e administrar pela "maioria" se acentuaria em 1965. Em seção presidida pelo Vice, Alberto Barreto de Melo, para votar os pareceres das comissões, o presidente impõe interpretação do Estatuto de que, nas Comissões, bastava que de 5 membros, 3 houvessem decidido, dispensados debates e pareceres dos demais: "as comissões decidem por maioria".<sup>41</sup> Igualmente, em assunto de interesse dos estudantes de direito - o estágio profissional - a sugestão do conselheiro Letácio Jansen, de ouvi-los, foi prontamente rejeitada pelo relator, Nehemias Gueiros, para quem se o pleno havia sido convocado para votar a matéria, deveria fazê-lo. As discussões que se seguiram à recusa do relator são reveladoras da percepção que parcelas da ordem faziam sobre a participação dos estudantes em questões que os afetavam, assim como a atitude autoritária da cúpula da OAB (na figura de seu presidente e conselheiros aliados) acerca das manifestações de repúdio por parte de conselheiros que se retiram do plenário (Letácio Jansen, José Telles Cruz) e do protesto de Sobral Pinto, que também observou que não conseguia ter esclarecimento sobre a matéria<sup>42</sup>.

Ao final da ata, entretanto, descobre-se que os próprios Conselheiros desconheciam o conteúdo do que estava sendo aprovado - o que foi motivo de protestos e de uma ríspida atitude do relator, Nehemias Gueiros, com relação a Sobral Pinto. Na sua fala transcrita, o relator procurou desqualificar o conselheiro, ao afirmar que este tinha conhecimento da pauta

<sup>37</sup> Ata da 1.137a. sessão extraordinária do Conselho Federal da OAB em 15/12/1964.

<sup>38</sup> SINDICATO dos advogados: pelo expurgo no Judiciário. In: O Estado de São Paulo, 1o. Caderno, SP, p. 4, 29/04/1964.

<sup>39</sup> Ata da 1.138 sessão ordinária do Conselho Federal, 30 de março de 1965.

<sup>40</sup> Nessa eleição, por sinal, Sobral Pinto se candidata a presidente, porém recebe apenas um voto. Os outros concorrentes são Orozimbo Nonato, com 2 votos, Jorge Lafayette Pinto Guimarães, com 2 votos. As eleições eram por cargos, não por chapas.

<sup>41</sup> Ata da 1.142a. sessão da 35a. reunião do Pleno da OAB, em 11 de maio de 1965.

<sup>42</sup> Ata da 1.151 sessão extraordinária do pleno da OAB em 05 de agosto de 1965.

já que sua filha, Ruth Sobral Pinto, havia estado presente a um debate anterior – e, conseqüentemente, deveria certamente ter informado o pai sobre o seu teor:

O Conselheiro Letácio Jansen pediu a publicação do referido Provimento a fim de, sobre o assunto, serem ouvidos interessados - os estudantes. O professor Nehemias Gueiros, relator da matéria, manifestou-se contrário, pelos motivos que aduziu. O presidente esclareceu que a sessão havia sido convocada para a apreciação da matéria e solicitou ao relator que prosseguisse na exposição de seu relatório e respectivo voto. Aceitando, porém, a ponderação do plenário, pôs em votação a questão suscitada pelo Conselheiro Letácio Jansen, ficando deliberado, por maioria, que o Provimento seria julgado imediatamente, sem necessidade de publicação prévia, vencida a delegação do Maranhão, que pugnou pelo adiamento. Interrompeu a exposição do relator o Conselheiro Sobral Pinto, esclarecendo não estar em condições de votar, pois não tinha conhecimento do assunto. Se a questão era aprovar simplesmente, ele se retiraria. O Relator fez ponderações sobre a manifestação do Conselheiro Sobral Pinto, acrescentando que a matéria foi discutida por muitos Presidentes Seccionais, inclusive da Guanabara, havendo participado das reuniões a Dra. Ruth Sobral Pinto, filha do Conselheiro Sobral Pinto. O conselheiro Sobral Pinto (...) não compreende que sem ter previamente conhecimento do projeto de Provimento pudesse o Conselho votar. A circunstância de sua filha haver participado dos debates nada significa, pois seu pensamento pode ser outro.<sup>43</sup>

Em fins de 1965, as manifestações pessoais de apoio à ditadura e de que a "limpeza" promovida pela "revolução" continuasse se manifestavam crescentemente nos pedidos de aparte dos Conselheiros. Ilustrativos, são a fala da Conselheira Maria Rita Soares de Andrade (Acre), louvando a "limpeza na vida pública brasileira" promovida por Deus para livrá-la de seus "contumazes corruptores".<sup>44</sup> Igualmente, pela primeira vez um discurso feito por ocasião da morte em acidente de Carlos Bernardino Aragão Bozano (RS) exporia a postura anti-Ptbista, anti-varguista e defensora da UDN de vários conselheiros, em nome da "democracia sã e cristã". Proeminente, a conselheira Maria Rita Soares de Andrade afirmava que a linha dura da ditadura militar já era defendida claramente por setores da OAB, ao discursar referindo-se sobre o "sentimento" após o golpe de 1964 e sobre as expectativas de que o regime endurecesse a ponto de defender a eliminação de toda a oposição:

Não sofria pelo que de limpeza fizera o movimento, alijando uns poucos dentre os chefes da corrupção e da subversão. Alijamento de gozadores da cousa pública não traumatiza a ninguém. O que traumatiza é vê-los preservados nos postos adquiridos pela corrupção e pela fraude, muitos até integrando bloco parlamentar 'revolucionário' (...) a Nação assiste, estarrecida, a desintegração do movimento de 64, no suplício de Tântalo de pretender consolidar-se, eleitoralmente sem, ao menos, desmontar a máquina política de corruptores e subversivos. Chefes políticos que deram a vitória e sustentaram o presidente deposto no ano passado dão lastro político ao governo da Revolução; e seus agentes, pelo Brasil afora, detêm os mais

<sup>43</sup> Idem.

<sup>44</sup> Respectivamente atas das sessões ordinária 1.139 (6 de abril de 1965), 1.140, ordinária, de 20 de abril de 1965, 1.141, ordinária, de 27 de abril de 1965. Chamou-nos a atenção a periodicidade com que as reuniões eram realizadas, o que demandava das comissões que praticamente se instalassem no Rio de Janeiro ou na Guanabara, deixando seus escritórios e bases locais.

altos cargos da República. Revolução sem reformulação das instituições e substituição dos homens que as encarnam é pilhéria e pilhéria, até, de mau gosto<sup>45</sup>.

Após a morte de Themístocles Cavalcanti, a ata de 1.144ª sessão ordinária do Pleno em 08 de junho de 1965 registra a posse e fala do novo presidente, Alberto Barreto de Melo, exaltando as prerrogativas do advogado de exercer sua profissão com liberdade, lendo inclusive o capítulo do estatuto da OAB que mencionava as garantias profissionais. Na seção seguinte, entretanto, o discurso de Alberto de Melo se apresentava bem mais contido. Talvez isso se explique pela presença do presidente do sindicato dos advogados (sem menção ao Estado, porém possivelmente da Guanabara), o representante do Superior Tribunal Militar, Haroldo Valladão, Carlos Povina Cavalcanti e Miguel Seabra Fagundes, ex-presidentes. O discurso, bem menos inflamado, reiterava a função do advogado em uma sociedade que se "reinventa por meio de seus contratos" que precisam ser examinados à luz da lei por causídicos competentes.

A ata da 1.146a. sessão ordinária, realizada em 22 de julho, foi recebida com júbilo: as gestões junto ao Ministério do Trabalho produziram efeitos - ainda que contrariando a hierarquia das leis: o presidente comunicava que uma portaria do Ministério havia definido, a despeito da lei Federal 4.103-A de 1962, assim como ao parecer anterior do Ministério do Trabalho, novo prazo para que os advogados se filiassem ao IAPC: 31 de julho de 1964.<sup>46</sup>

A pauta dos advogados presos de forma arbitrária retornaria na sessão seguinte, porém o alvo das acusações era um juiz civil, que prendera um advogado por se recusar a depor como testemunha em um processo cujo réu havia patrocinado. A conselheira Maria Rita Soares de Andrade reputou o fato como isolado, no que foi acompanhada por Carlos da Rocha Guimarães e Alcy Demillecamps, que defendeu a competência do caso era da seccional da Guanabara, onde o fato havia ocorrido.

Carlos Alberto Dunshee de Abranches voltou-se contra o Conselho Federal e, especificamente, a seccional da Guanabara acusando-os de "omissão contra os advogados". Era urgente que o Conselho formalizasse uma comissão para averiguar e prevenir as violações das prerrogativas dos advogados em nível nacional. Foi acompanhado por Letácio Jansen, Otto Gil e Jorge Fernando Loretto. A proposta de Dunshee de Abranches acabou aprovada, e a moção foi elaborada.<sup>47</sup> Em 15 de julho o Pleno reunir-se-ia para novamente haver um debate sobre a prisão de advogados. A Conselheira Maria Rita, do Acre, afirmava ter realizado diligências pessoais, e assegurou que Corrêa Sobrinho, o advogado preso por recusar-se a depor como testemunha por ser patrono da ré, a empresa "Turismo Rio" (em processo de falência), não possuía vínculos com a empresa - portanto sua prisão havia sido legítima. A tentativa de reduzir as prisões em todo o território nacional a um fato isolado irritou o conselheiro Letácio Jansen, que afirmou que era preciso investigar as arbitrariedades.

Outro aspecto marcante foi a crítica externada em reunião extraordinária de 15 de julho de 1965 ao afastamento criado entre o Conselho Federal e as seções - que na prática

<sup>45</sup> É bastante peculiar como a política era tratada como uma batalha entre bons e maus, em que os maus deveriam não só perecer - pois se eram maus eram corruptos e anti-democratas - mas ser vingados, desaparecendo da vida pública. É, afinal, uma observação bem pouco republicana, especialmente vindo de um membro da OAB. Ata 1.141 da 35a. reunião ordinária do conselho federal, em 27 de abril de 1965.

<sup>46</sup> Não há, entretanto, nenhuma menção ao número da Portaria nas atas.

<sup>47</sup> 1.148a. sessão extraordinária do Pleno da OAB, em 9 de julho de 1965.

deixaram de ser ouvidas para as decisões nacionais. Pleiteavam, especialmente as delegações mais distantes, como Amazonas e Pará, que o conselho concedesse "aos órgãos regionais prazo razoável para que encaminhassem as respectivas opiniões a seus delegados"<sup>48</sup>.

Do ponto de vista do Conselho Federal da OAB, é clara a presença majoritária de uma perspectiva altamente personalista da atuação da entidade, centralizadora em relação às suas bases. Somava-se a isso o desprezo com as dificuldades econômicas das seções menores, mais distantes e mais pobres, as inúmeras restrições ao ingresso de advogados mais novos e a tentativa de relegar as prisões de advogados a situações pontuais e menores.

A par disso, é evidente que a OAB selecionava e filtrava as matérias discutidas no Pleno para divulgação pública. Exemplo é o fato de ter sido colocado em pauta o conteúdo da "reforma do Supremo Tribunal Federal" por indicação do Conselheiro Arnold Wald sem que nada do anteprojeto fosse veiculado ou discutido de maneira pública. Tudo ocorreu no âmbito da direção do Conselho sem a possibilidade de divulgação para as seções, a não ser informalmente pelo "boca a boca".

De fato, o projeto de reforma, na esteira da ideia de que a "revolução" não pouparia nenhum poder, acabara de ser elaborado. Segundo Queiroz<sup>49</sup>, em fins de agosto os trabalhos estavam bastante avançados, com uma comissão formada por representantes da OAB<sup>50</sup>:

o governo incumbiu o ministro da justiça Milton Campos de conduzir trabalhos nesse sentido. Campos formou então uma comissão que contava com o ex-presidente da OAB e prócer udenista Prado Kelly, que igualmente seria feito ministro do STF em seguida ao AI-2, o também advogado Dario de Almeida Magalhães e o ministro aposentado do Supremo Orozimbo Nonato. A eles coube pensar a reforma do Judiciário, o Supremo aí incluso<sup>51</sup>.

## ■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tese externada por Povina Cavalcanti na ata de abril de 1964, acerca da necessidade de manutenção da "elite" dos advogados, permaneceu presente durante toda a trajetória da OAB nesses dois anos de golpe civil-militar. Havia, entretanto, rachaduras que se ampliariam nos seguintes.

<sup>48</sup> Idem.

<sup>49</sup> QUEIROZ, Rafael M. R. Cinquenta anos de um conflito: o embate entre o ministro Ribeiro da Costa e o General Costa e Silva sobre a reforma do STF (1965). In: *Revista Direito GV*. Jan.-Jun. 2015. p. 330.

<sup>50</sup> Reforma, p. 9, de 01/09/1965.

<sup>51</sup> Observe-se que Prado Kelly nunca esteve presente em sessão do Pleno da Ordem dos Advogados na qualidade de observador ou ex-presidente no período estudado por nós, porém gozava de imenso prestígio. Ele era, entretanto, o homem da OAB no poder durante os anos de 1964 e 1965 (até sua nomeação ao STF, quando finalmente ascendeu publicamente). É importante destacar também as conclusões de QUEIROZ no sentido de nem tudo no projeto de reforma do STF e do judiciário era desacordo: "o STF não se opunha, por exemplo, à diminuição de sua competência: via com bons olhos deixar de julgar os recursos de habeas corpus como os que soltavam os acusados em IPMs, desde que a Constituição fosse regularmente alterada para tanto. A comissão trabalhava também para imprimir mais eficiência ao trabalho do tribunal: data desta época a adoção das súmulas, implementada principalmente por iniciativa de um de seus membros, o ministro Victor Nunes Leal. O tema das aposentadorias compulsórias ou do aumento do número de Ministros, porém, era tabu". QUEIROZ, P. 331.

Estas, entretanto, não se apresentavam motivadas, ao menos nesses dois anos iniciais do golpe, pelo questionamento de grandes questões políticas ou constitucionais. Certo que se apresentavam, ao menos formalmente, porém sempre mediadas por interesses imediatos e impasses muito mais atinentes ao cotidiano dos advogados do que propriamente vinculadas a uma crítica de conjuntura.

Ao final de 1965 a OAB é elevada à "elite": seus ex-presidentes são chamados a "socorrer a nação", alçados a Ministros do Supremo Tribunal Federal e assessores dos "revolucionários". A tão propalada "limpeza" é realizada com a elevação de vários dos conselheiros a figuras públicas. Uma guinada da OAB em direção à democracia só seria possível em alguns anos - por ora, os primeiros anos da ditadura militar encontraram poucas resistências institucionais nos quadros do Conselho Federal.

## REFERÊNCIAS

BENEVIDES, Maria Victoria. *A UDN e o udenismo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981.

DISCURSO de Castello Branco. In: *Revista internacional direito e cidadania*.  
<http://www.reidespecial.org.br/?CONT=00000356>. Acesso em 01/05/2014.

CURI, Isadora Volpato. *Juristas e o regime militar (1964-1985): atuação de Victor Nunes Leal no STF e de Raymundo Faoro na OAB*. Dissertação de mestrado. São Paulo: USP, 2008.

GASPARI, Elio. *A ditadura envergonhada*. São Paulo: Cia das Letras, 2002.

\_\_\_\_\_. *A ditadura escancarada*. Rio de Janeiro: Ed. Intrínseca, 2002.

\_\_\_\_\_. *A ditadura encurralada*. Rio de Janeiro: Ed. Intrínseca, 2003.

\_\_\_\_\_. Contra as reformas e o comunismo: a atuação da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) no governo Goulart. *Estudos históricos*. Rio de Janeiro, vol. 25, no. 49. P. 149-168. Jan. Junho de 2012.

HIPPOLITO, Lucia. *De raposas e reformistas: o PSD e a experiência democrática brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985.

MATTOS, Marco A. V. L. *Os cruzados da ordem jurídica*. A atuação da OAB (1945-1964). São Paulo, USP, Tese de Doutorado em história, 2011.

MOTTA, Marly. "Dentro da névoa autoritária acendemos a fogueira"... - a OAB na redemocratização (1974-80). *Revista Culturas jurídicas*, v. 3, no. 1, jan/jun., 2008. Disponível em: Disponível em:  
<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6806/1726.pdf?sequence=1> . Acesso em 08/04/2014.

PROCESSO MTPS 202.742-62 de 07/02/1963. Disponível em:  
[http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=OCBwQFJA AahUKEwjqp7zKy5DIAhVKfZAKHfxECpI&url=http%3A%2F%2Fbibliotecadigital.fgv.br%2Ffojs%2Findex.php%2Ffrda%2Farticle%2Fdownload%2F25170%2F23965&usg=AFQjCNEURLVg2SyBA2UUGu-m\\_ZdxUI775A&sig2=H-BCeBjYQ-TanN5acmVH7A&bvm=bv.103627116,d.Y2I](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=OCBwQFJA AahUKEwjqp7zKy5DIAhVKfZAKHfxECpI&url=http%3A%2F%2Fbibliotecadigital.fgv.br%2Ffojs%2Findex.php%2Ffrda%2Farticle%2Fdownload%2F25170%2F23965&usg=AFQjCNEURLVg2SyBA2UUGu-m_ZdxUI775A&sig2=H-BCeBjYQ-TanN5acmVH7A&bvm=bv.103627116,d.Y2I). Acesso em 15/09/2015.

OAB, Rio de Janeiro. *A OAB na voz de seus presidentes*. RJ, OAB, Vol 7. Coleção História da Ordem dos Advogados. 2003.

QUEIROZ, Rafael M. R. Cinquenta anos de um conflito: o embate entre o ministro Ribeiro da Costa e o General Costa e Silva sobre a reforma do STF (1965). In: *Revista Direito GV*. Jan.-Jun. 2015. p. 323-342.

REFORMA do Judiciário governo encampa projeto de juristas. *Folha de São Paulo*, São Paulo, Primeiro Caderno, p. 9. 01/09/1965.

ROLLEMBERG, Denise. Memória, opinião e cultura política. A Ordem dos Advogados do Brasil sob a ditadura (1964-1974). In: reis, DANIEL AARÃO E rolland, DENIS (ORGS). *Modernidades alternativas*. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2008.

TOLEDO, Caio Navarro de. *O governo Goulart e o golpe de 1964*. São Paulo: Brasiliense. 2004.

VALÉRIO, Otávio L. S. *A toga e a farda: o Supremo Tribunal Federal e o Regime Militar (1964-1969)*. Dissertação. (Mestrado em Direito). São Paulo: USP, 2010.



# LA LIBERTAD DE EMPRESA Y LA NO DISCRIMINACIÓN

## BUSINESS FREEDOM AND NON DISCRIMINATION

CHRISTIAN ALBERTO CAO\*

### RESUMO<sup>1</sup>

Em uma análise do Direito argentino, o trabalho aborda o alcance e os limites do exercício do direito constitucional ao empreendimento econômico privado à luz do princípio da não discriminação nas relações de trabalho. Para tanto, investiga o *leading case* "Sisnero, Mirtha Graciela y otros" versus "Taldeva SRL y otros" e, pragmaticamente, ressalta a força normativa constitucional e convencional sobre as relações jurídicas entre particulares. Nessa finalidade, aborda relações entre a igualdade e a "não discriminação", a irradiação dos efeitos da "não discriminação" sobre relações jurídicas horizontais, a ponderação da discriminação inversa como medida de equidade e a posição da livre iniciativa em colisão com outros direitos positivos, de acordo com a jurisprudência argentina. Verifica que a irradiação de direitos fundamentais em todos os âmbitos do sistema jurídico inclui, também, a difusão de um princípio de justiça exigida pelo Estado de Direito constitucional.

**Palavras-chave:** Liberdade de empresa; Discriminação; Relações laborais.

### ABSTRACT<sup>2</sup>

In an analysis of Argentine law, the paper talks about the scope and limits of the exercise of constitutional law to the private economic enterprise against the principle of non-discrimination in labor relations. In order to do so, it investigates the leading case "Sisnero, Mirtha Graciela and others" versus "Taldeva SRL y otros" and pragmatically highlights the constitutional and conventional normative force on legal relations between individuals. To this end, it addresses the relationship between equality and non-discrimination, the irradiation of the effects of 'non-discrimination' on horizontal legal relationships, the consideration of reverse discrimination as a measure of equity and the position of free initiative in collision with other rights, according to the jurisprudence of Argentina. Finally, it notes that the dissemination of fundamental rights in all areas of the legal system also includes the dissemination of a principle of justice required by the constitutional State of Law.

**Keywords:** Freedom of business; Discrimination; Work relationships.

\* Doutor em Direito pela Universidad Complutense de Madrid, Espanha (UCM).  
Professor Adjunto da Universidad de Buenos Aires (UBA). Advogado.  
[ccaao@derecho.uba.ar](mailto:ccaao@derecho.uba.ar)

Recebido em 11-5-2017 | Aprovado em 11-5-2017<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Elaborado pelos Editores.

<sup>2</sup> Elaborado pelos Editores.

<sup>3</sup> Artigo convidado. Publicação original: LA LEY 30/06/2014, 6 - LA LEY2014-D, 55



## SUMÁRIO

**INTRODUCCIÓN: LOS HECHOS DEL CASO; 1 EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA EMPRESA ECONÓMICA Y SUS LÍMITES; 1.1 Los límites al ejercicio de los derechos económicos de producción: jurisprudencia; 2 LA IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN; 3 IRRADIACIÓN DE LOS EFECTOS DE LA NO DISCRIMINACIÓN EN LAS RELACIONES JURÍDICAS HORIZONTALES; 4 LA DISCRIMINACIÓN INVERSA COMO MEDIDA DE EQUIDAD; 5 COLISIÓN DE RECHOS. LIBERTAD DE EMPRESA Y SU LÍMITE EN LA NO DISCRIMINACIÓN: ESTÁNDARES JURISPRUDENCIALES ALCANZADOS**

### ■ INTRODUCCIÓN: LOS HECHOS DEL CASO

En autos<sup>4</sup> "Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/ amparo" de fecha 20 de mayo de 2014, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el entendimiento de un recurso de queja, abordó el alcance y los límites del ejercicio del derecho constitucional al emprendimiento económico privado a la luz del principio de no discriminación.

Al dejar sin efecto la sentencia inferior, el máximo juzgador hizo lugar a la amparista afectada en el ejercicio de su oportunidad a acceder o elegir libremente un trabajo por motivos discriminatorios.

El interés del comentario radica en la interpretación que hace el máximo tribunal sobre el ejercicio de un derecho —de jerarquía constitucional—, al tiempo que ese despliegue afecta un interés jurídico de otra persona debido a su irracionalidad.

Este aporte casuístico contribuye, junto con otros que también serán reseñados, a consolidar la fuerza normativa constitucional y convencional sobre las relaciones jurídicas entre particulares.

### 1 EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA EMPRESA ECONÓMICA Y SUS LÍMITES

La Constitución Nacional reconoce un grupo de derechos preponderantemente económicos que giran alrededor de la esfera de la libertad<sup>5</sup> con relación a la producción y el intercambio de bienes y/o servicios con valor agregado, y que a su vez presuponen la existencia del derecho de propiedad privada.

A este conjunto de derechos que forman parte de la Constitución socioeconómica, propuse denominarlo *bloque de derechos económicos de producción*<sup>6</sup>.

¿Cómo se encuentra conformado el conjunto de derechos agrupado en ese bloque económico de producción?

<sup>4</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación ~ 2014-05-20 ~ Sisnero, Mirtha Graciela y otros c. Taldelva SRL y otros s/ amparo.

<sup>5</sup> BIDART CAMPOS, Germán. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. t. I-B. Buenos Aires: Ediar, 2000?, p. 45.

<sup>6</sup> CAO, Christian. *Constitución socioeconómica y derechos fundamentales. Estudio comparado entre los casos de España y Argentina*. 2013. Tesis (Doctorado en Derecho) –Universidad Complutense de Madrid, Madrid. 2013, p. 303 y ss. En formato digital: <http://cisne.sim.ucm.es/>

Expresamente reconocidos se encuentran:

i) El derecho de ejercer industria lícita (artículo 14 de la Constitución nacional);

ii) El derecho de comerciar (artículo 14);

iii) El derecho de ejercer una profesión autónoma o trabajo, o bien desarrollar un emprendimiento económico por cuenta propia (artículo 20).

Si bien la doctrina en general reconoce sus presencias en el texto supremo, ella no suele utilizar con frecuencia el concepto de "libertad de empresa" o "derecho de empresa"<sup>7</sup>.

La jurisprudencia, en cambio, cumplió un papel fundamental para determinar la naturaleza jurídica del derecho o bloque de derechos de producción referidos al libre emprendimiento económico privado al ejemplificarlos. Entre ellos se destacan casos de ejercicio de profesiones autónomas<sup>8</sup>, venta de medicamentos<sup>9</sup>, e incluso la actividad de otorgamiento de préstamos pignoratícios<sup>10</sup>, entre tantos otros. Más recientemente y continuando con enumeraciones, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuteló el ejercicio del derecho económico "a trabajar" —con relación a una actividad autónoma, como es la registración notarial— frente a reglamentaciones irrazonables reconociendo así un verdadero "derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo digno"<sup>11</sup>. Conforme lo entendió aquel Tribunal, a esa actividad, que no importa un trabajo dependiente sino uno de carácter autónomo, le caben los beneficios que aseguran los derechos sociales establecidos en la Constitución nacional.

Así, las distintas sub denominaciones usadas por la doctrina y la jurisprudencia argentinas para definir la libertad económica productiva —sea derecho de realizar un trabajo autónomo o profesión, comerciar o ejercer industria lícita— encuentran pocos elementos diferenciadores de relevancia.

Las diversas fórmulas constitucionales utilizadas por el constituyente argentino que componen el bloque de derechos económicos de producción, bien podrían ser unificadas en una sola noción. Por ejemplo, y tal como se observa en ordenamientos constitucionales

---

<sup>7</sup> Por ejemplo, EKMEKDJIAN, Miguel. *Tratado de derecho constitucional*. t. I. Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 493; PÉREZ HUALDE, Alejandro. *Constitución y economía*. Buenos Aires: Depalma, 2000, p. 68; QUIROGA LAVIÉ, Humberto. *Lecciones de derecho constitucional*. Buenos Aires: Depalma, 1995, p. 221- 222; entre otros.

<sup>8</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "D. Francisco Arcelus contra Casimiro Gómez, por liquidación social y rendición de cuentas s/ capacidad de la mujer para ejercer la procuración judicial" (Fallos 42:274) de 21 de febrero de 1891 y sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "Doctor don Miguel Angel Angulo y García, reclamando una resolución de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil s/ prohibición de informar in voce por no ser abogado inscripto en la matrícula, y no haber prestado el juramento de ley" (Fallos 65:58) de 1 de septiembre de 1896.

<sup>9</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la nación "Departamento Nacional de Higiene c/ Indraccolo Sauver s/ venta de específico" (Fallos 115:82) de 30 de noviembre de 1911.

<sup>10</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "José Ferry s/ infracción ley 4531" (Fallos 124:402) de 9 de diciembre de 1916.

<sup>11</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la nación "Jiménez, María c/ Provincia de Salta s/ inconstitucionalidad", de 19 de abril de 2011, con comentario de: CAO, Christian. El derecho a ganarse la vida mediante un trabajo y las reglamentaciones irrazonables. In: *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, 2011-B, p. 658 y ss.

contemporáneos, es posible enumerar el derecho "a la libertad de empresa", "la libertad para desarrollar una actividad económica", "la libre iniciativa económica", entre tantos otros<sup>12</sup>.

Se debe reconocer que estos conceptos jurídico-económicos se ajustan mejor a las sociedades constitucionales contemporáneas, que se desenvuelven en el marco de modelos de mercado mediante la producción y el intercambio de bienes y servicios, a su vez resguardando los valores sociales.

En el caso argentino resulta válido aludir a otros tipos de formulas jurídicas que valoren el ejercicio de la iniciativa económica productiva privada, siempre que se observe la coherencia y cohesión interna del bloque de derechos económicos de producción.

En el derecho constitucional argentino es posible reconocer —a partir de esta construcción— la existencia de un derecho a la libre iniciativa económica privada (con sus especificidades, similar a la reconocida en el artículo 41 de la Constitución italiana de 1947 o en el artículo 85 inciso 1 de la Constitución de Portugal de 1976), e incluso —de forma innominada— la libertad de empresa (también con sus especificidades, similar a la recogida por el artículo 38 de la Constitución española) o el derecho al desarrollo de la unidad de negocio productivo.

En síntesis, sostengo que la Constitución socioeconómica argentina reconoce un derecho subjetivo al emprendimiento económico privado, o simplemente denominada libertad de empresa.

### **1.1 Los límites al ejercicio de los derechos económicos de producción: jurisprudencia**

Los derechos constitucionales económicos obviamente no son absolutos y por lo tanto sus reglamentaciones pueden y deben limitar su contenido con relación al resto de los derechos fundamentales. Aquellos bienes jurídicos que integran el bloque económico de producción dentro de la Constitución socioeconómica argentina (en sus variantes libertad de comercio, industria o trabajo autónomo o profesión) no son ajenos a esta apreciación.

Se aplican aquí los parámetros sobre el principio de reserva de ley (artículos 14 y 19 de la Constitución argentina) y razonabilidad de la reglamentación (artículo 28 de la misma norma) al ejercicio del derecho.

Justamente la construcción jurisprudencial ha establecido bases para la aplicación del criterio de razonabilidad en la limitación de la libertad económica. El máximo tribunal de justicia, siguiendo criterios pretorianos norteamericanos, y en relación con la limitación reglamentaria sobre la industria agroalimentaria (clasificación y tipo de ganado, carnes, productos y subproductos de ganadería, transporte, explotación e incluso propaganda), hace décadas se preguntaba: "¿Qué es esta libertad? La Constitución no habla de libertad (freedom) de contratar. Habla de libertad (liberty) y prohíbe la privación de esta libertad sin el debido procedimiento legal. Al prohibir dicha privación, la Constitución no reconoce una libertad

---

<sup>12</sup> Ver la sustancial compilación de terminologías empleadas por las Constituciones miembros del Consejo de Europa para la referencia al mismo derecho — aunque incidiendo en su radio de acción — realizada por Ignacio GARCÍA VITORIA en; *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, Pág. 140 (nota al pie de página).

absoluta e incontrolable. La libertad en cada una de sus fases tiene su historia y connotación. Pero la libertad salvaguardada es la libertad que en una organización social, requiere la protección de la ley contra los males que amenazan la salud, seguridad, moral y bienestar del pueblo. La libertad según la Constitución está, pues, necesariamente sujeta a las restricciones del debido procedimiento, y una regulación que sea razonable con relación a su objeto y se adopte en el interés de la comunidad, equivale a dicho debido procedimiento"<sup>13</sup>.

De esta forma y a criterio jurisprudencial, las eventuales limitaciones a los derechos económicos de producción sólo pueden caber en un marco de racionalidad ponderada.

Así lo entendió el tribunal judicial en uno de sus primeros casos referido a la matriculación obligatoria para el ejercicio de ciertas profesiones<sup>14</sup>, o que requerían una "comprobación del conjunto de conocimientos indispensables"<sup>15</sup> o la atención de "delicadas funciones" que exigía la profesión<sup>16</sup>, o la prohibición de bonificar con sueldos mayores a las categorías inferiores en situación jerárquica (fijación de sueldos mínimos) en aras de lograr una "ordenada coexistencia de las oficinas y la tranquilidad en la prestación de las obligaciones laborales"<sup>17</sup>.

Más polémicos fueron los casos en los cuales, a los fines de determinar la razonabilidad de la reglamentación (y por lo tanto su constitucionalidad), el factor determinante giró en torno a la exigencia de ausencia de antecedentes policiales para obtener habilitaciones comerciales<sup>18</sup>, la fijación de precios máximos de venta de bienes (en situaciones de emergencia o períodos de guerra)<sup>19</sup>, o la participación compulsiva y obligatoria de productores vitivinícolas a una entidad mediante un aporte que los convertía en socios<sup>20</sup>.

La enumeración de ejemplos puede continuar sobre numerosas materias que rodean la libertad constitucional de empresa, pero a la hora de limitar el ejercicio de este derecho resulta necesario observar la garantía de la totalidad de los derechos fundamentales de forma proporcionalmente ponderada.

---

<sup>13</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "Pedro Inchauspe Hnos. c/ Junta Nacional de Carnes s/ devolución de pesos" (Fallos 199:516) de 1 de septiembre de 1944. El subrayado es agregado.

<sup>14</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "Doctor don Miguel Angel Angulo y García, reclamando una resolución de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil s/ prohibición de informar in voce por no ser abogado inscripto en la matrícula, y no haber prestado el juramento de ley" (Fallos 65:58) de 1 de septiembre de 1896.

<sup>15</sup> En el caso, ciencias económicas, actuario y contador público. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "Solivellas, Vicente s/ apela resolución del Consejo Profesional de Ciencias Económicas" (Fallos 214:612) de 26 de septiembre de 1949, a modo de ejemplo.

<sup>16</sup> En el caso, actividad de notario público. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "Almada, Edgardo s/ información" (Fallos 268:91) de 16 de junio de 1967.

<sup>17</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "Barone, Manlio y Cajarville, Jesús c/ Banco di Nápoli" (Fallos 249:252) de 10 de marzo de 1961.

<sup>18</sup> En el caso, se rechazó la habilitación de apertura de un club nocturno. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "Miranda, R. y otros s/ recurso de amparo" (Fallos 257:30) de 9 de octubre de 1963.

<sup>19</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "Martini Vicente e hijos (S.R. Ltda.) s/ infracción ley 12.591" (Fallos 200:250) de 27 de diciembre de 1944.

<sup>20</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "Cavic c/ Maurín y Cía. SRL" de 8 de julio de 1970.

## 2 LA IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN

Se ha dicho que del derecho a la libertad se desprende la igualdad<sup>21</sup>, sea como principio general o como derecho público subjetivo, el cual importa un trato justo a todas las personas.

La recepción constitucional de la igualdad de sus artículos 15 —prohibición de esclavitud— y 16 —igualdad ante la ley— se completa con el igual reconocimiento de derechos a todas las personas — artículo 14, entre otros—, incluyendo a los extranjeros — artículo 20—, y se integra en su función social con acciones positivas, a las cuales me referiré más adelante al analizar las proyecciones de la sentencia bajo análisis.

En el mismo orden de ideas, la no discriminación suele configurársela como una superación del derecho a la igualdad, por la cual la norma apunta a interdictar criterios, categorías o clasificaciones inmotivadas, arbitrarias o irrazonables.

De esta manera, el derecho a la no discriminación apunta a reconocer primeramente la igualdad de la persona frente al Estado y la ley, y además a abogar por el respeto de las diferencias (derecho a ser diferente), sean naturales o culturales.

Suele apuntarse que este derecho es en rigor tuitivo de otros, más que uno en sí mismo, ya que cumple el rol de una norma de cierre del paradigma constitucional que interdicta criterios diferenciadores irracionales<sup>22</sup>.

Relacionado con la autonomía y libertad de la persona, el Estado debe entonces garantizar la no discriminación desde una dimensión negativa —es decir, no interferir en las decisiones o plan de vida de las personas<sup>23</sup>—, y desde una dimensión positiva —esto es, suministrar las condiciones para que la persona pueda desarrollar su libre personalidad<sup>24</sup>.

Desde el plano internacional del derecho, jerarquizado constitucionalmente en virtud de su artículo 75 inciso 22, estos lineamientos también fueron recogidos en instrumentos jurídicos. Veamos un sintético panorama.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece un mandato a los Estados parte: respetar los derechos allí reconocidos y garantizar su libre y pleno ejercicio "sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

En primer lugar, la norma refiere a la obligación de los Estados de respetar los derechos humanos reconocidos en el Pacto de San José de Costa Rica sin discriminación alguna, implicando que toda relación jurídica debe ser desplegada observando el principio de

<sup>21</sup> BIDART CAMPOS, *op. cit.*, p. 71.

<sup>22</sup> GIL DOMÍNGUEZ, Andrés. *Escritos sobre neoconstitucionalismo*. Buenos Aires: Ediar, 2009, p. 293.

<sup>23</sup> Por ejemplo y sobre la prohibición de interferir en el plan de vida de las personas en relación a los derechos a la vida y la salud – Albertus, Viviana y Cao, Christian; "Libertad de intimidad y derecho a la salud. El respeto al plan de vida de las personas en la Constitución nacional (a propósito de la transfusión de sangre y la vacunación obligatoria)", *Revista Jurisprudencia Argentina*, JA 2012-III-Pág. 20.

<sup>24</sup> Ampliar en: GUASTINI, Riccardo. *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Ariel, 1999, p. 197.

la no discriminación, sean estas verticales (Estado y particulares) u horizontales (particulares entre sí).

En segundo lugar, si bien los parámetros de discriminación interdictados se encuentran enumerados, la norma deja abierta una cláusula de "cualquier otra condición social", a los fines de eventualmente añadir otros allí no recogidos cuya sintomática sea actual o futura.

Iguals recepciones se observan en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 2, inciso 2, "sin discriminación") y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 2 inciso 1, "sin distinción").

En síntesis, la interdicción de la discriminación o de la distinción irrazonable constituye el marco dentro del cual deben desarrollarse las relaciones jurídicas en un Estado constitucional y convencional de derecho.

### 3 IRRADIACIÓN DE LOS EFECTOS DE LA NO DISCRIMINACIÓN EN LAS RELACIONES JURÍDICAS HORIZONTALES

El constitucionalismo clásico se ocupó de estructurar, junto con la división de poderes, el reconocimiento de un espectro de derechos frente al poder público. En Europa antes del constitucionalismo se buscó modificar la cosmovisión del poder, organizándolo de una manera diferente al que regía en el Ancien Régime: El Estado constitucional de derecho.

Sin embargo, aquella visión apuntó primordialmente a la limitación del poder en el Estado, aplicando los derechos en relaciones verticales. Esto es: Estado y persona.

En este orden de ideas, el principio de igualdad se tradujo en el derecho de igualdad ante la ley.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) en su artículo 1 dispone que "Los hombre nacen y viven libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en utilidad común"<sup>25</sup>. La influencia de este artículo a nivel comparado conforma un dogma permanente del Estado constitucional<sup>26</sup>.

Frente a esta posición clásica constitucional, la visión superadora o neoconstitucionalista sostiene — consolidando ello— la irradiación los efectos de los derechos públicos subjetivos a las relaciones jurídicas horizontales.

---

<sup>25</sup> En relación a ello, el artículo 6 también refiere al principio de igualdad ante la ley. Para un estudio sobre esta declaración, la Declaración de Virginia y la de otros Estados norteamericanos, y el Bill of Rights inglés (1689), ver: JELLINEK, Georg. *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. México: Universidad Nacional de México, 2000 [1895]. A su vez y del mismo autor, ampliar en: *Teoría general del Estado*, Editoriales B de F y Albatros 2005 [1905], Pág. 625 y ss.

<sup>26</sup> HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Madrid, Editorial Trotta, 1998, p. 49 y ss.

Esto no es otra cosa que la aplicación de la fuerza normativa de la Constitución a todo tipo de relaciones jurídicas, no sólo las relaciones jurídicas verticales, sino también las relaciones entre particulares<sup>27</sup>.

En la doctrina europea esta problemática fue planteada hace tiempo, a partir de un caso de la jurisprudencia alemana<sup>28</sup>. Allí se ha expuesto que la garantía constitucional de los derechos individuales no se agota en la de clásicos derechos de defensa del ciudadano frente al Estado, sino encarna un orden objetivo de valores (*objektive Wertordnung*) con la consecuencia de que "los valores o principios fundamentales no valen únicamente para la relación entre el Estado y el ciudadano, sino para todos los ámbitos del Derecho".

En el ámbito convencional (artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cfr. Artículo 75 inciso 22 de la Constitución nacional), la Opinión Consultiva 18/03, citada en la sentencia que seguidamente abordaré, ha trazado criterios interpretativos sobre la teoría de la irradiación de los efectos de los derechos fundamentales entre particulares, o eficacia de los derechos fundamentales entre privados.

Así, el desafío planteado por el caso "Sisnero" proponer extender el alcance de los derechos fundamentales también a las relaciones jurídicas horizontales.

#### 4 LA DISCRIMINACIÓN INVERSA COMO MEDIDA DE EQUIDAD

La reforma de la Constitución nacional del año 1994 incorporó el principio de "discriminación inversa", instrumentada por el Estado en acciones positivas que imponen cuotas, cupos u otros beneficios a diversos colectivos minoritarios o anteriormente injustamente discriminados.

La discriminación inversa persigue alcanzar —o al menos tender hacia— una reparación histórica a grupos anteriormente discriminados, y/o para construir una sociedad más justa e integrada<sup>29</sup>.

Algunos ejemplos de acciones positivas se encuentran recogidas en los artículos 37 (igualdad de oportunidades políticas entre hombres y mujeres), 38 (participación de las posiciones minoritarias en los partidos políticos), 75 inciso 17 (tutela económico-cultural para los pueblos indígenas) de la Constitución Nacional.

Sin dudas la previsión del artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional, curiosamente no citado en la sentencia bajo análisis, importa el principal fundamento de las acciones positivas.

---

<sup>27</sup> BIDART CAMPOS, Germán. *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. Buenos Aires: Ediar, 1995, p. 152.

<sup>28</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 1958, "Lüth, Erich (recurre sentencia del Tribunal Estatal de Hamburgo)", BVerfGE 7, 198, en la cual también se destaca que "Los derechos fundamentales son ante todo derechos de defensa del ciudadano en contra del Estado; sin embargo, en las disposiciones de derechos fundamentales de la Ley Fundamental se incorpora también un orden de valores objetivo, que como decisión constitucional fundamental es válida para todas las esferas del derecho". El subrayado es agregado.

<sup>29</sup> SAGÜÉS, Néstor. *Elementos de Derecho Constitucional*. t. II. Buenos Aires, Astrea, 1997, p. 447.

La norma impone al Congreso de la Nación, el deber de "legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio" de los derechos fundamentales.

Estas medidas de acción positiva deben otorgarse en particular respecto los siguientes colectivos sociales:

- los niños;
- las mujeres;
- los ancianos;
- las personas con discapacidad.

De esta manera, el constituyente de 1994 identificó cuatro grupos sociales —o cinco, si se quiere añadir los pueblos indígenas (inciso 17)—, a los cuales la normativa jurídica debe ser centro de imputación de los beneficios, o, derechos a acciones positivas fácticas y/o normativas<sup>30</sup>.

Uno de esos colectivos —las mujeres— conforma el punto de apoyo por el cual en el caso "Sisnero" el juzgador, al promocionar la real igualdad de oportunidades, sopesó la pretensión de la accionante por sobre el interés del demandado.

## **5 COLISIÓN DE DERECHOS. LIBERTAD DE EMPRESA Y SU LÍMITE EN LA NO DISCRIMINACIÓN: ESTÁNDARES JURISPRUDENCIALES ALCANZADOS**

¿Cómo conjugar el ejercicio de uno de los contenidos de la libertad de empresa —contratar a un determinado trabajador dependiente— con el principio y el derecho a la igualdad y a la no discriminación?

La irradiación de los derechos fundamentales en todos los ámbitos del sistema jurídico incluye también la difusión del principio de justicia exigida por el propio Estado de derecho constitucional.

Consecuentemente, la colisión del ejercicio de derechos encuentra su solución más adecuada en la aplicación de una razonable ponderación. A esto se le debe agregar los mandatos constitucionales que imponen la instrumentación de medidas de acción positiva, explicadas en párrafos anteriores.

Dentro de ellas se desacata la promoción real de oportunidades a recurrente: una mujer agraviada en su ejercicio de elegir libremente y sin discriminación un empleo, en el caso, conductora de colectivos.

Cabe recordar que en el plano de las relaciones jurídicas verticales (relación Estado-particulares), la Corte Suprema de Justicia ya había consolidado el principio de igualdad y no discriminación en materia de empleo o cargos públicos<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993, p. 195 y ss y 419 y ss.

<sup>31</sup> Respectivamente, sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la nación "Arenzón, Gabriel Darío c./Nación Argentina" de fecha 01/01/1984 (Fallos 306:400) y sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la nación "Hooft, Pedro c/ Provincia de Buenos Aires" de fecha 16/11/2004, entre otros.

En referencia con las relaciones jurídicas horizontales, el pronunciamiento judicial reseña el antecedente "Alvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud SA" en donde el Tribunal ha dicho que "Es compatible —en el caso— la reinstalación del trabajador víctima de un distracto discriminatorio por su actividad sindical y el derecho a contratar y ejercer toda industria lícita del art. 14 de la Constitución Nacional, en virtud del singular motivo de ruptura del contrato de trabajo: la discriminación, pues cuando la libertad de contratar del empleador entra en conflicto con la libertad contra la opresión del empleado, esta última debe prevalecer sobre aquélla, porque así lo requieren los principios que fundan un ordenamiento social justo, toda vez que no otro es el sentido de la cláusula que los Constituyentes de 1957 agregaron a continuación del art. 14 de la Ley Fundamental —art. 14bis". Ello no obstante que dos de los jueces del Tribunal, en su disidencia parcial, señalaron que "La garantía constitucional a la libertad de contratar incluye su aspecto negativo, es decir, la libertad de no contratar que es un aspecto de la autonomía personal a la que todo ciudadano tiene derecho —art. 19 de la Constitución Nacional— y un supuesto del derecho a ejercer una industria lícita —art. 14 de la Constitución Nacional—, razón por la cual no se puede obligar a un empleador —contra su voluntad— a seguir manteniendo en su puesto a empleados —en el caso, despedidos por su actividad sindical— que no gozan de la confianza que debe presidir toda relación de dependencia"<sup>32</sup>.

A este antecedente, se le puede añadir otras dos sentencias del mismo Tribunal, las que, con matices, transitan en similar sentido: "Pellicori, Liliana Silvia c. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/Amparo"<sup>33</sup> y "Cejas, Adrián Enrique c. Fate S.A. s/juicio sumarísimo"<sup>34</sup>.

La articulación de estos tres casos en forma conjunta permite reseñar algunas conclusiones arribadas por la jurisprudencia suprema, tanto al momento de finalizar una relación contractual laboral (Alvares, Maximiliano c/Cencosud S.A., Pellicori, Liliana c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y Cejas, Adrián c/ Fate S.A.) como también al tiempo de celebrar una relación de similar carácter (Sisneros, Mirtha c/ Taldelva S.A.), en ambos casos a la luz de la no discriminación.

Así, al confrontar la libertad de empresa con el derecho a trabajar (sea al celebrar un contrato o bien al finalizarlo), de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación surge que:

- quien fuera afectado por un acto discriminatorio y prima facie lo haya acreditado le asiste un estándar probatorio aplicable —reparto de la carga—, el cual traslada al demandado la carga de probar que como reprochado del acto tuvo como causa un motivo o criterio objetivo y razonable ajeno a toda discriminación;
- el ejercicio de la libertad de empresa — en todas sus manifestaciones—, encuentra su límite en la afectación del derecho a la no discriminación en la relaciones laborales;
- ese límite se manifiesta tanto en el ejercicio del derecho del empresario al finalizar una contratación (de trabajo), como así también al iniciar una contratación

<sup>32</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la nación, "Álvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud S.A." de fecha 07/12/2010, votos de las juezas Higton de Nolasco y Argibay. El subrayado es agregado.

<sup>33</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la nación de fecha 15/11/2011.

<sup>34</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la nación de fecha 26/3/2013, con las disidencias parciales señaladas en la cita n° 31

(de igual carácter), si su despliegue no puede ser encuadrado como un motivo objetivo y razonable y máxime si se violenta la igualdad real de oportunidades en perjuicio de uno de los colectivos señalados en el artículo 75 inciso 23 de la Constitución nacional.

¿Recortan estos estándares los alcances constitucionales de la libertad de empresa? No, de ninguna manera. Sencillamente reafirman que los derechos fundamentales pueden — y deben— ser ejercidos en un marco constitucional y convencional, en donde la no discriminación y la igualdad real de oportunidades constituyen principios supremos ineludibles.

Resulta evidente que asistimos a un tiempo en donde el derecho constitucional se posiciona por sobre todas las relaciones jurídicas, verticales y horizontales, y que ningún acto de trascendencia jurídica puede ser validado si se encuentra motivado por una irrazonable diferenciación o discriminación.

En fin, esto no es otra cosa que aplicar la fuerza normativa constitucional y convencional en todos los ámbitos de la vida diaria.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.

BIDART CAMPOS, Germán. *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. Buenos Aires: Ediar, 1995.

\_\_\_\_\_. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. t. I-B. Buenos Aires: Ediar, 2000?.

CAO, Christian. *Constitución socioeconómica y derechos fundamentales. Estudio comparado entre los casos de España y Argentina*. 2013. Tesis (Doctorado en Derecho) –Universidad Complutense de Madrid, Madrid. 2013.

\_\_\_\_\_. El derecho a ganarse la vida mediante un trabajo y las reglamentaciones irrazonables. In: *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, 2011-B.

EKMEKDJIÁN, Miguel. *Tratado de derecho constitucional*. t. I. Buenos Aires: Depalma, 1993.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés. *Escritos sobre neoconstitucionalismo*. Buenos Aires: Ediar, 2009.

GUASTINI, Riccardo. *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Ariel, 1999.

HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Madrid, Editorial Trotta, 1998.

JELLINEK, Georg. *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. México: Universidad Nacional de México, 2000.

PÉREZ HUALDE, Alejandro. *Constitución y economía*. Buenos Aires: Depalma, 2000.

QUIROGA LAVIÉ, Humberto. *Lecciones de derecho constitucional*. Buenos Aires: Depalma, 1995.

SAGÜÉS, Néstor. *Elementos de Derecho Constitucional*. t. II. Buenos Aires, Astrea, 1997.



## REGULAÇÃO (ANTI)CONSUMERISTA (ANTI)CONSUMER REGULATION

MARCELO LAUAR LEITE\*

### RESUMO

A defesa do consumidor guarda *status* constitucional privilegiado, sendo mencionada no rol de direitos fundamentais e inscrita entre os princípios da ordem econômica brasileira. Socialmente, a proteção do polo consumerista é um comportamento bem quisto. Nesse contexto, mostra-se cada vez mais comum a propositura de medidas legislativas que buscam disciplinar o comportamento dos *players* do mercado em favor dos consumidores. No entanto, embora tais ações possam guardar propósitos genuinamente benéficos, muitas delas se revelam, na prática, contrárias aos interesses que intentavam tutelar. O objetivo dessa investigação é demonstrar que a intervenção estatal sobre a liberdade de iniciativa privada através de medidas pretensamente pró-consumeristas pode, na prática, se evidenciar com um inesperado viés anticonsumerista. Cingindo-se ao campo parlamentar, o trabalho demonstra, sob a lógica popperiana, a ineficiência, desnecessidade ou inadequação de tais ações para o cumprimento de seus próprios fins, fazendo isso pela análise de três grupos específicos de iniciativas: os das regulações que almejam tutelar (i) a saúde do consumidor, (ii) o lucro dos fornecedores, e (iii) a segurança de passageiros nos contratos de transporte individual.

**Palavras-chave:** Regulação; Defesa do Consumidor; Livre Iniciativa; Ineficiência; Inadequação.

### ABSTRACT

Consumer protection has privileged constitutional status, being mentioned in the list of fundamental rights and inscribed among the principles of the Brazilian economic order. Socially, the protection of the consumerist pole is a well-liked behavior. In this context, the number of legislative measures that seek to discipline the behavior of market players in favor of consumers has increased. However, while such actions may have genuinely beneficial purposes, many of them prove in practice to be contrary to the interests they sought to protect. The aim of this investigation is to demonstrate that state intervention on the freedom of initiative through allegedly pro-consumer measures can in practice be evidenced with unexpected anticonsumerist consequences. The paper restricts the analysis to the parliamentary field. It demonstrates, under Popperian logic, the inefficiency, needlessness or inadequacy of such actions for the fulfillment of their own ends. This is done by analyzing three specific groups of initiatives: regulations that aim to protect (i) consumer health, (ii) supplier profits, and (iii) passenger safety in individual transportation contracts.

**Keywords:** Regulation; Consumer defense; Free Initiative; Inefficiency; Inadequacy.

\* Doutorando em Ciências Jurídico-Empresariais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal (FDUC). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Investigador do Instituto Jurídico da FDUC. Professor Assistente-A da Universidade Federal Rural do Semiárido (UFERSA). Advogado.

[marcelo.lauar@ufersa.edu.br](mailto:marcelo.lauar@ufersa.edu.br)

Recebido em 7-3-2017 | Aprovado em 26-3-2017



## SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO; 1 MOLDURA: DA ESTRUTURA NORMATIVA; 2 ARTE E CRÍTICA: DAS OBRAS; 2.1 Regulação da saúde pela restrição alimentar; 2.1.1 O controle do sal...; 2.1.2 ... e do açúcar; 2.2 Regulação do lucro pela imposição de comportamentos comissivos ou omissivos; 2.2.1 A distribuição de sacolas plásticas; 2.2.2 Material escolar; 2.2.3 Meia-entrada; 2.2.4 Crítica; 2.3 Regulação da segurança pela instituição de monopólios: o caso dos táxis; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.**

## ■ INTRODUÇÃO

Senti uma grande lucidez e uma serenidade extraordinária, de pé na balsa, enquanto o avião se aproximava. Calmamente tirei a camisa. Tinha a sensação de que sabia qual era o instante preciso em que devia começar a fazer sinais (...). Permaneci um minuto, dois minutos com a camisa na mão, esperando que o avião se aproximasse. Vinha diretamente para a balsa. Quando levantei o braço e comecei a agitar a camisa, ouvia perfeitamente, por cima do barulho das ondas, o crescente e vibrante ruído dos seus motores. Agitei a camisa desesperadamente, durante pelo menos cinco minutos. Mas logo percebi que me enganara: o avião não vinha para a balsa. Quando vi crescer o ponto negro, achei que passaria por cima da minha cabeça. Passou muito distante, a uma altura da qual era impossível que me visse<sup>1</sup>.

A abertura do *Discurso sobre o método* me fascina há anos: “O bom senso é a coisa melhor dividida no mundo<sup>2</sup>”. Mesmo quem dificilmente se satisfaz em outros aspectos da vida – diz DESCARTES –, não costuma desejar querê-lo mais do que já tem. Fantástico, não? Talvez por isso, o naufrago VELASCO achou tão crível seu julgamento a respeito do avião; talvez por isso, o Estado tenha tanta confiança na prudência de suas medidas legislativas<sup>3</sup> direcionadas à defesa do consumidor.

O objetivo dessa investigação é *demonstrar que a intervenção estatal sobre a liberdade de iniciativa privada através de medidas supostamente pró-consumeristas se revela, na prática, anticonsumerista*. Limitando inoportunamente facetas desse direito fundamental – v.g., as liberdades de *empreendimento econômico* e de *contrato* –, tais ações se mostram ineficientes, desnecessárias ou inadequadas ao cumprimento de seus próprios fins, contrariando o *bom senso* parlamentar que lhes germinou.

Para cumprir a finalidade proposta, foram analisados três grupos específicos de iniciativas: os das regulações que almejam tutelar (i) a saúde do consumidor, (ii) o lucro dos fornecedores, e (iii) a segurança de passageiros no transporte individual. Metodologicamente,

<sup>1</sup> MÁRQUEZ, Gabriel García. *Relato de um naufrago*. Tradução de Remy Gorga Filho. São Paulo: Record, 1970, p. 48-49.

<sup>2</sup> DESCARTES, René. *Discurso sobre o método*: para bem dirigir a própria razão e procurar a verdade nas ciências. 9. ed. Tradução de Márcio Pugliesi e Norberto Lima. São Paulo: Hemus, 1998, p. 13.

<sup>3</sup> No exercício da soberania, o Estado se divide nas clássicas funções administrativas, legislativas ou jurisdicionais – cf. REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 352-353; PÉREZ, Francisco Porrúa. *Teoría del Estado: teoría política*. 40. ed. Ciudad de México: Porrúa, 2009, p. 391-392; MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 219; entre inúmeros publicistas. Para evitar dubiedade, sempre que me referir a “Estado” doravante, direi respeito à sua função legislativa.

segue-se a lógica *popperiana*<sup>4</sup> direcionada às ciências sociais, calcada na observação problemática e na experimentação de soluções – sejam elas positivas ou negativas.

## 1 MOLDURA: DA ESTRUTURA NORMATIVA

O debate sobre a posição constitucional da defesa do consumidor tem espaço permanente na doutrina<sup>5</sup>. Mencionada no rol de *direitos fundamentais*<sup>6</sup> e inscrita entre os *princípios da ordem econômica brasileira*<sup>7</sup>, a defesa do consumidor também é um dos temas jurídicos mais difundidos entre a população. Inúmeros programas de rádio, televisão – além das mídias virtuais – divulgam entrevistas, matérias e reportagens a respeito dos *direitos* consumeristas ante a várias circunstâncias inerentes ao comércio, tais como trocas, vícios de qualidade, faculdade de arrependimento e cumprimento de ofertas.

Proteger o polo consumerista é um comportamento socialmente bem quisto. Mais que isso, desejar o amparo do elo teoricamente *mais fraco* da relação contratual é um sentimento universal, afinal, se *todos* são consumidores<sup>8</sup> e *poucos* são fornecedores<sup>9</sup>, o auto-interesse a uma posição jurídica favorável tende a predominar.

Nesse panorama, mostra-se cada vez mais comum a propositura de medidas legislativas que, no afã de disciplinar o comportamento dos *players* do mercado em favor dos consumidores – e, conseqüentemente, dos propositores de tais medidas –, acabam por prejudicá-los. Em outras palavras, a sociedade passa a conviver com comandos normativos

---

<sup>4</sup> POPPER, Karl. *Lógica das ciências sociais*. Tradução de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho e Vilma de Oliveira Moraes e Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

<sup>5</sup> Por todos, cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 262-263; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 34-41; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A proteção ao consumidor no sistema jurídico brasileiro. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (org.). *Doutrinas essenciais: direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 389-405.

<sup>6</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

(...).

<sup>7</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

V - defesa do consumidor;

(...).

<sup>8</sup> Código de Defesa do Consumidor (CDC)

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

(...).

<sup>9</sup> CDC

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.  
(...).

que, embora pensados como regulações *pró-consumeristas*, revelam-se verdadeiramente *anticonsumeristas*.

O cenário se agrava em face da competência legislativa concorrente sobre o tema<sup>10</sup>. Entre União, Estados e Municípios, *mais de cinco mil e quinhentas unidades federativas podem estabelecer atos normativos visando à regulação do consumo e da responsabilidade por dano ao consumidor*. Em cada uma delas, sobejam parlamentares ávidos por agradar seus eleitores e cair nas graças da imprensa com propostas de *bom senso* propagadas como benéficas à coletividade.

## 2 ARTE E CRÍTICA: DAS OBRAS

Para ilustrar o dito até aqui, detenhamo-nos em algumas medidas legislativas enquadráveis na larga moldura das regulações (anti)consumeristas. Longe da exaustão, o rol a seguir tem fins puramente didáticos, tratando os casos mais representativos da controvérsia ora tratada.

### 2.1 Regulação da saúde pela restrição alimentar

#### 2.1.1 O controle do sal...

Inaugurando o rol de regulações (anti)consumeristas, apresento a Lei Municipal n.º 10.980/2016 (Belo Horizonte). Substancialmente, o ato normativo se concentra em dois pontos: (i) proibir que bares, restaurantes e lanchonetes mantenham recipientes com sal de cozinha nas mesas e balcões; e (ii) obrigar esses estabelecimentos a dispor, sem exposição aos clientes, de *embalagens individuais* desse produto, a fim de disponibilizá-las mediante solicitação<sup>11</sup>. Aqui, a primeira e irrecusável questão é a seguinte: seria lícito ao Estado interferir na iniciativa privada para regular o *modo* como devem ser *oferecidos* produtos e serviços, especialmente quando amparado na *defesa do consumidor*?

<sup>10</sup> Constituição Federal

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

V - produção e consumo;

(...)

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

(...).

<sup>11</sup> Art. 1º - Ficam os estabelecimentos que comercializam alimentos preparados para consumo, como bares, restaurantes, lanchonetes e similares, no Município de Belo Horizonte, proibidos de expor, nas mesas e balcões, recipientes que contenham cloreto de sódio (sal de cozinha).

Parágrafo único - Os estabelecimentos disponibilizarão, sem exposição, embalagens individuais, nos termos da Lei nº 10.605, de 15 de janeiro de 2013, contendo cloreto de sódio (sal de cozinha) para o consumo, quando solicitado pelo cliente.

*A priori*, essa resposta é negativa. Restrições estatais sobre a *liberdade de iniciativa*, enquanto contenções a um *direito fundamental*<sup>12</sup>, só podem ser feitas mediante a preservação de seu núcleo essencial. Ora, a organização mercantil – na qual está contida uma série de decisões sobre *tempo, forma e modo* de desenvolvimento de uma atividade econômica – é indissociável do exercício de empresa<sup>13</sup>, o qual, por sua vez, figura como uma consagrada faceta da livre iniciativa – ao lado das liberdades de ação profissional, associação e contrato<sup>14</sup>.

Uma objeção óbvia a esse argumento é a de que o direito do consumidor também seria um direito fundamental<sup>15</sup>. A questão deve ser colocada em termos, pois o que a Constituição assegura nessa qualidade é a promoção da defesa do consumidor pelo Estado *na forma da lei*<sup>16</sup>. Por essa categórica remessa, o CDC – enquanto diploma agregador das normas gerais sobre esse tema – passa a cumprir o papel de *conformador da vontade constitucional*, de modo que a *defesa do consumidor deve ser feita sob as métricas de suas regras e princípios*.

Pois bem. Para o debate, assumamos que a ingestão de sal, ainda que própria ao consumo humano<sup>17</sup>, seja maléfica à saúde. Haveria no CDC um fundamento de validade justificativo da restrição imposta pela lei mineira?

De fato, não. Com efeito, *a proteção à saúde é um direito consumerista*<sup>18</sup>, não um *ônus*. Para que ele seja exercido – e não, em contrassenso, imposto –, a seara interventiva do Estado deveria – quando muito – se ater à fiscalização de políticas de educação ou divulgação sobre parâmetros adequados de ingestão. Assim, na forma do CDC, se asseguraria a *liberdade de escolha* à população<sup>19</sup>.

Para além da natureza do amparo (um *direito*) e de sua necessária convivência harmônica com outros (*direitos*) que lhe sejam semelhantes, a aferição da *ratio legis* do art. 6º, I, do CDC, conduz a um resultado seguro sobre seu alcance. A proclamação da proteção à saúde como um direito básico do consumidor certamente não se deu para resguardá-lo da

<sup>12</sup> LEITE, Marcelo Lauer. Descortinando um direito fundamental: notas sobre a livre iniciativa. In: *Revista Constituição e Garantia de Direitos*, Natal, v. 6, n. 1, p. 1-15, 2013, p. 10-13.

<sup>13</sup> Refiro-me à empresa em sua acepção *funcional* – ASQUINI, Alberto. Profili dell'impresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 35, n. 104, p. 109-126. out./dez. 1996, p. 114-115.

<sup>14</sup> LEITE, *op. cit.*, p. 5-9.

<sup>15</sup> BENJAMIN, MARQUES e BESSA, *op. cit.*, p. 39-40.

<sup>16</sup> Curioso perceber que o detalhamento do art. 5º, XXXII (*op. cit.*), dado pelo Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT): “Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”.

<sup>17</sup> Abstraindo-se qualquer característica de toxicidade ou nocividade *per se*.

<sup>18</sup> Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

<sup>19</sup> Art. 6º (...).

(...)

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

(...).

Cf. MARQUES, Claudia Lima. Art. 6º. In: MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 175-176 [O Código de Defesa do Consumidor reconhece a importância das novas técnicas de vendas, muitas delas agressivas, do marketing e do contrato como forma de informação do consumidor, protegendo o seu direito de escolha e sua autonomia racional (...)].

ingestão de sal ou quaisquer outros alimentos que possam ser maléficis a um *estado de saúde ideal*, mas sim para defendê-lo de riscos *anormais* ou *imprevisíveis* decorrentes desse consumo<sup>20</sup>.

Esse é o incontestado resultado da interpretação sistemática do CDC. O (*abstrato*) direito à saúde assegurado no seu art. 6º deve ser lido à luz da (*concreta*) regra do seu art. 8º, pela qual *os produtos colocados no mercado acarretarão os riscos normais e previsíveis decorrentes de sua natureza e fruição*<sup>21</sup>. Porventura fosse admitida uma descabida exegese ampliativa, toda a sorte de normas esdrúxulas poderia vir a lume sob o pretexto da consonância com o art. 6º, I, do CDC. Na vastidão dos municípios brasileiros, encontraríamos atos normativos obrigando restaurantes a omitir de seus cardápios pratos que servissem gordura animal ou utilizassem óleo de soja em seu modo de preparo. Prateleiras de supermercados com chocolates, frituras ou alimentos em conserva? Só em área restrita e com acesso mediante cadastro. *Mas não deixariam de estar disponíveis* – diriam os edis. Alívio! O que seria do consumidor sem o cuidadoso Estado para *protegê-lo de si mesmo*...

Ironia à parte, é certo que o CDC, na qualidade de lei geral, impõe aos Estados e Municípios uma competência legislativa concorrente que só pode ser exercida de forma suplementar<sup>22</sup>, nunca para derogá-lo, como fizera a Lei sob cotejo. Ao que tudo indica, a inconstitucionalidade da Lei n.º 10.980/2016 não tardará a ser declarada.

Por fim, diga-se que, pretendendo uma regulação pró-consumerista, os vereadores belo-horizontinos sequer atentaram para a salvaguarda do interesse dos tutelados ao aumento de seu poder de compra – conseqüente a uma redução dos preços de produtos e serviços. Ao se exigir que as embalagens de sal disponibilizadas aos clientes (mediante

<sup>20</sup> Sem prejuízo da aferição da *ratio legislatoris*, a qual crédito ser no mesmo sentido. A imprescindibilidade – não a determinância – da análise do escopo legislativo no processo interpretativo já foi, há muito, alvo de rigoroso endosso de juristas como LARENZ (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 451-452) e MAXIMILIANO (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 124-128). Na doutrina consumerista, alertando para pontos como a segurança da incolumidade física do consumidor, cf. FILOMENO, José Geraldo Brito. Arts. 6º e 7º. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. (org). *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 137; DENARI, Zelmo. Arts. 8º a 28. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. (org). *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 167-168;

<sup>21</sup> Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.

(...).

<sup>22</sup> CF

Art. 24. (...).

(...)

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

(...)

Art. 30. Compete aos Municípios:

(...)

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber

(...).

requerimento) seja *individual*, impôs-se aos fornecedores um *aumento de custo*<sup>23</sup> que, de forma economicamente inevitável, será repassado ao consumidor.

### 2.1.2 ... e do açúcar

De mais a mais, as trincheiras contra a artilharia da regulação (anti)consumerista não devem ser montadas apenas em face de atos normativos emanados da competência legislativa concorrente. Em âmbito federal, há planos legislativos que ameçam intervenções inacreditáveis, a exemplo do Projeto de Lei (PL) n.º 6.283/2013.

Em trâmite na Câmara dos Deputados, esse PL intenta realizar uma cruzada contra o açúcar e outros males nutricionais em suposto benefício de um nicho de consumidores: os menores de dezoito anos. Para tanto, os proíbe de adquirir refrigerantes em todo o território nacional (art. 2.º). Adiante, veda que estabelecimentos escolares de educação básica, e *quaisquer outros no perímetro de duzentos metros*, possam comercializar “refrigerantes, massas folhadas, qualquer tipo de fritura, biscoitos recheados, pipocas industrializadas, sucos artificiais, produtos enlatados, produtos que contenham gordura trans, balas, pirulitos e gomas de mascar” (art. 3.º, *caput*). Para não dar margem a dúvidas, o proponente também acha prudente determinar *o que se deve vender* em restaurantes, cantinas ou lanchonetes com (infortunoso) ponto comercial no perímetro que lhe conveio arbitrar: “sanduíches e sucos naturais, salgados assados, pelo menos dois tipos de frutas, água de coco, queijos magros, iogurtes e cereais”.

Uma análise despreocupada poderia levar a crer que, em vista do público-alvo, o propósito do PL teria amparo nas normais gerais do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Incurrer-se-ia, contudo, em erro. Tal qual o CDC, o ECA consagra a *liberdade* como um direito<sup>24</sup> – não um ônus –, em igualdade axiológica com o *respeito* – este, também materializado pela preservação da *autonomia* dos menores de 18 anos<sup>25</sup>.

Melhor sorte não assiste à arguição do direito à saúde como justificativa legislativa. Com efeito, tal proteção se contextualiza no ECA “mediante a efetivação de políticas sociais

---

<sup>23</sup> Para dizer o mínimo, de acordo com a lógica microeconômica subjacente à formação de preços, quanto maior o volume negociado, mais baixo será o valor unitário, já que o lucro a menor individualmente considerado é compensado pelo lucro total aferível pelo ganho de escala. Cf. FERGUSON, C.E. *Microeconomia*. 20. ed. Tradução de Almir Barbassa e Antonio Brandão. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 262-264, para quem especialização, divisão do trabalho e fatores tecnológicos capacitam os fornecedores e tendem a reduzir o custo unitário, expandindo a escala de operação.

<sup>24</sup> Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

<sup>25</sup> Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

Entre os comentaristas do ECA, as restrições a essa autonomia costumam ser relacionadas à tutela ou ao poder familiar (ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 29).

públicas” (art. 7º<sup>26</sup>). A seguir, todo o microsistema do Estatuto se desenvolve no sentido de garantir o acesso dos seus tutelados e das gestantes aos serviços do Sistema Único de Saúde, em clara circunscrição de sua teleologia normativa<sup>27</sup>, a teor, aliás, do que já faz a Constituição Federal<sup>28</sup>.

Ainda que se ignorasse as diretrizes constantes do ECA, o sobredito PL, tal qual a lei mineira, representa incontestemente afronta à liberdade de iniciativa, chegando ao despautério de ordenar os itens negociáveis nas redondezas de estabelecimentos de ensino da rede básica. Enquanto fundamento – causa, razão de ser<sup>29</sup> – da ordem econômica constitucional, a livre iniciativa não está sujeita a interferências violadoras do núcleo essencial de suas facetas de *empreendimento econômico – v.g.*, substituindo o sujeito que exerce empresa na articulação dos fatores de produção ao determinar o que se *deve* alienar na execução do objeto social – e *contrato – v.g.*, no espectro objetivo, proibindo pessoas livres e civilmente capazes<sup>30</sup> de convergir interesses contrapostos no exercício de suas autonomias de vontade.

## 2.2 Regulação do lucro pela imposição de comportamentos comissivos ou omissivos

Em geral, pessoas físicas ou jurídicas que organizam fatores de produção pretendem obter rendimentos que ultrapassem suas despesas. O resultado dessa operação – o lucro – permite a seus beneficiários a aquisição de outros bens ou serviços e a expansão de investimentos, dinamizando a cadeia produtiva. Em uma correlação direta, quanto maior possibilidade de lucro, maiores serão (i) o estímulo aos *riscos* do empreendedorismo e (ii) os benefícios decorrentes do exercício de empresa em favor da coletividade – *v.g.*, dispersão tributária, oferecimento de empregos, pesquisa e desenvolvimento de inovações e o próprio oferecimento de bens e serviços ao mercado. A essa geração de riquezas externa, aliás, corresponde a *função social da empresa*.

<sup>26</sup> Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

<sup>27</sup> Vide arts. 8º a 14º. Na doutrina, *cf.* NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 21-26; TAVARES, José de Farias. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 16-21; LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 22-23.

<sup>28</sup> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos:

(...).

<sup>29</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. 7. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 14-15.

<sup>30</sup> O art. 3º do PL n.º 6.283/2013 não restringe suas imposições a crianças e com adolescentes – o que, ainda assim, poderia ser alvo de combate –, mas a qualquer consumidor em potencial do estabelecimento que esteja em um raio de 200 metros das escolas básicas.

Dito isso, pode-se afirmar que o *lucro é o interesse primário do exercício de empresa*<sup>31</sup>, sendo também desejado – conscientemente ou não – por toda a sociedade.

Em que pese o estímulo ao lucro ser indispensável para a prosperidade econômica e social de qualquer nação, não é raro que iniciativas parlamentares o limitem a fim de beneficiar interesses distintos daqueles de titularidade de pessoas empresárias. Isso não é propriamente mau, afinal, *a imprescindibilidade do lucro não acarreta sua imperatividade perante outros valores consagrados constitucionalmente*.

Na medida em que a própria ordem econômica constitucional, fundada na livre iniciativa, se desenvolve mediante o atendimento a princípios como as defesas do meio ambiente e do consumidor, é natural que atos normativos imponham comandos cogentes a indústrias para que tratem seus resíduos antes de descartá-los na natureza<sup>32</sup>. Também não é de se estranhar que o CDC estabeleça uma garantia mínima geral para a reclamação por vícios em produtos ou serviços<sup>33</sup>.

De certo, tais casos – com os quais o leitor, certamente, tem familiaridade – harmonizam os valores que permeiam a Constituição Econômica. Contudo, embora essas iniciativas parlamentares não se prestem diretamente a combater a lucratividade, elas acarretam, como consequência inexorável, a pressão sobre as despesas contábeis de qualquer atividade mercantil. Por sua vez, a obtenção do lucro almejado – e a cadeia de vantagens dele decorrentes – demanda o aumento do faturamento<sup>34</sup>. Enfim, para a consecução deste, a inflação dos preços costuma ser a (única) saída viável.

Embora simples e tecnicamente grosseiro, esse retrato elucidava a formação de preços em geral. Ajuda, por exemplo, a compreender porque tomar um café em certo restaurante de frente para o mar é mais caro do que tomá-lo em casa. Em situações semelhantes, pelo menos em algum momento da vida, todos nós já ficamos indignados com uma cobrança de cinco reais por um bem que custa a metade no supermercado. Irracionalmente, desconsideramos que o restaurante tem custos distintos que precisam ser faturados, motivo pelo qual não pagamos somente pelo café, mas também pelo valor nele agregado correspondente a custos com aluguel de ponto, infraestrutura, contratação e treinamento de funcionários, fardamentos, dedetização, água, energia elétrica, manutenção, contadores, advogados, impostos, contribuições e taxas administrativas em geral – para dizer o mínimo.

Explicado esse cenário, voltemos à figura do legislador. Na qualidade de consumidor, ele quer a redução de preços; na de parlamentar, quer receber votos, altos subsídios e ter poder de influência. Ora, para onde seu critério de prudência há de apontar? Diminuição da carga tributária? Simplificação de exigências burocráticas? Claro que não. O auto-interesse

<sup>31</sup> OLIVEIRA, Fabrício de Souza; CATEB, Alexandre Bueno. Breves anotações sobre a função social da empresa. In: *Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers*, 2007, Brasília, p. 11; CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier, *Tratado de Direito Comercial brasileiro*. v. 3. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945, p. 14; COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 85, n. 732, p. 38-49, out. 1996, p. 45; SZTAJN, Rachel. Notas sobre o conceito de empresário e empresa no Código Civil brasileiro. In: *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 25, p. 233-249, jan. 2006, p. 245; RYN, Jean Van. *Principes de droit commercial*. v. 1. Bruxelles: Émile Bruylant, 1954, p. 229-230.

<sup>32</sup> A exemplo da Lei Federal n.º 12.305/2010, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos.

<sup>33</sup> Art. 26, I e II.

<sup>34</sup> STIGLITZ, Joseph E.; WALSH, Carl E. *Introdução à microeconomia*. Tradução de Helga Hoffmann. São Paulo: Campus, 2003, p. 109-110.

(ontológico) direcionará seus esforços a medidas com efeitos imediatos sobre os preços de bens e serviços, o que soará bem a seus potenciais eleitores.

Ilustrativamente, vejamos exemplos concretos recentes na experiência nacional.

### 2.2.1 A distribuição de sacolas plásticas

Inúmeros mercados, padarias, quitandas e redes varejistas fornecem a seus clientes sacolas plásticas para o transporte dos produtos adquiridos. Sob um parâmetro de racionalidade econômica, é certo que esse ato não se dá por caridade ou filantropia. A aparente gratuidade das sacolas se mostra, na verdade, como simples troca de um pagamento *direto* por outro *indireto*. Em outras palavras, esse costume mercantil é devidamente remunerado pelo consumidor, pois seus custos e margens de lucro se encontram embutidos em bens *diretamente* adquiridos.

Pouco se falava sobre isso até tal prática ser descontinuada. Nos Estados da Bahia, Espírito Santo e São Paulo, alguns estabelecimentos passaram a realizar a cobrança *direta* das sacolas plásticas, abrindo a caixa de pandora das soluções legislativas em *defesa do consumidor*. Surgiram, então, iniciativas como a Lei Municipal n.º 5.334/2012 (Vila Velha/ES), pela qual supermercados, padarias e estabelecimentos congêneres ficam obrigados a fornecer “gratuitamente, aos seus clientes, sacolas plásticas convencionais, biodegradáveis ou de papel destinadas à embalagem das mercadorias vendidas nos mencionados estabelecimentos”<sup>35</sup>.

### 2.2.2 Material escolar

Em que pese a imprevisibilidade do futuro, poderia apostar algumas economias na futura exibição de certas pautas jornalísticas no calendário nacional. Em junho, falarão sobre a tragicomédia dos solteiros em compras no dia dos namorados; entre agosto e setembro, chuvas que arrastam morros, casas e vidas nos lembrarão da inépcia governamental; em fevereiro, pais serão personagens de entrevistas, indignados com listas escolares requerendo a entrega, pelos alunos, de materiais de expediente.

Atentas a isso, várias câmaras legislativas se moveram no sentido de *defender o consumidor*. Em Natal/RN, por exemplo, foi promulgada a Lei Municipal n.º 6.044/2010, que veda, “sob qualquer pretexto”, a exigência de materiais como papel ofício, fita adesiva, estêncil, verniz corretor, entre outros considerados genéricos e necessários aos alunos<sup>36</sup>. No âmbito federal, em 2013, alterou-se a Lei n.º 9.870/1999, declarando-se “nula cláusula contratual que obrigue o contratante a pagamento adicional ou ao fornecimento de qualquer material escolar de uso coletivo dos estudantes ou da instituição, necessário à prestação dos serviços educacionais contratados”<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> Art. 1.º.

<sup>36</sup> Art. 3º, § 3º, II e IV.

<sup>37</sup> Art. 1.º, § 7º.

### 2.2.3 Meia-entrada

Com origem na década de 40, o direito à meia-entrada galgou uma longa expansão histórica. Hoje regulado nacionalmente pela Lei n.º 12.933/2013, contempla *objetivamente* o acesso a “salas de cinema, cineclubes, teatros, espetáculos musicais e circenses e eventos educativos, esportivos, de lazer e de entretenimento, em todo o território nacional, promovidos por quaisquer entidades e realizados em estabelecimentos públicos ou particulares, mediante pagamento da metade do preço do ingresso efetivamente cobrado do público em geral”<sup>38</sup>. *Subjetivamente*, beneficia estudantes da educação básica e superior<sup>39</sup>, jovens de baixa renda em geral<sup>40</sup>, pessoas com deficiência (e seus acompanhantes)<sup>41</sup>, além de idosos<sup>42</sup>.

Como se não fosse o bastante, o direito à meia-entrada ainda é mais dilatado em âmbitos estadual e municipal. Por diversos atos normativos, tal benefício se encontra estendido a (i) qualquer pessoa com até 21 anos de idade<sup>43</sup>, (ii) doadores de sangue<sup>44</sup>, (iii)

---

<sup>38</sup> Art. 1.º, *caput*.

<sup>39</sup> Art. 1º (...)

(...)

§ 2º Terão direito ao benefício os estudantes regularmente matriculados nos níveis e modalidades de educação e ensino previstos no Título V da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que comprovem sua condição de discente, mediante a apresentação, no momento da aquisição do ingresso e na portaria do local de realização do evento, da Carteira de Identificação Estudantil (CIE), emitida pela Associação Nacional de Pós-Graduandos (ANPG), pela União Nacional dos Estudantes (UNE), pela União Brasileira dos Estudantes Secundaristas (Ubes), pelas entidades estaduais e municipais filiadas àquelas, pelos Diretórios Centrais dos Estudantes (DCEs) e pelos Centros e Diretórios Acadêmicos, com prazo de validade renovável a cada ano, conforme modelo único nacionalmente padronizado e publicamente disponibilizado pelas entidades nacionais antes referidas e pelo Instituto Nacional de Tecnologia da Informação (ITI), com certificação digital deste, podendo a carteira de identificação estudantil ter 50% (cinquenta por cento) de características locais.

(...)

<sup>40</sup> Art. 1º (...)

(...)

§ 9º Também farão jus ao benefício da meia-entrada os jovens de 15 a 29 anos de idade de baixa renda, inscritos no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal (CadÚnico) e cuja renda familiar mensal seja de até 2 (dois) salários mínimos, na forma do regulamento.

(...).

<sup>41</sup> Art. 1º (...)

(...)

§ 8º Também farão jus ao benefício da meia-entrada as pessoas com deficiência, inclusive seu acompanhante quando necessário, sendo que este terá idêntico benefício no evento em que comprove estar nesta condição, na forma do regulamento.

(...).

<sup>42</sup> Estatuto do Idoso

Art. 23. A participação dos idosos em atividades culturais e de lazer será proporcionada mediante descontos de pelo menos 50% (cinquenta por cento) nos ingressos para eventos artísticos, culturais, esportivos e de lazer, bem como o acesso preferencial aos respectivos locais.

<sup>43</sup> Lei Estadual n.º 3.364/2000 (Rio de Janeiro)

Art. 1º - É assegurado o pagamento de 50% (cinquenta por cento) do valor efetivamente cobrado para o ingresso em casas de diversões, praças desportivas e similares aos jovens de até 21 anos (vinte e um) anos de idade.

Lei Municipal n.º 9.070/2005 (Belo Horizonte)

Art. 1º - Fica assegurada a meia-entrada, em estabelecimento cultural e de lazer, a jovem com idade inferior a 21 (vinte e um) anos que apresentar, no ato de compra do ingresso, seu documento nacional de identificação.

<sup>44</sup> Lei n.º Estadual n.º 13.249/2002 (Ceará)



professores e servidores lotados na rede pública municipal de educação<sup>45</sup>, (iv) enfermos de câncer e seus acompanhantes<sup>46</sup>, e (v) aposentados ou pensionistas do Instituto Nacional do Seguro Social<sup>47</sup>.

#### 2.2.4 Crítica

Pelo visto até aqui, é previsível afirmar que a regulação do lucro pela imposição de comportamentos comissivos ou omissivos não se mostra como meio *necessário*, tampouco *adequado* à defesa do consumidor. Nos dois primeiros casos – sacolas plásticas e material escolar –, as tentativas estatais guardam total inaptidão para salvaguardar o interesse *específico* dos consumidores *diretamente* afetados. A razão é simples e ínsita à lógica econômica de composição tarifária: *medidas legislativas que imponham novas obrigações* (incrementando custos) *às pessoas empresárias resultarão em aumento dos preços* (recompondo o faturamento).

Uma objeção comum a esse argumento é a de que, na incerteza sobre o comportamento dos *players* do mercado, a regulação seria preferível. Assim, havendo dúvida sobre a concretização do evento futuro “diminuição dos preços em geral”, seria mais prudente vetar, desde logo, a cobrança por produtos específicos – seja uma sacola plástica nos supermercados, seja uma resma de papel ofício nas escolas. Não é coincidência que essa

---

Art. 1º. Fica instituída a meia-entrada para doadores regulares de sangue em todos os locais públicos de cultura, esporte e lazer mantidos pelas Entidades e órgãos da Administração Pública Direta e Indireta do Estado do Ceará.

No mesmo sentido, *cf.* Lei Estadual n.º 13.891/2012 (Rio Grande do Sul)

<sup>45</sup> Lei Municipal n.º 3.424/2002 (Rio de Janeiro)

Art. 1º. Fica assegurado aos professores e profissionais da rede pública municipal de ensino o pagamento de cinquenta por cento do valor cobrado para ingresso em estabelecimentos e/ou casas de diversão, além de praças desportivas, que promovam espetáculos de lazer, entretenimento e difusão cultural.

Lei Municipal n.º 9.214/2007 (Fortaleza)

Art. 1º. Aos educadores da rede de ensino público é facultado o direito de pagar 50% (cinquenta por cento) do preço do ingresso em cinemas, teatros e exposições artísticas, no âmbito do município de Fortaleza.

No mesmo sentido, *cf.* Leis Estaduais n.º 12.528/2002 (Pernambuco), 14.729/2012 e 15.298/2014 (São Paulo) e Municipais n.º 16.902/2003 (Recife) e 243/2006 (Natal).

<sup>46</sup> Lei Estadual n.º 15.724/2016 (Pernambuco)

Art. 1º É assegurado às pessoas com câncer o acesso a salas de cinema, cineclubes, teatros, espetáculos musicais e circenses e eventos educativos, esportivos, de lazer e de entretenimento, em todo o território do Estado de Pernambuco, promovidos por quaisquer entidades e realizados em estabelecimentos públicos ou particulares, mediante pagamento da metade do preço do ingresso efetivamente cobrado do público em geral. (...)

§ 2º O direito ao pagamento da metade do preço do ingresso efetivamente cobrado do público em geral é extensivo ao acompanhante da pessoa com câncer, desde que comprovada a necessidade e a presença no evento nesta condição.

No mesmo sentido, *cf.* Lei Municipal n.º 344/2011 (Natal).

<sup>47</sup> Lei Estadual n.º 7.366/1993 (Rio Grande do Sul)

Art. 1º. Os aposentados e pensionistas do Instituto Nacional de Seguro Social (INSS), cuja aposentadoria ou pensão não sejam superiores a 3 (três) salários mínimos por mês, terão direito a pagar 50% (cinquenta por cento) do preço do ingresso em cinemas, teatros, espetáculos esportivos, circenses ou de outras áreas de cultura, lazer e entretenimento, no âmbito do município de Porto Alegre.

(...).



solução seja bem quista aos olhos dos consumidores. Ora, se a legislação consegue eliminar essa variabilidade decisória da composição de preços em sua origem, por que não a estimular?

Juridicamente, o ativismo parlamentar sobre o exercício de empresa esbarra na posição constitucional da livre iniciativa. Na qualidade de fundamento da ordem econômica e direito fundamental, ela é a base sólida e inexorável de todas as regras e princípios da Constituição Econômica. Para além do já retratado conteúdo da liberdade de empresa – a qual inclui, obviamente, a titularidade na definição de uma política de preços praticados em mercado –, a Constituição limita a atividade normativa e reguladora do Estado sobre os agentes privados às funções de *fiscalização* e *incentivo*<sup>48</sup>, as quais passam longe de ingerências na formação de preços na forma instrumentalizada.

Na seara econômica, as medidas supracitadas também padecem de dois problemas. Primeiramente, elas guardam alto grau de ineficiência, haja vista a fácil redistribuição das margens entre produtos diversos (importando em *inadequação jurídica*). Em segundo lugar – e conseqüentemente –, não se destinando a *corrigir* uma anomalia<sup>49</sup>, distorcem o equilíbrio de mercados competitivos<sup>50</sup> – assim considerados os que não estejam sujeitos a uma situação de monopólio ou oligopólio (importando em *desnecessidade jurídica*). Bem se vê, tais atos legislativos se revelam violadores do critério da proporcionalidade regedor das restrições a direitos fundamentais<sup>51</sup>.

Mesmo em um viés estritamente pragmático, a pretensa regulação pró-consumerista feita em torno das sacolas plásticas e do material escolar se transmuta, facilmente, em *anticonsumerista*. Ilustrativamente, imagine-se que, por dificuldades gerenciais de diluição proporcional dos preços das sacolas plásticas entre todos os produtos disponíveis, um supermercado tenha embutido esses custos no preço de produtos alimentícios essenciais. Nesse panorama, embora haja a possibilidade de redução *casuística* de benefícios tarifários, ela não é sustentável quando transposta à *classe*. Na medida em que um grupo de

<sup>48</sup> Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

(...).

<sup>49</sup> Entre elas, cite-se a assimetria de informação, as externalidades e o monopólio. Nesse sentido, a Constituição impõe a repressão à dominação de mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros (CF, art. 173, § 4º e Lei Federal n.º 12.529/2011, art. 36).

<sup>50</sup> ARIDA, Pérsio. A pesquisa em direito e economia: em torno da historicidade da norma. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia: análise econômica do direito e das organizações*. Ebook. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 124; LUCINDA, Cláudio R. Regulação tarifária: princípios introdutórios. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (org.). *Direito econômico regulatório*. Ebook. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 206 [A *opinião predominante na literatura econômica é a de que, independentemente das motivações dos reguladores, a ação governamental no domínio econômico tende a gerar resultados não tão eficientes quanto os obtidos a partir da interação entre agentes diretamente responsáveis pelas conseqüências de suas decisões. Desta forma, a intervenção direta do Estado no estabelecimento de preços somente deve ocorrer se existirem razões fortes para tanto. Em geral, essas razões podem ser agrupadas em duas categorias: (a) preços altos – a ação da empresa se dá de tal forma que os preços resultantes são acima dos níveis competitivos, por meio do exercício unilateral do poder de mercado; (b) ameaça anticompetitiva – além do exercício unilateral do poder de mercado, pode haver o risco que a empresa produtora do bem ou serviço se engaje em atividades com o fito de limitar a concorrência no setor*].

<sup>51</sup> SANTANNA, Ana Carolina Squadri. Regulação da ordem econômica e discricionariedade legislativa. In: *Revista dos Tribunais*, v. 877, p. 75-98, nov. 2008, p. 89-91; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O fomento como instrumento de intervenção estatal na ordem econômica. In: *Revista de Direito Público da Economia*, a. 8, n. 32, p. 57-71, out./dez. 2010, p. 60.



consumidores obteria vantagem econômica com a suposta gratuidade no recebimento de sacolas – v.g., os que realizam pequenas compras de itens supérfluos –, outro, inevitavelmente, suportaria os custos dos primeiros – v.g., pagando um preço maior, proporcionalmente, por cada sacola.

Melhor sorte não socorre aos consumidores quando a política comercial é a da diluição dos preços das sacolas entre todos os produtos. De fato, a embutidura proporcional generalizada se somaria a outros custos tributários e administrativos camuflados no preço final, dificultando o controle transacional quanto à causa do dispêndio financeiro. Também por isso, entendo que uma regulação pretensamente favorável ao consumidor deveria estimular um *pagamento direto* pelos bens adquiridos, afastando-se de medidas fática e juridicamente contrárias aos interesses da classe sob defesa.

Derradeiramente, conquanto a regulação legislativa da *meia-entrada* se imponha inegavelmente sobre relações de consumo, seu propósito não é a *defesa do consumidor* enquanto classe, mas a concessão de um *incentivo a determinados grupos sociais*. De fato, o direito à meia-entrada não decorre da qualidade de *consumidor* dos seus titulares, mas do puro pertencimento ao grupo de beneficiários eleito pelos parlamentos federativos como merecedor de uma política diferenciada de preços.

Em outras palavras, o fato de tais grupos serem inevitavelmente compostos por *consumidores* não tem o condão de elevar tais iniciativas legislativas à categoria de medidas de *defesa do consumidor*. Pelo contrário, a *correspondência entre o número de consumidores e o de habitantes em território nacional eleva a meia-entrada a um status amplamente anticonsumerista, pois, obrigando o mercado a cobrar dos seus beneficiários apenas a metade do preço de equilíbrio para os bens jurídicos em jogo, acarreta, reflexamente, a majoração tarifária para os não pertencentes ao grupo de favorecidos*.

Naturalmente, classificar a meia-entrada como uma regulação anticonsumerista não tem qualquer relação com sua constitucionalidade ou legalidade. Apesar de não ser esse o objeto da investigação, parece sensato advogar que a decisão legislativa de favorecer os grupos usualmente constantes da relação de beneficiários daquele direito vai ao encontro de objetivos fundamentais da República, tais como a construção de uma sociedade justa e solidária e a redução das desigualdades sociais<sup>52</sup> – esta, aliás, também princípio da ordem econômica<sup>53</sup>. Ter-se-ia, assim, uma harmonização de valores compatível com os propósitos da maior fonte de interesses públicos do ordenamento vigente: a Constituição Federal.

### 2.3 Regulação da segurança pela instituição de monopólios: o caso dos táxis

Diz-se haver monopólio em situações de concorrência imperfeita nas quais, simultaneamente, (i) não há substitutos próximos e (ii) a definição de preços é realizada de maneira independente, sem necessidade de o monopolista levar em consideração preços de outros vendedores<sup>54</sup>. A principal causa dos monopólios é a instituição de barreiras de entrada,

<sup>52</sup> CF, art. 3º, I e III.

<sup>53</sup> CF, art. 170, VII.

<sup>54</sup> WATSON, Donald S.; HOLMAN, Mary A. *Microeconomia*. Tradução de Auriphebo Simões. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 300-301.

impedindo a presença de novos competidores<sup>55</sup>, as quais são usualmente criadas pelo próprio Estado<sup>56</sup>. Nesse contexto, o transporte individual de passageiros esteve historicamente atrelado aos serviços de táxi.

Desenvolvida mediante outorga municipal<sup>57</sup>, a atividade dos taxistas configura claro monopólio econômico de grupo. Essa caracterização, que vem sendo reconhecida em ensaios estrangeiros<sup>58</sup>, se deve à imposição estatal de uma política de tabelamento que impede a flutuação de preços entre os *players*, característica mais relevante dos ambientes competitivos.

Em paralelo a essa realidade, o desenvolvimento e a massificação de ferramentas tecnológicas *peer to peer* (p2p) chegou ao público também no ramo do transporte individual dos passageiros. A partir do fenômeno *Uber*, outros agentes econômicos – *v.g.*, *Cabify*, *Televo* e *EasyGo* – passaram a conectar pessoas que, convergindo seus interesses, ofertam e demandam tal serviço; porém, com um detalhe: a inexistência de outorga estatal. Com esses novos prestadores, a competição no transporte individual foi (i) *incrementada* no âmbito da disponibilidade geográfica e da qualidade e, efetivamente, (ii) *inaugurada* na fundamental seara dos preços.

Porém, tal quadro não foi bem visto pelos vereadores brasileiros, que tomaram várias iniciativas para vedar a concorrência entre taxistas e os novos *players* de seu mercado<sup>59</sup>. Embora tais proibições estejam sendo sucessivamente suspensas por controle judicial, é de se indagar qual foi a base para suas francas prosperidades em âmbito parlamentar. Por caridade hermenêutica, desde já, abstenho-me de entrar no mérito da *motivação socialmente sabida*: o *lobby* e poder de barganha eleitoral dos taxistas já estabelecidos. Centro-me, então, na *motivação juridicamente explicitada* nos Projetos de Lei no que toca aos consumidores: a *segurança*.

<sup>55</sup> GANS, Joshua; KING, Stephen; MANKIW, N. *Principles of microeconomics*. Sidney: Harcourt Brace, 1999, p. 300.

<sup>56</sup> KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. *Microeconomia: uma abordagem moderna*. 3. ed. Tradução de Regina Macedo. Ebook. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, p. 707; ASTUDILLO, Manuel. *Curso de derecho económico: legislación económica*. t. 1. Santiago: Universidad Central de Chile, 2006, p. 101; FRIEDMAN, Milton. Monopoly and social responsibility. In: MANSFIELD, Edwin (org.). *Monopoly power and economic performance: an introduction to a current issue of public police*. New York: W.W. Norton & Company, 1968, p. 109-110 [*Probably the most important source of monopoly power has been government assistance, direct and indirect*. (...)].

<sup>57</sup> Lei Federal n.º 12.587/2012

Art. 12. Os serviços de utilidade pública de transporte individual de passageiros deverão ser organizados, disciplinados e fiscalizados pelo poder público municipal, com base nos requisitos mínimos de segurança, de conforto, de higiene, de qualidade dos serviços e de fixação prévia dos valores máximos das tarifas a serem cobradas.

Art. 12-A. O direito à exploração de serviços de táxi poderá ser outorgado a qualquer interessado que satisfaça os requisitos exigidos pelo poder público local.

(...).

<sup>58</sup> De fato, a existência de monopólios não deve ser atrelada somente à ideia de exclusividade de fornecimento por uma *pessoa jurídica*, mas também pela exclusividade a uma *categoria*, tal qual ocorre com os taxistas. *Cf.*, nesse sentido, STEVEN, Rahel. Economics of the Taxi Industry: an Uber Shake-up. In: *Honors Theses AY 15/16*, University of Wyoming, Laramie, 2016, p. 2; TASCHLER, Erica. *A crumbling monopoly: the rise of Uber and the Taxi Industry's struggle to survive*. Chicago: Institute for Consumer Antitrust Studies, 2015, p. 1-2; NOWAG, Julian. The Uber-cartel? UBER between labour and competition law. In: *Lund Student Law Review*, Lund, v. 3, p. 95-104, 2016, p. 95-97.

<sup>59</sup> *V.g.*, PLS n.º 220/2015 (Manaus), 1.654/2015 (Belo Horizonte), 5.00201/2015 (Curitiba) e 297/2015 (Goiânia).

De fato, o bem jurídico *segurança* integra o rol de direitos consumeristas – assim como a *saúde* e a proteção à *vida*<sup>60</sup>. No entanto, também aqui<sup>61</sup>, apenas os riscos *anormais e imprevisíveis* da prestação de serviços poderiam tentar ser controlados pelo Estado, seja exigindo prestação de informações necessárias e adequadas a respeito do serviço<sup>62</sup>, seja, em casos extremos, coibindo uma atividade.

Ora, a diferenciação na segurança entre *táxis* e suas alternativas *p2p* é, a rigor, positiva ao consumidor. Nesse novo modelo de negócios, a primeira e imediata vantagem é a *identificação do condutor e do veículo de forma prévia à prestação do serviço*. A seguir, a instantânea e constante *avaliação do usuário*, acarreta não apenas a *classificação do prestador*, mas também sua eventual *eliminação* das plataformas de requisição. Com isso, questões de segurança cuja solução poderia levar anos pelos meios usuais de controle estatal sobre os táxis – processo administrativo ou judicial – são dinamicamente resolvidas pelo próprio mercado – dificultando ou afastando o agente prejudicial do meio de acesso aos consumidores.

Para além dessa realidade, o debate merece uma reflexão derradeira. Ao lado dos novos *players* e taxistas, o que impede que qualquer pessoa possa oferecer serviços de transporte individual, levando interessados entre um ponto geográfico e outro? À parte de condicionamentos administrativos – *v.g.*, habilitação para a condução veicular – restringimos a análise ao direito do consumidor, especificamente no que toca à sua segurança. É possível, com base nesse aspecto, que o Estado impeça uma livre contratação pelos interessados?

O CDC leva a uma resposta negativa. Mais uma vez, a segurança é um *direito*, não um *ônus*. A força estatal não pode se impor sobre a autonomia privada de maneira desproporcional. Ilustrativamente, se João opta por entrar no carro de um prestador desconhecido, ele corre o risco de, no trajeto, enfrentar comportamentos imperitos ou imprudentes. Taxista ou não, o motorista pode falar ao telefone, avançar em semáforos fechados ou realizar ultrapassagens perigosas. Pelo viés *humano* da prestação, os contratantes também devem sopesar que atos de violência premeditados ou espontâneos podem exsurgir reciprocamente como exteriorização de um viés psíquico doentio ou circunstancialmente desequilibrado.

A psicologia mostra que ações humanas perigosas podem ocorrer em qualquer lugar<sup>63</sup>. Apesar disso, a eventualidade de um açougueiro violentar uma consumidora,

<sup>60</sup> CDC, art. 6º, I, *op. cit.*

<sup>61</sup> *Cf.* comentários feitos no ponto 2.1

<sup>62</sup> CDC, art. 8º, *caput*, *op. cit.*

<sup>63</sup> No consumo de *produtos*, o funcionamento se dá de maneira uniforme e objetiva entre um universo inserido em um mesmo sistema, conferindo-lhe normalidade e previsibilidade de uso e fruição. Tratando-se de *serviços humanos*, a variabilidade inerente à cada condição pessoal impede que se possa fazer prognósticos precisos quanto à segurança esperada em cada tratativa negocial. Evidenciando esse viés incontrolável do comportamento humano, o MACARTHUR VIOLENCE RISK ASSESSMENT STUDY descreve fatores de risco para a violência de ordem (i) *pessoal* (demográfico, de personalidade – *v.g.*, raiva, impulso e psicopatias – e cognitivos – *v.g.*, danos neurológicos); (ii) *histórica* (história social – familiar, laboral, educacional, psicológica e sexual –, história de hospitalizações psiquiátricas, história de crimes e violência – detenções, reclusões, violência sofrida ou praticada); (iii) *contextual* (estresse, suporte social – arranjos de vida, percepção de suporte, network –, acesso a meios de violência – *v.g.*, armas); e, (iv) *clínica* (sintomas – grau de severidade, desilusão, alucinação, fantasias violentas – diagnósticos já realizados, uso de substâncias psicoativas e (não) submissão a tratamentos) – STEADMAN, Henry J.; ROBBINS, Pamela Clark; APPELBAUM, Paul *et. al.* The MacArthur Violence Risk Assessment Study. In: *American Psychology Law Society*, Tampa, v. 16, n. 3, p. 1-4, 1996, p. 2. Embora os parâmetros desse

coagindo-a a ingressar em um recinto fechado, não autoriza o Estado a proibir a contratação de açougueiros sem registro, muito menos de lhes exigir o pagamento de taxas, a utilização de facas sem ponta ou frequência em cursos de capacitação em “Conselhos Regionais do Açougue”. Tal tipo de ingerência, há de se convir, seria inadequada à harmonização entre as facetas da liberdade de iniciativa e os princípios da ordem econômica. Defender o consumidor também passa por respeitar sua autonomia privada, resultante da ponderação sobre a tomada de decisões e da avaliação dos riscos da convivência em sociedade.

## ■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em diversas oportunidades, partindo de uma pressuposta legitimidade para tutela de escolhas eminentemente privadas, os parlamentares brasileiros propõem regulações com almejos pró-consumeristas. Na abordagem de casos de natureza plural, evidenciou-se que tais medidas de suposto bom senso podem, facilmente, se voltar contra os interesses das mesmas pessoas pretensamente beneficiadas com imposições estatais de condutas comissivas e omissivas, em claro enviesamento *anticonsumerista*.

Na esteira da ordem econômica e constitucional vigente, fundadas na liberdade de iniciativa e em seus valores sociais, o bem-estar da coletividade privilegia uma dinâmica de trocas livres e pouco controladas – com seus riscos inerentes – em detrimento de um Estado de vigilância que acesse, monitore ou determine questões relacionadas à vida, privacidade e intimidade de cada um.

A autonomia privada é um espaço de atuação que permite a autorregulamentação da atividade jurídica entre particulares. Tratando-se de relações de direito privado, são eles os que mais conhecem seus interesses e valores e, por isso mesmo, são seus melhores defensores<sup>64</sup>. Nesse espírito, o consumidor possui *direitos* – e não *ônus* – relacionados à saúde, segurança e, especialmente, à *liberdade de escolha*, de modo que regulações porventura incidentes sob esse espectro de prerrogativas devem se direcionar à sua preservação.

---

estudo-paradigma tenham imensa serventia no campo das análises e condutas terapêuticas, suas implicações para as relações sociais apontam para a pouca eficácia de instrumentos jurídicos que possam *prevenir ou obstar, de maneira abrangente, comportamentos violentos* por humanos vivendo em coletividade (HEILBRUN, Kirk; WITTE, Gretchen. The MacArthur Risk Assessment Study: implications for practice, research, and policy. In: *Marquette Law Review*, Milwaukee, v. 82, i. 4, p. 733-757, 1999, p. 754-755). Por fim, entre nós, *cf.*, estudos sobre psicopatologias – da consciência, atenção, orientação, memória, percepção sensorial, pensamento, juízo, delírios, linguagem, afeto, humor, vontade e impulso – que podem desaguar em riscos à segurança de seus enfermos e de terceiros: SERAFIM, Antonio de Pádua; SAFFI, Fabiana. *Psicologia e práticas forenses*. Barueri: Manole, 2012, p. 19-42.

<sup>64</sup> AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. In: *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, p. 3-39, abr. 1989, p. 11.

## REFERÊNCIAS

- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. In: *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, p. 3-39, abr. 1989.
- ARIDA, Pérsio. A pesquisa em direito e economia: em torno da historicidade da norma. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia: análise econômica do direito e das organizações*. Ebook. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- ASQUINI, Alberto. Profili dell'impresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 35, n. 104, p. 109-126. out./dez. 1996.
- ASTUDILLO, Manuel. *Curso de derecho económico: legislación económica*. t. 1. Santiago: Universidad Central de Chile, 2006.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. 7. São Paulo: Saraiva, 1990.
- BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier, *Tratado de Direito Comercial brasileiro*. v. 3. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945.
- COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 85, n. 732, p. 38-49, out. 1996.
- DENARI, Zelmo. Arts. 8º a 28. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et. al.* (org). *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- DESCARTES, René. *Discurso sobre o método: para bem dirigir a própria razão e procurar a verdade nas ciências*. 9. ed. Tradução de Márcio Pugliesi e Norberto Lima. São Paulo: Hemus, 1998.
- ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FERGUSON, C.E. *Microeconomia*. 20. ed. Tradução de Almir Barbassa e Antonio Brandão. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. Arts. 6º e 7º. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et. al.* (org). *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- FRIEDMAN, Milton. Monopoly and social responsibility. In: MANSFIELD, Edwin (org.). *Monopoly power and economic performance: an introduction to a current issue of public police*. New York: W.W. Norton & Company, 1968.
- GANS, Joshua; KING, Stephen; MANKIW, N. *Principles of microeconomics*. Sidney: Harcourt Brace, 1999.

- HEILBRUN, Kirk; WITTE, Gretchen. The MacArthur Risk Assessment Study: implications for practice, research, and policy. In: *Marquette Law Review*, Milwaukee, v. 82, i. 4, p. 733-757, 1999.
- KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. *Microeconomia: uma abordagem moderna*. 3. ed. Tradução de Regina Macedo. Ebook. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LEITE, Marcelo Lauar. Descortinando um direito fundamental: notas sobre a livre iniciativa. In: *Revista Constituição e Garantia de Direitos*, Natal, v. 6, n. 1, p. 1-15, 2013.
- LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- LUCINDA, Cláudio R. Regulação tarifária: princípios introdutórios. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (org.). *Direito econômico regulatório*. Ebook. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O fomento como instrumento de intervenção estatal na ordem econômica. In: *Revista de Direito Público da Economia*, a. 8, n. 32, p. 57-71, out./dez. 2010.
- MARQUES, Claudia Lima. Art. 6º. In: MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MÁRQUEZ, Gabriel García. *Relato de um naufrago*. Tradução de Remy Gorga Filho. São Paulo: Record, 1970.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- NOWAG, Julian. The Uber-cartel? UBER between labour and competition law. In: *Lund Student Law Review*, Lund, v. 3, p. 95-104, 2016.
- OLIVEIRA, Fabrício de Souza; CATEB, Alexandre Bueno. Breves anotações sobre a função social da empresa. In: *Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers*, 2007.
- PÉREZ, Francisco Porrúa. *Teoría del Estado: teoría política*. 40. ed. Ciudad de México: Porrúa, 2009.
- POPPER, Karl. *Lógica das ciências sociais*. Tradução de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho e Vilma de Oliveira Moraes e Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.
- REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- RYN, Jean Van. *Principes de droit commercial*. v. 1. Bruxelles: Émile Bruylant, 1954.
- SANTANNA, Ana Carolina Squadri. Regulação da ordem econômica e discricionariedade legislativa. In: *Revista dos Tribunais*, v. 877, p. 75-98, nov. 2008.

SERAFIM, Antonio de Pádua; SAFFI, Fabiana. *Psicologia e práticas forenses*. Barueri: Manole, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

STEADMAN, Henry J.; ROBBINS, Pamela Clark; APPELBAUM, Paul *et. al.* The MacArthur Violence Risk Assessment Study. In: *American Psychology Law Society*, Tampa, v. 16, n. 3, p. 1-4, 1996.

STEVEN, Rahel. Economics of the Taxi Industry: an Uber Shake-up. In: *Honors Theses AY 15/16*, University of Wyoming, Laramie, 2016.

STIGLITZ, Joseph E.; WALSH, Carl E. *Introdução à microeconomia*. Tradução de Helga Hoffmann. São Paulo: Campus, 2003.

SZTAJN, Rachel. Notas sobre o conceito de empresário e empresa no Código Civil brasileiro. In: *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 25, p. 233-249, jan. 2006.

TASCHLER, Erica. *A crumbling monopoly: the rise of Uber and the Taxi Industry's struggle to survive*. Chicago: Institute for Consumer Antitrust Studies, 2015.

TAVARES, José de Farias. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A proteção ao consumidor no sistema jurídico brasileiro. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (org.). *Doutrinas essenciais: direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

WATSON, Donald S.; HOLMAN, Mary A. *Microeconomia*. Tradução de Auriphebo Simões. São Paulo: Saraiva, 1979.



# O PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO NEOCONSTITUCIONAL

## THE JUDICIARY IN THE NEOCONSTITUTIONAL STATE

CAMILA PAULA DE BARROS GOMES\*

### RESUMO

Diante de uma conjuntura neoconstitucional que se propõe a superar a legalidade estritamente positivista por meio da valorização dos princípios constitucionais, o Poder Judiciário se torna o protagonista do sistema, a ele competindo a definição de cláusulas abertas e a interpretação da Constituição. Muitos desafios surgem a partir daí, impondo-se a necessidade de definir os limites da atuação dos magistrados, especialmente frente ao parlamento. Tal definição mostra-se essencial para o próprio conceito de democracia, vez que a nova dimensão atribuída ao Poder Judiciário já não se adequa à visão clássica de democracia, compreendida como o governo do povo. Nesse novo contexto, a democracia passa a ser acrescida de conteúdos materiais inafastáveis, cuja defesa está a cargo dos juízes, principais responsáveis pelo controle dos demais poderes do Estado. O objetivo desse artigo é definir o papel dos magistrados e da decisão judicial no Estado Democrático de Direito, a fim de que possam contribuir para a evolução do sistema jurídico. O método de pesquisa utilizado é o bibliográfico e documental

**Palavras-chave:** neoconstitucionalismo; Poder Judiciário; decisão judicial; democracia.

### ABSTRACT

Faced with an environment neoconstitucional, which aims to overcome the strict legal positivist through optimization of the constitutional principles, the Judiciary is the protagonist of the system, competing with it the definition of terms and open interpretation of the Constitution. Many challenges arise from that, imposing the necessity to define the limits of performance of judges, especially against the parliament. This definition seems to be essential to the concept of democracy, as the new dimension given to the Judiciary no longer fits the classical view of democracy, understood as the government of the people. In this new context, democracy becomes more of content material inafastáveis, whose defense is the responsibility of judges, mainly responsible for the control of other branches of government. The purpose of this article is to define the role of judges and the judicial decision in the Democratic State of Law, so that may contribute to the development of the legal system. The research method used is bibliographical and documentary.

**Keywords:** neoconstitucionalismo; Judiciary; judicial decision; democracy.

\* Mestre e Especialista em Direito pelo Centro Universitário Toledo (UNITOLEDO).  
Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professora do UNITOLEDO.  
[camilabgomes@uol.com.br](mailto:camilabgomes@uol.com.br)

Recebido em 27-2-2017 | Aprovado em 3-4-2017



## SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO; 1 A QUESTÃO DAS DECISÕES CONTRAMAJORITÁRIAS; 2 OS RISCOS DA SUPERVALORIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.**

### ■ INTRODUÇÃO

O direito constitucional passou por profundas transformações após o término da Segunda Guerra Mundial, com a percepção de que um positivismo extremamente centrado na lei pode justificar condutas abusivas e violar direitos fundamentais. Tal constatação deu origem a um movimento, denominado de neoconstitucionalismo, cuja preocupação central é aperfeiçoar o Estado Democrático de Direito mediante a disseminação dos valores previstos nos princípios constitucionais para todo o ordenamento jurídico.

Conforme salienta Paolo Comanducci<sup>1</sup>, no plano teórico o neoconstitucionalismo representa uma alternativa ao juspositivismo tradicional, ao tratar a Constituição Federal como um conjunto de princípios e regras. Essa normatização da Constituição e de seus princípios gera uma “reaproximação entre Direito e filosofia”<sup>2</sup>, vez que ultrapassa os limites da legalidade estrita em busca da efetivação de uma série de valores constitucionais erigidos a partir da noção de dignidade da pessoa humana.

A alocação do Poder Judiciário como o guardião dos princípios e valores assegurados pela Constituição faz com que ele atue no cenário político, o que provoca uma verdadeira expansão do Judiciário, facilmente verificada pelo acentuado aumento do número de ações judiciais. Essa valorização do papel atribuído aos magistrados demonstra que está totalmente superada a visão segundo a qual o juiz era um mero reproduzidor das palavras da lei, reconhecendo-se uma participação mais ativa aos magistrados. Esse redimensionamento da importância do Poder Judiciário remete à importante questão, já debatida por Cappelletti<sup>3</sup>, da função do magistrado na interpretação do direito.

A tônica atual é reconhecer que os juízes participam do processo de criação do ordenamento jurídico, vez que a eles compete definir o conteúdo de cláusulas como dignidade da pessoa humana, razoabilidade e eficiência, assim como a possibilidade resolução dos conflitos entre as normas constitucionais, em atuação claramente complementar do trabalho legislativo<sup>4</sup>.

Essa nova amplitude do Poder Judiciário acaba por abalar o frágil equilíbrio entre direito e política. Isso porque, com grande frequência, o Judiciário é instado a se pronunciar sobre políticas públicas implementadas pelos Poderes Executivo e Legislativo, que se mostraram insuficientes ou, até mesmo, sobre a ausência das referidas políticas. Ao cumprir

<sup>1</sup> COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo: um análisis metateórico*. In: Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 83.

<sup>2</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, Porto Alegre, jul.-dez. 2004, v.28, n.60, p.31.

<sup>3</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1999, trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira

<sup>4</sup> BARROSO, *op. cit.*, p.36.

suas função constitucional, o Judiciário não deve invadir as competências dos demais poderes, e sim, zelar pela efetivação da Carta Constitucional, o que leva Nagibe de Melo Jorge Neto a afirmar:

...os sistemas político e jurídico, por vezes, ocupam o mesmo espaço, atuam sobre as mesmas questões, mas operam em frequências e canais distintos, obedecendo a razões distintas e utilizando-se de linguagem distintas. Um complementa o outro, mas não se anulam, tampouco há uma substituição ou confusão de um pelo outro<sup>5</sup>.

Percebe-se que o novo status atribuído ao Poder Judiciário traz consigo algumas dificuldades. Isso porque, para garantir o cumprimento da Constituição, especialmente de suas cláusulas pétreas, o juiz pode tomar decisões contrárias à vontade da maioria parlamentar. Afora isso, há ainda a questão dos limites da participação criativa do magistrado na interpretação do direito, tendo em vista a possibilidade de excessos conduzirem a um totalitarismo judicial.

O objetivo desse artigo é definir o papel do Poder Judiciário na democracia contemporânea, traçando os limites de sua atuação. Para tanto, é necessário enfrentar o problema das decisões contramajoritárias.

## 1 A QUESTÃO DAS DECISÕES CONTRAMAJORITÁRIAS

A conciliação entre neoconstitucionalismo e democracia exige uma leitura adequada do conceito desta à era contemporânea. Tal constatação conduz ao entendimento de que a democracia já não pode ser analisada apenas como o governo por meio de representantes do povo, vez que tal postura, dissociada de valores e direitos fundamentais, pode conduzir a maioria a tomar decisões arbitrárias. Democracias fortes dependem do respeito efetivo aos direitos assegurados constitucionalmente.

Para Nagibe de Melo Jorge Neto:

A modernidade se encaminhou para uma organização em que a democracia não significa simplesmente o exercício do poder estatal por meio dos representantes do povo. A representação popular, para se legitimar, deve estar cada vez mais amparada, corrigida e enriquecida por mecanismos ancilares, sob pena de instituir um regime político fundado na ditadura do parlamento, tão divorciado dos interesses do povo quanto qualquer ditadura ou oligarquia. Desses mecanismos, os mais antigos e conhecidos são a liberdade de pensamento, a participação popular direta por meio do plebiscito e do *referendum* o *recall*, mecanismo que possibilita a cassação do mandato do parlamentar que trai a representação popular.<sup>6</sup>

Dessa forma, o conceito formal de democracia já não é satisfatório, vez que o

<sup>5</sup> JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas. Concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais*. Salvador; JusPodivm, 2008, p.70.

<sup>6</sup> JORGE NETO, *op.cit.*, p. 77.

processo eleitoral não é suficiente para aproximar o eleitor das decisões políticas. O Estado Democrático de Direito exige e está apoiado em uma visão substancial de democracia, onde se ampliam os espaços de participação do cidadão, tornando-se o Poder Judiciário verdadeiro instrumento de efetivação dos princípios democráticos<sup>7</sup>

Luigi Ferrajoli<sup>8</sup> se debruça sobre a questão democrática e afirma que as normas responsáveis pela organização e funcionamento dos Poderes Públicos constituem a dimensão formal da democracia, enquanto as normas relativas ao direito de liberdade e aos direitos sociais são características de uma democracia substancial, o que é essencial em um Estado Democrático de Direito. O garantismo de Ferrajoli leva Lenio Luiz Streck a assim se manifestar:

...altera-se a relação entre a política e o Direito. Uma vez que o Direito já não está subordinado à política como se dela fosse instrumento, *senão que é a política que se converte em instrumento de atuação do Direito*, subordinada aos vínculos a ela impostos pelos princípios constitucionais: vínculos negativos, como os gerados pelo direito às liberdades que não pode ser violado; vínculos positivos, como os gerados pelos direitos sociais, que devem ser satisfeitos<sup>9</sup>.

Tais considerações remetem ao questionamento acerca da legitimidade do Poder Judiciário, composto por membros não eleitos, para, por meio de decisões acerca do conteúdo da Constituição, restringir as manifestações do Parlamento ou do administrador público. John Hart Ely<sup>10</sup> afirma que o grande problema da revisão judicial é justamente o fato de um corpo não eleito de juízes dizer aos representantes eleitos pelo povo que eles não podem governar como gostariam. Na visão do autor, o papel dos Tribunais seria fiscalizar os procedimentos que legitimam o processo democrático, sem intervir em decisões políticas acerca de valores morais. Sua concepção de democracia é fortemente marcada pelo princípio da igualdade, vez que a ofensa aos direitos das minorias significa que o processo político não observou as condições democráticas.

Nota-se que a teoria de Ely busca compatibilizar a existência de decisões contramajoritárias com a democracia, limitando a possibilidade dos magistrados se manifestarem de modo contrário à vontade parlamentar à defesa do procedimento democrático, ou seja, à tutela dos direitos relativos à participação política e a proteção de minorias, e excluindo, portanto, a possibilidade de julgamentos de conteúdo moral.

Na mesma linha procedimentalista, Habermas sustenta que a lógica da separação de poderes não pode ser ofendida por um Tribunal que não detém meios para impor suas decisões aos poderes Legislativo e Executivo, razão pela qual uma democracia constitucional não deve fundar-se em valores materiais sob pena de se transformar o Tribunal

<sup>7</sup> APPIO, Eduardo. Controle judicial de políticas públicas no Brasil. Curitiba:Juruá, 2008, p. 27.

<sup>8</sup> FERRAJOLI, Luigi. Juspositivismo crítico y democracia constitucional. *Isonomia- revista de teoria y filosofia Del derecho*, n.16, abril, 2002, p.13.

<sup>9</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica – uma nova crítica do direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.182.

<sup>10</sup> ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. 11. Imp. Cambridge: Harvard University Press, 1995, p.5.

Constitucional em “instância autoritária”<sup>11</sup>.

Em contrapartida, existem aqueles que não veem ofensa à democracia no fato dos juízes, eventualmente, não confirmarem a vontade do Parlamento em suas decisões, destacando-se o norte-americano Dworkin<sup>12</sup>. Em sua concepção, qualquer governo que tenha uma constituição repleta de princípios precisa decidir a quem competirá a função interpretativa. Assim, defende que uma leitura moral da constituição, efetivada pelos magistrados, é essencial para garantir a isonomia e a própria democracia. Assume que a leitura moral da constituição toma os princípios morais abstratos como limites ao poder do governo, razão pela qual os juízes devem obediência a uma ordem moral superior, com base principiológica<sup>13</sup>, sob pena de suas decisões serem ilegítimas e ofensivas ao sistema representativo.

O jurista americano não nega o risco de abusos por parte do Poder Judiciário, mas afirma que se trata do mesmo risco existente nos demais poderes, vez que tanto “os generais como presidentes e padres podem abusar de seus poderes, também. A leitura moral é uma estratégia para advogados e juízes agindo de boa fé, o que é tudo que qualquer estratégia interpretativa pode ser”<sup>14</sup>.

Árduo defensor da combinação entre legisladores majoritários e revisão judicial, Dworkin sustenta que não é antidemocrático estabelecer um controle judicial sobre as decisões do Legislativo, “garantindo que os direitos individuais, que são pré-requisitos da própria legitimidade deste, não serão violados”<sup>15</sup>.

As teses supra expostas são claramente antagônicas. No entanto, não há como negar que a noção puramente procedimental de democracia não se adequa à realidade brasileira. Isso porque a Constituição Federal de 1988 conta com um núcleo rígido de disposições, conhecidas como “cláusulas pétreas”, que abrangem, entre outros, os direitos e garantias fundamentais, de modo que, se o Poder Judiciário se limitasse a análise do procedimento democrático, desamparadas estariam as garantias constitucionais, com evidentes riscos para a democracia.

Oscar Vilhena Vieira tece os seguintes comentários acerca da teoria procedimentalista:

Para que o sistema democrático de controle de constitucionalidade formulado por Ely faça sentido, é necessário que se tenha uma democracia melhor qualificada à tomada de decisões morais que a atual. Certamente, se o procedimento democrático fosse perfeito, no sentido de apenas levar a decisões justas, então, não precisaríamos nos preocupar com um órgão responsável por verificar as leis produzidas pelo parlamento, em face dos princípios substantivos de justiça que

<sup>11</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia - entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, trad. Flávio Beno Siebeneichler, p.321.

<sup>12</sup> DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the moral reading of the American constitution*. Massachusetts: Harvard University Press, 1996, p.2-18.

<sup>13</sup> DWORKIN. *Freedom's Law: the moral reading of the American constitution*. *op.cit.*, p.83.

<sup>14</sup> DWORKIN. *Freedom's Law: the moral reading of the American constitution*. *op.cit.*, p.11.

<sup>15</sup> DWORKIN, Ronald. Juízes políticos e democracia. *Jornal O Estado de São Paulo*. Espaço Aberto, de 26 abr. 1997.

estruturam a base da organização constitucional<sup>16</sup>.

A própria afirmação de que as decisões judiciais contramajoritárias são ilegítimas por serem tomadas por um corpo não eleito de juízes não se sustenta, pois, no caso brasileiro, os magistrados são selecionados por rígido processo de seleção por concurso público de provas e títulos. O acesso às carreiras jurídicas é facultado a todos os formados em direito, sendo a escolha baseada em critérios técnicos objetivos. Além do que, nenhum poder do Estado é tão próximo do cidadão quanto o Judiciário, vez que este só atua se for provocado, diretamente (pelo cidadão) ou indiretamente (por associação, Ministério Público ou outro legitimado). Dessa forma, a existência de discussões judiciais acerca da constitucionalidade de certa atuação estatal é decorrência de uma provocação popular e implica em efetivação da democracia em sua forma mais universal.

A democracia constitucional do Estado Democrático de Direito ultrapassa os limites supra-expostos. O governo do “povo, para o povo e pelo povo”, na clássica definição de Lincoln, deve ser visto não só como a possibilidade de escolher os representantes mas também de controlar, por meio do Poder Judiciário, a atuação destes.

Lênio Luiz Streck lembra a lição de Vital Moreira:

*primeiro*, para o juiz constitucional, a Constituição é um dado, não podendo ele substituir-se ao legislador constitucional na definição da extensão e da intensidade com que a lei fundamental limita a liberdade de escolha do legislador ordinário; *segundo*, em princípio, todos os preceitos constitucionais detêm uma função normativa, ou seja, nenhum preceito pode ser privado de função normativa; *terceiro*, não assiste ao juiz constitucional o direito de autolimitar-se no exercício dos seus poderes (teoria do chamado *self restraint*), nomeadamente a pretexto de se tratar de ‘questões políticas’ (*political question doctrine*, da jurisprudência norteamericana). O juiz constitucional somente pode censurar o legislador se e na medida em que esteja vinculado pela Constituição, *independentemente do mérito ou demérito das soluções legislativas em causa*. Daí que, uma vez verificado que o legislador estava constitucionalmente vinculado e violou a Constituição, não resta ao juiz constitucional senão tirar a consequência da inconstitucionalidade, independentemente da natureza, política ou não, das questões envolvidas<sup>17</sup>.

Não se admite a existência de poderes do Estado desvinculados dos objetivos constitucionais. A discricionariedade dos legisladores e administradores públicos deve ser orientada e regrada pelos mandamentos da Carta Maior, vez que a Constituição tem força vinculante e irradia seus valores por todo o ordenamento.

A democracia ganha nova complexidade e o Poder Judiciário converte-se no protetor dos valores constitucionais, em especial os garantidores da dignidade da pessoa humana, estando autorizado a corrigir eventuais violações aos princípios assegurados na Constituição, perpetradas pelos demais Poderes. Os juízes assumem papel mais ativo na defesa dos ideais constitucionais e da efetivação de seus ditames, podendo exigir o cumprimento da

<sup>16</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. A moralidade da constituição e os limites da empreitada interpretativa, ou entre Beethoven e Bernstein. In: Virgílio Afonso da Silva (org.) *Interpretação Constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2007, p.248.

<sup>17</sup> STRECK. *op.cit.*, p.167.

Constituição de todos que a desrespeitarem, inclusive dos representantes do povo.

Saliente-se, ainda, que a motivação das decisões judiciais é mais uma demonstração da legitimação democrática do Poder Judiciário. A população, por seus advogados ou demais representantes previstos em lei, conduz à apreciação do magistrado uma infindável gama de teses jurídicas, cuja legitimidade deve ser apreciada face aos princípios constitucionais em decisão claramente fundamentada.

O povo, ao provocar a jurisdição e exercer o contraditório, participa diretamente do processo de interpretação constitucional, de modo que não se pode afastar o reconhecimento de uma legitimidade democrática especial ao Poder Judiciário. Seus membros não são eleitos, mas convocados a atuar pela própria população que questiona a atuação legislativa ou executiva dos demais poderes e incita o Judiciário a garantir a concretização das normas constitucionais.

Na visão do magistrado francês Antoine Garapon, a justiça é um espaço de exigibilidade da democracia, vez que oferece potencialmente aos cidadãos a oportunidade de interpelar seus representantes. Em suas próprias palavras: “A justiça lhes oferece a possibilidade de uma ação mais individual, mais próxima e mais permanente que a representação política clássica, intermitente e distante”<sup>18</sup>.

Todos esses fatores conduzem o Poder Judiciário a uma função ímpar no Estado Democrático de Direito. A atual leitura da democracia deve agregar seus aspectos formal e material, vez que a visão isolada de qualquer deles conduzirá a excessos. Se o foco se restringir ao aspecto substancial, corre-se o risco de justificar governos não democráticos, mas empenhados em conduzir reformas sociais benéficas à população. Já o exagero na importância do procedimento democrático pode legitimar um governo eleito pelo povo a impor medidas restritivas de direitos<sup>19</sup>.

Os magistrados, portanto, estão vinculados à Constituição. A concepção de Estado Democrático de Direito exige a existência de um Parlamento e de chefes do Executivo eleitos por sufrágio universal, competindo ao Poder Judiciário a árdua tarefa de compatibilizar a vontade dos representantes do povo com a normatividade constitucional.

Ao assumir o papel de protagonista da defesa dos ditames constitucionais, o Poder Judiciário assume uma postura ativa no ambiente político, tornando necessário reinterpretar a tão difundida neutralidade dos juízes, que passa a ser vista como a total submissão do corpo judicial aos ideais democráticos previstos na Constituição<sup>20</sup>.

Traçando um comparativo entre as decisões do Parlamento e as decisões judiciais, Gustavo Ferreira Santos assim se manifesta:

A decisão do tribunal não pode ser comparada em arbítrio à decisão das maiorias.  
Por mais que exista indeterminação quanto ao conteúdo dos direitos fundamentais,

<sup>18</sup> GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia – o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, trad. Maria Luiza de Carvalho, p.49.

<sup>19</sup> SPECTOR, Horacio. Entre Habermas y Dworkin – uma nota sobre los fundamentos de la democracia. Revista Argentina de Teoria Jurídica, 1999, p.2. Disponível na internet: <http://200.32.4.58/departamentos/derecho/publicaciones/rtj1/articulos/spector.htm>, Acesso em 25 de jul.2008.

<sup>20</sup> JORGE NETO, op.cit., p.68.

as possibilidades de decisão são mais restritas que aquelas existentes em um processo político aberto e ilimitado. O que precisamos é que o Tribunal se contenha ao fixar o conteúdo das cláusulas limitadoras do poder de decisão da maioria. Confrontando uma discricionariedade do legislador a uma discricionariedade judicial, Luis Prieto Sanchis afirma que a discricionariedade do legislador sempre foi uma discricionariedade imotivada, enquanto a do juiz pretende vir dominada por uma depurada argumentação racional (2000, p.173)<sup>21</sup>

Não há que se questionar sobre supostas violações ao princípio democrático pois, como brilhantemente afirma Korineck, citado por STRECK: “a vinculação do legislador às determinações constitucionais é ao mesmo tempo a vinculação do legislador democraticamente legitimado a um ato de mais elevada legitimação democrática”<sup>22</sup>.

A aliança entre democracia e ativismo judicial se justifica por meio de um processo de interpretação constitucional que busque corporificar os princípios abstratamente assegurados na Lei Maior. O novo papel do magistrado no Estado Democrático de Direito não exclui o caráter democrático deste, e sim, o complementa, vez que compete ao cidadão ou a seus representantes, no regular exercício de suas prerrogativas políticas, buscar junto ao Judiciário a efetivação da vontade constitucional e o controle sobre os excessos dos Poderes Legislativo e Executivo.

Como assinala Cittadino<sup>23</sup>:

A própria Constituição de 1988 instituiu diversos mecanismos processuais que buscam dar eficácia aos seus princípios e essa tarefa é responsabilidade de uma cidadania juridicamente participativa que depende, é verdade, da atuação dos tribunais, mas, sobretudo, do nível de pressão e mobilização política que, sobre eles, se fizer<sup>24</sup>.

Note-se que a legitimação democrática do papel do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito em nenhum momento poda a discricionariedade do legislador ou do governo em suas opções políticas. O direito de escolha sobre os rumos do Estado e as melhores políticas públicas a serem implementadas continua pertencendo aos representantes do povo, que tem a obrigação de respeitar o texto constitucional no momento em que tomam suas decisões. Essa observação é fundamental para o objeto deste artigo, vez que em nenhum momento se admitirá a substituição da função política, típica dos Poderes Legislativo e Executivo, pela judicial. O que aqui se defende é um posicionamento mais atuante do Poder Judiciário no controle da formulação e execução das políticas públicas, de modo a garantir a efetivação dos direitos sociais previstos constitucionalmente.

<sup>21</sup> SANTOS, Gustavo Ferreira. *Democracia e jurisdição constitucional – reflexões sobre as regras do jogo democrático e o poder de veto das minorias*, 2006, p.10. Disponível na internet: [http://www.conpedi.org/manuel/arquivos/anais/recife/direitos\\_fundam\\_gustavo\\_dos\\_santos.pdf](http://www.conpedi.org/manuel/arquivos/anais/recife/direitos_fundam_gustavo_dos_santos.pdf), Acesso em 24 de jul. 2008.

<sup>22</sup> STRECK, op.cit., p.163.

<sup>23</sup> *Op. cit.*, p. 110.

<sup>24</sup> CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. *Revista Alceu*, v. 5, n. 9, jul./dez. 2004, p. 110. Disponível na internet: [http://publique.rdc.puc-rio.br/revistaalceu/alceu\\_119\\_cittadino.pdf](http://publique.rdc.puc-rio.br/revistaalceu/alceu_119_cittadino.pdf) Acesso em 23 de jul. 2008.

É preciso lembrar que a sociedade brasileira é caracterizada pela reduzida consciência política dos cidadãos, existindo um grande distanciamento entre os eleitores e seus representantes, o que conduz Andreas Krell a tecer as seguintes considerações:

Na medida em que é menor o nível de organização e atuação da sociedade civil para participar e influenciar na formação da vontade política, aumenta a responsabilidade dos integrantes do Poder Judiciário na concretização e no cumprimento das normas constitucionais, especialmente as que possuem alta carga valorativa e ideológica<sup>25</sup>.

Por fim, é preciso salientar que no contexto atual, O Poder Legislativo, tido como grande defensor da vontade popular, é influenciado por uma série de fatores de pressão externa, que comprometem sua representação democrática.

Conforme assinala Bonavides:

A vontade una e soberana do povo, que deveria resultar de um sistema representativo de índole e inspiração totalmente popular, se decompôs em nossos dias na vontade antagônica e disputante de partidos e grupos de pressão. Na sociedade de massas abala-se de maneira violenta a acomodação dos interesses econômicos, políticos e sociais, cada vez menos interesses globais do povo e cada vez mais interesses parcelados de grupos e classes conflitantes<sup>26</sup>.

A realidade, retratada diariamente na imprensa nacional, demonstra que a ação política de grupos de pressão influi de forma decisiva no comportamento dos governantes. Não raro, são relatados casos de financiamentos de campanhas eleitorais por grupos econômicos e a consequência que se verifica é o distanciamento cada vez maior entre eleitor e eleito.

Há uma clara crise no sistema representativo. No entanto, a ciência política ainda não encontrou uma forma de superar essas dificuldades, de modo que, a manutenção do sistema pelo qual o cidadão elege seus representantes em sufrágio universal e direto mantém-se imperativa para assegurar o mínimo de representatividade democrática.

Assinale-se, entretanto, que, apesar de imperativo, o sistema representativo já não é suficiente para assegurar a democracia. É preciso reaproximar a vontade do povo dos comandos da nação. O distanciamento da população junto aos poderes Legislativo e Executivo é tão claro no Brasil, que a maioria das pessoas sequer se recorda em quem votou nas últimas eleições. A falta de uma cultura política, característica de um país frequentemente oprimido por regimes ditatoriais, contribui para a formação de uma população despreparada para o exercício da cidadania, de modo que o Poder Judiciário se apresenta como uma possível solução para o fortalecimento da democracia.

É por meio do Judiciário que o cidadão pode, diretamente, exigir o cumprimento dos direitos que lhe são assegurados. Esta prerrogativa subsiste mesmo diante da inércia dos

<sup>25</sup> KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Fabris, 2002, p.70.

<sup>26</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo:Malheiros, 1999, p.217.

Poderes Executivo e Legislativo em executar ou regulamentar ditames constitucionais. O acesso ao Judiciário é facilitado pela possibilidade de controle difuso de constitucionalidade, que faz do cidadão um agente provocador do controle e eficácia das normas constitucionais, aproximando-o do magistrado e transformando-o em elemento de essencial importância no processo de interpretação da Constituição. Qualquer cidadão, em qualquer comarca do país, pode provocar o controle judicial em busca da materialização dos ditames constitucionais, o que só pode ser interpretado como real e efetivo exercício da cidadania no Estado Democrático de Direito.

Como muito bem assinala Jorge Neto, o Poder Judiciário contribui para amenizar as distorções do sistema representativo, “eis que alarga o debate acerca da implementação das políticas públicas e do modo de efetivá-la e possibilita uma via de pressão popular que, se não substitui os movimentos sociais organizados, atua *pari passo* com eles”<sup>27</sup>.

Tem-se, portanto, que o Poder Judiciário deve ser estudado e compreendido inserido no contexto do Estado Democrático de Direito. A atribuição de força normativa à Constituição associada ao pós-positivismo jurídico provoca uma mudança profunda na leitura do Estado após a Segunda Grande Guerra. O Poder Judiciário se fortalece e assume o significativo papel de guardião do efetivo cumprimento das normas constitucionais, visando evitar que seus ditames não passem de expectativas que nunca se materializam. Essa nova dimensão do Poder Judiciário não ofende a separação de poderes, vez que a ele não se atribui nem a função legislativa nem a gestão do Estado, mas o simples controle da atuação dos demais poderes no que tange aos limites impostos pela Constituição.

É justamente este total comprometimento do Poder Judiciário com a efetivação dos ditames constitucionais que faz dele, não um agente desagregador da democracia, como querem os críticos do ativismo judiciário; e sim, um importante elemento de garantia da democracia constitucional contemporânea, que não se atém aos aspectos procedimentais e busca uma materialização dos ditames constitucionais, com especial preocupação com a efetivação dos direitos sociais.

## 2 OS RISCOS DA SUPERVALORIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

A nova postura exigida do Poder Judiciário no Estado Constitucional de Direito traz consigo o problema do alargamento do poder dos magistrados. Surgem sérias dúvidas sobre os limites da discricionariedade judicial e os riscos de se vivenciar um governo de juízes.

O reconhecimento dos magistrados como sujeitos que contribuem para o processo de criação do direito é inafastável em um cenário que pretende agregar a concretização de uma democracia substancial à valorização dos princípios constitucionais, dotados de força normativa. No entanto, reconhecer a existência de certo poder criativo do magistrado não significa substituir a atividade legislativa pela judicial. O receio da instituição de uma ditadura de juízes não procede, pois a criação judicial não se confunde com a legislativa. Ao magistrado cabe a interpretação do direito e, conseqüentemente, certa liberdade criativa, delimitada pelas circunstâncias do caso concreto levado a juízo. Em regra, as decisões judiciais atingem apenas as partes, não detendo a capacidade de produzir comandos genéricos e abstratos. A

---

<sup>27</sup> JORGE NETO, op.cit., p.89.

liberdade criativa do juiz encontra limites na própria lide, ou seja, na maneira como as partes expuseram a questão, não se confundindo com a liberdade do legislador, afastada do caso concreto<sup>28</sup>.

Mesmo os julgamentos em que se propõe um controle abstrato da constitucionalidade da lei, com produção de efeitos “erga omnes”, não se confundem com a função legislativa. Isso porque, em regra, o controle abstrato de constitucionalidade surge ante a existência de uma lei já elaborada pelo Parlamento. Ao Congresso Nacional cabe o processo de elaborar as leis, competindo ao Judiciário fiscalizá-las de modo que se adéquem ao texto constitucional. Esse processo de fiscalização é marcado pela interpretação de cláusulas abertas, o que traz consigo uma margem inafastável de liberdade criativa, jamais confundida, no entanto, com arbitrariedade ou usurpação de função.

Nem mesmo a previsão constitucional de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão possibilita a confusão dos papéis do magistrado e do legislador. O objeto da ação é declarar a existência de uma omissão do Parlamento e não permitir que o Judiciário elabore uma norma para suprir essa lacuna.

O Judiciário não detém autonomia para, sozinho, criar leis, razão pela qual suas atribuições não se misturam com as do Poder Legislativo. No entanto, é inafastável a contribuição que ele oferece ao Legislativo ao interpretar as normas e definir seus conteúdos pois, como brilhantemente leciona Cappelletti, “quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais”<sup>29</sup>. A título de exemplo, em maio de 2011, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277, o Supremo Tribunal Federal analisou conforme a Constituição e excluiu qualquer interpretação do artigo 1723 do Código Civil que pudesse impedir o reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Não houve criação de normas, mas pura interpretação daquelas já existentes. Em outra decisão relevante, a Corte Maior reconheceu, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3999, que os mandatos dos parlamentares eleitos pelo sistema proporcional pertencem aos partidos políticos ou às coligações, e não ao indivíduo eleito. Tais situações demonstram como o Judiciário assume papel de destaque na interpretação das normas, em especial frente à Constituição Federal.

O intérprete torna-se figura que complementa o conteúdo das normas vindas do Parlamento, vez que essas precisam ser lidas de forma a reiterar os ditames constitucionais. Mais que isso, o Legislativo não tem como prever todas as hipóteses em que uma lei vai ser questionada, ou todos os casos em que ela se aplicará, sendo inafastável o caráter criativo do juiz no processo hermenêutico. O reconhecimento desse fato é essencial, pois, só a partir dele é que se pode buscar traçar limites à liberdade interpretativa do magistrado.

O processo legislativo, de elaboração normativa, é claramente distinto do processo judicial, onde se interpretam as normas jurídicas. Conforme assinala Cappelletti:

...nenhum sistema legislativo e administrativo estaria em condições de agir com um mínimo de eficiência se constrangido à inércia até o momento em que, de um lado, o sujeito ou grupo interessado lhe promovesse a ação com o próprio pedido, e de

<sup>28</sup> PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.132.

<sup>29</sup> CAPPELLETTI, op.cit., p.42.

outro lado, todos os sujeitos ou grupos em conflito fossem ouvidos, ou tivessem adequada oportunidade para tanto<sup>30</sup>.

Todas as dúvidas acerca dos poderes dos magistrados derivam, em grande parte, do ineditismo da situação, vez que o Poder Judiciário jamais ocupou o papel de protagonista do sistema. O receio de que o Judiciário se torne um gigante e elimine a autonomia dos demais Poderes, constituindo uma verdadeira “aristocracia de juízes”, conduz, direta ou indiretamente, à questão da legitimidade das decisões judiciais. Afinal, o fato do magistrado interpretar a Constituição, definindo o alcance de suas normas e dimensionando as cláusulas abertas, não significa que ele esteja autorizado a efetuar uma leitura do texto constitucional desvinculada de qualquer coisa que não sejam suas convicções pessoais.

Totalmente pertinente, nesse ponto, a lição de Nagibe de Melo Jorge Neto que vê a decisão judicial como um discurso democrático. Dessa forma, ela não se restringe à vontade isolada do juiz, vez que resulta de “um procedimento constitucional e legalmente regulado, que deve observar princípios que assegurem às partes uma ampla participação no resultado final do processo”<sup>31</sup>.

Diante de tais reflexões, a argumentação jurídica torna-se essencial. Os princípios constitucionais, dotados de normatividade, possuem alto grau de abstração, o que gera a necessidade de preenchimento de seus sentidos. É preciso interpretá-los para, posteriormente, concretizá-los. A interpretação, no entanto, deve ser racional, a fim de tornar-se elemento de efetivação da democracia.

Peter Habermas traça interessante teoria sobre a hermenêutica constitucional. Segundo o autor, deve-se possibilitar que todos os participantes da sociedade contribuam como legítimos intérpretes do texto constitucional, pois “quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la”<sup>32</sup>.

Essa visão da hermenêutica constitucional pressupõe uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição e se contrapõe à concepção de juiz Hércules de Dworkin<sup>33</sup>. Para o jurista americano, o Hércules seria dotado de sabedoria e sagacidade sobre-humanas, podendo desenvolver teorias acerca das intenções legislativas e princípios jurídicos. Michelman, citado por Habermas<sup>34</sup>, critica essa visão ao constatar que o juiz Hércules de Dworkin é solitário e sua construção narrativa é baseada em monólogos. Ele não conversa com ninguém e não discute sobre nada. Essa concepção não se sustenta em uma sociedade plural onde o “juiz singular tem que conceber sua interpretação construtiva como um empreendimento comum, sustentado pela comunicação pública dos cidadãos”<sup>35</sup>.

A visão de Habermas é mais adequada à realidade social contemporânea e pode ser aplicada ao sistema brasileiro pois, quando o cidadão provoca a jurisdição e fundamenta o

<sup>30</sup> CAPPELLETTI, op.cit., p.77.

<sup>31</sup> JORGE NETO, op.cit., p.105-106.

<sup>32</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 2002, p.13, trad. Gilmar Ferreira Mendes

<sup>33</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.165, trad. Jefferson Luiz Camargo.

<sup>34</sup> HABERMAS, op.cit., p.278.

<sup>35</sup> HABERMAS, op.cit., p.278.

seu pedido na própria Constituição, traçando os limites da análise do juiz, ele está fornecendo sua interpretação do texto constitucional. O contraditório e a ampla defesa asseguram à parte contrária a possibilidade de trazer aos autos interpretações distintas da mesma norma. Desse modo, a decisão do juiz não será fruto exclusivo de sua mente, e sim “fruto de um processo dialético discursivo, em busca da melhor solução para o caso”<sup>36</sup>.

Percebe-se, portanto, uma primeira característica da decisão judicial: ela está restrita ao pedido das partes. Não pode o magistrado ir além do que foi delimitado pelo autor, o que diminui significativamente a liberdade do juiz no momento de julgar. Mais do que isso, o contraditório assegura às partes o exercício da argumentação jurídica e, conseqüentemente, gera o direito de ter suas alegações e interpretações ponderadas pelo magistrado. O juiz não decidirá com base em sua vontade exclusiva, pois será influenciado por todos os intérpretes da Constituição na busca dos argumentos mais racionais.

Dessa forma, o processo torna-se o “microcosmos democrático do Estado-de-direito”<sup>37</sup>, pois seria arbitrário admitir decisões judiciais proferidas sem a participação dos interessados no processo. Na bela lição de Cândido Rangel Dinamarco: “Essa participação constitui postulada inafastável da democracia e o processo é em si mesmo democrático e portanto participativo, sob pena de não ser legítimo”<sup>38</sup>.

Todas essas observações convergem para a conclusão de Alexy<sup>39</sup>, para quem o processo não pode ser devidamente compreendido de modo alheio ao discurso. As partes buscam argumentar racionalmente, não como forma de convencerem umas às outras, mas com a pretensão de chegarem a argumentos que possam ser aceitos por qualquer pessoa racional. Partindo da teoria do discurso de Habermas, Alexy desenvolve sua teoria da argumentação jurídica, segundo a qual o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, onde a argumentação se submete a uma série de condições limitadoras como a sujeição à lei e às normas processuais<sup>40</sup>.

A proximidade entre o discurso jurídico e o discurso prático geral se assenta no fato de que ambos lidam com questões práticas e atuam com uma pretensão de correção. A existência de limites ao discurso jurídico é o ponto de dissonância entre os dois discursos.

A compreensão da teoria da argumentação de Alexy depende, em grande parte, de sua concepção de discurso prático geral. O autor alemão entende que este é caracterizado pela presença de argumentos relativos a questões pragmáticas, éticas e morais, de modo que há uma relação de prioridade e permeabilidade entre o adequado, o bom e o justo<sup>41</sup>.

Baseando-se no discurso prático geral, Alexy sustenta que o discurso jurídico surge voltado à solução de questões práticas e atento a uma pretensão de correção, que implica em aceitabilidade racional, de modo que as sentenças devem ser racionalmente fundamentadas<sup>42</sup>.

É justamente o ordenamento jurídico o grande limitador da pretensão de correção

<sup>36</sup> JORGE NETO, op. cit., p.112.

<sup>37</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.25.

<sup>38</sup> DINAMARCO, op.cit., p.132

<sup>39</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2008, p.216, trad. Zilda Hutchinson Schild Silva

<sup>40</sup> ALEXY, *Teoria da argumentação jurídica, op.cit., p.46.*

<sup>41</sup> ALEXY, *Teoria da argumentação jurídica, op.cit., p.28.*

<sup>42</sup> ALEXY, *Teoria da argumentação jurídica, op.cit., p.212.*

do discurso jurídico. O juiz deverá demonstrar, na motivação de sua decisão, que a sentença não se assenta em convicções pessoais, e sim, que está racionalmente justificada em consonância com as normas vigentes.

A teoria da argumentação jurídica de Alexy não garante a segurança das decisões assim como não busca assegurar a correção das sentenças judiciais, mas, sem dúvida alguma, estabelece critérios que pretendem restringir a excessiva liberdade do julgador e garantir a racionalidade das decisões<sup>43</sup>.

O magistrado tem, portanto, o dever de comprovar que sua sentença é racional e atende os ditames da lei, da Constituição Federal e também as particularidades do caso concreto. O controle da racionalidade da decisão é fundamental, em especial nos casos que envolvem interpretações constitucionais de princípios e cláusulas abertas, que conferem ao intérprete certo grau de subjetividade. “A demonstração lógica adequada do raciocínio desenvolvido é vital para a legitimidade da decisão proferida”<sup>44</sup>.

Como destaca Oscar Vilhena Vieira<sup>45</sup>, é por meio da argumentação presente na decisão judicial que se discute o alcance dos princípios constitucionais. Tal missão, se bem executada, pode transformar o Judiciário em elemento de extrema importância dentro do sistema democrático, onde, não raro, os valores fundamentais são submetidos à decisão da maioria parlamentar.

Tem-se, portanto, que no Estado Constitucional de Direito não há espaço para arbítrios e as decisões judiciais devem estar racionalmente justificadas, de modo que possam ser controladas pela sociedade. Nesse momento, merece destaque a questão da fundamentação da decisão, expressamente exigida no artigo 93, IX da Constituição Federal.

A motivação da sentença é uma das mais importantes e árduas tarefas do juiz. Aqui não bastam argumentos superficiais. A análise deve ser profunda, sopesar as teses de autor e réu, justificar exhaustivamente a decisão, de modo a torná-la legítima.

A questão é de suma importância pois, conforme alertam Ana Paula de Barcellos e Luis Roberto Barroso, “nunca se motivou tão pouco e tão mal”<sup>46</sup>. A chamada motivação concisa tem se tornado um hábito e, em que pese possa ser admitida nos chamados casos fáceis, onde a simples aplicação de uma regra resolve a lide, não pode ser sequer cogitada nos casos difíceis, onde é imprescindível que o magistrado exponha seu raciocínio e argumente de modo a fundamentar sua decisão, possibilitando que essa possa ser racionalmente controlada.

Dessa forma, as decisões judiciais devem ser cuidadosamente motivadas e respaldadas em parâmetros argumentativos racionais. A atividade hermenêutica efetuada pelo magistrado não se baseia em sua vontade pura e simples. A interpretação constitucional é fruto de um processo dialogado, que concretiza a democracia e reforça os fundamentos do Estado de Direito, sendo a motivação da sentença o ápice de todo esse processo. Justamente

<sup>43</sup> JORGE NETO, op.cit., p.134.

<sup>44</sup> BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luis Roberto. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*, 2003, p.24. Disponível em: [http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arte\\_histdirbras.pdf](http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arte_histdirbras.pdf). Acesso em 20 junh. 2008

<sup>45</sup> VIEIRA, op.cit., p. 253.

<sup>46</sup> BARCELLOS;BARROSO, op.cit., p.24.

por isso, exige-se do julgador uma capacidade de argumentação extremamente refinada, vez que já não basta o vencimento do juiz; é preciso convencer a sociedade de que a decisão do magistrado, proferida por meio do discurso jurídico, é a mais adequada ao caso concreto, de acordo com os ditames constitucionais.

Não se pode esquecer que é por meio da motivação da sentença que a população verifica o conteúdo da decisão judicial e constata a idoneidade de atuação do Poder Judiciário na busca pelos postulados do Estado de Direito<sup>47</sup>.

Não há dúvidas de que o juiz é livre para decidir. No entanto, ele precisa demonstrar como formou seu convencimento, pois, somente acompanhando o raciocínio do magistrado é que se poderá verificar se “partindo de diretrizes válidas, foram devidamente considerados os fatores que envolvem o fato na realidade”<sup>48</sup>.

O novo papel atribuído ao Poder Judiciário não é e não pode ser sinônimo de arbítrio. Existem claros limites ao poder criativo do magistrado, muito mais amplos que os aplicáveis aos demais Poderes. O atual momento social exige uma nova postura do Poder Judiciário, que, obviamente, não é imune a riscos. No entanto, o risco de excessos por parte do magistrado é menor que o risco de excessos pelos parlamentares ou administradores públicos, pois, como já dizia Hamilton, o Poder Judiciário é o “menos perigoso para os direitos políticos da Constituição, por ser o menos capaz de transgredi-los ou violá-los”<sup>49</sup>.

O neoconstitucionalismo mostra-se incompatível com uma visão minimalista do Poder Judiciário, típica do século XIX, de modo que é chegado o tempo do Judiciário igualar-se, em importância, aos demais Poderes do Estado, vez que, o reconhecimento de que as três funções estatais integram um todo único, buscam os mesmos objetivos e orientam-se pelos mesmos princípios, impõe que sejam igualmente valorizadas.

Não se sabe para onde esse novo papel do Judiciário vai conduzir. No entanto, urge a utilização de argumentos racionais e da participação de todos os intérpretes da Constituição, a fim de possibilitar uma leitura da Carta Maior que assegure a efetivação de uma democracia substancial, com especial destaque para a necessidade de concretização de direitos sociais.

## ■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do término da Segunda Guerra Mundial, o positivismo jurídico entra em crise e há o resgate de certas noções principiológicas valorativas que provocam o estreitamento da ligação entre direito, moral e justiça. Sob esse aspecto, o denominado neoconstitucionalismo enfrenta um gigantesco desafio caracterizado pela valorização do Poder Judiciário e a possibilidade de decisões judiciais fundadas em princípios jurídicos abertos se oporem às resoluções do parlamento.

O retorno a um positivismo puro é inaceitável, vez que a experiência já demonstrou que a lei, por si só, é um instrumento insuficiente para impedir abusos e ofensas a direitos

<sup>47</sup> PERO, Maria Thereza Gonçalves. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Saraiva, 2001, p.63.

<sup>48</sup> PORTANOVA, op.cit., p.148.

<sup>49</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *Os artigos federalistas 1787-1788*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p.479, tradutora Maria Luiza X. de A. Borges

fundamentais. Em contrapartida, a “principiologização” do direito pode produzir um cenário de incertezas e de grande insegurança jurídica, vez que a interpretação de cláusulas abertas depende, sem sombra de dúvidas, de aspectos subjetivos ligados aos valores e à formação do próprio intérprete, o que faz dos juízes elementos essenciais para a própria condução do país, vez que sob eles recai a responsabilidade de afirmar o que é constitucional e de definir o alcance de conceitos abertos e sujeitos a várias interpretações. Essa liberdade interpretativa dos magistrados, apesar de inafastável, pode levar à produção de decisões totalmente diferentes para casos iguais ou muito similares, dependendo da interpretação dada pelo julgador a um princípio ou cláusula constitucional. Tal constatação faz com que o grande desafio do constitucionalismo atual seja a identificação dos limites da atuação dos magistrados.

Como membros do Poder Judiciário, os juízes tem o dever de zelar pelo cumprimento dos ditames constitucionais. No entanto, o exercício da judicatura deve ser feito de forma racional, por meio de decisões motivadas de forma clara, embasadas nas leis e nos princípios jurídicos e que analisem todos os aspectos suscitados pelas partes em suas leituras individuais do texto constitucional. Como já afirmou Peter Häberle<sup>50</sup>, o cidadão é um legítimo intérprete da Constituição, o que conduz à necessidade do magistrado analisar sob todos os prismas qual a leitura do texto constitucional que mais se adéqua aos princípios e valores defendidos pela Carta maior. É claro que essa nova postura judicial, que possibilita uma abertura interpretativa, com a discussão de variadas teses hermenêuticas, aproxima o cidadão do Poder Judiciário, que passa a ser visto como o órgão capaz de corrigir e reprimir os excessos e omissões praticados pelos Poderes Legislativo e Executivo. É por meio do Judiciário que a população pretende ver cumprida a Constituição Federal e assegurados seus ditames. Essa confiança da população no sistema judiciário é, de certa forma, resultado do descrédito que afeta o sistema político, em especial o Congresso Nacional. O distanciamento entre os eleitores e seus representantes leva a população a debater judicialmente questões políticas, em detrimento da cobrança e pressão sobre os representantes eleitos. Diante de tal contexto, é inegável que o poder Judiciário assume relevante papel de controle sobre a constitucionalidade das decisões políticas do Legislativo e do Executivo, o que restringe a liberdade interpretativa e criativa dos parlamentares.

É justamente esse o ponto que provoca polêmicas, vez que muitos não aceitam que uma decisão judicial possa se sobrepor ao entendimento da maioria parlamentar, sob pena de violação de preceito democrático elementar. Alegam que se pretende substituir a vontade dos representantes do povo pelo subjetivismo e conseqüente arbítrio da decisão judicial. No entanto, em uma conjuntura neoconstitucional, a própria concepção de democracia precisa ser reinterpretada. A noção de um governo por meio de representantes eleitos deve ser complementada pela ideia de efetiva garantia dos direitos fundamentais, o que só é possível mediante estrito cumprimento das normas constitucionais, de modo que se torna essencial o fortalecimento do Judiciário e o controle da constitucionalidade das decisões do parlamento. Democracia e neoconstitucionalismo não são incompatíveis, e sim, complementares. Não há democracia efetiva sem direitos fundamentais garantidos de forma plena, inclusive contra excessos da maioria parlamentar. Em contrapartida, não há como se sustentar um Estado

---

<sup>50</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 2002, trad. Gilmar Ferreira Mendes.

neoconstitucional, baseado na força normativa da constituição, de seus princípios e dos direitos fundamentais, desatrelado da participação popular. Apesar de aparentemente excludentes, a democracia e o neoconstitucionalismo devem caminhar juntos, e os magistrados detém inúmeros meios para contribuir com esse processo e fortalecer o Estado Democrático de Direito.

Primeiramente, os juízes possuem contato direto com a população, que atua como autora ou ré, podendo tomar conhecimento de suas aspirações e da forma como interpreta a Constituição. Esse diálogo entre o juiz e as partes é naturalmente democrático e deve ser tratado com extremo respeito. Assim, todas as alegações feitas no processo devem ser consideradas no momento de tomada da decisão. Uma motivação adequada da sentença é fundamental para atribuir-lhe legitimidade. Um processo em que se verifica uma argumentação racional, que considerou todos os aspectos arguidos pelas partes, e embasou a decisão em leis e princípios constitucionais é legítimo e democrático. Não há como negar que surgirão decisões díspares para casos similares, mas esse é o preço a pagar pela reaproximação entre direito e moral. A interpretação de cláusulas abertas possibilita um grande número de alternativas, todas elas válidas perante o ordenamento, o que faz da motivação da sentença o principal elemento de controle da postura do magistrado, que tem o dever de não deixar passar sem apreciação nenhuma tese levantada pelas partes.

Enfim, o neoconstitucionalismo representa um novo momento na interpretação constitucional. Abre-se mão de uma parcela da segurança jurídica em prol da defesa dos direitos e garantias fundamentais assegurados em princípios e cláusulas constitucionais abertas. Os magistrados se destacam como os detentores do poder de dizer o que está ou não em conformidade com a Constituição. Tal postura é legítima e pode contribuir para o fortalecimento da democracia, desde que se tenha a cautela de impedir os juízes de assumirem as vezes de legisladores, criando leis. Enquanto estiverem apenas a interpretá-las ou a declarar sua inconstitucionalidade por omissão, os magistrados contribuem para a construção de uma democracia forte e o desenvolvimento de uma participação popular mais ativa nesse processo; no entanto, se extrapolarem os limites de sua competência e começarem a produzir normas em substituição ao legislativo haverá o risco de uma ditadura de juízes, essa sim, inaceitável.

Tem-se, portanto, que o neoconstitucionalismo pode representar um grande avanço para a ciência jurídica, desde que os magistrados estejam devidamente preparados para a grandeza da missão que lhes foi atribuída, qual seja, defender a Constituição por meio de decisões racionais amplamente motivadas e sem ultrapassar os limites da competência que lhes foi atribuída pelo próprio texto constitucional.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2008, trad. Zilda Hutchinson Schild Silva.

\_\_\_\_\_. La tesis del caso especial. *Isegoria*, n.21, 1999, pp. 23-35.

APPIO, Eduardo. *Controle judicial de políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luis Roberto. *O começo da história. A nova*



*interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*, 2003. Disponível em:

[http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arte\\_histdirbras.pdf](http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arte_histdirbras.pdf). Acesso em 20 jun. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, Porto Alegre, jul.-dez. 2004, v.28, n.60, p.27-65.

BAYÓN, Juan Carlos. Derechos, democracia y constitución. In: Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Editorial Trotta, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo:Malheiros, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1999, trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. *Revista Alceu*, v. 5, n. 9, jul./dez. 2004, p. 105-113. Disponível na internet: [http://publique.rdc.puc-rio.br/revistaalceu/alceu\\_119\\_cittadino.pdf](http://publique.rdc.puc-rio.br/revistaalceu/alceu_119_cittadino.pdf) Acesso em 23 de jul. 2008.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: um análisis metateórico. In: Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Editorial Trotta, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

DWORKIN, Ronald. Juízes políticos e democracia. *Jornal O Estado de São Paulo*. Espaço Aberto, de 26 abr. 1997.

\_\_\_\_\_. *Freedom's Law: the moral reading of the American constitution*. Massachussets: Harvard University Press, 1996.

\_\_\_\_\_. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, trad. Jefferson Luiz Camargo.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. 11. Imp. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. Juspositivismo crítico y democracia constitucional. *Isonomia- revista de teoria y filosofia Del derecho*, n.16, abril, 2002, p.7-20.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia – o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, trad. Maria Luiza de Carvalho.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 2002, trad. Gilmar Ferreira Mendes.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia - entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, trad. Flávio Beno Siebeneichler.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *Os artigos federalistas 1787-1788*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, tradutora Maria Luiza X. de A. Borges.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. O controle jurisdicional das políticas públicas. Concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais. Salvador; JusPodivm, 2008.

- KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Fabris, 2002.
- PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- PERO, Maria Thereza Gonçalves. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- SANTOS, Gustavo Ferreira. *Democracia e jurisdição constitucional – reflexões sobre as regras do jogo democrático e o poder de veto das minorias*, 2006. Disponível na internet: [http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/recife/direitos\\_fundam\\_gustavo\\_dos\\_santos.pdf](http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/recife/direitos_fundam_gustavo_dos_santos.pdf), Acesso em 24 de jul. 2008.
- SPECTOR, Horacio. Entre Habermas y Dworkin – uma nota sobre los fundamentos de la democracia. *Revista Argentina de Teoria Jurídica*, 1999. Disponível na internet: <http://200.32.4.58/departamentos/derecho/publicaciones/rtj1/articulos/spector.htm>, Acesso em 25 de jul.2008
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica – uma nova crítica do direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. A moralidade da constituição e os limites da empreitada interpretativa, ou entre Beethoven e Bernstein. In: Virgilio Afonso da Silva (org.) *Interpretação Constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2007.



## DO DIREITO DO TRABALHO À JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS: NOTAS SOBRE WERNECK VIANNA

FROM THE LABOR LEGISLATION TO JUDICIALIZING SOCIAL RELATIONS:  
NOTES ABOUT WERNECK VIANNA

DANIEL ESTEVÃO RAMOS DE MIRANDA\*

### RESUMO

Este artigo tem por objetivo discutir o lugar do Direito enquanto elemento de mediação das relações entre Estado e sociedade no Brasil a partir das contribuições do sociólogo Luiz Werneck Vianna. Este artigo discute os principais conceitos mobilizados na construção de sua interpretação da modernização brasileira, sem pretensão de exaurir o tema. A discussão não se aprofunda nos dados empíricos levantados e analisados em suas pesquisas, mas antes procura explicitar as ideias centrais de seu pensamento. Inicialmente focado no Direito do Trabalho, tais contribuições passam por várias temáticas, desembocando na problemática da judicialização da política e das relações sociais. A tese central que atravessa a obra de Werneck Vianna é a de que a não hegemonia do empresariado industrial no processo de modernização brasileiro aumentou o peso relativo do papel dos intelectuais, entre eles os juristas políticos em primeiro plano, no processo de construção das instituições políticas e jurídicas brasileiras.

**Palavras-chave:** Werneck Vianna; Direito do Trabalho; Judicialização da política; Intelectuais.

### ABSTRACT

This paper aims to debate the role of Right as an intermediation element in the state-society relationships in Brazil from the contributions of the sociologist Luiz Werneck Vianna. This paper discuss the main concepts used in the construction of his interpretation of Brazilian modernization, without pretension of exhausting the subject. The debate does not deepen the empirical data collected and analyzed is his researches, but seeks to make explicit the main ideas in his thought. Firstly focused on Labor Legislation, that contributions go through many themes and came to problem of judicializing of politics and social relations. The central thesis that goes through the Werneck Vianna's work is that the non-hegemony of industrial entrepreneur in the Brazilian modernization process elevates the relative weight of the intellectuals, among them the political jurists in first level, in the process of building of Brazilian political and juridical institutions.

**Keywords:** Werneck Vianna; Labor Legislation; Judicializing politics; Intellectuals.

\* Doutor em Ciência Política pela Universidade Federal de São Carlos (UFSCar).  
Professor Adjunto I na Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (UFMS).  
[mirandacs@yahoo.com.br](mailto:mirandacs@yahoo.com.br)

Recebido em 17-4-2017 | Aprovado em 14-5-2017



## SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO; 1 LIBERALISMO E CORPORATIVISMO; 2 TRAJETÓRIA DO DIREITO DO TRABALHO; 3 OAB: DO ESTADO À SOCIEDADE CIVIL; 4 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DAS RELAÇÕES SOCIAIS; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.**

### ■ INTRODUÇÃO

O laissez-faire em política não é menos deletério que em economia, e desde Maquiavel se sabe que as repúblicas que fizeram história começaram com a ação virtuosa de um legislador.

*Luiz Werneck Vianna*

O objetivo deste artigo é expor o resultado elaborado das reflexões e pesquisas de Werneck Vianna a respeito dos fundamentos sociais e políticos do direito brasileiro, indicando-se pontualmente algumas influências que foram decisivas no percurso de seu pensamento<sup>1</sup>. Dado tal escopo, não será possível discutir de modo profundo nem quais e como outros autores influenciaram Werneck Vianna, nem quais e como outros autores foram influenciados por ele, focando-se a discussão no tema do Direito como um fenômeno que não se esgota no fato jurídico em si.

Apesar da quantidade e diversidade de sua produção acadêmica, a marca de unidade de seu pensamento é sua perspectiva gramsciana. Ao longo de suas várias pesquisas e discussões, Werneck Vianna irá refinar essa sua perspectiva e produzir análises altamente sofisticadas e, em muitos aspectos, originais a respeito de grandes problemas brasileiros. Dessa forma, Werneck Vianna construiu uma interpretação da sociedade brasileira partindo, em suas primeiras pesquisas, da análise de sua legislação social para, em momentos posteriores, ampliar seu raio de análise cobrindo temáticas vizinhas àquela – OAB, magistratura, constituição – até chegar a seu grande tema de maturidade, a judicialização da política no Brasil.

Sendo assim, o Direito não se constitui em campo de investigação em si, mas antes no ponto de menor resistência a análises que procuraram descortinar os fatores que conferiram especificidade ao processo de constituição de uma sociedade e economia capitalistas no Brasil. Mais precisamente, esse processo foi levado adiante por um conjunto heterogêneo de classes e frações de classes sociais no qual predominou, a princípio, as oligarquias rurais. Então, “como é que o novo podia vir do velho”?<sup>2</sup>

<sup>1</sup> A melhor exposição da trajetória intelectual de Werneck Vianna encontra-se em CARVALHO, Maria Alice R. Textos, contextos e um Brasil. In: FILHO, Rubem B. e PERLATO, Fernando (Orgs.). *Uma sociologia indignada: diálogos com Luiz Werneck Vianna*. Juiz de Fora: Ed. UFJF, 2012, pp. 17-75.

<sup>2</sup> WERNECK VIANNA, Luiz. Entrevista por Gisele Araújo, Christin Lynch, Joëlle Rouchou e Antônio Herculano para a *Revista Escritos*, Ano 4, nº 4, 2010, p. 358. Assim, não se tratava de analisar o caso brasileiro como o de uma oposição genérica entre “moderno” x “atraso”, indústria x mundo agrário, mas sim o de uma “unidade de contrários” que presidiu, dialeticamente, o surgimento do moderno a partir do tradicional. As ideias de Francisco de Oliveira foram muito importantes nesse ponto para Werneck Vianna, como o próprio reconhece na entrevista acima citada. Cf. OLIVEIRA, F. *Economia brasileira: Crítica da razão dualista*. 4ª edição, Petrópolis, RJ, Editora Vozes, 1981.

A heterogeneidade da composição do bloco de poder que liderou o processo de desenvolvimento econômico brasileiro em seu momento decisivo desembocou em formas híbridas de integração das classes sociais a nova sociedade que se formou a partir da generalização do modo de produção capitalista no país. Por tudo isso, esse intrincado processo assumiu a forma de uma “revolução passiva”<sup>3</sup>, isto é, um processo de mudança social desacompanhado de radicalidade política.

Nesse contexto, a presença e o peso da atuação dos intelectuais se eleva. Como nenhum dos atores organicamente vinculados ao processo de reprodução material da sociedade é capaz de construir uma sólida hegemonia, a solidarização do bloco de poder passa não apenas por compromissos pontuais, mas também pela elaboração de projetos políticos mais amplos que não apenas racionalizam e generalizam determinados interesses particulares, mas também ganham, em certa medida, vida própria. “Acho que este é um país filho de intelectuais [...]. Nós nascemos com um projeto político antes de sermos Nação”<sup>4</sup>.

Entre os intelectuais, Werneck Vianna destaca aqueles ligados ao mundo do Direito. “O Estado Novo”, defende Werneck Vianna, “era um Estado de intelectuais”<sup>5</sup>, entre os quais se encontrava Oliveira Vianna, que teve papel fundamental na construção do Direito do Trabalho durante o Estado Novo<sup>6</sup>.

Werneck Vianna discutiu também o papel da OAB como “intelectual coletivo”<sup>7</sup>, bem como o papel das assessorias jurídicas na Assembleia Nacional Constituinte como veículo de transmissão das ideias de juristas políticos ao texto constitucional de 1988<sup>8</sup>, chegando ao tema da judicialização da política e das relações sociais no Brasil.

O lugar do Direito e de seus intelectuais no processo de desenvolvimento brasileiro fica explícito na passagem a seguir, que apesar de longa, é conclusiva quanto a esse ponto:

Bem, eu vou ficar com essa consideração para fixar bem a prevalência do ponto do tema dos intelectuais, o tema dos direitos como dimensão diretora, organizadora, que vai reaparecer de maneira muito forte na cena republicana a partir de 1988. Uma institucionalização pelo direito das duas principais variáveis de uma ordem capitalista, de uma ordem burguesa, tal como a nossa avançava para ser. Mercado: mercado de bens e mercado político, a criação da justiça do trabalho e a criação da escola. Os seus intelectuais, com sua enorme aparelhagem, e de lá para cá não fizeram senão crescer. Temos aí: Direito, intelectuais, prevalência do público, desse

<sup>3</sup> Nessa fórmula gramsciana, tão cara a Werneck Vianna, avalia-se como são “Protagonistas os ‘fatos’, por assim dizer, e não os ‘homens individuais’”. GRAMSCI, Antonio. *O leito de Gramsci: escritos escolhidos 1916-1935*. Org. por Carlos N. Coutinho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 316. Werneck Vianna aprofunda o emprego de tais ideias em VIANNA, Luiz Werneck. Caminhos e Descaminhos da Revolução Passiva à Brasileira. In: *Dados*, vol. 39, no. 3, Rio de Janeiro, 1996.

<sup>4</sup> WERNECK VIANNA, Luiz. Entrevista. In: LOUREIRO, Maria R.; BASTOS, Elide R.; REGO, JOSÉ M. R. REGO (Orgs.). *Conversas com sociólogos brasileiros: retórica e teoria na história do pensamento sociológico do Brasil*. São Paulo: GVPesquisa, 2011, p. 130.

<sup>5</sup> WERNECK VIANNA, Luiz. *op. cit.* p. 131.

<sup>6</sup> Werneck Vianna analisa mais detidamente as ideias de Oliveira Vianna em “Americanistas e Iberistas: A Polêmicas de Oliveira Vianna com Tavares Bastos”. In: *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 34, nº 2, 1991, pp. 145 a 189.

<sup>7</sup> WERNECK VIANNA, Luiz. *Ensaio sobre política, direito e sociedade*. São Paulo: Hucitec, 2015, pp. 17-60..

<sup>8</sup> WERNECK VIANNA, Luiz. Introdução. In: WERNECK VIANNA, L.; CARVALHO, Maria A. R. de; MELO, Manuel P. C.; BURGOS, Marcelo B. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 41.



mundo solto que não se organiza. A organicidade precisa da ação pedagógica com a âncora divisora do Direito<sup>9</sup>

Os intelectuais formados no campo do Direito no Brasil foram portadores de uma interpretação do país que, longe de ser um exercício teórico, teve influência decisiva na construção do Estado-nação brasileiro.

Como expresso na epígrafe desta seção, o processo brasileiro de construção de uma ordem republicana, de uma sociedade cuja modernidade fosse além da infraestrutura econômica, englobando e embasando uma nova sociabilidade, contou com a “ação de um legislador” em momentos decisivos. Em que medida tal ação foi virtuosa, no Brasil, é matéria para debate. O que permanece como certo é o papel mediador do Direito, entremeadado às grandes problemáticas nacionais.

Sendo assim, servem de base, para este artigo, apenas os textos nos quais Werneck Vianna elabora sua perspectiva a respeito das relações entre direito e sociedade. Portanto, não serão consideradas seus textos de análise conjuntural, com exceção daqueles que dialoguem com o tema central deste artigo, nem suas pesquisas e reflexões sobre temas outros que não sua sociologia do direito brasileiro.

Na próxima seção, discute-se a relação entre liberalismo e corporativismo como duas matrizes de enquadramento político e jurídico das relações capital-trabalho no limiar do processo de modernização brasileiro. Na segunda seção, expõe-se a trajetória da legislação social da Primeira República (1889-1930) até a República de 1946. Na terceira seção o tema é a OAB (Ordem dos Advogados do Brasil), mas a discussão ainda transita em torno do corporativismo entretecido às relações público/privado no país. Por fim, chega-se a problemática da judicialização da política e das relações sociais.

Nessas quatro seções, procura-se expor de modo tão claro quanto possível, mas sem pretender ser exaustivo, as contribuições de Werneck Vianna àqueles temas. As referências a momentos ou acontecimentos históricos neste artigo não envolvem a construção de uma nova interpretação da história brasileira, mas são referências gerais pontuadas apenas para situar temporalmente os textos e temas de Werneck Vianna. Dessa forma, não se pretende revisar a história brasileira, mas apenas expor a interpretação de Werneck Vianna sobre alguns de seus momentos fundamentais. Por fim, tecem-se algumas considerações finais.

## 1 LIBERALISMO E CORPORATIVISMO

O livro de Werneck Vianna que guarda a mais elaborada interpretação das relações capital-trabalho no Brasil e, assim, da problemática do liberalismo é o *Liberalismo e sindicalismo no Brasil*, publicado pela primeira vez em 1977. Por ser uma obra seminal, à qual o próprio Werneck Vianna retorna com frequência, é de suma importância dar um tratamento à parte a ela quando se discute sua produção acadêmica.

<sup>9</sup> WERNECK VIANNA, Luiz. Tradição republicana: mudança e conservação. In: *Revista Estudos Hum(e)anos*, n° 1, 2010/02, p. 49.



Nesse livro, Werneck Vianna adotou o Direito do Trabalho como tema central na medida em que ele permitia descortinar as relações entre as classes sociais, bem como a relação destas com o Estado, nos momentos cruciais do desenvolvimento brasileiro. O “ponto ótimo”, propõe Werneck, “para análise de uma ordem liberal consiste menos em sua expressão política do que no caráter do seu mercado de trabalho”<sup>10</sup>. Mais precisamente, o momento histórico focado é o da passagem da Primeira República (1889-1930) para o primeiro governo Vargas (1930-1945).

Nesse período, confrontaram-se duas grandes matrizes de relação Estado-sociedade: a liberal, ideologicamente hegemônica desde o século XIX no Brasil, e a corporativista, de grande importância a partir de 1930 em diante, principalmente. Em termos de ação política, o liberalismo preconizava a não intervenção estatal nas relações econômicas e sociais com base no pressuposto que os agentes, no entrechoque de seus interesses particulares, produziram modalidades de autoregulação. Em contraposição a isso, o corporativismo partia do pressuposto da colaboração ou harmonia entre as classes sociais, mediada não pelo interesse privado, mas sim pela presença constitutiva do aparelho estatal orientado para um ideal de comunidade.

A burguesia industrial não se encontrava em condições de conduzir, hegemonicamente, o processo de modernização econômica brasileiro naquela conjuntura. Devido a isso, o liberalismo, na Primeira República (1889-1930), teve que cingir-se a dimensão econômica, dado que sua universalização levaria a um quadro de competição inseguro, do ponto de vista das classes dominantes.

Quando esse liberalismo não comportou mais as pressões vindas de pontos diferentes do sistema político e da sociedade, seu declínio parcial abriu espaço para a emergência de formas corporativista de encaminhamento da chamada “questão social”.

A visão de que a questão social era uma “questão de polícia”, na famosa declaração atribuída a Washington Luís, deve ser relativizada. O que distingue o encaminhamento oficial das relações e conflito entre capital e trabalho não é a presença ou não do autoritarismo, mas sim seu perfil: predominantemente liberal, no pré-1930, e corporativista no primeiro governo Vargas, dada a emergência do corporativismo.

Considerando a regulamentação da jornada de trabalho, não apenas dos homens adultos, mas também das mulheres e menores de idade, das férias, dos acidentes de trabalho e dos sindicatos como alguns dos direitos fundamentais do trabalho, Werneck mostra que tais itens já estavam regulados *antes* da década de 1930.

O marco jurídico da legislação social situa-se em 1926, quando a Constituição de 1891 foi emendada e criou-se a Comissão de Legislação Social da Câmara de Deputados, conferindo ao Estado, a partir de então, uma nova posição diante das relações capital-trabalho, relação esta não mais nos estreitos quadros da ortodoxia liberal até então vigente.

Não se trata de obscurecer a radical diferença entre as duas ordens estabelecidas – antes e depois de 30 – mas exatamente de isolar a especificidade concreta de uma

<sup>10</sup> WERNECK VIANNA, Luiz. *Liberalismo e sindicato no Brasil*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978, pp. 6-7.

contraposta à outra. (...) é porque a concepção do Estado se radica no corporativismo que o sindicato assume feição corporativista<sup>11</sup>.

Por isso, olhando a primeira metade do século XX como um todo, o mercado de trabalho no Brasil caminhará de uma situação de quase desregulação para outra de quase completo atrelamento ao aparelho estatal. Em um caso como no outro, a movimentação operária, enquanto coletividade, será sempre um perigo a ordem política e jurídica então vigentes. Ou tais movimentos deveriam estar restritos à esfera individual em situações de mercado, nos moldes liberais, ou suas entidades coletivas, se existentes, não poderiam ter vida e expressão próprias, sendo no máximo uma extensão do aparelho de Estado corporativista.

A montagem do sistema político liberal da Primeira República será operada, basicamente, pelas oligarquias exportadoras. A elas interessava não tanto o liberalismo, mas sim o federalismo pelo qual os interesses e oligarquias regionais tivessem maior autonomia.

O mesmo liberalismo que convergia para os interesses das oligarquias exportadoras beneficiava também a burguesia industrial (urbana). Porém, ao enquadrarem o mercado como um *locus* no qual apenas indivíduos poderiam transitar e contratar livremente, a ortodoxia liberal vedava por completo a legitimidade ou validade jurídica de sindicatos, ou quaisquer outras modalidades de ação coletiva operária, como negociadores ou contratantes no mercado de trabalho.

A ordem política liberal, repousada na Constituição de 1891, reafirmada pelo Código Civil de 1916, e operada pelas instituições representativas montadas e dirigidas pela oligarquia agro-exportadora propiciou as condições para o amadurecimento da burguesia industrial no Brasil, daí a identificação política desta com aquela.

Sendo assim, a emergência da burguesia industrial não necessariamente se faz em contradição aberta com os interesses agrários. A emergência daquela reclamava um Estado liberal e foi justamente isso que as oligarquias agrárias construíram a partir de 1891, permitindo a compatibilização desses setores. O ponto de discórdia estava na política econômica, mais precisamente na política alfandegária. Fora esse ponto, a ordem social pré-30 “era uma ordem burguesa, sob a égide de um Estado liberal”<sup>12</sup>.

Por isso mesmo, o Direito do Trabalho foi “uma conquista da classe trabalhadora contra o pacto original do liberalismo, impondo limites legais – externos – ao homem apetitivo”<sup>13</sup>. E Werneck enfatiza tal ponto, pois a influência da “Ideologia da Outorga” engendrada na Era Vargas guardava então, e ainda guarda, certa força. Essa ideologia tem duas características principais: 1) a visão de acordo com a qual as leis trabalhistas foram outorgadas pelo Estado na Era Vargas, desconsiderando-se assim todo histórico de lutas operárias em prol dos direitos sociais; 2) a chamada Revolução de 1930 teria sido um marco: antes dela, a questão social era apenas uma “questão de polícia”; depois dela, a questão social foi efetivamente encaminhada no sentido de garantir direitos aos trabalhadores. Tal “concepção se fazia suportar na falsa evidência de que o Estado representava uma entidade

<sup>11</sup> WERNECK VIANNA, L. *op. cit.* p. 33.

<sup>12</sup> WERNECK VIANNA, L. *op. cit.* p.73.

<sup>13</sup> WERNECK VIANNA, L. *op. cit.* p. 23.

outorgante de um bem – as leis sociais – e a classe operária de outro – independência política de classe”<sup>14</sup>.

Contra a ideia de um Estado generoso e benfeitor, atento e sensível às demandas trabalhistas, Werneck contrapõe a imagem de um Estado que dearticulou a classe trabalhadora não apenas ao nível organizacional, pelo atrelamento dos sindicatos a estrutura do Ministério do Trabalho, mas também ao nível sociocultural, deslocando a memória e tradição de lutas operárias pela difusão da ideologia da outorga.

Contra a suposta benevolência do Estado, contrapõe-se a violência constitutiva de uma nova ordem de relações capital-trabalho. Contra a suposta descontinuidade que desemboca em uma interpretação da história cortada por um antes x depois, a continuidade das mobilizações e lutas dos trabalhadores, esmagadas pela ditadura do Estado Novo (1937-1945).

A Era Vargas (1930-1945) foi um período de intensas mudanças em várias dimensões da sociedade brasileira. Em uma delas, a das relações capital-trabalho, claramente despontou, entre os ideólogos do período, o corporativismo como uma fórmula de conciliação entre classes. Toda complexidade do período não poderia ser captada pela análise do corporativismo e sua imagem de Estado benfeitor construída pela ideologia da outorga, mas como o foco de Werneck Vianna são as relações entre Estado, burguesia e trabalho, nesse recorte o corporativismo é um conceito chave.

Fixado os termos gerais do debate, a seguir expõe-se pontualmente a trajetória da legislação social brasileira a partir da República inaugurada em 1889.

## 2 TRAJETÓRIA DO DIREITO DO TRABALHO

A grande realização, por assim dizer, do governo provisório de 1889 no plano da legislação social, trabalhista mais precisamente, foi a legitimação do direito de greve pela revogação de dois artigos do Código penal, que tornavam as greves ilegais. Tal legitimação teve por base a sobreposição do direito de associação e da avaliação das condições econômicas então vigentes ao direito de “liberdade do trabalho e da indústria”, precioso à ortodoxia liberal<sup>15</sup>.

O período entre 1891 e 1919 foi dominado pela ortodoxia liberal sustentada pelos setores política e economicamente dominantes na sociedade brasileira – as oligarquias exportadoras. A fim de que os recursos auferidos pela exportação não fosse redistribuídos pela atuação da União ou qualquer outro organismo estatal centralizado, a defesa do federalismo e do liberalismo vinculava-se “uma concepção estritamente mercantil de vida social”, compatível com o “Estado arbitral do liberalismo”<sup>16</sup>.

O mesmo liberalismo que embasou o bloqueio à formulação e implementação de uma legislação trabalhista deixou aberta as portas para a mobilização da sociedade civil. Num caso como no outro, tratava-se do dogma liberal da livre iniciativa desembaraçada de intervencionismo estatal. Descobertos da intermediação legal, contudo, as reivindicações

<sup>14</sup> WERNECK VIANNA, L. *op. cit.* p. 32-3.

<sup>15</sup> WERNECK VIANNA, Luiz. *op. cit.* p. 46.

<sup>16</sup> WERNECK VIANNA, L. *op. cit.* p. 49.



mais imediatamente econômicas da classe operária passaram a se ligar também a demandas que desafiavam a ordem liberal como um todo.

De qualquer forma, a ordem liberal engendrada pela Carta de 1891 permanecerá incólume às movimentações pró-regulação do mercado de trabalho e, até 1919, não será criado, “no plano federal, nenhum dispositivo regulador do mercado de trabalho”<sup>17</sup>. As relações capital-trabalho serão regulamentadas pela seção de locação de serviços do Código Civil, isto é, os trabalhadores eram enquadrados juridicamente como prestadores de serviços e seus vínculos com as empresas eram moldado como livre contratação entre partes.

O biênio 1917-1919 será decisivo não apenas para o movimento operário, mas também para a ortodoxia liberal assentada na Constituição de 1891. O período se abre com greves e se encerra com a assinatura brasileira do Tratado de Versalhes, que criou a Organização Internacional do Trabalho (OIT). Nesse período, curto em duração, mas intenso em mudanças, assinala um movimento de questionamento do liberalismo que irá se consagrar nas décadas seguintes.

Por fim, no período 1919-1930 promulga-se uma série de leis que, no conjunto, moldam o “primeiro perfil do Direito do Trabalho no Brasil”<sup>18</sup>. O escopo da legislação era, predominantemente, as condições de trabalho – férias, acidentes, código dos menores – e a seguridade social – aposentadorias e pensões.

Dado esse quadro, a convivência de modelos distintos de regulação do mercado de trabalho e seu “percurso irregular mantém estreita associação, a partir dos anos 20, com os momentos de aguçamento e/ou contemporização da crise de hegemonia brasileira”<sup>19</sup>.

Aquele perfil será aprofundado e, principalmente, articulado a uma nova ordem política imediatamente após a “Revolução de 30”. O Decreto 19.770, de 19 de março de 1931, definia o sindicato com “órgão de colaboração com o poder público”<sup>20</sup>. Da completa atomização dos agentes econômicos, sob a ordem liberal, transita-se para sua completa integração e submissão a ordem estatal. Priorizando a dimensão econômica, a práxis corporativista concebe o Estado, “Ente comunitário sobreposto aos demais”<sup>21</sup>, não como um mediador ou apaziguador de conflitos – perspectiva essa mais próxima da noção liberal do Estado como garantia de cumprimento de contratos, mas como entidade ativa e criadora. Não mais um intermediário, tão neutro quanto possível, das relações livremente contratada no mercado e na sociedade civil, mas como entidade ela mesma organizadora de toda ordem social e fiadora de toda relação entre os agentes privados, concebidos agora como colaboradores da conservação da harmonia social.

Tendo em vista o ativismo sindical das primeiras décadas do século XX no Brasil, a montagem de uma ordem corporativa não seria pacífica. O empresariado teve condições de melhor resistir às investidas governamentais no sentido de envolvê-los também na trama corporativista então em gestação, ou melhor, “se empresariado não conseguiu alterar ou impedir o *curso* do desenvolvimento deste tipo de política de Estado [*políticas sociais*], conseguiu intervir, de forma decisiva, em seu *ritmo* e na construção do formato das soluções

<sup>17</sup> WERNECK VIANNA, L. *op. cit.* pp. 49-50.

<sup>18</sup> WERNECK VIANNA, L. *op. cit.* p. 62.

<sup>19</sup> WERNECK VIANNA, Luiz. Sistema liberal e direito do trabalho. In: *Estudos Cebrap* 7, 1974, 113-149.

<sup>20</sup> WERNECK VIANNA, L. *Liberalismo e sindicato no Brasil*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978, p. 146.

<sup>21</sup> WERNECK VIANNA, L. *op. cit.* p. 128.



finais encontradas”<sup>22</sup>. Os trabalhadores, por sua vez, apesar de suas resistências, não tiveram o mesmo destino. “Desmobilização, despolitização e desprivatização, eis o tripé que informava a nova sistemática sindical”<sup>23</sup> inaugurada com a “Revolução de 30”.

Apesar das perspectivas mais estreitas e estritamente repressivas da burguesia industrial, as elites no aparelho de Estado tinham certa consciência de que a pura coerção não seria suficiente para incorporar o operariado a nova ordem. Logo, seriam necessárias compensações concretas, garantidas sob a forma de legislações protetoras do trabalho.

Para Werneck, o que havia de liberal no texto constitucional de 1934 resultava da “retórica bacharelesca” das oligarquias deslocadas do poder em 1930, do “jargão dos velhos juristas, formados à sobra da Carta de 91”, das manobras táticas da Igreja Católica<sup>24</sup> e não tanto de demandas ou projetos concretos dos grupos e classes fundamentais da sociedade. Pelo contrário, os trabalhadores organizados nunca se articularam ideologicamente nos quadros do liberalismo. “Católicos, militares e juristas (...), embora divergentes, se alinham na pauta comum do corporativismo”<sup>25</sup>. O empresariado assumiria, cada vez mais, uma posição pragmática que implicava no abandono de seu “embrionário projeto de hegemonia fordista”<sup>26</sup>. Dessa forma, não se tratava mais de reformar o liberalismo excludente, mas sim de negá-lo pela afirmação do corporativismo estatal.

Apesar de a Constituição de 1934 prever o pluralismo sindical, este princípio, ao alimentar a livre organização dos trabalhadores gerava um sério obstáculo aos planos tanto do Estado quanto da Igreja Católica de trazer para suas respectivas égides a classe trabalhadora. Some-se a isso a oposição do empresariado e se compreenderá porque tal princípio teve vida curta na legislação brasileira. Mesmo antes do Estado Novo, frisa Werneck, haveria no mercado apenas duas forças ativas: o Estado e o capital<sup>27</sup>.

O Estado Novo começou para os trabalhadores em 1935, a partir de quando o Ministério do Trabalho passou a executar o Decreto 24 694, de 1934, lei de sindicalização que reinterpretava o pluralismo sindical da Carta de 1934. Por isso, o Estado Novo não teve urgência em regulamentar os dispositivos da Carta de 37 relativos aos trabalhadores, dado que estes já estavam submetidos a nova ordem<sup>28</sup>. Do ponto de vista dos trabalhadores, a

<sup>22</sup> GOMES, Angela M. de Castro. *Burguesia e trabalho*. Rio de Janeiro: Campus, 1979, p. 307. Essa autora segue de perto a trilha analítica aberta pelas pesquisas de Werneck Vianna quanto ao tema.

<sup>23</sup> WERNECK VIANNA, L. *op. cit.* p. 147; 227. Por “desprivatização” entenda-se a redefinição dos sindicatos não mais como representantes de interesses privados livremente organizados na sociedade, mas sim como entidades paraestatais.

<sup>24</sup> WERNECK VIANNA, L. *op. cit.* p. 200.

<sup>25</sup> WERNECK VIANNA, L. *op. cit.* p. 153.

<sup>26</sup> WERNECK VIANNA, L. *op. cit.* p. 155. O liberalismo fordista carregava em si um projeto de remodelar o mundo social a partir da fábrica. Muito além de técnicas de racionalização produtiva fabril, pretendia se projetar para a sociedade como um todo, racionalizando-a pela ideologia do trabalho e promoção do bem-estar dos trabalhadores. O autor decisivo para as análises de Werneck Vianna é Antonio Gramsci. Para o tema do fordismo, cf. GRAMSCI, A. *Maquiavel, a política e o Estado moderno*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984, pp. 375-413. Para uma análise mais ampla sobre o fordismo, cf. HARVEY, David. *A condição pós-moderna*. São Paulo: Loyola, 1992, principalmente seu capítulo 8.

<sup>27</sup> WERNECK VIANNA, L. *op. cit.* p. 207.

<sup>28</sup> WERNECK VIANNA, L. *op. cit.* pp. 204-205; 223.

legislação social concebida para ser um “mero sistema elementar dos direitos do trabalho”, passou a ser o máximo possível sob o Estado Novo<sup>29</sup>.

A criação da Justiça do Trabalho orientou-se pelo esforço de conciliação entre as partes. No insucesso dessa, passava-se à arbitragem. No insucesso dessa, por sua vez, adotava-se alguma medida administrativa que encerrava o caso. Logo, a Justiça do Trabalho passou a ser um importante mecanismo de contenção dos conflitos, deslocados do mercado para o Estado. Em uma passagem que antecipa o tema da judicialização das relações sociais, Werneck Vianna aponta que a Justiça do Trabalho passou a ter o

poder de prolatar sentenças normativas, de cumprimento obrigatório para as partes envolvidas no litígio. A fixação do salário não resultaria do poder do império do Estado e nem das ‘condições livres do mercado’. Convertia-se a disputa mercantil entre o capital e a força de trabalho num fato jurídico, tratado segundo os cânones do direito<sup>30</sup>.

Quanto a realização mais famosa do período, a Consolidação das Leis do Trabalho, seu “epicentro crítico” são os sindicatos, na medida em que o objetivo geral da CLT era “subtrair o litígio entre o capital e o trabalho do mercado, tendendo a eliminar ou a reduzir, por força dessa orientação institucional, o caráter político na movimentação orgânica das classes subalternas”<sup>31</sup>. Ao consolidar as leis do trabalho, isto é, ao sistematizar os empreendimentos políticos e jurídicos de desmobilização das classes subalternas, a CLT coroou a revolução “pelo alto” iniciada em 1930. “O campo do exercício do interesse dos grupos sociais não gravita num universo liberal. Constitui-se numa questão de direito, submetida ao arbítrio dos jurisperitos”<sup>32</sup>.

A redemocratização e a promulgação da Constituição de 1946 não implicaram em maiores mudanças nesse quadro. Tendo em vista seu hibridismo – sistema político liberal, mas mercado de trabalho regulado corporativamente – os princípios subjacentes ao CLT ganharam novo fôlego apesar da derrocada do regime político que a concebeu.

Sob a ditadura estadonovista, o primado da União significava o primado do Poder Executivo e o esvaziamento ou submissão do Legislativo e Judiciário. Com a revitalização da separação dos poderes no bojo da redemocratização, o Judiciário retomou sua relevância. Por isso, o aparato institucional do sistema da CLT não será mais tanto o Ministério do Trabalho, como no Estado Novo, mas principalmente a Justiça do Trabalho, que terá sua importância ainda mais realçada.

<sup>29</sup> WERNECK VIANNA, L. *op. cit.* p. 221.

<sup>30</sup> WERNECK VIANNA, L. *op. cit.* p. 226. Nessa mesma página, Werneck Vianna aponta também o papel da Justiça do Trabalho em traduzir as “relações mercantis entre capital e o trabalho para a linguagem normativa do direito”, dotando-as do sentido corporativo de colaboração interclassista. Em outro ponto, na página 271, indica o papel da Justiça do Trabalho como “um ‘poder legislativo’ real dissimulado no interior de um aparato judiciário, especializado na conversão de disputas mercantis em judiciárias”. Ou seja, a trajetória histórica da judicialização das relações sociais no Brasil poderia ser traçada a partir da afirmação do corporativismo estatal pós-1930.

<sup>31</sup> WERNECK VIANNA, L. *op. cit.* p. 240.

<sup>32</sup> WERNECK VIANNA, L. *op. cit.* p. 241. Insinua-se, nessa citação também, o tema da judicialização das relações sociais.

As principais instituições comunitaristas, isto é, corporativistas, da legislação do trabalho eram a Comissão do salário mínimo, o poder normativo da Justiça do Trabalho e a estabilidade no emprego após 10 anos de vínculo com a empresa.

Com o findar da República de 1946 e de seu hibridismo, o autoritarismo brasileiro assumirá outras feições, as quais dispensarão os suportes corporativistas do regime autoritário anterior. Sendo assim, o comunitarismo sofrerá dois golpes mortais: a “supressão do poder normativo da Justiça do Trabalho [Lei 4 725 de 1965] e da Comissão do Salário Mínimo” [Lei 4 589, de 1964] e a criação do FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço), em 1966, após a extinção da estabilidade<sup>33</sup>.

### 3 OAB: DO ESTADO À SOCIEDADE CIVIL

A criação da Ordem dos Advogados no Brasil, em 1930, revestiu-se também de uma lógica corporativista. Contudo, adverte Werneck Vianna, o corporativismo no Brasil foi multifacetado: enquanto a estatização das organizações dos trabalhadores implicou na negação de sua autonomia e sua incorporação ao aparelho estatal, a estatização, ou melhor, a publicização de algumas profissões liberais implicou na extensão das suas funções dessas últimas, garantindo e ampliando sua autonomia. A mesma lógica corporativista, pautada no ideal de harmonia e colaboração social, desdobrou-se de modos completamente inversos sobre setores distintos da sociedade civil, atando os trabalhadores a burocracia estatal ao mesmo tempo em que conferia um “mandato público” a entidades de classe como a OAB, o CREA (Conselho Regional de Engenharia e Agronomia), a ABI (Associação Brasileira de Imprensa) e a Academia Nacional de Medicina<sup>34</sup>.

Tais profissões liberais, dotadas de tal mandato público, tornaram-se entidades paraestatais. No caso da OAB, ao se colocar, à época do seu nascimento, como “guardiã” e “fiscal de um bem público: a ordem jurídica”, assume a identidade de “um Estado dentro do Estado”<sup>35</sup>. Por causa disso, a OAB se colocou como um elemento de continuidade em meio ao processo de transformação em curso na sociedade brasileira dos anos 1930 em diante, fiel representante de “uma tradição e uma cultura jurídica que a ela cabia, e por delegação pública, zelar”<sup>36</sup> e não, primariamente, dos interesses de seus associados. Sua força e vitalidade vinham mais do mandato público do que da presença e a atuação de suas bases, entidade de Estado, não tanto de sociedade civil.

Essa sua marca de origem será sua força, mas também um ponto crítico. Com a redemocratização pós-1945 e o revigoramento do liberalismo e suas implicações anti-corporativistas, somadas às transformações na própria estrutura social brasileira, a OAB será atravessada por uma disputa interna, ainda que não necessariamente aberta ou intensa, em torno da identidade e papel da organização. Os juristas-políticos que lideraram sua construção e orientação corporativistas enfrentarão, crescentemente ao longo dos anos 1950 e início dos

<sup>33</sup> WERNECK VIANNA, L. *op. cit.* p. 277. Werneck Vianna também analisou a legislação social brasileira, da Constituição de 1934 ao Estatuto da Terra (1963) do ponto de vista de seus impactos em termos de natalidade. Cf. WERNECK VIANNA, L. *Leis sociais e Demografia. Estudos Cebrap*, São Paulo, n° 21, 1977, 93-147.

<sup>34</sup> WERNECK VIANNA, L. *Ensaio sobre política, direito e sociedade*. São Paulo: Hucitec, 2015, p.35 e 41.

<sup>35</sup> WERNECK VIANNA, L. *op. cit.* 40-1.

<sup>36</sup> WERNECK VIANNA, L. *op. cit.* 42.



1960, o fortalecimento de pautas e demandas mais estritamente profissionais, ligadas mais ao mundo privado e ao exercício profissional do advogado do que ao mandato público que a cúpula propunha como prioridade<sup>37</sup>.

Aquela mesma marca de origem estará na base de suas posições políticas também. No decisivo contexto de 1961-1964, seu apoio ao movimento que levou ao regime civil-militar de 1964 se pautará pela defesa da ordem legal contra as agitações subversivas. Porém, o próprio regime de 1964, em seu ímpeto modernizante, avaliou como obsoletos os mecanismos corporativistas montados no primeiro governo Vargas e, com eles, os amparos paraestatais fixados nas corporações de intelectuais, como a OAB.

A reação da OAB, já nos anos 1970, será a de resistir a tal movimento, o qual, no limite, poderia dissolver quase completamente a tradição e cultura jurídica de que se julgava guardião, em nome do “novo”, apagando sua identidade e força. Nesse movimento, entidades como a OAB se colocaram como diques à modernização desenfreada do “milagre econômico”. Nesse movimento de defesa de seu mandato público, conferiu novos significados a sua própria condição: não mais uma entidade paraestatal, mas um “intelectual coletivo da sociedade civil”<sup>38</sup>.

A análise de Werneck sobre a OAB segue sua trajetória somente até o processo de declínio do regime de 64, mas permite visualizar por novo ângulo sua interpretação das relações entre direito e sociedade no Brasil em sua dicotomia constitutiva, liberal e corporativista.

#### 4 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DAS RELAÇÕES SOCIAIS

Muitos caminhos levam a judicialização da política e das relações sociais. A luta pela garantia e expansão de direitos políticos e sociais que desembocou no *Welfare State* conferiu novos sentidos ao Direito na medida em que as leis não mais se esgotavam em sua positividade, que fixa o certo e o distingue do errado, tendo cada vez mais que responder às exigências e pressões para expor e se expor a questionamentos de justiça, não apenas de legalidade. Questionamentos quanto aos fins das decisões, públicas principalmente, a partir de marcos normativos prospectivos, promocionais de uma ordem social a se realizar, e não mais somente quanto aos meios e sua adequação ou não a uma ordem legal insensível a dinâmica social.

Os impactos desse processo sobre o arcabouço institucional das sociedades Ocidentais modernas foram imensos, levando ao tensionamento das relações entre os três poderes tais quais fixadas de modo clássico pelo liberalismo. Nos marcos desse último, seria necessário que o “poder freio o poder”, na famosa fórmula de Montesquieu<sup>39</sup>. Sendo o grande

<sup>37</sup> WERNECK VIANNA, L. *op. cit.* pp. 47-8; tb. pp. 56-7.

<sup>38</sup> WERNECK VIANNA, L. *op. cit.* pp. 57-9.

<sup>39</sup> MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 156. Thomas Jefferson, citado por James Madison n’*O Federalista*, formula de tal modo a ideia que parece ser o próprio Montesquieu a escrever: “An elective despotism was not the government we fought for; but one which should not only be founded on free principles, but in which the powers of government should be so divided and balanced among several bodies of magistracy, as that no one could transcend their legal limits, without being effectually checked and restrained by the others”. HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *The Federalist*. Chicago: The University of Chicago, 1952, p.158.

objetivo bloquear o abuso de poder, fixou-se, ou pelo menos a fórmula ideal era tal fixação, as áreas de atuação de cada um dos três poderes de tal forma que se um deles a extravasasse invadiria inevitavelmente o âmbito de atuação do outro, configurando uma usurpação.

Contudo, o tema do abuso de poder remete aos direitos civis, principalmente: liberdades e garantias básicas de preservação física e intelectual dos indivíduos uns relação aos outros e de todos em relação ao Estado. A partir do momento em que a pauta dos direitos políticos e sociais se tornou inevitável, a própria dinâmica política corroe as bases da divisão clássica entre os três poderes.

Por essa divisão, o Legislativo deveria ser a sede da racionalidade legislativa, representante da soberania popular, o Judiciário seria apenas o elo entre a generalidade da lei e a concretude dos casos, aplicando a primeira sobre os segundos, resolvendo seus conflitos. O Executivo, por sua vez, teria funções diminutas, ligadas à provisão da força necessária à execução das leis e garantia dos contratos.

Com o Estado de bem-estar social, a sede da racionalidade se estreita e se desloca para o interior do aparato burocrático do Executivo, cada vez mais responsável por responder o mais prontamente possível às demandas da sociedade. O Judiciário, por sua vez, instado a controlar a constitucionalidade das leis, reveste-se de um papel também legislativo, compartilhando, em certo sentido, a soberania que antes era localizada exclusivamente no Legislativo. Já não mais se trata apenas de se analisar os fatos a partir das leis, a fim de adequá-los a essa última. Trata-se de analisar as próprias leis a partir dos fatos, religando-os por meio da explicitação dos princípios e valores subjacentes à ordem jurídica vigente no que eles contêm de projeção para o futuro, para a noção de justiça que subjaz a legalidade.

Outro fator fundamental é a revolução processual do Direito, materializada em mecanismos de acionamento do Judiciário a partir da sociedade como o das ações civis públicas e na criação e difusão dos Juizados Especiais. De modo geral, tal revolução processual tornou o Direito mais responsivo ao seu entorno sociocultural e não mais a um corpo de leis sistemático e fechado, operado a partir de dispositivos auto-referidos. A Justiça se tornou o “lugar social recém-descoberto pela multidão sem direitos como de aquisição de cidadania”<sup>40</sup>.

O Direito vem se tornando um *locus* de mudança social na medida em que expressa e consolida a sociabilidade que lhe aciona, fundando uma cidadania mais ampla que aquela típica do individualismo liberal, denominada de “cidadania social” por Werneck Vianna<sup>41</sup>, constituída por modalidades de associativismo e/ou vida comunitária nas quais os vínculos de solidariedade tem valor em si, não sendo apenas meios para realização de fins estritamente privados e individualistas, como no contratualismo liberal.

A confluência de fatores estruturais (a agenda igualitária que desembocou historicamente no *Welfare State*<sup>42</sup>), políticos (controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário) e técnico-jurídicos (revolução processual e criação de Juizados Especiais) desembocaram em importantes mutações nos padrões de ação coletiva de grupos

<sup>40</sup> WERNECK VIANNA, L. Juízes e judiciário: tópicos para uma discussão. In: NALINI, José R. (Org.). *Magistratura e ética*. São Paulo: Contexto, 2013, p. 13. Analista conjuntural atento, Werneck Vianna reuniu alguns de seus artigos sobre casos específicos de judicialização, publicados originalmente em jornais, em WERNECK VIANNA, L. *A modernização sem o moderno: análise de conjuntura na era Lula*. Brasília-DF: Contraponto, 2011, pp. 145-65.

<sup>41</sup> WERNECK VIANNA, L. *op. cit.* pp. 162.

<sup>42</sup> WERNECK VIANNA, L. WERNECK VIANNA, L.; CARVALHO, Maria A. R. de; MELO, Manuel P. C.; BURGOS, Marcelo B. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997, pp. 26-7.

reivindicatórios de direitos. Dada a evidência de um Judiciário mais ativo, por um lado, e a percepção de ineficácia da ação do Executivo ou da complexidade da tramitação de projetos no Legislativo, por outro, os atores sociais articulados a partir da sociedade civil passam a incorporar crescentemente a linguagem e as técnicas do Direito, ativando tanto quanto possível mecanismos jurídicos no sentido de garantir direitos já existentes, bem como ampliar e criar novos.

Dessa forma, fecha-se o círculo: um Judiciário mais ativo e um Direito mais responsivo projetam-se sobre a sociedade, relativizando a centralidade das relações Executivo-Legislativo na articulação dos interesses e demandas sociais. Uma sociedade civil mais ativa e fortalecida pela densidade de seus laços cooperativos amplia seu repertório de ação coletiva em direção ao campo do Direito, campo relativamente e novo e até então pouco explorado.

No caso brasileiro, se a judicialização das relações sociais emergiu articulado ao corporativismo estatal e a toda carga autoritária que ele impôs sobre a sociedade civil, principalmente os trabalhadores, a modernização econômica acarretou a consolidação do capitalismo no país, principalmente no plano infraestrutural. Do ponto de vista ideológico, contudo, a afirmação irrestrita do contratualismo liberal esbarrava em desigualdades sociais tão extremas que a herança do comunitarismo engendrado pelas instituições corporativas foi resgatada no sentido de prover um contrapeso aos valores individualistas subjacentes àquele contratualismo.

Dessa forma, a judicialização das relações sociais reconfigurou-se: de complexo de técnicas jurídicas voltadas para o controle das classes trabalhadoras, tornou-se uma alternativa a mais na trajetória de setores historicamente excluídos em suas rotas de afirmação de direitos e autonomia.

Werneck Vianna enfatiza a importância do processo de “socialização do direito no corpo social” como um dos pressupostos para a “uma democratização contínua e progressiva da vida social”, deslocando o “centro de sua modelagem da fábrica moderna para as instituições do direito”<sup>43</sup>. Esse horizonte normativo aparece na passagem abaixo que, apesar de longa sintetiza em grande medida a complexidade de seu pensamento:

É sob essa chave que o *americanismo* como *Sittlichekeit* [eticidade] da sociedade civil, tal como surge na reinterpretação do conceito de sociedade civil feita por Gramsci ao estudar o fordismo, pode abrir caminho em direção a uma sociedade autorregulada, a partir de um direito cada vez mais ancorado na naturalização de princípios de filosofia [positivação dos direitos] e cada vez mais responsivo à mobilização do homem comum na defesa dos seus interesses e de suas expectativas por aquisição de direitos e reconhecimento<sup>44</sup>.

Por fim, é digno de nota o papel dos juristas no Brasil: seja na construção do Direito do Trabalho, seja na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88, ou articulados a organismos de classe, como a OAB, a desconfiança ou descrença na possibilidade de plena vigência de instituições liberais no país levou-os a promover, no Direito brasileiro, um conjunto de canais de relacionamento Estado-sociedade – como revisão constitucional das leis, o revigoramento do Ministério Público, o Mandado de Injunção, as Ações Diretas de

<sup>43</sup> WERNECK VIANNA, L. *Ensaio sobre política, direito e sociedade*. São Paulo: Hucitec, 2015, p. 168.

<sup>44</sup> WERNECK VIANNA, L. *op. cit.* p.168.

Inconstitucionalidade (Adins)<sup>45</sup>, que ampliaram a comunidade de intérpretes da Constituição – alternativos aos do liberalismo clássico – partidos, eleições, Legislativo etc. – consagrando a judicialização das relações sociais e da política brasileiras<sup>46</sup>.

## ■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do exposto ao longo deste artigo, o Direito do Trabalho foi o ângulo privilegiado por Werneck Vianna para observação e análise das relações entre as classes sociais e dessas com o Estado no momento crucial do processo de desenvolvimento brasileiro, na passagem da Primeira República (1889-1930) para a Era Vargas (1930-1945).

Nesse sentido, pode-se acompanhar como Werneck Vianna chegou ao tema do corporativismo como fórmula institucional de enquadramento dos atores sociais em uma situação na qual nenhum deles poderia alcançar a condição de hegemonia, deslocando o liberalismo como princípio de ordenação das relações Estado e sociedade e desdobrando-se inclusive sobre o processo de regulação de profissões “liberais”, como a dos advogados (caso da OAB).

A judicialização da política, por sua vez, pode ser considerada como efeito combinado de variáveis estruturais – formação de uma agenda igualitária, que ganhou nova dimensão na construção do Estado de Bem-estar social – e escolhas institucionais – no caso do Brasil, a herança comunitarista do corporativismo varguista, somada à opção constituinte de fixar, na Carta de 1988, objetivos substantivos ao mesmo tempo em que indicou meios e dispositivos para alcançá-los.

Nesse movimento, ressalta-se o papel dos intelectuais, principalmente dos juristas políticos como portadores de uma interpretação do Brasil que se expressou juridicamente na regulação do mercado de trabalho e do mercado político, além de sua influência constitucional decisiva.

Ressalte-se também que, e aqui se transita da análise empírica para o campo da normatividade, tanto o liberalismo quanto o corporativismo, em si mesmos, não são princípios que, isoladamente e por si mesmos, deem conta do ordenamento das relações sociais no Brasil.

A polêmica de Tavares Bastos com Oliveira Vianna é, também, a polêmica de Werneck Vianna com ambos<sup>47</sup>: um ordenamento estritamente liberal levaria à deslegitimação das bases de mobilização e atuação autônomas das classes subalternas, isto é, suas formas de articulação coletiva para além do individualismo contratualista. A experiência corporativista

<sup>45</sup> Este foi um dos mecanismos de judicialização da política mais investigados por Werneck Vianna. Cf. WERNECK VIANNA, L.; BURGOS, Marcelo B.; SALLES, Paula M. Dezessete anos de judicialização da política. In: *Tempo Social – Revista de sociologia da USP*, v.19, n.2. Para uma resenha que acompanha em maior detalhe a discussão de Werneck Vianna sobre o tema, cf. NETO, André P. S. A judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito UniRitter*, Porto Alegre, n. 10, p. 83-96, 2009.

<sup>46</sup> Para uma avaliação crítica da noção de judicialização da política em Werneck Vianna e em Rogério Arantes, cf. MACIEL, Débora A. e KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. In: *Lua Nova*, n. 57, 2002, pp. 113-34.

<sup>47</sup> WERNECK VIANNA, Luiz. “Americanistas e Iberistas: A Polêmica de Oliveira Vianna com Tavares Bastos”. In: *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 34, n° 2, 1991, pp. 145 a 189.

brasileira, em seu ideal comunitarista de valorização dos vínculos associativistas, reconheceu a legitimidade das organizações dos trabalhadores, mas desde que vinculadas ao aparato estatal e seus projetos oficiais, isto é, reconheceu a forma, mas não o conteúdo próprio das classes subalternas.

É nesse ponto que a contribuição mais original de Werneck Vianna se localiza: se à “tese” do americanismo (Tavares Bastos) se contrapõe a “antítese” do iberismo (Oliveira Vianna), então se trata de superá-los dialeticamente, isto é, se o iberismo em Oliveira Vianna implica na negação, ainda que instrumental<sup>48</sup>, da liberdade liberal, então a negação dessa negação não pode ser a reafirmação irrestrita da liberdade liberal, mas sim a negação dos elementos autoritários do comunitarismo varguista.

Um horizonte normativo possível situa-se, portanto, em alguma combinação virtuosa entre a liberdade civil, cara ao liberalismo, que permita a livre expressão dos valores e demandas da sociedade, e a preservação das tendências comunitaristas, desde que esvaziadas do autoritarismo que revestiu o corporativismo brasileiro, na medida em que reconheceram a legitimidade da autonomia coletiva e dos padrões de sociabilidade próprios das classes subalternas.

Normativamente, portanto, as reflexões e pesquisas de Werneck apontam para uma democratização contínua que, no limite, desembocaria em uma sociedade autorregulada no interior da qual a livre movimentação de seus membros, considerados cidadãos plenos, esteja orientada para uma combinação tão virtuosa quanto possível entre interesses privados e valores públicos. Situa-se aí o lugar da “ação virtuosa” de um legislador combinada com a (re)ativação da sociedade civil como esfera de realização da autonomia e tessitura de uma nova sociabilidade.

## REFERÊNCIAS

FILHO, Rubem B. e PERLATTO, Fernando (Orgs.). *Uma sociologia indignada: diálogos com Luiz Werneck Vianna*. Juiz de Fora: Ed. UFJF, 2012.

GOMES, Angela M. de Castro. *Burguesia e trabalho: política e legislação social no Brasil, 1917-1937*. Rio de Janeiro: Campus, 1979.

GRAMSCI, Antonio. *Maquiavel, a política e o Estado moderno*. Tradução de Luiz M. Gazzaneo, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984.

\_\_\_\_\_. *O leito de Gramsci: escritos escolhidos 1916-1935*. Org. por Carlos N. Coutinho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 316.

HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *The Federalist*. Chicago: The University of Chicago, 1952.

HARVEY, David. *A condição pós-moderna*. Tradução de Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo, Loyola, 1992.

MACIEL, Débora A. e KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. In: Lua Nova, n. 57, 2002, pp. 113-34.

<sup>48</sup> SANTOS, W. G. dos. *Ordem burguesa e liberalismo político*. São Paulo: Duas Cidades, 1978, p. 93.

MONTESQUIEU. *O espírito das Leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

NETO, André P. S. A judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito UniRitter*, Porto Alegre, n. 10, p. 83-96, 2009

OLIVEIRA, F. *Economia brasileira: Crítica da razão dualista*. 4ª edição, Petrópolis, RJ, Editora Vozes, 1981. (1ª edição, 1972).

SANTOS, W. G. dos. *Ordem burguesa e liberalismo político*. São Paulo: Duas Cidades, 1978.

WERNECK VIANNA, Luiz. Sistema liberal e direito do trabalho. In: *Estudos Cebrap* 7, 1974, 113-149.

\_\_\_\_\_. Leis sociais e Demografia. *Estudos Cebrap*, São Paulo, n° 21, 1977, 93-147.

\_\_\_\_\_. *Liberalismo e sindicato no Brasil*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

\_\_\_\_\_. “Americanistas e Iberistas: A Polêmicas de Oliveira Vianna com Tavares Bastos”. In: *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 34, n° 2, 1991, pp. 145 a 189.

\_\_\_\_\_. Caminhos e Descaminhos da Revolução Passiva à Brasileira. In: *Dados*, vol. 39, no. 3, Rio de Janeiro, 1996.

\_\_\_\_\_. Tradição republicana: mudança e conservação. In: *Revista Estudos Hum(e)anos*, n° 1, 2010/02,

\_\_\_\_\_. *A modernização sem o moderno: análise de conjuntura na era Lula*. Brasília-DF: Contraponto, 2011.

\_\_\_\_\_. Entrevista. In: LOUREIRO, Maria R.; BASTOS, Elide R.; REGO, JOSÉ M. R. REGO (Orgs.). *Conversas com sociólogos brasileiros: retórica e teoria na história do pensamento sociológico do Brasil*. São Paulo: GVPesquisa, 2011, pp. 114-140.

\_\_\_\_\_. Juízes e judiciário: tópicos para uma discussão. In: NALINI, José R. (Org.). *Magistratura e ética*. São Paulo: Contexto, 2013, pp. 12-18.

\_\_\_\_\_. *Ensaio sobre política, direito e sociedade*. São Paulo: Hucitec, 2015.

\_\_\_\_\_. Entrevista por Gisele Araújo, Christin Lynch, Joëlle Rouchou e Antônio Herculano para a Revista Escritos, Ano 4, n° 4, 2010, pp. 343-366.

WERNECK VIANNA, L.; BURGOS, Marcelo B.; SALLES, Paula M. Dezessete anos de judicialização da política. In: *Tempo Social – Revista de sociologia da USP*, v.19, n.2.

WERNECK VIANNA, L.; CARVALHO, Maria A. R. de; MELO, Manuel P. C.; BURGOS, Marcelo B. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

\_\_\_\_\_. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.



# A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À NACIONALIDADE: UM DESAFIO PARA O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

THE JUSTICIABILITY OF THE RIGHT TO NATIONALITY: A CHALLENGE FOR INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW

ULISSES LEVY SILVÉRIO DOS REIS\* | SVEN PETERKE\*\*

## RESUMO

O direito à nacionalidade, tradicionalmente enxergado pelos Estados como atributo da jurisdição doméstica, vem sendo incorporado ao rol normativo do direito internacional dos direitos humanos. Entretanto, o mundo registra a presença de milhões de apátridas cujos direitos são geralmente negligenciados. Esse contexto produz a seguinte questão: como os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos vêm garantindo o direito à nacionalidade previsto nos tratados que balizam a sua atuação? A pesquisa é justificada pela necessidade de se encontrar razões a garantir o gozo dos direitos de tais indivíduos em situação de vulnerabilidade. Priorizou-se na investigação as fontes empíricas e bibliográficas, especialmente os tratados e a jurisprudência internacional acerca do tema, assim como trabalhos em língua portuguesa e noutros idiomas. Inicia-se pela análise da proteção do direito à nacionalidade no sistema universal com os principais tratados e decisões tomados nesta esfera; a seguir, é feita uma investigação acerca da matéria no âmbito europeu, com ênfase nos julgamentos da Corte Europeia de Direitos Humanos; por último, visualiza-se a produção normativa do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o trabalho dos seus principais órgãos (Comissão e Corte Interamericanas de Direitos Humanos). O estudo permite concluir que, embora haja avanços na proteção à nacionalidade em todos os sistemas, eles encontram-se desnivelados. Os entes regionais, especialmente o americano, vêm produzindo material decisório mais coativo acerca da obrigação de os Estados garantirem a nacionalidade e os direitos humanos dos apátridas.

**Palavras-chave:** Direito à nacionalidade. Apátridas. Direitos humanos.

## ABSTRACT

The right to nationality, traditionally seen by States as an attribute of domestic jurisdiction, has been incorporated into the normative role of international human rights law. However, the world registers the presence of millions of stateless people whose rights are generally neglected. This context raises the question of how are the international human rights protection systems guaranteeing the right to nationality provided in the treaties that govern their performance? This research is justified by the need to find reasons to guarantee the enjoyment of the rights of such individuals in situations of vulnerability. It's used empirical and bibliographical sources, especially treaties and international jurisprudence on the subject, as well as works in portuguese and other languages. It begins with the analysis of the protection of the right to nationality in the universal system with the main treaties and decisions taken in this sphere; the following section is an investigation of the matter at European level, with emphasis on the judgments of the European Court of Human Rights; at least, the normative production of the inter-American system for the protection of human rights and the work of its principal organs (Inter-American Commission and Court of Human Rights) is visualized. The study concludes that although there are advances in the protection of nationality in all systems, they are uneven. Regional bodies, especially the American one, have been producing more coative decision-making material on the obligation of States to guarantee the nationality and human rights of stateless persons.

**Keywords:** Right to nationality. Stateless. Human rights.

\* Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

Especialista em Direitos Humanos e Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN).

Professor dos cursos de Graduação e Especialização em Direito da Universidade Potiguar (UnP).

*ulisseslreis@gmail.com*

\*\* Doutor em Ciências Jurídicas e Mestre em Assistência Humanitária Internacional pela Ruhr-Universität Bochum (Alemanha). Bacharel em Direito pela Christian-Albrecht-Universität zu Kiel (Alemanha). Professor Adjunto IV do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (CCI/UFPB).  
*speterke@yahoo.de*

Recebido em 24-3-2017 | Aprovado em 4-5-2017



## SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO; 1 A PROTEÇÃO DA NACIONALIDADE POR MEIO DO COMBATE À APATRIDIA NO SISTEMA UNIVERSAL; 2 OS SISTEMAS DE DIREITOS HUMANOS QUE VIGORAM NA EUROPA (União Europeia e Conselho da Europa) E O DIREITO À NACIONALIDADE; 3 A ATUAÇÃO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO PLANO NORMATIVO E JURISDICIONAL; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.**

### ■ INTRODUÇÃO

Os termos *nacionalidade* e *cidadania*, por muito tempo utilizados de maneira infungível, não podem mais serem assim considerados (tecnicamente falando). Enquanto este último ganhou a conotação da oponibilidade dos direitos fundamentais pelo indivíduo contra o Estado, o vínculo de nacionalidade, especialmente a partir da formação dos Estados modernos europeus, representa o vínculo jurídico político existente entre estes e os seres humanos. Por essa simples definição já se extrai que a *nacionalidade* é atributo considerado inerente à *soberania* estatal.

A partir dessa definição, é natural que, por muito tempo, tenha vigorado o entendimento de que os Estados apenas deviam garantir o gozo dos direitos humanos (civis, políticos, sociais etc.) aos seus nacionais. O problema é que, considerando-se tal vínculo condição prévia a tal satisfação, a realidade deixa ao largo milhões de pessoas que não detém tal qualificação jurídica para com nenhuma entidade estatal, os chamados *apátridas*<sup>1</sup>.

Esta situação fez com que a proliferação jurídico-normativa do direito internacional dos direitos humanos, cada vez mais presente no pós-1948, tenha produzido material sobre a necessidade de os Estados não deixarem qualquer indivíduo privado de uma nacionalidade, embora este seja um direito geralmente classificado por tais sujeitos como matéria de exclusiva jurisdição doméstica. Tal contexto faz surgir o seguinte questionamento, fio condutor deste trabalho: como os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos vêm garantindo o direito à nacionalidade previsto nos tratados que balizam a sua atuação?

A pesquisa realizada justifica-se na medida em que, embora haja um discurso universalizante dos direitos humanos circundando a agenda de diversos atores internacionais, verifica-se ainda o descaso dos Estados para com a garantia dos direitos humanos dos seus não-nacionais. As novas posturas apresentadas por países como Estados Unidos da América e Reino Unido no sentido da desintegração dão mostras dessa tendência.

Para obter a resposta do questionamento apresentado, fez-se uma pesquisa pautada em fontes empíricas e bibliográfica. Partiu-se da análise dos principais documentos internacionais que circundam o tema da proteção da nacionalidade e verificou-se a aplicabilidade deles por meio dos órgãos fiscalizatórios (monitoramento e judiciais) dos

<sup>1</sup> A literatura jurídica especializada bifurca o conceito de apatridia em duas categorias: *de jure* e *de facto*. Os primeiros seriam aqueles que não gozam de nacionalidade em virtude de conflitos negativos de nacionalidade; os últimos são vítimas dessa situação por razões diversas, dentre elas discriminação racial/social, perseguição política etc. Uma explicação sobre tais categorias é encontrada em VARELLA, Marcelo D. *Direito Internacional Público*. – 5ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 212.

sistemas de direitos humanos nas esferas internacional e regionais. Foi analisada também a literatura nacional e internacional pertinente ao tema.

O desenvolvimento do trabalho segue três momentos: inicia-se pelo estudo da proteção do direito à nacionalidade no sistema universal, quando se faz preponderante a visualização do comportamento dos principais órgãos de monitoramento da Organização das Nações Unidas (ONU); em seguida, tece-se uma análise das normas produzidas no contexto integrativo europeu e da jurisprudência dos seus órgãos judiciais que trabalham com a temática dos direitos humanos; por último, perquiriu-se como vem sendo desenvolvida a proteção do direito à nacionalidade no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, uma vez que tanto a Comissão quanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos já se depararam com casos relativos ao tema.

Ciente de que o tema da nacionalidade é caro aos Estados por considerarem eles que são detentores da última palavra quanto à definição dos seus nacionais, esta pesquisa presta-se a descortinar estratégias argumentativas embasadas no direito internacional dos direitos humanos que possam privilegiar o amparo daqueles que estão privados do mais elementar dos direitos.

## 1 A PROTEÇÃO DA NACIONALIDADE POR MEIO DO COMBATE À APATRIDIA NO SISTEMA UNIVERSAL

Originalmente, o direito internacional público tratou de regulamentar direitos e obrigações de natureza interestatal, sendo os Estados considerados os únicos sujeitos desse ramo. Não obstante, desde o final da Segunda Guerra Mundial, observa-se a sucessiva proliferação de tratados com natureza de proteção dos direitos humanos, os quais atribuem às pessoas a possibilidade de acesso aos órgãos internacionais fiscalizatórios contra os próprios Estados soberanos.

Um dos resultados dessa alteração estrutural do direito internacional é a ampliação do rol dos sujeitos desse ramo jurídico, não mais se restringindo a este grupo os Estados, mas incluindo, agora como atores, as organizações não governamentais e os indivíduos.<sup>2</sup> Essa modificação implodiu o dogma da soberania estatal absoluta no plano interno e modificou a teoria das fontes do direito.<sup>3</sup> A ratificação de um tratado de direitos humanos por um Estado ensejou, dentre outras, dupla consequência: i) a possível adesão ao seu ordenamento jurídico interno de direitos humanos até então não previstos, os quais se situam no plano normativo hierárquico a depender de cada texto constitucional;<sup>4</sup> e ii) a possibilidade de ditames jurídicos instalados a partir dessa internalização contrariarem normas internas e sobre elas prevalecer.

<sup>2</sup> STERIO, Milena. The Evolution of International Law. *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 31, Issue 2, 2008, pp. 216-218.

<sup>3</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. – 7ª ed. – São Paulo: Atlas, 2013, p. 205-206.

<sup>4</sup> No Brasil, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, os tratados de direitos humanos ratificados sob o mesmo rito das emendas constitucionais são incorporados com a força hierárquica dessa categoria normativa. Para os tratados de direitos humanos incorporados antes da entrada em cena dessa emenda e ratificados pelo rito de leis ordinárias, caso da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (ConvADH), o Supremo Tribunal Federal considerou-os formalmente supralegais, mas infraconstitucionais

Já se tornou lugar comum afirmar que, após os horrores da Segunda Guerra Mundial, proliferou-se, como nunca antes na história, a elaboração de declarações e tratados de direitos humanos.<sup>5</sup> Nenhum tipo de argumento é capaz de contrapor o pesar do morticínio de mais de cinquenta milhões de pessoas, mas é fato que, se podemos extrair algum aspecto positivo desse cenário, constitui-se este na preocupação dos líderes estatais com o asseguramento dos direitos humanos às pessoas e na necessidade de se evitarem novos cenários de holocausto e guerra.

O citado crime trouxe ao imaginário coletivo que a matriz legitimadora e assecuratória dos direitos não é vinculada a qualquer categoria que transcenda o mero fato do enquadramento à espécie, como posto no art. 2º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Ou seja, só pelo fato de ser membro da humanidade, abstraindo qualquer conotação de nacionalidade, raça, sexo, língua e elementos afins, todas as pessoas merecem ser protegidas pelas instâncias nacionais e internacionais.

Esse elemento característico dos direitos humanos representa a ruptura com o paradigma criado pelo totalitarismo nazista, o qual concebia como sujeitos de direitos apenas os que detinham a origem racial ariana. Segundo essa nova concepção, o gozo de direitos não mais depende da sua concessão por parte de um Estado, haja vista a sua internacionalização. Doravante, os sujeitos internacionais devem estar preparados para socorrer qualquer indivíduo que, no âmbito interno de alguma entidade estatal, sofra abuso em seus direitos humanos.<sup>6</sup>

O julgamento internacional inaugural tratando sobre a nacionalidade foi feito pela Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI),<sup>7</sup> quando ainda não havia tratado versando sobre questões de nacionalidade entre os Estados. O conflito surgiu de uma opinião consultiva emitida pelo órgão a partir do litígio protagonizado pela França e pelo Reino Unido a respeito dos decretos de outorga de nacionalidade em vigor na Tunísia e no Marrocos.

O Reino Unido acionou a França no Conselho da Liga das Nações porque se opunha à aplicabilidade do citado decreto aos seus nacionais residentes na Tunísia e no Marrocos. Quando o primeiro solicitou uma resolução do caso por arbitragem, o governo francês se opôs por considerar que assuntos de nacionalidade eram reservados exclusivamente à jurisdição doméstica. A CPJI foi acionada apenas para resolver essa questão preliminar sobre a possibilidade de o caso ser, ou não, solucionado via arbitragem internacional.

Para a Corte, a razão estava com o Reino Unido, pois a emissão de decretos sobre nacionalidade não possui efeitos apenas domésticos no âmbito dos Estados. Tal conclusão gerou a obrigação de a França aceitar que a controvérsia fosse levada a julgamento por um órgão arbitral.

---

(BRASIL. STF, *Recurso Extraordinário n.º 466343/SP*, Relator(a): Min. Cezar Peluso, Tribuna Pleno, julgado em 03/12/2008, DJU de 05/06/2009).

<sup>5</sup> Para uma visualização da gênese e do contexto de formação dos principais instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, cf. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. – 8ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>6</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 89-90.

<sup>7</sup> CPJI. *Advisory Opinion No. 4, Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco*, 4, Permanent Court of International Justice, 7 February 1923, Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/44e5c9fc4.html>>. Acesso em: 02 set. 2015.

Normativamente, o primeiro tratado universal relativo à nacionalidade foi a Convenção de Haia (1930). Esse instrumento trazia em suas disposições duas noções ainda vigentes quanto ao assunto estudado: i) cabe a cada Estado determinar quem são os seus nacionais, desde que respeite as convenções, os costumes e os princípios internacionais relativos a tanto (art. 1º); e ii) o reconhecimento da nacionalidade deve ser feito quando comprovada a conexão fática entre a pessoa e o Estado visado (art. 5º).

Esse tratado requereu, para entrar em vigor, a adesão/ratificação por parte de dez membros da Liga das Nações (art. 25), o que foi conseguido em 01 de julho de 1937. Apesar disso, até hoje, apenas doze Estados completaram o ciclo de sua internalização aos seus ordenamentos internos (dentre eles o Brasil, mas com reservas em alguns artigos), enquanto mais de vinte e cinco assinaram o seu texto, mas não o ratificaram, o que denota a pouca aceitação internacional do documento.<sup>8</sup>

O assunto ganhou maior relevo jurisprudencial em 1955, quando a Corte Internacional de Justiça (CIJ) julgou o *Nottebohm Case* envolvendo os Estados de Liechtenstein e da Guatemala. Nesse julgamento, o primeiro insurgiu-se contra o posicionamento do outro de não reconhecer a naturalização de Friedrich Nottebohm, alemão que vivia no país guatemalteco e requereu a modificação de sua nacionalidade original para a de Liechtenstein em 1939, visando com isso evitar nova deportação pela sua condição de nacional de Estado inimigo em guerra (já havia sido ele deportado uma vez por parte da Guatemala aos EUA).

O Estado de Liechtenstein, querendo oferecer proteção diplomática a Nottebohm, requereu da CIJ uma ordem para que a Guatemala reconhecesse o vínculo de naturalização deste último. O Tribunal de Haia julgou improcedente a postulação por considerar que o vínculo de nacionalidade impescinde de um laço de sociabilidade entre o ser humano e o Estado cujo elo se busca entabular (*genuine connection*).<sup>9</sup> Os juízes da CIJ aferiram que Nottebohm viveu por trinta e quatro anos consecutivos na Guatemala, conservando a sua nacionalidade originária. O período de sua permanência em Liechtenstein foi de alguns meses do ano de 1939 (apenas para visitar o seu irmão), o suficiente para o desenvolvimento do procedimento de naturalização. Não se enxergou no caso qualquer conexão de interesses e sentimentos, junto com o reconhecimento de direitos e deveres, entre o Estado de Liechtenstein e Nottebohm.

Pelo fato de o interesse de Nottebohm na naturalização ter sido apenas instrumental (não ser deportado da Guatemala), a CIJ não reconheceu tal vínculo como legítimo e declarou legal o comportamento da Guatemala.

Após a Segunda Guerra Mundial, os tratados mais específicos sobre apátridas foram elaborados: a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas (1954) e a Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia (1961). Antes deles, o documento internacional utilizado para proteção dessas pessoas era a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951).<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Informações sobre o estado atual do tratado disponíveis em <<https://treaties.un.org/Pages/LONViewDetails.aspx?src=LON&id=514&chapter=30&lang=en#4>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

<sup>9</sup> CIJ. *Nottebohm Case (Liechtenstein vs Guatemala)*. Segunda Fase, Julgamento de 06 de abril de 1955, § 23. Disponível em <<http://www.icj-cij.org/docket/files/18/2674.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2015.

<sup>10</sup> A convenção sobre os refugiados possuía limitação quanto à proteção dos apátridas tanto em termos materiais quanto temporais. Primeiro porque reconheceu ela a proteção da apatridia apenas quando conjugada com a situação de refúgio. Ou seja, os apátridas *de jure*, que não necessariamente sofrem perseguições de índole

Os dois tratados mais recentes exigiam, para a sua entrada em vigor, a ratificação de pelo menos seis Estados (art. 39(1) da convenção de 1954 e art. 18(1) da convenção de 1961). O primeiro deles atingiu esse objetivo em 06 de junho de 1960 e o segundo em 13 de dezembro de 1975. O fato, porém, é que eles possuem pouca ressonância internacional em razão da baixa adesão/ratificação por parte dos Estados. Informações do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR)<sup>11</sup> apontam apenas 80 Estados-partes da Convenção do Estatuto dos Apátridas (1954) e 55 da Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia (1961). Ou seja, menos da metade dos países do mundo internalizaram tais normas aos seus ordenamentos jurídicos.

A convenção de 1954 não dispõe de mecanismos voltados à erradicação da apatridia, limitando-se a fornecer uma garantia de igualdade e não discriminação para tais pessoas. Traz ela em seu bojo a definição dos apátridas *de jure* (art. 1º(1)); concede-lhes um estatuto pessoal (art. 12); assegura-lhes acesso aos tribunais (art. 16); determina que os Estados de residência forneçam-lhes documentos de identidade e de viagem (arts. 27 e 28); cria regras contra expulsões coletivas e imotivadas (art. 31); além de facilitar o processo de naturalização de tais pessoas (art. 32). Esse tratado não trouxe a definição dos apátridas *de facto* por ter sido previsto inicialmente como um protocolo para a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951). Entretanto, acabou tornando-se um documento independente e negligenciou a situação de tais indivíduos, salvo com uma menção, em sua ata final, no sentido de que os Estados, na medida do possível, emprestassem aos apátridas *de facto* o mesmo tratamento declinado aos apátridas *de jure*.<sup>12</sup>

A Convenção de 1961 elenca dispositivos voltados à erradicação da apatridia. Pelo seu teor, todo Estado deve conceder nacionalidade a uma pessoa nascida em seu território, caso ela sofra o risco de ser considerada apátrida em virtude de conflitos de legislações (art. 1º); há proteção específica para as crianças abandonadas (art. 2º); também são vedadas as perdas de nacionalidade decorrentes da modificação do estado civil da pessoa (art. 5º); os cônjuges e filhos também não podem deixar de ser considerados nacionais por força da alteração/perda do estado de nacionalidade dos parceiros ou pais (art. 6º).

Fora do âmbito das convenções que versam especificamente sobre o direito à nacionalidade, também encontra-se proteções colaterais a tal instituto. O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), apesar de não ter por escopo principal erradicar a apatridia, congrega, em suas disposições, garantias de proteção à criança em razão da sua situação de vulnerabilidade e traz, em seu art. 24, o direito de toda criança a receber o seu registro de nascimento e adquirir uma nacionalidade.

A Convenção sobre os Direitos da Criança (1989) garante, em seus arts. 7º e 8º, os direitos das crianças ao registro de nascimento e à nacionalidade. A emissão regular e universal de registros de nascimento aos recém-nascidos é ato estatal que contribui consideravelmente para a diminuição do problema da formação de apátridas.

---

política, não estão protegidos por esse documento. Além disso, o art. 1º(2) do tratado, conquanto resguarde a situação dos apátridas *de facto* refugiados, limita os destinatários de tal norma apenas àqueles que se tornaram vítimas de perseguições em decorrência dos eventos acontecidos até 01 de janeiro de 1951.

<sup>11</sup> ACNUR. *Nacionalidade e Apatridia*: Manual para Parlamentares. n. 22, 2014, p. 57-61.

<sup>12</sup> VAN WAAS, Laura. *Nationality Matters: Statelessness under International Law*. Intersentia: Antwerp, 2009, p. 21-22.

Pode-se citar ainda, como exemplos de tratados que protegem o direito à nacionalidade, o art. 29 da Convenção sobre a Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias (1990); o art. 9º da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (1979); o art. 5º da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (1965); e o art. 18 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2006).

Por fim no plano universal, o Direito Internacional Humanitário<sup>13</sup> também traz figura normativa que protege os apátridas. O art. 44 da IV Convenção de Genebra (1949), instrumento elaborado para conferir proteção aos civis vítimas de guerras, expressamente determina aos Estados contratantes a impossibilidade de tratar como estrangeiros inimigos os refugiados e os apátridas, situação jurídica cuja importância avulta em face dos conflitos armados atualmente verificados especialmente nas regiões africana e do Oriente Médio.

Visualiza-se, em nível global, tratados de três categorias: i) os que protegem os direitos dos apátridas; ii) os que visam erradicar a apatridia; e iii) os que induzem os Estados a criar meios de garantir a nacionalidade das pessoas, o que, pela via reflexa, enseja o combate à apatridia.

O maior desafio do plano universal no campo de aplicação dessas disposições reside ainda na concepção de que a regulação da nacionalidade, por mais que existam tratados em vigor dizendo o contrário, constitui tema afeto à jurisdição doméstica. Os entes políticos não veem com bons olhos a imiscuição de órgãos internacionais quanto à fiscalização do cumprimento das diretrizes estabelecidas nessa matéria. Essa postura evidencia-se principalmente na baixa adesão às convenções de 1954 e 1961 por parte dos Estados.

Os órgãos de fiscalização dos direitos humanos da ONU, responsáveis por emitirem interpretações importantes no âmbito de suas convenções, também estão atentos à redução da apatridia. Recomendação emitida pelo Comitê sobre a Eliminação da Discriminação Racial<sup>14</sup> impõe que os Estados assegurem a nacionalidade dos habitantes do seu território de modo a reduzir a apatridia, especialmente entre as crianças. Para tanto, é necessário permitir que os pais possam transmitir a sua nacionalidade aos filhos. De acordo com o Comitê, devem os Estados regularizar a nacionalidade dos indivíduos apátridas que viviam anteriormente em diferentes Estados.

O Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais já expressou, em comentários sobre o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), que direitos básicos como educação, alimentação adequada e cuidados de saúde não podem ser privados de qualquer pessoa em razão da sua condição de nacionalidade

---

<sup>13</sup> Esse ramo do Direito Internacional Público é escassamente estudado no Brasil. Para uma visão geral sobre a sua formação, os seus marcos normativos e os seus institutos, cf. BORGES, Leonardo Estrela. *Coleção para entender: O direito internacional humanitário*. – Belo Horizonte: Del Rey, 2006. Para uma abordagem acerca da consonância entre os direitos humanos e o direito humanitário, cf. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Volume I. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1997 (1ª ed.), 2003 (2ª ed.), p. 340-434.

<sup>14</sup> COMITÊ SOBRE A ELIMINAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO RACIAL. *General Recommendation 30, Discrimination against Non-citizens (Sixty-fourth session, 2004)*, U.N. Doc. CERD/C/64/Misc.11/rev.3 (2004), §§ 13-17.

estrangeira ou apatridia.<sup>15</sup> Incluem-se nesse grupo também os migrantes, vítimas de tráfico internacional, refugiados e afins.

As Convenções de 1954 e 1961 não criaram um órgão especial para o auxílio das pessoas e dos Estados no que tange à promoção do vínculo de nacionalidade dos apátridas. A ONU solicitou ao ACNUR que se encarregasse dessa tarefa.<sup>16</sup> O problema é que esse órgão não possui pessoal e recursos suficientes para lidar com tamanha responsabilidade.<sup>17</sup> Sem o auxílio dos Estados por meio de investimentos e de reformas legislativas para a determinação e a solução da apatridia,<sup>18</sup> o mandato do ACNUR dificilmente poderá mudar o quadro em análise.<sup>19</sup>

## 2 OS SISTEMAS DE DIREITOS HUMANOS QUE VIGORAM NA EUROPA (União Europeia e Conselho da Europa) E O DIREITO À NACIONALIDADE

Além do sistema universal de proteção dos direitos humanos, existem entidades regionais criadas com o mesmo objetivo. Dentre as atualmente mais proeminentes, há os sistemas europeu, americano, africano e um incipiente árabe. O foco aqui eleito serão os mecanismos europeu e americano, haja vista serem os que mais influenciam (o primeiro

<sup>15</sup> COMITÊ SOBRE OS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS. *General comment No. 20: Non-discrimination in economic, social and cultural rights (art. 2, para. 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, 2 July 2009, E/C.12/GC/20, § 30. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/4a60961f2.html>>. Acesso em: 02 set. 2015.

<sup>16</sup> ACNUR. *Nacionalidade e Apatridia: Manual para Parlamentares*. n. 22, 2014, p. 12. Disponível em <[http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2014/Manual\\_para\\_parlamentares](http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2014/Manual_para_parlamentares)>. Acesso em: 07 ago. 2015.

<sup>17</sup> É tão preocupante a situação dos apátridas e o (persistente) descaso de vários Estados com os direitos dessas pessoas que sequer um número preciso acerca do montante de indivíduos vivendo nessa situação ainda se tem. O ACNUR fala em dez milhões, mas organizações não governamentais apontam doze milhões. A verdade é que as pesquisas mostram números crescentes muitas vezes não em função do aumento efetivo do número de apátridas, mas sim da possibilidade de descoberta de seres humanos antes não encontrados. Para mais detalhes, cf. REFUGEES INTERNATIONAL, *Nationality Rights for All: A Progress Report and Global Survey on Statelessness*, 11 de Março de 2009, p. 20. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/49be193f2.html>>. Acesso em: 08 ago. 2015.

<sup>18</sup> Com a ressalva dos Estados que já criaram tal mecanismo. São eles: França, Filipinas, República da Moldova, Espanha e México.

<sup>19</sup> Apesar das dificuldades, o ACNUR registra operações de sucesso: “The UNHCR has achieved some success. The agency launched a campaign to prevent and reduce statelessness among formerly deported peoples in Crimea, Ukraine (Armenians, Crimean Tatars, Germans, and Greeks who were mass deported at the close of World War II). Another success has been the naturalization of Tajik refugees in Kyrgyzstan, as well as the participation in citizenship campaigns enabling 300,000 Estate Tamils to acquire citizenship of Sri Lanka. The UNHCR assisted the Czech Republic to overcome the large number of stateless persons created when it separated from Slovakia.” (Tradução livre: O ACNUR tem conseguido algum sucesso. A agência lançou uma campanha de prevenção e redução da apatridia entre os povos deportado na Criméia, Ucrânia (armênios, tártaros da Criméia, alemães, gregos e que foram deportados em massa no fim da Segunda Guerra Mundial). Outro sucesso foi a naturalização dos refugiados tadjiques no Quirguistão, bem como a participação em campanhas de cidadania permitindo que 300.000 tâmeis adquirissem a cidadania do Sri Lanka. O ACNUR ajudou a República Checa a superar o grande número de apátridas criados quando se separou ela da Eslováquia.) (REFUGEES INTERNATIONAL, *Lives on Hold: the Human Cost of Statelessness*, Fevereiro 2005, p. 11. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/47a6eba00.html>>. Acesso em: 08 ago. 2015)

indiretamente e o segundo diretamente) as políticas legislativas e a prática jurisdicional brasileira.

Em 1949, com a criação do Conselho da Europa, os Estados deste continente objetivaram a constituição de um ente intergovernamental capaz de definir o papel dos seus componentes num mundo dividido entre as potências norte-americana e soviética. Para consagrar a defesa dos valores liberais, tais Estados, mediante a elaboração da Convenção Europeia de Direitos Humanos (ConvEDH), em 1950, internacionalizaram, pela primeira vez – em nível de documento jurídico com força vinculante – a temática dos direitos humanos.

Com a missão de fiscalizar a proteção dos direitos humanos no âmbito do Conselho, foi criada a Corte Europeia de Direitos Humanos (CtEDH). Precipuamente, o asseguramento das liberdades fundamentais dos residentes dos Estados-partes cabe a cada jurisdição interna. Havendo transgressão de tal preceito, deve o órgão jurisdicional regional, de maneira subsidiária, impor a visão contramajoritária da proteção dos direitos humanos após esgotados os recursos internos.<sup>20</sup>

A ConvEDH e os seus protocolos não contemplam disposições assecuratórias do direito à nacionalidade. Quando muito, limitam-se a tratar de matérias específicas aos estrangeiros, tais como: restrições às suas atividades políticas (art. 16); proibição da sua expulsão coletiva (art. 4º do Protocolo n. 4); e as garantias do acesso à justiça e do devido processo legal em caso de expulsão de estrangeiro que resida legalmente no território de um Estado conveniente (art. 1º do Protocolo n. 7). Isso não impede, todavia, que a Corte contemple a proteção dos apátridas a partir de marcos normativos outros, a depender de cada contexto, tais como o direito humano à não discriminação, a proteção à vida familiar etc.

Ainda no plano europeu, alguns Estados do Conselho da Europa detêm regulamentações especiais sobre o direito à nacionalidade, que são a Convenção Europeia sobre a Nacionalidade (1997) e Convenção de Prevenção da Apatridia em Relação à Sucessão de Estados (2006). Até agora, o primeiro tratado foi ratificado por 20 (vinte) e o segundo, por 06 (seis) Estados.<sup>21</sup>

O primeiro dos instrumentos citados contém complexas regras e princípios de atribuição de nacionalidade (arts. 3º, 4º, 6º, 7º e 18), além de previsão expressa sobre as obrigações militares das pessoas que detêm duas ou mais nacionalidades (art. 21). O seu art. 5º alude expressamente à obrigação de os Estados tratarem os indivíduos no que concerne à nacionalidade a partir do direito à não discriminação.

A convenção específica sobre a sucessão de Estados visa eliminar uma causa recente de formação de apátridas<sup>22</sup>. Determina que os indivíduos tornados apátridas a partir da

<sup>20</sup> Para uma visão sistemática da formação do Conselho da Europa, da ConvEDH (com seus respectivos protocolos modificativos) e da CtEDH, cf. RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. – 3ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 157-195.

<sup>21</sup> Informações sobre ratificações disponíveis em <[http://www.coe.int/pt/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/166/signatures?p\\_auth=jGmLV2uU](http://www.coe.int/pt/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/166/signatures?p_auth=jGmLV2uU)> e <[http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/200/signatures?p\\_auth=jGmLV2uU](http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/200/signatures?p_auth=jGmLV2uU)>. Acesso em: 03 nov. 2015.

<sup>22</sup> A sucessão de Estados em um território configura importante causa de formação de apátridas. Exemplos históricos como a divisão do Império Austro-Húngaro e Otomano e a dissolução tanto da Iugoslávia quanto da URSS fizeram com que as minorias vinculadas ao Estado desfeito sofressem discriminação nas organizações políticas formadas posteriormente. No mais das vezes, os governos formados foram compostos por etnias que não tinham bom relacionamento com as demais e, em função disso, não nutriam o interesse político de incluir estas últimas dentre os nacionais do novo Estado. Mesmo quando isso acontecia, práticas de recusa ao acesso

sucessão de Estados num território recebam automaticamente a nacionalidade do sucessor (art. 2º), cabendo a este último implementar as medidas necessárias a tal reconhecimento (art. 5º). No caso de ser impossível tal vinculação, cabe ao Estado predecessor, se existente, manter o seu vínculo com a pessoa (art. 6º). Todas essas disposições obedecem ao direito à não discriminação e, proporcionalmente, à vontade do afetado (arts. 4º e 7º).

O *case law* do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) em matéria de direito à nacionalidade é modesto. Sobre o tema, esse órgão julgou o caso *Rottman*,<sup>23</sup> quando deixou claro que, à luz das Convenções de 1954 e 1961, além da Convenção sobre o Estatuto da Nacionalidade (1997) os ordenamentos internos dos Estados podem impor restrições ao acesso à nacionalidade, bem como cancelar a naturalização formalizada fraudulentamente.<sup>24</sup> O posicionamento do tribunal encontra amparo no art. 7º(1.b) deste último tratado.

Por sua vez, a CtEDH teve a oportunidade de proferir julgamento acerca de não discriminação de indivíduo apátrida (oriundo da ex-União Soviética) no caso *Andrejeva vs. Letônia*.<sup>25</sup> Mesmo tendo passado toda a vida neste país, o autor recebeu aposentadoria menor que os nacionais locais, o que foi caracterizado como uma violação dos seus direitos, especialmente pelo fato de a Letônia ser o único Estado com o qual ele tem laços, pois se mudou para o seu território ainda criança.

Mais recentemente, no caso *Petropavlovskis vs. Letônia*,<sup>26</sup> a Corte, ao afirmar inexistir na ConvEDH dispositivo semelhante ao direito à nacionalidade disposto no art. 15 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), reiterou a sua interpretação de que uma arbitrária negação de tal vínculo a um indivíduo por parte de qualquer Estado pode, em certas circunstâncias, violar o art. 8º da Convenção em razão do seu impacto na vida privada individual e familiar. Assim, quando da elaboração das suas políticas de concessão de nacionalidade e naturalização, devem os signatários da Convenção assegurarem-se de que a sua implantação se dê sem discriminação.

A CtEDH é o órgão jurisdicional internacional de direitos humanos com maior *case law* a respeito da proteção de apátridas. Nesse momento, contudo, interessa apenas assentar que a ausência da previsão nominal do direito à nacionalidade na ConvEDH não impede o tribunal de realizar a proteção dessas pessoas a partir de outros marcos normativos.

---

aos serviços públicos faziam com que tais indivíduos, embora não fossem de direito, tornassem-se apátridas *de facto* (BATCHELOR, Carol A. Statelessness and the problem of resolving nationality status. *International Journal of Refugee Law*, vol. 10, n.º 1/2, 1998, pp. 175-177).

<sup>23</sup> Janko Rottman é um austríaco que migrou para a Alemanha em 1990. O Estado alemão concedeu a naturalização local para Rottman em fevereiro de 1999, tendo ele automaticamente perdido a nacionalidade austríaca em tal processo. Logo depois, foi descoberto que Rottman omitiu às autoridades alemãs a informação de que havia procedimentos criminais abertos em seu desfavor na Áustria. Com a decisão do governo da Alemanha de cancelar a sua naturalização, bem como não havendo o retorno automático da nacionalidade austríaca, ele tornou-se um apátrida. Quando Rottman apelou à Corte Suprema alemã contra tal posicionamento governamental, o caso foi levado ao conhecimento do TJUE.

<sup>24</sup> TJUE. *Judgment of the Court (Grand Chamber) of 2 March 2010. Janko Rottman v Freistaat Bayern. Case C-135/08. ECLI:EU:C:2010:104.*

<sup>25</sup> CtEDH. *Case of Andrejeva v. Latvia (Application no. 55707/00)*. Judgement. Strasbourg. 18 February 2009.

<sup>26</sup> CtEDH. *Case of Petropavlovskis v. Latvia (Application no. 44230/06)*. Judgement. Strasbourg. 13 January 2015.



### 3 A ATUAÇÃO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO PLANO NORMATIVO E JURISDICIONAL

A proteção dos direitos humanos no continente americano tem por pano de fundo a atuação da Organização dos Estados Americanos (OEA), criada em 194 como resultado de um processo de construção de um organismo intergovernamental cooperativo na América.<sup>27</sup> Apesar da dificuldade ínsita à disparidade socioeconômica existente na região, em 30 de abril do citado ano, na IX Conferência dos Estados Americanos, foram produzidos a Carta da OEA, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948) e o Pacto Americano de Soluções Pacíficas (1948).

Tendo como objetivos assegurar a solidariedade, a paz, a justiça social e os direitos básicos dos seres humanos residentes na América,<sup>28</sup> os Estados, através do pacto fundante da OEA, firmaram o compromisso de proteger os direitos humanos por meio principalmente da atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIADH). O tratado ainda previu, na futura ConvADH, a possibilidade de formação de outros órgãos destinados a essa fiscalização.

Em 1969, os Estados da OEA firmaram a ConvADH, instrumento específico sobre a proteção dos direitos humanos no continente. A sua entrada em vigor deu-se no ano de 1978, quando conseguiu o número mínimo de ratificações determinado pelo seu art. 74(2). Diferentemente da Carta da OEA, a Convenção atribui aos Estados signatários diversas obrigações em matéria de direitos humanos.<sup>29</sup>

A partir do permissivo da Carta da OEA, a ConvADH criou a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIADH), órgão jurisdicional independente, composto por sete juízes nacionais dos Estados membros da Organização, com a atribuição de fiscalizar a proteção dos direitos humanos em âmbito regional, em molde de atuação similar ao da já estudada CtEDH.<sup>30</sup> Caso o Estado signatário da Convenção expressamente declare submeter-se à jurisdição da Corte, as suas decisões nas matérias dispostas no texto convencional serão vinculantes (arts. 62 e 63).<sup>31</sup>

<sup>27</sup> Breve histórico da formação da instituição pode ser encontrado em OEA. *Nossa História*. Disponível em: <[http://www.oas.org/pt/sobre/nossa\\_historia.asp](http://www.oas.org/pt/sobre/nossa_historia.asp)>. Acesso em: 08 nov. 2015.

<sup>28</sup> Carta da OEA. Preâmbulo: [...] Certos de que o verdadeiro sentido da solidariedade americana e da boa vizinhança não pode ser outro senão o de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade individual e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do Homem. [...] Art. 1º. Os Estados americanos consagram nesta Carta a organização internacional que vêm desenvolvendo para conseguir uma ordem de paz e de justiça, para promover sua solidariedade, intensificar sua colaboração e defender sua soberania, sua integridade territorial e sua independência. [...]

<sup>29</sup> GUERRA, Sidney. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade*. – São Paulo: Atlas, 2013, p. 32.

<sup>30</sup> Diferença crucial entre tais órgãos, contudo, reside na persistente impossibilidade de os indivíduos acionarem diretamente a jurisdição da CtIADH, devendo as demandas particulares passarem sempre pelo crivo da aceitabilidade da CIADH, de acordo com o art. 61(1) da ConvADH. A imutabilidade dessa restrição é constantemente alvo de críticas do ex-Juiz brasileiro Cançado Trindade (CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *El Derecho de Acceso a la Justicia Internacional y las Condiciones para su Realización en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José de Costa Rica, vol. 37, 2003, pp. 67-72).

<sup>31</sup> Peterke aduz que não adianta aos órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos, em sua tarefa fiscalizatória, apenas declarar que determinados Estados violam os direitos dos seus jurisdicionados. É

Deparamo-nos, portanto, com uma sistematização dupla de proteção dos direitos humanos no âmbito interamericano. Enquanto, de um lado, há Estados membros da OEA não signatários da ConvADH, existem outros que ratificaram essa convenção. Os primeiros estão submetidos apenas à fiscalização da CIADH, a qual atua nesses casos principalmente a partir dos dispositivos genéricos da Carta da OEA e da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948); já os demais são velados pela Comissão e pela CtiADH, as quais, nesse tocante, podem fazer uso do mais específico texto convencional.<sup>32</sup>

Ultrapassado o cotejo das instâncias fiscalizatórias dos direitos humanos no âmbito interamericano, passa-se à análise propriamente dita da proteção do direito à nacionalidade no continente.

O art. XIX da Declaração Americana (1948) traz, em seu texto, a afirmação de que todo ser humano tem direito a uma nacionalidade; mais ainda, ninguém poderá ser privado da possibilidade de alterar essa nacionalidade, se assim for o seu desejo, desde que o Estado receptor assim aquiesça.

Se um Estado signatário da Carta da OEA e não participante do sistema da ConvADH violar o direito à nacionalidade disposto no art. XIX da Declaração, poderá ser investigado pela CIADH e, se comprovada a sua prática ilícita, é o caso de serem adotadas as recomendações cabíveis no âmbito não judicial.<sup>33</sup>

Apesar de não ser um tratado, a Declaração também serve de base argumentativa para os julgamentos proferidos pela CtiADH. Ao emitir a sua opinião consultiva sobre as propostas de emenda à Constituição da Costa Rica sobre o tema da naturalização,<sup>34</sup> acentuou a Corte, com base no art. XIX ora comentado, que a nacionalidade é um estado natural do ser humano pressuposto de suas capacidades civil e política, razão pela qual não mais se aceita que os Estados legislem soberana e unilateralmente nessa matéria, devendo ser atendidas as exigências do direito internacional dos direitos humanos.

Assim, apesar de as disposições da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948) não serem passíveis de cobrança direta no âmbito da CtiADH, devendo serem cumpridas de boa-fé pelos Estados, possuem, tal qual a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que é também utilizada pela Corte em matéria de proteção à nacionalidade,<sup>35</sup> poder argumentativo capaz de impor obrigações àqueles, quando utilizada em conjunto com a ConvADH.

---

imprescindível uma postura enérgica no sentido de declarar o abuso e garantir a implementação da prerrogativa em falta, seja ela uma garantia judicial, um direito civil, econômico, político, social ou cultural (PETERKE, Sven. *Manual prático de direitos humanos internacionais*. Coordenador: Sven Peterke; Colaboradores: André de Carvalho Ramos... [et al.] - Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009, p. 159).

<sup>32</sup> Para uma explicação mais detalhada sobre esse sistema duplo fiscalizatório ainda vigente no âmbito da OEA, cf. RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. – 3ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 198-261.

<sup>33</sup> A Comissão possui um sistema de publicação de relatórios e detém a possibilidade de, se descumpridas as suas recomendações por parte do Estado violador, enviar tal estudo para a Assembleia Geral da OEA, a qual se incumbirá de adotar as sanções cabíveis.

<sup>34</sup> CtiADH. *Proposta de Emenda às Provisões de Naturalização da Constituição da Costa Rica*. Opinião Consultiva OC-4/84 de 19 de janeiro de 1984. Série A. N.º 4, § 32-33.

<sup>35</sup> CtiADH. *Caso de Castillo Petruzzi et al vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Julgamento em 30 de maio de 1999. Série C. N.º 52, § 101.

Já a ConvADH traz, em seu art. 20, a previsão do direito à nacionalidade, bem como a impossibilidade de ser alguém privado de uma ou do direito de mudá-la. Pelo menos numa leitura teórica, essa é uma norma capaz de dar uma solução ao problema dos apátridas, pois a um só tempo erradica a possibilidade de constituição tanto da apatridia *de facto* (art. 20(1)) quanto da *de jure* (art. 20(2)).<sup>36</sup>

O art. 20(2) da Convenção adota critério similar ao da Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia (1961) e da Convenção Europeia sobre a Nacionalidade (1997): a pessoa residente no território de um Estado que, ao nascer, possa tornar-se apátrida, deve receber a nacionalidade do país onde se encontra. Discriminação nesse aspecto constitui violação do direito humano à nacionalidade.

Não é permitido a um Estado obstaculizar de alguém a transferência da sua nacionalidade a outra entidade política. Para a efetivação dessa norma, salientamos que deve haver a garantia, para o primeiro Estado, de que o segundo já aceitou expressamente a naturalização do indivíduo, sob pena de, do contrário, correr o risco da existência de um hiato temporal pelo qual tal pessoa fique apátrida, o que vai de encontro à disposição do art. 20(1) da ConvADH.

A CtIADH, na esteira do posicionamento esboçado por tribunais outros já analisados (CPJI, CIJ, TJUE e CtEDH), também entende que a constituição do vínculo de nacionalidade é atribuição do ordenamento interno dos Estados, de acordo com os tratados, costumes e princípios internacionais de direitos humanos.

A Corte San José destaca que as legislações dos Estados signatários da ConvADH não podem, sob o pretexto de justificar o espírito de *comunhão nacional*, impor entraves que, em verdade, obstaculizem as pessoas de obter a naturalização. Políticas discriminatórias realizadas por meio da aplicação de testes linguísticos, geográficos e históricos de difícil conhecimento até mesmo para os nacionais do país cuja naturalização se busca devem ser evitadas, como advertido na opinião consultiva acerca da proposta de modificação da Constituição da Costa Rica acerca do tema da nacionalidade.<sup>37</sup>

O *case law* da Corte San José com relação à temática dos apátridas compõe-se de dois julgamentos separados por um hiato de nove anos, com sentenças proferidas em 2005 e 2014 contra a República Dominicana e em favor de descendentes de haitianos que vivem no país. Mas antes de adentrar nos comentários a tais julgados, salientaremos brevemente a problemática social histórica existente entre ambos os Estados e as tentativas feitas pela CIADH de resolver tal impasse, já que se trata de exemplo importante da atuação dos dois principais órgãos desse sistema regional.

A República Dominicana e o Haiti possuem um histórico de formação social imbricado, o que se deu inclusive pelo compartilhamento<sup>38</sup> por ambos da *Ilha de Hispaniola*,

<sup>36</sup> REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. - 12ª ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2010, p. 190.

<sup>37</sup> CtIADH. *Proposta de Emenda às Provisões de Naturalização da Constituição da Costa Rica*. Opinião Consultiva OC-4/84 de 19 de janeiro de 1984. Série A. N.º 4, § 63.

<sup>38</sup> Uma fronteira de aproximadamente duzentos e vinte e cinco milhas separa ambos os Estados (REFUGEEES INTERNATIONAL, *Lives on Hold: the Human Cost of Statelessness*, Fevereiro 2005, p. 30. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/47a6eba00.html>>. Acesso em: 08 ago. 2015).

porção territorial insular da América Central colonizada pela Espanha e pela França. A emancipação dos países ocorreu de maneira conexa.<sup>39</sup>

Até a primeira metade do século XX, não havia histórico de maiores conflitos entre os países ou entre suas populações. Trabalhadores haitianos viviam no território do país vizinho, ocupando-se nas colheitas de cana-de-açúcar, o que impulsionava a economia de ambos os Estados. Apenas em 1937, a partir do governo ditatorial de Rafael Trujillo, foi iniciada a conhecida *dominicanização* da fronteira. Determinou ele que as suas tropas dizimassem os haitianos encontrados na República Dominicana, mormente nas faixas de fronteira, poupando apenas aqueles contratados para trabalhar no setor da cana-de-açúcar.<sup>40</sup> Nesse processo, até mesmo as características culturais haitianas foram causa de execração nos currículos escolares dominicanos.<sup>41</sup>

O Haiti, após a sua independência, paulatinamente entrou em decadência econômica,<sup>42</sup> passando os seus nacionais a serem cada vez mais dependentes da oferta de empregos na República Dominicana. Assim, mesmo com as políticas implantadas por governos dominicanos de expulsão de haitianos e haitiano-dominicanos da porção dominicana da ilha, os haitianos e os seus descendentes ainda representam o maior índice de imigrantes ou filhos de imigrantes no país.<sup>43</sup>

Embora as Constituições da República Dominicana de 1994, 2002 e 2010 tragam, em seu corpo normativo, a prerrogativa humana de tratamento equânime para todas as pessoas,<sup>44</sup> independentemente da origem, da raça ou da nacionalidade, o que se verifica no

<sup>39</sup> Primeiro o Haiti, em 1804, promoveu uma insurreição de escravos e conseguiu a sua independência, conseguindo adjudicar para si o controle político da ilha inteira. Após, em 1844, a República Dominicana adquiriu independência frente ao Haiti. No entanto, inicialmente, os dominicanos convidaram a Espanha a novamente administrar o seu país. Apenas em 1865, a República Dominicana, apoiada pelo Haiti, expulsou a Espanha e exerceu a sua independência efetiva (WOODING, Bridget; MOSELEY-WILLIAMS, Richard. *Needed but Unwanted: Haitian Immigrants and their Descendants in the Dominican Republic*. London: Catholic Institute for International Relations, 2004, pp. 18-22).

<sup>40</sup> O fato de os trabalhadores do setor comercial açucareiro terem sido poupados deveu-se aos interesses norte-americanos na preservação desta mão de obra barata (BLAKE, Jillian Nicole. Haiti, the Dominican Republic, and Race-based Statelessness in the Americas. *Georgetown Journal of Law & Modern Critical Race Perspectives*, vol. 6, n. 2, 2014, pp. 144-145).

<sup>41</sup> A política racista implantada por Trujillo contou com a adesão de intelectuais historiadores responsáveis por legitimá-la discursivamente. Para informações detalhadas acerca do desenvolvimento histórico-geográfico da ilha, com precisão de datas e eventos mais relevantes, cf. MOREIRA, Emmanuel Pinto. *Till Geography Do Us Part? Prolegomena to an Economic and Monetary Union between the Dominican Republic and Haiti*. World Bank Policy Research Working Paper Series, 2010, p. 3-6.

<sup>42</sup> Pesquisadores atribuem a várias possíveis causas a inoperância da economia haitiana pós-independência. Para detalhes específicos, cf. WOODING, Bridget; MOSELEY-WILLIAMS, Richard. *Needed but Unwanted: Haitian Immigrants and their Descendants in the Dominican Republic*. London: Catholic Institute for International Relations, 2004, pp. 26-27.

<sup>43</sup> A nomenclatura *haitiano-dominicanos* caracteriza os filhos de migrantes haitianos nascidos no território da República Dominicana. Pesquisa recente elenca dados sobre o número de imigrantes neste país e as suas condições sociais. Dentre os campos pesquisados, é comum a visualização do predomínio de haitianos e seus descendentes na República Dominicana, quando comparados às pessoas oriundas de outros países. Cf. OFICINA NACIONAL DE ESTADÍSTICA (ONE). *Primera Encuesta Nacional de Inmigrantes en la República Dominicana (ENI-2012)*. Santo Domingo: Imprenta Color Plas S.R.L., 2013.

<sup>44</sup> Cf. os textos dos arts. 8º das Constituições de 1994 e 2002, além do art. 39 da Constituição de 2010.



país é um desprezo pela dignidade dos imigrantes haitianos e dos haitiano-dominicanos,<sup>45</sup> o que se reflete especialmente em sua situação laboral.

Relatório do Departamento de Estado dos Estados Unidos da América (EUA) do ano de 2014<sup>46</sup> mostra que a discriminação em razão da cor negra da pele dos haitianos e dos seus descendentes impede-lhes de ter acesso a serviços básicos como saúde, educação, documentação e até mesmo trânsito livre em bancos, restaurantes, lojas e outros locais tidos como indispensáveis à sobrevivência. Essas pessoas, confinadas nos *bateyes*,<sup>47</sup> vivem em condições desumanas.

Diante dessa situação, o primeiro órgão do sistema interamericano a investigar relatos de violações de direitos humanos na República Dominicana foi a CIADH. Fez ela visita *in loco* para averiguar a situação em três momentos.

Na primeira oportunidade, em 1991, limitou-se a Comissão a emitir, em seu informe anual, quais medidas deveriam ser implantadas pelo Estado para resolver o problema. Já em 1997, após pressões de ativistas de direitos humanos acerca da deportação ilegal de vinte e cinco mil haitianos em massa,<sup>48</sup> a visita da CIADH foi mais criteriosa e capaz de elencar diversas ilegalidades e desrespeitos aos direitos dos haitianos e seus descendentes.<sup>49</sup>

Entre 09 e 14 de julho de 2015, mais uma vez a CIADH esteve presente nos países para tentar viabilizar o encontro de uma solução para a discriminação. Dentre os avanços e problemas (ainda) constatados, o órgão emitiu algumas recomendações de caráter político, de modo a colocar a OEA no epicentro do debate para a resolução do dilema.<sup>50</sup>

<sup>45</sup> O estereótipo contra os haitianos, caracterizados como negros cresce no seio da sociedade dominicana. Para detalhes, cf. CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS. Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance, Doudou Diène, and the independent expert on minority issues, Gay McDougall. In *Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Forms of Intolerance: Follow-Up to and Implementation of the Durban Declaration and Programme of Action*. U.N. Doc. A/HRC/7/19/Add.5, §§ 45-50.

<sup>46</sup> US DEPARTMENT OF STATE. Bureau of Democracy, Human Rights and Labor. *Country Reports on Human Rights Practices for 2014*. Dominican Republic, p. 35. Disponível em <<http://www.state.gov/documents/organization/236896.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2015.

<sup>47</sup> Os *bateyes* são áreas pobres, localizados principalmente nas próprias plantações de açúcar, com quase nenhum acesso a eletricidade, água potável, esgotamento sanitário ou escolas. Neles geralmente não há atendimento médico. A única “vantagem” da instalação em tais locais é que o governo costumeiramente não faz deportações em massa da população que neles reside. Para informações adicionais, cf. REFUGEEES INTERNATIONAL, *Nationality Rights for All: A Progress Report and Global Survey on Statelessness*, 11 de Março de 2009, p. 33. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/49be193f2.html>>. Acesso em: 08 agosto 2015.

<sup>48</sup> As deportações geralmente ocorrem nos horários mais inusitados. Os oficiais do governo classificam as pessoas como “haitianas” a partir de critérios fenotípicos como a cor da pele, o padrão do cabelo e o sotaque. Nestas ocasiões, é comum a deportação pessoas que nunca pisaram no Haiti. Para um relato de caso de deportação ilegal vivenciada por um haitiano-dominicano, cf. WOODING, Bridget; MOSELEY-WILLIAMS, Richard. *Needed but Unwanted: Haitian Immigrants and their Descendants in the Dominican Republic*. London: Catholic Institute for International Relations, 2004, pp. 11.

<sup>49</sup> Para o detalhamento das violações constatadas, cf. CIADH. Situación de los Trabajadores Migrantes Haitianos y sus Familias em la República Dominicana. In *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos em la República Dominicana*. OEA/Ser.L/V/II.104. Doc. 49 rev. 1. 07 de outubro de 1999, §§ 328-352. Disponível em: <<http://www.cidh.org/countryrep/Rep.Dominicana99sp/Cap.9.htm>>. Acesso em: 13 ago. 2015.

<sup>50</sup> OEA. *Informe de la Misión Técnica para Conocer la Situación em la Zona de Frontera de República Dominicana y Haití*. Comunicado de Prensa. D-030/15. Disponível em <[http://www.oas.org/es/centro\\_noticias/comunicado\\_prensa.asp?sCodigo=D-030/15](http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=D-030/15)>. Acesso em: 11 set. 2015.



Apesar dos esforços desenvolvidos diplomaticamente pela OEA e pela CIADH, elas não podem emitir decisões de natureza judicial com força vinculante. Complicando a situação, a República Dominicana não é signatária de quaisquer das convenções de 1954 ou 1961. Mas o Estado, desde 25 de março de 1999, aceitou a jurisdição da CtIADH, proporcionando, assim, que violações do direito à nacionalidade em seu território possam ser fiscalizadas pela Corte.

O primeiro caso relativo ao tema foi levado ao conhecimento da CtIADH em defesa das crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico.<sup>51</sup> Sentenciada no ano de 2005, a denúncia envolvia a violação concretizada pelo Estado às disposições da ConvADH no tocante à atribuição de vínculo de nacionalidade às duas crianças nascidas em seu território<sup>52</sup> cujos pais eram migrantes irregulares oriundos do Haiti. Apesar do critério de concessão de nacionalidade dominicano ser o *jus soli*,<sup>53</sup> tais jovens não puderam ter os seus registros de nascimento expedidos em razão de os agentes estatais da República Dominicana terem exigido documentos inacessíveis aos seus pais, o que lhes privou das certidões de nascimento.<sup>54</sup> Essa situação expôs por anos as jovens a situações de vulnerabilidade social e ilegalidade, além de ter tolhido o acesso regular de Violeta Bosico à escola por um ano em razão de não possuir ela documento oficial.<sup>55</sup>

Como na República Dominicana não existia recurso judicial para impugnar a decisão do Registro Civil, as crianças permaneceram negligenciadas até que o caso foi levado à CIADH por meio de entidades não governamentais (especialmente clínicas de direitos humanos sediadas em universidades norte-americanas).

No caso específico, a discriminação sofrida pelas crianças deixou claro que a apatridia de ambas cinge-se ao ramo *de facto*. Por terem nascido na República Dominicana e o ordenamento interno do país transmitir a nacionalidade pelo critério *jus soli*, tinham elas direito à incorporação de tal elemento às suas personalidades. Todavia, a prática apresentada pelos agentes estatais impôs obstáculos excessivos ao alcance de tal direito.

Após a instrução, da qual participaram especialistas e entidades na qualidade de *amicus curiae* (advogados, psicólogos, antropólogos etc.), o caso foi julgado procedente. Dentre as medidas determinadas, a República Dominicana foi obrigada a reconhecer a nacionalidade das jovens, pois, pela ótica da Corte, a existência do vínculo de nacionalidade é

<sup>51</sup> CtIADH. *Caso das Garotas Yean e Bosico v. República Dominicana*. Objecões Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Julgamento de 08 de setembro de 2005. Série C. N.º 130.

<sup>52</sup> Ambas são nativas da República Dominicana, nascidas Dilcia Yean em 15 de abril de 1996 e Violeta Bosico em 13 de março de 1985.

<sup>53</sup> A Constituição da República Dominicana vigente à época dos fatos era a de 1994, a qual, em seu art. 11, dispõe: *Son dominicanos: Todas las personas que nacieren en el territorio de la República, con excepción de los hijos legítimos de los extranjeros residentes en el país en representación diplomática o los que están de tránsito en él.* (Tradução livre: Art. 11. São dominicanos: Todas as pessoas que nascem no território da República, com exceção dos filhos legítimos dos estrangeiros residentes no país em representação diplomática ou os que estão em trânsito nele.) Convém salientarmos que os arts. 11(1) da Constituição de 2002 e 18(3) da Constituição de 2010 possuem a mesma atribuição de nacionalidade pelo critério do *jus soli*.

<sup>54</sup> A negativa de concessão dos documentos aos trabalhadores migrantes e aos seus filhos é um dos fatores atuais que mais enseja a apatridia. Na República Dominicana, essa prática, pelo menos no que concerne aos haitiano-dominicanos, parece ter se tornado uma política de Estado que desfavorece mormente as crianças e os jovens (EDDY, Tejada. *Derechos de los Dominicanos Indocumentados*. Saarbrücken: Editorial Académica Española, 2012, p. 46-49).

<sup>55</sup> Nesse período, Violeta Bosico foi transferida para o horário noturno e estudou com adultos.



pré-requisito para o gozo dos direitos humanos,<sup>56</sup> a criar meios legais de evitar a formação de crianças apátridas<sup>57</sup> e a pagar-lhes uma compensação pelos malefícios sofridos.

Quase dez anos após o julgamento do caso anterior, em 2014, a CtIADH outra vez deparou-se com situação de discriminação efetuada pelo Estado dominicano em desfavor de haitianos-dominicanos nascidos em seu território.<sup>58</sup> No *Caso das Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas vs. República Dominicana*,<sup>59</sup> seis famílias (envolvendo vinte e oito pessoas) buscaram o auxílio da CIADH por sofrerem, no aludido país, práticas discriminatórias baseadas na cor, detenção imotivada e expulsão coletiva.<sup>60</sup>

Além dos elementos fáticos detalhados, uma controvérsia jurídica foi instalada nessa sentença em específico. A Comissão levou ao conhecimento da CtIADH que o Tribunal Constitucional dominicano determinou, com base na Lei n. 285/2004, na Constituição de 2010 e no Regulamento Migratório n. 631/2011, que fosse feita a revisão das certidões de nascimento concedidas aos haitiano-dominicanos entre 1929 e 2007.<sup>61</sup> Nesse procedimento, caso se detectasse que os pais de algumas dessas pessoas estivessem em situação de migração irregular, as suas nacionalidades deveriam ser canceladas numa manobra de aplicação legal retroativa e violadora, a um só tempo, dos seguintes diplomas: Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) (art. 11(2)), Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966) (art. 15(1)), Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948) (art. 25) e ConvADH (art. 9º).

Mesmo tendo a República Dominicana argumentado que regularizou a situação em nível legislativo, oferecendo uma oportunidade de naturalização aos afetados pela ordem do

---

<sup>56</sup> Nessa matéria, considera-se o voto concordante apartado do Juiz Caçado Trindade mais esclarecedor e conciso que as considerações lançadas no corpo principal do julgado: “A persistência das causas de apatridia conforma um quadro preocupante, porquanto a posse de nacionalidade figura como um pré-requisito básico para o exercício de outros direitos individuais, como, v.g., os direitos políticos, o direito de acesso à educação e aos cuidados de saúde, entre tantos outros. Hoje em dia, aos apátridas de jure se somam os apátridas de facto, i.e., os incapazes de demonstrar sua nacionalidade, e os desprovidos de uma nacionalidade efetiva (para os efeitos de proteção). Os apátridas de facto - que muitas vezes têm seus documentos de registro confiscados ou destruídos pelos que os controlam e exploram - se multiplicam atualmente, com a barbárie contemporânea do tráfico ‘invisível’ de seres humanos (sobretudo de crianças e de mulheres) em escala mundial. Essa é uma tragédia contemporânea de amplas proporções.” (*Caso das Garotas Yean e Bosico v. República Dominicana*, Voto Fundamentado do Juiz A. A. Caçado Trindade, § 11).

<sup>57</sup> O problema para com as crianças haitiano-dominicanas sem documentação, pelo menos até 2014, ainda não havia sido resolvido. Cf. US DEPARTMENT OF STATE. Bureau of Democracy, Human Rights and Labor. *Country Reports on Human Rights Practices for 2014*. Dominican Republic, p. 32. Disponível em <<http://www.state.gov/documents/organization/236896.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2015.

<sup>58</sup> Os autores desse novo processo nasceram enquanto vigiam as Constituições da República Dominicana de 1955 (art. 12(2)), 1966 (art. 11(1)) e 1994 (art. 11), todas adotantes do critério de transmissão de nacionalidade pelo *jus soli*.

<sup>59</sup> CtIADH. *Caso dos Dominicanos e Haitianos Expulsos v. República Dominicana*. Objeções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Julgamento de 28 de agosto de 2014. Série C. N.º 282.

<sup>60</sup> As pessoas eram apreendidas nos mais diversos locais (casa, trabalho, lazer etc.). Muitas foram privadas do contato familiar e assim permaneceram por anos. A sentença contém relatos vários acerca das consequências nefastas da atuação dos representantes do Estado dominicano.

<sup>61</sup> REPÚBLICA DOMINICANA. Tribunal Constitucional. *Sentencia TC/0168/13*. Referencia: Expediente núm. TC-05-2012-0077, relativo al recurso de revisión constitucional en materia de amparo incoado por la señora Juliana Dequis (o Deguis) Pierre, contra la Sentencia núm. 473/2012 dictada por la Cámara Civil, Comercial y de Trabajo del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de Monte Plata, en fecha diez (10) de julio de dos mil doce (2012), § 1.1.14.3.

Tribunal Constitucional,<sup>62</sup> a CtIADH ressaltou que, se mantida em sua forma original, essa medida representaria a aceitação do tratamento de pessoas nascidas no solo dominicano como estrangeiras, pois teriam de submeter-se ao procedimento da naturalização para constituírem o elo com o Estado, o que se configura como um obstáculo ao gozo do direito à sua nacionalidade originária. Determinou a Corte que o Estado suspendesse imediatamente a aplicação de qualquer norma interna ou entendimento capaz de negar a constituição do vínculo de nacionalidade originária entre a República Dominicana e as pessoas nascidas em seu território, independentemente da origem ou da situação migratória dos seus pais.

Especialmente por ser um caso que, como no anterior, havia crianças no polo ativo, a CtIADH afirmou o dever de a República Dominicana reconhecer a nacionalidade das pessoas nascidas em seu território, bem como de abster-se de desenvolver qualquer prática discriminatória contra elas. A sentença foi clara em determinar ao Estado dominicano o reconhecimento da nacionalidade dos autores e o direito deles de livre acesso e locomoção ao território do país.

Também como ocorreu no julgado de 2005, a Corte deu especial atenção à imposição de ordem para que o Estado adaptasse a sua legislação interna aos ditames da ConvADH, especialmente em matéria de direito à nacionalidade e da vedação às práticas discriminatórias. Mais uma vez, a Corte San José impôs aos líderes estatais da República Dominicana que promovessem o treinamento dos servidores públicos locais com relação às temáticas dos direitos humanos.

Em ambos os casos, não faltaram oposições por parte da República Dominicana.<sup>63</sup> As autoridades locais manifestaram-se no sentido de desacreditar o teor das decisões da Corte e afirmaram que, de acordo com o direito internacional público, é atribuição de cada Estado legislar acerca do reconhecimento dos seus nacionais, não se aceitando ingerência nisso por parte de qualquer ente externo.<sup>64</sup>

---

<sup>62</sup> Em virtude das críticas sofridas internacionalmente pela desnacionalização de milhares de pessoas por força da interpretação dada na sentença TC n.º 168/2013, a República Dominicana criou um mecanismo de naturalização dos indivíduos afetados pela ordem do seu tribunal constitucional, a Lei n.º 169/2014 e o Decreto n.º 250/2014. O problema é que tais pessoas tinham direito a uma nacionalidade originária pelo critério do local do nascimento, não uma derivada por naturalização.

<sup>63</sup> Cf., p. ex., BALUARTE, David C. Inter-American Justice Comes to the Dominican Republic: An Island Shakes as Human Rights and Sovereignty Clash. In *Human Rights Brief* 13, no. 2 (2006): pp. 28; e EL PAÍS. *La República Dominicana se desliga de la Corte Interamericana de DD HH*. Disponível em <[http://internacional.elpais.com/internacional/2014/11/06/actualidad/1415230815\\_658290.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2014/11/06/actualidad/1415230815_658290.html)>. Acesso em: 21 set. 2015.

<sup>64</sup> Tais insatisfações verberadas pública e efusivamente constituem um perigo para a consolidação do sistema de proteção dos direitos humanos no continente americano, o qual já atravessou período de instabilidade quando a Venezuela denunciou a ConvADH por insatisfação com as condenações que lhe foram endereçadas pela CtIADH. Em setembro de 2012, o governo da Venezuela deu exemplo de falta de maturidade para a proteção dos direitos humanos. Insatisfeito com as sentenças condenatórias veiculadas em desfavor do país pela CtIADH, o então Presidente Hugo Chávez (cujo mandato ultrapassou quatorze anos no poder) acusou o órgão e a CIADH de serem ferramentas a serviço do imperialismo com o objetivo de enfraquecer a Venezuela. Como resposta às ordens a ele endereçadas, o país denunciou a ConvADH.

## ■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora a tônica tradicional dos Estados gravite no sentido de atribuir a concessão de nacionalidade como elemento ínsito à soberania interna e à jurisdição doméstica, a investigação deixou claro que o direito internacional dos direitos humanos tomou para si a tarefa de evitar a apatridia e proteger os direitos humanos das pessoas nesta categoria. Há normas e jurisprudência sobre a matéria tanto em nível universal quanto nos sistemas regionais europeu e americano.

No âmbito internacional, verificou-se que este não é um debate recente, pois os tratados relativos à nacionalidade remontam à metade do século XX (pós-Segunda Guerra Mundial). A partir de então, várias normatizações responsáveis por cuidar de minorias vulneráveis previram a proteção do vínculo enfocado. Em termos fiscalizatórios, conquanto tenham sido encontradas decisões importantes da CPJI e da CIJ, prepondera atualmente a atuação dos órgãos de monitoramento dos pactos firmados no âmbito das Nações Unidas, em que pese a carência de força jurídica vinculante oriunda de suas resoluções, as quais dependem, para serem cumpridas, da boa-fé dos Estados.

Com relação aos sistemas protetivos de direitos humanos da Europa, salienta-se a presença dos importantes tratados de 1997 e 2006, os quais protegem o direito à nacionalidade por várias formas. Estes, contudo, até agora só foram utilizados para embasar o argumento da TJUE no sentido de autorizar o cancelamento da naturalização realizada por meio fraudulento. Por outro lado, embora a ConvEDH não tenha dispositivo protegendo o direito à nacionalidade, o *case law* da CtEDH contém julgamentos nos quais houve tal abrigo por meio da dilatação de conteúdos normativos outros, tais como o direito à vida, à proteção familiar, à não-discriminação etc. Considera-se que essa ampliação hermenêutica feita pelo órgão judicial é benéfica para a consolidação dos direitos humanos internacionais.

O sistema interamericano protege o direito à nacionalidade tanto na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948) quanto na ConvADH, o que autoriza uma atuação proativa da CIADH e da CtiADH. Confrontados com o problema da discriminação dos haitiano-dominicanos nascidos na República Dominicana, estes órgãos não se furtaram em fiscalizar a privação de direitos destas pessoas vulneráveis. Com sentenças proferidas em 2005 e 2014, a Corte repetidamente condenou o aludido Estado a, além de garantir a nacionalidade dos autores das referidas ações judiciais, fornecer a documentação comprobatória desta condição e garantir os seus direitos básicos, o que revelou uma manifestação segura no tocante à flexibilização da soberania estatal na matéria.

O levantamento elaborado permite concluir que existem variados níveis de proteção do direito à nacionalidade no direito internacional dos direitos humanos. Embora no plano universal o debate seja antigo, seus tratados obtiveram baixa adesão/ratificação; os órgãos de monitoramento da ONU carecem de força vinculante em suas resoluções e recomendações; e a CIJ há muitos anos não se depara com situação desta natureza. Na Europa, existem tratados sobre o direito à nacionalidade, conquanto a ConvEDH não aborde o assunto. A CtEDH, não obstante, faz uma interpretação dinâmica de tal texto e protege tal prerrogativa a partir de marcos normativos diversos, especialmente em casos envolvendo discriminação. Nota-se uma normatividade já mais acentuada que no plano universal. Até agora, o sistema interamericano demonstra as melhores experiências no que tange à

normatividade do direito humano à nacionalidade, uma vez que a sua previsão expressa na ConvADH permite que a Comissão e a Corte construam uma base argumentativa jurisprudencial relevante. Contribui para isso (infelizmente) a detecção dos vários problemas sociais existentes no continente, em especial na comentada fronteira entre o Haiti e a República Dominicana.

## REFERÊNCIAS

ACNUR. *Nacionalidade e Apatridia: Manual para Parlamentares*. n. 22, 2014. Disponível em <[http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2014/Manual\\_para\\_parlamentares](http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2014/Manual_para_parlamentares)>. Acesso em: 07 ago. 2015.

BALUARTE, David C. Inter-American Justice Comes to the Dominican Republic: An Island Shakes as Human Rights and Sovereignty Clash. *Human Rights Brief* 13, no. 2 (2006): pp. 25-28, 38.

BATCHELOR, Carol A. Statelessness and the problem of resolving nationality status. *International Journal of Refugee Law*, vol. 10, n.º 1/2, 1998, pp. 156-183.

BLAKE, Jillian Nicole. Haiti, the Dominican Republic, and Race-based Statelessness in the Americas. *Georgetown Journal of Law & Modern Critical Race Perspectives*, vol. 6, n. 2, 2014, pp. 139-180.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. El Derecho de Acceso a la Justicia Internacional y las Condiciones para su Realización en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José de Costa Rica, vol. 37, 2003, pp. 53-83.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Volume I. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1997 (1ª ed.), 2003 (2ª ed.).

CIADH. Situación de los Trabajadores Migrantes Haitianos y sus Familias em la República Dominicana. In *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos em la República Dominicana*. OEA/Ser.L/V/II.104. Doc. 49 rev. 1. 07 de outubro de 1999. Disponível em: <<http://www.cidh.org/countryrep/Rep.Dominicana99sp/Cap.9.htm>>. Acesso em: 13 ago. 2015.

COMITÊ SOBRE A ELIMINAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO RACIAL. *General Recommendation 30, Discrimination against Non-citizens (Sixty-fourth session, 2004)*, U.N. Doc. CERD/C/64/Misc.11/rev.3 (2004).

COMITÊ SOBRE OS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS. *General comment No. 20: Non-discrimination in economic, social and cultural rights (art. 2, para. 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, 2 July 2009, E/C.12/GC/20. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/4a60961f2.html>>. Acesso em: 02 set. 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. – 8ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS. Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance, Doudou Diène,



and the independent expert on minority issues, Gay McDougall. In *Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Forms of Intolerance: Follow-Up to and Implementation of the Durban Declaration and Programme of Action*. U.N. Doc. A/HRC/7/19/Add.5.

EDDY, Tejada. *Derechos de los Dominicanos Indocumentados*. Saarbrücken: Editorial Académica Española, 2012.

EL PAÍS. *La República Dominicana se desliga de la Corte Interamericana de DD HH*. Disponível em <[http://internacional.elpais.com/internacional/2014/11/06/actualidad/1415230815\\_658290.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2014/11/06/actualidad/1415230815_658290.html)>. Acesso em: 21 set. 2015.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. – 7ª ed. – São Paulo: Atlas, 2013.

GUERRA, Sidney. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade*. – São Paulo: Atlas, 2013.

MOREIRA, Emmanuel Pinto. *Till Geography Do Us Part? Prolegomena to an Economic and Monetary Union between the Dominican Republic and Haiti*. World Bank Policy Research Working Paper Series, 2010.

OEA. *Informe de la Misión Técnica para Conocer la Situación en la Zona de Frontera de República Dominicana y Haití*. Comunicado de Prensa. D-030/15. Disponível em <[http://www.oas.org/es/centro\\_noticias/comunicado\\_prensa.asp?sCodigo=D-030/15](http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=D-030/15)>. Acesso em: 11 set. 2015.

\_\_\_\_\_. *Nossa História*. Disponível em: <[http://www.oas.org/pt/sobre/nossa\\_historia.asp](http://www.oas.org/pt/sobre/nossa_historia.asp)>. Acesso em: 08 nov. 2015.

OFICINA NACIONAL DE ESTADÍSTICA (ONE). *Primera Encuesta Nacional de Inmigrantes en la República Dominicana (ENI-2012)*. Santo Domingo: Imprenta Color Plas S.R.L., 2013.

PETERKE, Sven. *Manual práctico de derechos humanos internacionales*. Coordenador: Sven Peterke; Colaboradores: André de Carvalho Ramos... [et al.] - Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. *Proceso internacional de derechos humanos*. – 3ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

REFUGEEES INTERNATIONAL, *Lives on Hold: the Human Cost of Statelessness*, Fevereiro 2005. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/47a6eba00.html>>. Acesso em: 08 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. *Nationality Rights for All: A Progress Report and Global Survey on Statelessness*, 11 de Março de 2009. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/49be193f2.html>>. Acesso em: 08 ago. 2015.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. - 12ª ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2010.

STERIO, Milena. The Evolution of International Law. *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 31, Issue 2, 2008.



US DEPARTMENT OF STATE. Bureau of Democracy, Human Rights and Labor. *Country Reports on Human Rights Practices for 2014*. Dominican Republic. Disponível em <<http://www.state.gov/documents/organization/236896.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2015.

VAN WAAS, Laura. *Nationality Matters: Statelessness under International Law*. Intersentia: Antwerp, 2009.

VARELLA, Marcelo D. *Direito Internacional Público*. – 5ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

WOODING, Bridget; MOSELEY-WILLIAMS, Richard. *Needed but Unwanted: Haitian Immigrants and their Descendants in the Dominican Republic*. London: Catholic Institute for International Relations, 2004.





# A ABERTURA DAS CONSTITUIÇÕES AO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: ENSAIO INTRODUTÓRIO

THE OPENING OF THE CONSTITUTIONS TO INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW: AN INTRODUCTORY ESSAY

BRENO BAÍA MAGALHÃES\*

## RESUMO

O artigo intenciona apresentar ideias iniciais acerca da reinterpretação das relações entre os ordenamentos nacionais e internacionais, levando em consideração novos paradigmas surgidos no contexto teórico contemporâneo. O artigo tenta apontar respostas ao seguinte problema: padrões de interação focadas em uma rejeição ou convergência dos ordenamentos parecem insuficientes para melhor proteger Direitos Humanos. Dessa forma, além de utilizar o tipo de pesquisa bibliográfica/jurisprudencial, o artigo parte do método comparado para sustentar que o constitucionalismo brasileiro precisa ser reinterpretado, especialmente por conta do impacto do direito internacional dos direitos humanos e da proteção multinível de direitos humanos, cuja produção jurisprudencial deverá ser considerada para fins de diálogo com decisões internas.

**Palavras-chave:** Direito Internacional dos Direitos Humanos; Direito Constitucional; Pluralismo; Diálogo.

## ABSTRACT

The article intends to present initial ideas about the reinterpretation of the relations between national and international orders, taking into account new paradigms arising in the contemporary theoretical context. The article tries to offer answers to the following problem: patterns of interaction focused on a rejection or convergence of the order appear insufficient to better protect Human Rights. Thus, in addition to using the type of bibliographical / jurisprudential research, the article starts from the comparative method to maintain that Brazilian constitutionalism needs to be reinterpreted, especially due to the impact of international human rights law and multi-level human rights protection, whose Jurisprudential production should be considered for the purpose of dialogue with internal decisions.

**Keywords:** International Human Rights Law; Constitutional Law; Pluralism; Dialogue.

\* Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Pará (UFPA).  
Professor de Direito Constitucional e Direitos Humanos da Universidade da Amazônia (UNAMA) e na Faculdade Integrada Brasil Amazônia (FIBRA).  
*brenobaíamag@gmail.com*

Recebido em 20-3-2017 | Aprovado em 31-3-2017



## SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO; 1 O REALINHAMENTO DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO, RELAÇÕES INTERNACIONAIS, DIREITOS HUMANOS E REFORMAS CONSTITUCIONAIS: releitura de suas fundamentações teóricas; 2 PROTEÇÃO MULTINÍVEL DOS DIREITOS HUMANOS: O STF e os tratados internacionais de Direitos Humanos; 3 DIÁLOGO ENTRE PRECEDENTES COMO POSSÍVEL FORMA DE ARTICULAÇÃO; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS**

### ■ INTRODUÇÃO

Vivemos em uma época na qual a existência de uma miríade de ordenamentos jurídicos se entrelaça. Com frequência, normativas e decisões internacionais e supranacionais são citadas e utilizadas na interpretação das normas constitucionais domésticas. Dependendo da interpretação que se faz desta espécie de pluralismo, as consequências podem ser, simplesmente, formais. Dito em outras palavras, a citação e utilização dos padrões jurídicos internacionais podem ser encarados como simples “auxílios” na interpretação constitucional.

No entanto, a criação de ordens internacionais estruturadas institucionalmente com tribunais que interpretam tratados, cujas decisões são dirigidas aos Estados ratificadores de tal sistema, suscita a problemática das necessárias articulações das interpretações domésticas com as prescrições internacionais, da mesma forma que enseja a reinterpretção do ideário do monopólio estatal da produção jurídica e dos meios coercitivos.

A convivência de inúmeras ordens jurídicas dentro de um Estado não é algo novo<sup>1</sup>, mas é inegável que o fenômeno da globalização estreitou, ainda mais, as relações entre elas. O impacto das alterações nas instituições jurídicas produzidas pela globalização atingiu vários âmbitos, no entanto, o artigo irá limitar-se ao estudo da internacionalização dos Direitos Humanos, mais especificamente, nas relações entre o constitucionalismo brasileiro e o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, analisando as formas de articulação da interpretação dos direitos humanos em ambos os níveis de proteção.

Os referidos sistemas internacionais de proteção, por sua vez, possuem âmbitos de atuação que coincidem com os das cartas de direitos fundamentais constitucionais, permitindo que nacionais oriundos de determinado Estado constitucional, com base nas tratativas internacionais de direitos humanos, apresentem denúncias a órgãos judiciais internacionais, com o objetivo de reparar e/ou fazer cessar violação de Direitos Humanos. A pessoa (ou determinados grupos), portanto, requer que instituições não constituídas pela ordenação constitucional controlem a atuação de órgãos constitucionais. Sua atuação tende a reposicionar as fundações da ideologia constitucionalista.

O artigo tem como objeto o estudo das possíveis formas de interação entre o Direito Internacional dos Direitos humanos e o Direito Constitucional, no caso, brasileiro. Justifica-se a análise dessas relações tendo em vista o seguinte problema: padrões de interação interordenamentos focadas em uma rejeição ou convergência parecem insuficientes para melhor proteger Direitos Humanos. Ou seja, rejeitar o direito internacional pode impedir que padrões

<sup>1</sup> Nesse sentido, ver o que Griffiths chama de “pluralismo em sentido fraco”, identificado nos Estados europeus na época das colonizações do século XVI e XVII. GRIFFITHS, John. What is Legal Pluralism? *Journal of Legal Pluralism*, nº 24, 1986, p. 1-55, p. 04.

mais protetivos sejam colhidos das experiências de Tribunais Internacionais de Direitos Humanos. Por outro lado, sugerir que os Estados simplesmente aquiesçam de forma acrítica às estipulações internacionais ofusca o fato de as interpretações daqueles tribunais terem sido colhidas da jurisprudência de Cortes Constitucionais ou Supremas.

Dessa forma, além de utilizar o tipo de pesquisa bibliográfica/jurisprudencial, o artigo parte do método comparado para sustentar que o constitucionalismo brasileiro precisa ser reinterpretado, especialmente por conta do impacto do direito internacional dos direitos humanos e da proteção multinível de direitos humanos, cuja produção jurisprudencial deverá ser considerada para fins de diálogo com decisões internas.

Inicialmente, o artigo discorre sobre o impacto de reformas constitucionais na forma de um realinhamento dos pressupostos de nosso constitucionalismo, sugerindo uma reinterpretação de suas bases políticas e jurídicas, em seguida, desenvolve a ideia de proteção multinível de Direitos Humanos, que se caracteriza pela sobreposição de diversas declarações de direitos humanos e fundamentais que precisam ser interpretadas de forma harmoniosa. Uma das vias de interpretação pode ser catalisada pela supralegalidade dos tratados sobre direitos humanos. Por fim, as interações entre essas declarações deverão ser feitas por meio do diálogo entre precedentes, capazes de demonstrar a reconstrução interpretativa daquele direitos de acordo com as especificidades locais.

## **1 O REALINHAMENTO DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO, RELAÇÕES INTERNACIONAIS, DIREITOS HUMANOS E REFORMAS CONSTITUCIONAIS: RELEITURA DE SUAS FUNDAMENTAÇÕES TEÓRICAS**

Tradicionalmente relacionado às experiências revolucionárias burguesas do século XVIII, o constitucionalismo se apresentou como ideologia política importante na justificação do poder sem recursos a fundamentos atemporais, bem como estabeleceu meios jurídicos para sua contenção. A referida contenção do poder, quase sempre representada por Constituições escritas, ganhava corpo na separação de poderes e na garantia de direitos individuais. Em outros termos, a Constituição constituía o Estado laico por meio da soberania do povo, ao mesmo tempo em que controlava as ações políticas dos órgãos constituídos.

Ainda que agissem politicamente limitados pela Constituição no plano doméstico a partir do século XVIII, desde o século XVII, com a paz de Vestefália<sup>2</sup>, os Estados são considerados soberanos e independentes nas suas relações internacionais, ou seja, nenhum Estado estava subordinado ou poderia ser controlado por outro. O princípio da soberania nas relações internacionais, que estabeleceu o direito de independência em assuntos domésticos, foi o embrião do Direito Internacional clássico, caracterizado pelas regulamentações

---

<sup>2</sup> Com a paz de Vestefália (1648), tratados puseram fim à guerra dos trinta anos, o que significou, em suma, a laicização das relações internacionais entre os Estados europeus. A paz de Vestefália resultou em um direito de soberania – direito territorial unitário decorrente de um estado territorial. Permitiu, ademais, que as relações internacionais ocorressem de maneira, estritamente, jurídica e com base em regras estabelecidas *a priori* pelos tratados, amplamente discutidos pelos estados soberanos. Por conseguinte, os Estados são considerados iguais, suas soberanias são respeitadas e o direito internacional encontra limite de atuação, exatamente, nesses pontos. TEIXEIRA, Anderson Vinchinkeski. *Teoria Pluriversalista do Direito Internacional*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 82-85.

interestatais voluntárias e consentidas, relegando papel central aos Estados e secundário às pessoas.

Entretanto, o advento da 2ª Guerra-Mundial alterou o referido paradigma com a internacionalização dos Direitos Humanos. Como aponta Slaughter<sup>3</sup>, as relações internacionais, assim como o direito internacional, a partir de 1945, sofreram mudanças em suas funções, na medida em que o modelo de soberania vestefaliano entrou em declínio, por conta da possibilidade de ineficácia regulativa dos assuntos domésticos de interesse mundial por parte dos Estados. Nesse sentido, a proteção internacional dos Direitos Humanos implica o compartilhamento de um importante traço do tradicional constitucionalismo estadual com os sistemas internacionais ou supranacionais: a limitação do poder por meio de direitos.

Aliado à expansão dos Direitos Humanos no âmbito internacional, o acirramento da faceta econômica da globalização também alterou, significativamente, a compreensão sustentada linhas atrás do que seria o constitucionalismo. Os ideais de liberação dos mercados e descentralizadores expostos pelo Consenso de Washington foram incorporados por vários Estados, especialmente, naqueles ditos emergentes, no sentido de liberalizar mercados e enxugar a intervenção estatal na economia. As alterações de regras constitucionais, privatizações e concessões de serviços públicos, transferiram para entes privados, geralmente, não ligados (ao menos diretamente) a uma base territorial específica, poderes anteriormente exclusivos aos órgãos estatais, acarretando sensível alteração do poder de intervenção do Estado na atividade econômica<sup>4</sup>. Os reflexos da globalização econômica, neste contexto, foram condensados em importantes e sucessivas reformas constitucionais formais.

Obviamente, os dois fenômenos anteriormente descritos influenciam a interpretação da Constituição de 1988.

No julgamento da ADC nº 19/DF, o relator, Ministro Marco Aurélio, declarou a constitucionalidade da Lei Federal 11.340/06 (Lei Maria da Penha), sustentando, entre outros argumentos, que o Estado brasileiro firmara compromisso internacional de dar concretização à determinação do art. 07, c, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, incorporada ao ordenamento brasileiro por meio do Decreto Presidencial nº 1.973, 01/08/96. Ainda que o relator não tenha citado como fundamento do seu voto o Relatório 54/01, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o último foi utilizado pelo Ministro Celso de Mello, inclusive com a leitura de trecho substancial sobre a responsabilidade do Estado brasileiro e sobre as recomendações da Comissão<sup>5</sup>, uma delas, a criação de uma lei penal que tratasse sobre o tema.

A Ministra Carmen Lúcia, no julgamento da ADPF nº 101/DF, oportunidade em que declarou inconstitucionais decisões judiciais que permitiram a importação de pneus usados não oriundos do MERCOSUL para o Brasil, interpretou o histórico da legislação ambiental nacional acerca da proibição de importação de bens de consumo usados como fruto e reflexo

<sup>3</sup> SLAUGHTER, Anne-Marie. Sovereignty and Power in a Networked World Order. *Stanford Journal of International Law*, n. 40, 2004, p.283-327, p. 284.

<sup>4</sup> Nesse sentido, cf. WALKER, Neil. Beyond Boundary Disputes and Basic Grids: Mapping the Global Disorder of Normative Orders, Vol. 6, nº 3 e 4, *International Journal of Constitution Law*, 373-396, 2008, p. 373-374.

<sup>5</sup> Como exemplo, citamos os pontos do relatório mais relevantes para o argumento: “b) Simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias de devido processo; c) O estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às conseqüências penais que gera”.

direto das normas internacionais sobre a matéria, especialmente, a Convenção da Basiléia, de 1989.

Ademais, como reforço à interpretação sobre proteção ao meio ambiente, a relatora citou a decisão da Organização Mundial de Comércio que, ao negar recurso da União Europeia, que intencionava quebrar o privilégio das importações de pneus remoldados detido pelos membros do MERCOSUL, concluiu que o Brasil demonstrou que a proibição de importação de pneus reformados foi considerada 'necessária' nos termos do Art. XX(b)<sup>6</sup>, do GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*), para a proteção do meio ambiente. Todavia, a organização ressaltou que o Brasil precisava estabelecer medidas que tornassem a disputa comercial igualitária e que as decisões judiciais que permitiam a importação de pneus usados oriundos da União Europeia contrariavam o objetivo da política de proteção ambiental considerada em conformidade com o GATT<sup>7</sup>.

Por fim, a Ministra julgou que as normas que adequaram a legislação nacional à decisão proferida pelo Tribunal Arbitral do Mercosul, que possibilitou a importação de pneus recauchutados e usados remoldados originários de integrantes do Mercosul, eram constitucionais, não obstante ter decidido que todos os pneus usados, inclusive os remoldados e recauchutados, não poderiam ser importados, tendo em vista a proteção dos direitos ao meio ambiente equilibrado e à incolumidade da saúde. A aparente incongruência se justificaria, nos termos do voto da Relatora, pelo fato de o Brasil ter aderido à jurisdição do Tribunal Arbitral do Mercosul, bem como pelo fato de que tal decisão e a portaria SECEX 35/2006 não terem sido impugnadas na inicial (tal portaria registrou a exceção, determinada pela decisão do Tribunal Arbitral, sobre a importação dos pneus usados oriundos do Mercosul).

As problemáticas enfrentadas pelo constitucionalismo contemporâneo esboçadas nos parágrafos anteriores são observadas, em alguma medida, nos exemplos das decisões do STF citadas mais acima, das seguintes formas: 1) a propositura da ADC nº 19/DF pelo Presidente da República, que, na inicial, citou como justificativa para a existência da lei o relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, pode demonstrar que o pedido pela constitucionalidade da medida tenha como fundamento impedir que órgãos do Estado brasileiro (representados pelo Judiciário) declarem inconstitucional legislação requerida por instância supranacional que, caso fosse retirada do ordenamento brasileiro, poderia acarretar uma futura condenação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e 2) no caso da ADPF nº 101/DF, a não inclusão, no pedido do Presidente da República, das portarias que excepcionaram a importação de pneus usados do Mercosul, bem como a declaração de sua constitucionalidade, demonstram que o Brasil aquiesceu na diminuição de seu poder

---

<sup>6</sup> Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures: (...) (b) *necessary* to protect human, animal or plant life or health. (grifo nosso).

<sup>7</sup> O ministro Joaquim Barbosa, por exemplo, ao tratar do cabimento da ADPF, salientou, interpretando o requisito de inexistência de outro meio efetivo para sanar os descumprimentos aos preceitos fundamentais, que a possibilidade de condenação do Brasil na OMC, no que tange a manutenção de tratamentos discriminatórios injustificados entre os Estados-membros da União Europeia em relação aos do MERCOSUL, seria um dos fatores importantes para a interpretação daquele requisito legal (art. 4, § 1º, da lei 9.882/99). Ressalte-se, como descrito na nota anterior, que as exceções às práticas comerciais baseadas na proteção ao meio ambiente serão consideradas legítimas, caso não se configurem como restrições comerciais disfarçadas.

normativo na proteção do meio ambiente, além de reconhecer que a manutenção das decisões judiciais contrárias aos referidos atos normativos poderia acarretar condenações na OMC.

Diante do exposto nos parágrafos anteriores, o constitucionalismo brasileiro precisa ser reinterpretado em articulação com o direito internacional, a fim de dar conta das alterações paradigmáticas que ocorreram desde meados do século passado.

Com a globalização, as distâncias diminuíram, as comunicações tornaram-se mais rápidas, os avanços tecnológicos constantes, a economia mais dinâmica e os problemas que dela advêm tornaram-se comuns. Problemas comuns não no sentido de triviais, mas de problemas compartilhados pelos Estados.

As interações políticas, sociais e jurídicas no mundo globalizado não se encerram mais dentro das estruturas constitucionais dos Estados, tornando possível que questões econômicas, de direitos fundamentais, ou de migrações, surtam efeitos em diferentes partes do globo, ainda que tais Estados permaneçam regidos, no plano político, pela ideia de soberania.

Ainda que a globalização não tenha sido a causa direta de importantes alterações no trato dos Direitos Humanos no âmbito internacional<sup>8</sup>, o fenômeno é importante para demonstrar que não podemos olhar para o novo com lentes antigas<sup>9</sup>. É problemático explicar a noção de soberania política em uma época em que importantes decisões para uma comunidade política são tomadas por órgãos internacionais, ou com base em uma noção defasada de Direito Internacional cujo objeto seria, tão somente, regular a relação entre Estados soberanos, e que esquece o importante papel condicionante dos Tratados sobre Direitos Humanos<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Globalização é um conceito plurívoco. De acordo com Faria o conceito, tal como o conhecemos hoje, ganha corpo quando a literatura anglo-saxã dos anos 80 observa o surgimento de uma nova economia política das relações internacionais. No entanto, o autor considera que o fenômeno não é novo, pois já existia no período dos antigos impérios e assumiu várias formas até meados do século XX (expansão da cartografia, sistemas internacionais de câmbio, mercantilismo e colonialismo europeu). O que pode ser considerado novo é sua aplicação a um inédito processo de superação das restrições de espaço pela minimização das limitações de tempo; as formas de interações transnacionais e as trocas desiguais entre os fatores de produção, com amplitude mundial. A partir da década de 70 ocorre a explosão da dívida federal norte-americana e com ela a obsolescência das normas regulatórias de intercâmbio econômico e internacional, conseqüentemente, os agentes produtivos e os governos se viram obrigados a reagir defensivamente aos graves problemas de custos industriais, culminando com uma profunda reorganização da divisão internacional do trabalho. Por fim, a crise do padrão monetário mundial e os choques do petróleo (73 e 79), surgidos com o fim do padrão da troca do ouro, possibilitaram a abertura dos mercados internos das economias desenvolvidas aos produtos industrializadas oriundos do terceiro mundo. FARIA, José Eduardo. *O Direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 60-63.

<sup>9</sup> De acordo com o Faria a globalização impôs a revisão de paradigmas da dogmática do direito, tendo em vista que a velha compreensão teórica do direito não dava conta das novas formas de interações sociais, políticas e econômicas decorrentes da globalização. Não consideramos que a globalização tenha sido o ponto de partida da internacionalização dos Direitos Humanos, mas apenas emprestamos o conceito de exaustão paradigmática para demonstrar que o fenômeno da globalização serviu para expor às escancaras a exaustão de modelos jurídicos que trabalham com a noção de soberania e com o conjunto binário monismo/dualismo para explicar as inter-relações entre ordenamentos jurídicos internacionais e internos, pontos importantes para o trabalho. FARIA. *O Direito na economia globalizada*, op. cit.

<sup>10</sup> HATHAWAY, Oona. Do Human Rights Treaties Make a Difference? *The Yale Law Journal*, Vol. 111, p.1935-2041, 2002.

Nesse sentido, devemos repensar os princípios que podem explicar as novas formas de ordenações e interações entre as redes de Estados pós-vestfalia. No entanto, de acordo com Walker<sup>11</sup> (2008), o grande problema da releitura dos princípios que podem reger as formas de inter-relações entre os Estados é que a tendência atual é a de desestabilização da rede básica (vestfaliana, de soberania política) em função de várias outras formas de estruturas incertas e pouco estabelecidas.

O primeiro abalo às compreensões clássicas pode ser sentido nas relações entre direito internacional e nacional. Tradicionalmente, e sempre tendo como base da classificação as decisões políticas internas como o critério aferidor mais importante, as relações entre as diferentes ordens jurídicas giravam em torno da contenda dualismo vs. monismo<sup>12</sup>, que estabelecia, no primeiro caso, que o ordenamento constitucional estabelecia a necessidade de incorporação do ato internacional por meio de um ato formal, geralmente, uma lei. O monismo, por sua vez, considerava que as ordens jurídicas internacionais e nacionais formavam um único conjunto, sendo, portanto, desnecessário um ato formal de incorporação. Todavia, tais descrições teóricas são por demais simples para explicar as complexas e densas interconexões entre ordens jurídicas<sup>13</sup>.

Tendo em vista que as formas de interação entre as ordens jurídicas nacionais e internacionais não podem mais ser explicadas pela simples remissão às soluções dualistas ou monistas, bem como ao metaprincípio da soberania para justificar as relações entre os Estados e suas normas jurídicas, Neil Walker, ao apresentar a existência de vários e possíveis metaprincípios concorrentes com o da soberania, salienta que os mesmos podem ser conflitantes:

<b>Metaprincípio de autoridade jurídica</b>	<i>Aplicação forte e exclusiva</i>	<i>Aplicação moderada e contribuidora</i>
---	------------------------------------	---

<sup>11</sup> WALKER, Beyond Boundary Disputes and Basic Grids. Op. cit.

<sup>12</sup> Significativa parte dos teóricos internacionalistas sobre o tema considera que a distinção entre monismo e dualismo está na forma de incorporação da norma internacional (monismo, desnecessário ato formal; dualismo, sendo necessária a intermediação de um ato formal incorporador – decreto de execução) e citam Hans Kelsen como partidário do monismo. No entanto, tal leitura parece apressada, já que, para Kelsen a forma de incorporação do direito internacional pelo direito interno era um assunto cabível à Constituição, que poderia, inclusive, exigir que um ato formal intermediasse a incorporação. O monismo kelseniano está ligado à ideia de que o Direito internacional e o interno fazem parte de um todo, na medida em que a norma hipotética fundamental dos Estados que encetam relações de direito internacional público será, aproximadamente, a seguinte: “que os estados se regulem por suas próprias constituições”. As violações de uma norma internacional por conta de procedimentos constitucionais não poderiam ser revistas pelo direito internacional, pois inexistente norma capaz de revogar a Constituição local (lembramos do critério formal de validade do direito para Kelsen), nesses casos, cabíveis as sanções internacionais (represálias e guerra). Portanto, não são as formas de incorporação do ato que distinguem monismo e dualismo em Kelsen, mas a compreensão teórica de que apenas podemos falar de um direito internacional efetivo se pressupormos que este valida as normas jurídicas nacionais, na medida em que o direito internacional determinaria, enquanto ordenamento superior, a norma fundamental que permite aos estados confeccionarem suas próprias constitucionais, sob penas de sanções. Sobre o tema, cf. MAGALHÃES, Breno Baía. O sincretismo teórico na apropriação das teorias monista e dualista e sua questionável utilidade como critério para a classificação do modelo brasileiro de incorporação de normas internacionais. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, nº 02, p. 77-96, 2015.

<sup>13</sup> BOGDANDY, Armin Von. Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say. *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 6, n. 3 & 4, 2008, 397-413, p. 399-400.

<b>1) estado soberano</b>	Realismo; anarquia do sistema internacional	Internacionalismo liberal
<b>2) hierarquia global</b>	Governo mundial	Estrutura piramidal com algumas normas cosmopolitas
<b>3) unipolar</b>	<i>Pax Americana</i>	Hegemonia global liberal
<b>4) regional</b>	Ordem mundial dividida	Novo balanceamento entre diferentes concepções regionais da ordem constitucional/internacional
<b>5) integridade</b>	Universalização das normas entre as ordens	Coerência do conflito de normas entre as ordens (proporcionalidade)
<b>6) campo-jurídico discursivo</b> (ex.: constitucionalismo internacional)	Campo jurídico particular como mestre do discurso jurídico	Extensão e aplicação do discurso de conceptualização e imaginação associada com um campo jurídico particular para o campo global
<b>7) pluralista</b>	Nova hierarquia de formas legais e relações	“de baixo para cima” compensação do modelo de poder

\* Extraído e adaptado de Walker<sup>14</sup>

Além de conflitantes, tais princípios não conseguirão alcançar uma precedência e grande destaque, tal qual a moldura keynesiana-vestfaliana de Estado nacional alcançou nos últimos séculos. Com base em tais considerações, Neil Walker aponta que tais princípios precisam ser discutidos, mas as decisões acerca de qual deles e em que grau serão utilizados para explicar as relações entre as diferentes unidades das ordens mundiais jurídicas e morais, deverão ocorrer, todavia, dentro, precisamente, da mesma moldura geopolítica e cultural das contestadas premissas que queremos resolver. Dito em outras palavras, na medida em que buscamos estabilizar o chão embaixo de nossos pés, no ínterim não podemos ficar em pé sobre nada, a não ser sob o mesmo chão instável<sup>15</sup>. Por enquanto, a única certeza que podemos ter sobre o tema é que a restauração de apenas um princípio dominante de autoridade está descartada.

Portanto, o foco no direito constitucional e em sua soberania será o chão instável para a análise das inter-relações entre os ordenamentos jurídicos internacionais e o interno. Oscar Vieira<sup>16</sup> considera que os sistemas constitucionais vêm sendo, fortemente, pressionados por diversas demandas impostas por um cenário internacional em rápida configuração, que, ao mesmo tempo em que enfraquece o princípio da soberania vestfaliana (e como reflexo de tais demandas), enseja, no âmbito nacional, o que denominou de *realinhamento constitucional*.

<sup>14</sup> WALKER, Beyond Boundary Disputes and Basic Grids. Op. cit

<sup>15</sup> Sobre o ponto, existem outros problemas: quem deve decidir como iremos especificar a relação global ótima entre unidades que tomam decisões? Existe o problema de capacidade ou de iniciativa: quem está na posição de começar o processo? Quem deve decidir, passado o problema da iniciativa? WALKER, Beyond the grid, op. cit, p. 391-393,

<sup>16</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Realinhamento Constitucional. in SUNDFELD, Carlos Ari; VILHENA VIEIRA, Oscar (coords.) *Direito Global*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

Nesse passo, defende a ideia de que tais demandas acarretam a reformulação, ainda que operando em via dupla, do paradigma constitucionalista clássico. Para o autor, a manutenção dos ideários constitucionais é importante, na medida em que foram eles quem conjugaram segurança ao mundo dos direitos e à democracia, como um mecanismo de auto vinculação, por meio do qual a soberania popular busca se proteger de suas paixões e fraquezas, atribuindo mecanismos de maior rigidez no trato de alterações políticas importantes que devem ser utilizados contra maiorias eventuais, pois se constituem como filtros éticos que nos auxiliam em nosso relacionamento com um mundo em rápida mudança<sup>17</sup>. No entanto, tais premissas precisam ser redimensionadas aos problemas atuais. Sobre o tema, o autor identifica três tendências que acarretariam o realinhamento constitucional de via dupla, quais sejam: 1) o constitucionalismo regional, 2) o cosmopolitismo ético dos direitos humanos e a 3) economia constitucional.

De acordo com o autor, o constitucionalismo regional, tomando como exemplo o modelo desenvolvido pela União Europeia, interpreta o *status* dos tratados comunitários inserido dentro de um processo de constitucionalização: que seria, ao mesmo tempo, heterodoxo em termos de teoria constitucional, mas constitutivo de uma comunidade jurídica, porquanto transferiria poderes soberanos constitucionais à comunidade europeia, realizando um pacto constituinte continental permitido pelas próprias normas constitucionais dos Estados membros (o aspecto da via dupla)<sup>18</sup>.

Por outro lado, pontua Vieira, o cosmopolitismo ético dos direitos humanos ganhou força após os problemas acarretados pela proteção, isolada, dos Direitos Humanos anteriormente à 2ª guerra-mundial, o que justificou a necessidade de se fortificar o ideário de direitos compartilhados pelos homens, com base na igualdade e na dignidade humana, impondo, pela via dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, prescrições jurídicas para o cumprimento por parte dos estados signatários dos tratados<sup>19</sup>.

Por último, o autor elenca o mais controverso das três demandas, qual seja, a economia constitucional. Oscar Vieira alerta que se trata da maior e mais preocupante fonte de pressão para o realinhamento constitucional, pois o processo de liberalização dos

<sup>17</sup> VIEIRA, op. Cit., p. 20.

<sup>18</sup> Para Amirante, a inclusão de temas, tais como: *direito comunitário, direito internacional, relações internacionais, multiplicação de organismos supranacionais, tratados internacionais de direitos humanos*, ultrapassa a capacidade analítica dos clássicos cânones metodológicos e hermenêuticos do constitucionalismo continental clássico, atingido doutrina e prática constitucionais. Isto porque, as inúmeras instituições da União Europeia (Parlamento Europeu, Corte de Justiça, Conselho Europeu, Banco Central Europeu etc.) não são facilmente, sem algum desconforto, remissíveis à teoria e prática do constitucionalismo no sentido clássico. Portanto, podemos concluir que as construções teóricas do constitucionalismo clássico no sentido hermenêutico e institucional não são suficientes para explicar as complexidades do direito comunitário. AMIRANTE, Carlo. *União supranacional e reorganização constitucional do Estado*. São. Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 27-36.

<sup>19</sup> Importante ressaltar que, neste ponto, o autor não foi explícito ao indicar qual seria a “outra via” no ponto, limitando-se a indicar a dimensão internacional, deixando inexplorado de que forma os elementos constitucionais poderiam contribuir para o cosmopolitismo ético dos direitos humanos. Não obstante tal ausência, podemos indicar a preocupação dos tribunais internacionais de direitos humanos em construir sua jurisprudência com base nas decisões da jurisdição constitucional dos Estados que compõem o respectivo sistema de proteção. Ou seja, as pautas interpretativas dos Direitos Humanos não surgem do vácuo, mas se desenvolvem a partir dos direitos fundamentais. Sobre o tema, cf. MAGALHÃES, Breno Baía. *Pluralismo Constitucional Interamericano: leitura plural da Constituição de 1988 e o diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos*. 2015. 315 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Pará, Belém, 2015.

mercados internacionais contrasta com o constitucionalismo dirigente característico de nossa recente experiência constitucional, porquanto toda a ação interventora estatal é vista como bloqueio para o desenvolvimento das forças do mercado, acarretando na sua ineficiência, em face da competitividade internacional. Como contraponto, o autor afirma que tal pressão deve encontrar limites nas cartas de direitos e em um conjunto de procedimentos para a tomada de decisões democráticas, caso contrário as Constituições perderão sua finalidade, na medida em que as mesmas estabelecem regras de justiça distributiva, que podem interferir nas formas de intervenção estatal. Tais regras devem salvaguardar a reserva de justiça da Constituição<sup>20</sup>.

Nesse sentido, de acordo com os pontos abordados acima, podemos concluir que o Estado deixa de ser o único ator da produção jurídica interna. A Constituição, na posição de estatuto detentor dos critérios formais de produção normativa, é a instituição cujos fundamentos são mais afetados<sup>21</sup>. Por essa razão, o constitucionalismo deve gestar novas formas explicativas de conhecimento e regulação normativa que sejam relevantes para os modernos discursos de interação entre ordenamentos e que sejam imaginativos da complexa política internacional.

Não se trata de defender, no mesmo sentido da crítica desenvolvida por Julios-Campuzano<sup>22</sup>, uma homogeneidade artificial e forçada entre os direitos internacional e o nacional, nem mesmo de suprimir os complexos ordenamentos jurídicos estatais de uma vez por todas, mas sim de pensar em teorias capazes de fornecer elementos para a articulação e interpretação das intrincadas interconexões presentes no direito constitucional contemporâneo.

O julgamento do RE 466.343 foi importante para a sensibilização de tal problemática ao constitucionalismo brasileiro. Ressalvando as críticas à hipótese da supralegalidade<sup>23</sup>, a decisão demonstrou que a Constituição e as leis nacionais deverão levar em conta, em suas interpretações<sup>24</sup> o direito internacional dos direitos humanos, o que demonstra que sustentar

---

<sup>20</sup> VIEIRA, Realinhamento, *Op. Cit.*, p. 28-46. No mesmo sentido de Vieira, Julios-Campuzano defende que não se pode deixar que normas interdependentes das exigências fáticas dos mutantes fluxos normativos transnacionais vulnerem exigências normativas dos valores constitucionais. JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 65. Além da problemática e controversa pressuposição de que as normas constitucionais representam valores, as posições, no ponto, de Vieira e Julios-Campuzano devem ser contextualizadas com as suas próprias ideias, na medida em que uma defesa irrestrita de supostos valores constitucionais ou de regras mínimas de justiça, podem, exatamente, minar a noção de realinhamento constitucional e de constitucionalismo global, pois as interações entre os ordenamentos seriam, sempre, determinadas pela Constituição e por suas normas. Além de acrescentar pouco à discussão das interconexões entre ordenamentos, a perspectiva apresenta que as referidas interconexões são conduzidas e estão localizadas, exclusivamente, nas Constituições. Talvez uma melhor interpretação esteja na ideia de um Pluralismo Constitucional. Cf. WALKER, Neil. The Idea of Constitutional Pluralism. *The Modern Law Review*, Vol. 65, nº 03, maio, p. 317-359, 2002 e MAGALHÃES, Pluralismo Constitucional, *op. cit.*

<sup>21</sup> Não apenas por conta do aspecto da produção normativa, mas porque a Constituição encerra, igualmente, normas a respeito do exercício da democracia, dispõe sobre a divisão orgânica e territorial do poder e, principalmente, garante os direitos fundamentais dos cidadãos.

<sup>22</sup> CAMPUZANO, Alfonso de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 57.

<sup>23</sup> MAGALHÃES, Breno Baía. O controle difuso de convencionalidade no Brasil: soluções para seu aprimoramento. In: Cássius Guimarães Chai; Elda Coelho de Azevedo Bussinger; Valena Jacob Chaves. (Org.). *Ensaios críticos: do político ao jurídico*. Campos dos Goytacazes: Brasil Multicultural, 2016, p. 104-126, p. 116.

<sup>24</sup> Lembremos que a prisão do depositário infiel ainda está positivada na Constituição.



a interpretação das Constituições estaduais em conformidade com o direito internacional é uma ação inevitável<sup>25</sup>.

Portanto, a defesa de uma postura hierarquia acerca da relação entre os ordenamentos jurídicos é de difícil defesa. Tal questão desestimula a visão de perspectiva absoluta de um lado das partes, seja constitucional ou internacional, mas possibilita uma pluralidade de perspectivas (pluralidade de ordens jurídicas), cuja característica principal está na inexistência de uma norma jurídica (que poderia ser coletada em qualquer um dos ordenamentos<sup>26</sup>) apta a decidir qual norma deverá prevalecer em casos de eventuais conflitos. Em suma, é problemático sustentar a noção de supremacia entre as ordens jurídicas.

Nesse passo, é importante pontuar que, e tendo em vista o alerta de Walker, as discussões acerca das relações entre as ordens jurídicas não devem partir de um suposto plano de observação privilegiado, capaz de determinar de que forma as interações devem ocorrer. No entanto, seria problemático, igualmente, partir para construções mais amplas acerca de relações internacionais e direito internacional e sua compressão em todos os Estados de forma genérica e descoordenada. Por tais razões, o próximo passo é rediscutir as possíveis formas de interação entre Constituição e Direitos Humanos. Dito em outras palavras, tendo em vista que o chão é movediço, o ponto mais seguro para discutir a perspectiva plural é o constitucional.

## 2 PROTEÇÃO MULTINÍVEL DOS DIREITOS HUMANOS: O STF E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS.

Como ressaltado linhas atrás, os reflexos dos desafios impostos ao constitucionalismo clássico podem ser observados na Constituição de 1988. Sua abertura para questões de Direito Internacional (art. 4º), o Incidente de Deslocamento de Competência (Art. 109, § 5º) e a possibilidade de adesão a Tribunais Internacionais de Direitos Humanos (Art. 7º, do ADCT), (Art. 5, §4), a constitucionalização da submissão à jurisdição do Tribunal Penal Internacional (EC/45) apontam para uma interpretação das normas constitucionais sensível às normas supranacionais. Sem embargo do dito anteriormente, as Reformas Constitucionais ocorridas nos 15 primeiros anos da Constituição acarretaram a abertura do Brasil ao capital estrangeiro e à quebra do monopólio estatal na prestação de serviços públicos, influenciando na alteração do controle dos poderes constitucionais, uma vez que parcela das funções estatais foi terceirizada para agentes privados transnacionais, cabendo ao estado funções fiscalizadoras e mediadoras.

No plano da proteção dos direitos fundamentais, a problemática se agrava, porquanto o Brasil, como parte do Sistema de proteção de Direitos Humanos da OEA, ratifica normas que possuem, em sua essência, conteúdo constitucional. Na medida em que tais normas supranacionais de conteúdo constitucional sobrepõem-se às constitucionais, cuja interpretação se faz por meio da Jurisdição Constitucional brasileira, as interpretações feitas

<sup>25</sup> Sobre a necessidade de o STF adotar a ideia de interpretação conforme para dar maior operatividade à tese da supralegalidade, cf. MAUES, Antonio Gomes; MAGALHÃES, Breno Baía. A Recepção dos Tratados de Direitos Humanos pelos Tribunais Nacionais: Sentenças Paradigmáticas de Colômbia, Argentina e Brasil. *Direito, Estado e Sociedade*, v. 48, p. 76-112, 2016.

<sup>26</sup> No caso do estudo, a Constituição ou um Tratado Internacional de Direitos Humanos.

pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e as realizadas pelo STF concernem semelhantes matérias afetas ao constitucionalismo<sup>27</sup>: o limite da atuação estatal dos Poderes da República por meio de direitos. Ou seja, ambas as cortes atuam, ainda que não estejam institucionalmente vinculadas, em âmbitos de competência coincidentes.

Atuando, portanto, em âmbitos de competências coincidentes, as interpretações que realizam das normas jurídicas de conteúdos substantivos semelhantes, mas de origens diversas, podem conflitar. Do ponto de vista da proteção efetiva dos direitos humanos, é necessário que pensemos em formas para, evitando, sempre, o retorno a considerações de soberania vestefalianas, garantir que os possíveis conflitos na interpretação dos direitos sejam redimensionados, dentro de uma concepção pluralista do marco constitucional brasileiro.

Não desconhecemos que o Brasil deu um importante passo na alteração desta compreensão acerca da soberania vestefaliana no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, em que foi considerado que a Convenção Americana de Direitos Humanos, vigente em nosso direito interno através do Decreto Presidencial nº 678, de 06 de novembro de 1992, possui *status* de norma supralegal. A maioria do plenário decidiu que, desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana, não haveria mais base legal para a prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. Por essa razão, o *status* normativo supralegal dos tratados de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão.

Com efeito, a referida interpretação é mais vantajosa do que a presente no RE 80.004/SE, que adotou a tese de que o conflito entre tratado internacional e lei interna brasileira deveria ser resolvido nos moldes da regra “lei posterior derroga a anterior”, porquanto ambas as normas estariam no mesmo nível hierárquico, por conta da introdução do tratado no ordenamento jurídico brasileiro como lei ordinária.

Ainda que a tese da supralegalidade seja amplamente discutível, enquanto interpretação a ser feita dos parágrafos 2º e 3º, do art. 5º da CF/88<sup>28</sup>, importantes consequências decorrem de tal reconhecimento, partindo de considerações hermenêuticas: qual a melhor forma de equacionar as relações decorrentes do entrelaçamento das diferentes ordens jurídicas concernentes aos direitos humanos?

Se, outrora, o posicionamento jurisprudencial do STF destacava a isolada superioridade hierárquica das normas constitucionais; atualmente, a tese da supralegalidade inseriu novas e importantes variáveis na discussão acerca do papel a ser desempenhado pelas normas internacionais de direitos humanos, conduzindo a uma necessária reinterpretação daquele paradigma<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> Para uma visão semelhante, mas não idêntica ao defendido aqui, cf. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

<sup>28</sup> Para a discussão acerca de tratados sobre direitos humanos e sua caracterização constitucional, cf. MAGALHÃES, B. B.; SOZINHO, D. T. M. ; CARVALHO, G. B. . Entre a forma e a matéria: a distinção entre tratados internacionais de direitos humanos materialmente e formalmente constitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, v. 201, p. 275-296, 2014.

<sup>29</sup> O ponto ótimo será a incorporação da interpretação conforme.



O denominado efeito paralisante salientado pelo Min. Gilmar Mendes<sup>30</sup>, ainda que não tenha o condão de reformar ou revogar normas constitucionais, permite a inserção de um padrão normativo intermediário na fiscalização da legislação infraconstitucional. Consequentemente, o STF precisará interpretar o ordenamento nacional, não apenas com base nas normas constitucionais, mas, também, com base nos tratados e com a jurisprudência internacional que versem sobre direitos humanos, porque tais parâmetros interpretativos têm a força de: 1) paralisar a legislação infraconstitucional a eles contrária e 2) estimular a relação da interpretação constitucional com a internacional.

As consequências acima listadas encontram no precedente a via privilegiada para suas concretizações, uma vez que a interpretação judicial dos tratados internacionais desenvolve sua argumentação com base e em torno da noção de precedentes, seja no plano interno ou externo.

Isto pode ser explicado.

Como alertou Böckenförde<sup>31</sup> as disposições sobre direitos fundamentais são fórmulas que indicam preceitos principiológicos que carecem, em si mesmas, de um sentido interpretativo material único. A miríade de interpretações que podem ser construídas com base em uma mesma disposição textual normativa<sup>32</sup> não podem ser coletadas (ou mesmo justificadas), simplesmente, em pontos de conexão com a literalidade – ou ainda, no significado meramente semântico da expressão utilizada pela Constituição, mas sim com base em uma teoria relacionada com as compreensões interpretativas acerca do que significam os Direitos Fundamentais no contexto constitucional analisado.

Da mesma forma que os direitos fundamentais, os Direitos Humanos presentes em tratados não podem ter sua interpretação limitada pela semântica de seus dispositivos. Ainda que não necessariamente no viés agora desenvolvido, Piovesan<sup>33</sup> atesta que as expressões utilizadas pelo constituinte brasileiro no rol dos direitos fundamentais são semelhantes às diversas tratativas internacionais. Caso compreendêssemos a interpretação dos Direitos Humanos com base em uma teoria voluntarista das obrigações no terreno das relações internacionais<sup>34</sup>, a literalidade esvaziaria a função dos tratados.

Ademais, no âmbito interno, a referida abordagem estimularia as cortes a interpretar os tratados com base, tão somente, no texto constitucional<sup>35</sup>, devido à similaridade textual

<sup>30</sup> Cf. o RE 466.343, p. 1.160 do acórdão e p. 26 de voto escrito individual do Ministro.

<sup>31</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Tradução de Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993

<sup>32</sup> Discussões sobre aborto e eutanásia no Brasil, por exemplo, além de guiadas pelos precedentes da ADI 3.510 e da ADPF 54, deverão ser realizadas com base, primordialmente, no seguinte enunciado textual do *caput* do art. 5º “*inviolabilidade do direito à vida*”.

<sup>33</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, 115.

<sup>34</sup> A referida abordagem, que é tradicional no campo do Direito Internacional Público brasileiro, foca sua análise nos estados como os entes que participam das disputas internacionais de acordo com suas vontades e suas relações são regidas por uma frágil forma de regulamentação jurídica amplamente influenciada pelos interesses das partes envolvidas (OONA, Op. Cit., 2002 e PETERS, Anne. *There is Nothing More Practical than a Good Theory: An Overview of Contemporary Approaches to International Law*. *German Yearbook of International Law*, Vol. 44, Berlin, 25-37, 2001).

<sup>35</sup> Nesse sentido, cf. antiga jurisprudência do STF acerca da interpretação do revogado art. 594, do CPP: *Esta Corte já firmou o entendimento de que o benefício da apelação em liberdade não se aplica com relação aos recursos extraordinário e especial que não tem efeito suspensivo, o que não é incompatível com a presunção de*

entre ambos. Nesse passo, os tratados poderiam ser considerados como uma mera replicação dos textos constitucionais, tornando desnecessária sua citação, pois, no mínimo, suas prescrições normativas estariam absorvidas pelas normas constitucionais (o Brasil é um bom exemplo). Se a função dos tratados se esgotar nas expressões textuais expressas, o prognóstico estará correto. No entanto, tendo em vista a similitude de problemas de moralidade política compartilhados pelos direitos fundamentais e humanos, a interpretação dos tratados é uma prática interpretativa e a semântica auxilia muito pouco na definição do significado de um direito humano<sup>36</sup>. Ou alguém poderia argumentar que foi a semântica dos arts. 04, 05, 07, 08 e 25 da CADH que levou a CtIDH à condenar o Brasil no caso Gomes Lund? Em que justificativa textual perseguições políticas e o dever de o Estado efetivar buscas e reparações eficientes às vítimas de regime de exceção podem ser embasadas? Apenas podemos justificar a interpretação porque uma compreensão sobre o que significa o direito à vida e a função da CADH foram desenvolvidas pela CtIDH por meio de sua fundamentação. Portanto, a citação do texto da CADH desacompanhada da discussão do precedente pouco acrescenta à prática interpretativa dos direitos humanos/fundamentais<sup>37</sup>.

Além de se tornarem fonte indispensável para a compreensão da Convenção, os precedentes, por essa mesma razão, devem ser observados pelos signatários em casos em que os mesmos não forem parte, uma vez que, em verdade, não é, simplesmente o texto da Convenção que vincula o Estado, mas à sua interpretação. Sendo assim, todas as interpretações realizadas pela CtIDH sobre algum direito humano previsto na convenção devem servir de parâmetro interpretativo<sup>38</sup>.

Ainda que analisando a CEDH, Queralt Jimenez<sup>39</sup> afirma que o entendimento da interpretação dos direitos convencionais parte e se deduz das sentenças da CtEDH. Pondera que, em virtude de sua importância, deve-se considerar que suas sentenças são importantes o suficiente para ultrapassar o aspecto do caso concreto analisado por repercutirem em assuntos futuros similares, tanto para o Estado em questão, quanto para outros Estados que, eventualmente, se encontrem na mesma situação de violação<sup>40</sup>. Conclui a autora que a CtEDH é a responsável último e subsidiário dos direitos subjetivos e obrigações objetivas reconhecidas pela CEDH e não atua apenas na defesa pontual e concreta. Sua atuação,

---

*não-culpabilidade prevista no artigo 5., LVII, da Constituição Federal. - O Plenário do S.T.F. já salientou que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) não assegura, de modo irrestrito, o direito de recorrer em liberdade, ressalvando o disposto na Constituição e nas leis dos Estados-Partes (HC 73151 / RJ, MOREIRA ALVES, DJ 19/04/1996).*

<sup>36</sup> LETSAS, George. *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*. Oxford University Press: Oxford, 2009.

<sup>37</sup> Nesse sentido, de acordo com Queralt Jiménez, afirmar que um juiz nacional utilizou um artigo de um tratado internacional como um argumento independente e forte para resolver determinado assunto, em busca de uma harmonização, não é o mesmo que afirmar que o juiz interno apenas citou a norma como instrumento para reforçar a autoridade de um argumento fundado em um preceito positivado da Constituição interna. No último caso, a citação do tratado seria apenas algo acidental, ao passo que a ausência do argumento não alteraria a substância da manifestação judicial. QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, *La interpretación de los derechos*: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2008.

<sup>38</sup> Trata-se, exatamente, do exercício do controle de convencionalidade exigido pela Corte IDH. Sobre o ponto, cf. Magalhães. O Controle Difuso de convencionalidade, op. Cit.

<sup>39</sup> QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, *La interpretación de los derechos*. Ob. cit, p. 64.

<sup>40</sup> Tal efeito ocorre nos na Europa, ainda que em graus diversos, como atestaram os estudos compilados em KELLER, Helen; SWEET, Alec Stone (eds.). *A Europe of rights: the impact of the ECHR on national legal systems*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

portanto, é mas mais ampla na garantia dos padrões europeus comuns que garantem a efetividade do sistema, além de estimular uma função protetiva preventiva da CEDH.

Nesse passo, o constitucionalismo brasileiro não deve ater-se, somente, aos casos em que o Brasil for parte ou que tenha sido condenado, mas garantir o diálogo em todos os casos em que questões de sensíveis de moralidade política estiverem envolvidas na interpretação dos direitos dos cidadãos, seja no nível interno ou externo.

### 3 DIÁLOGO ENTRE PRECEDENTES COMO POSSÍVEL FORMA DE ARTICULAÇÃO

Com base no descrito na seção anterior, inúmeras propostas teóricas intencionaram inserir no ideal do constitucionalismo brasileiro (tradicionalmente relacionado às experiências dos estados nacionais) a problemática internacional dos direitos humanos como matéria inerente ao papel da Constituição e, obviamente, da jurisdição constitucional, para, conseqüentemente, prescrever as formas de inter-relações entre as ordens jurídicas.

Inspirado na classificação de Marcelo Neves<sup>41</sup>, podemos elencar três modelos de propostas teóricas sobre o problema acima descrito: a) o modelo da resistência, que atribui caráter primordial à Constituição e secundário ao Direito internacional, situando o último em níveis hierárquicos inferiores à primeira; b) o modelo da convergência, defendendo a uniformização dos parâmetros interpretativos internacionais e constitucionais, porque ambos estariam dispostos horizontalmente, ou seja, ambos possuiriam a mesma hierarquia<sup>42</sup> e b) modelos da articulação: que, ao invés de discutir problemas relacionados à hierarquia das ordens jurídicas, ou a necessidade de uma uniformização interpretativa, preconizam o diálogo e as decisões baseadas em uma racionalidade deliberativa e não adversarial, no intuito de resolver os problemas comuns desta parte do constitucionalismo, qual seja, a defesa dos Direitos Humanos<sup>43</sup>.

A metáfora do diálogo sustentada pelo modelo da articulação é atrativa, do ponto de vista normativo, para a compreensão sobre a relação da interpretação judicial dos direitos humanos (realizada pelos tribunais supranacionais e cortes constitucionais ou supremas). Ora, uma vez que os referidos tribunais estão engajados na interpretação de um mesmo conjunto de normas jurídicas; enfrentando problemas semelhantes do ponto de vista constitucional (limitação do poder e proteção de direitos) e utilizando a mesma linguagem (jurídica), de maneira metafórica, ambas as cortes estão engajadas em um diálogo, ou seja, nenhuma delas pode arrogar para si o papel de detentora de autoridade última e final sobre a interpretação de determinado conjunto normativo.

Claro, ainda que metafórico, o diálogo entre as cortes exige, pelo menos, dois pressupostos importantes: 1) inexistência de subordinações hierárquicas – queremos diálogo, não a imposição vertical de interpretações e 2) troca mútua de experiências: um simples monólogo, beirando à deferência, não se presta ao ideário dialógico do aprendizado

<sup>41</sup> NEVES, Transconstitucionalismo, op. Cit.

<sup>42</sup> Como exemplos, podemos citar Piovesan, Direitos Humanos, op. Cit.,

<sup>43</sup> NEVES, Transconstitucionalismo, op. Cit. e SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (orgs.) *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 515-530

recíproco. De pronto podemos observar que as exigências prescritivas do diálogo entre as cortes devem conciliar-se com a reinterpretação do constitucionalismo.

Como apontado mais acima, o Estado deixa de ser o palco exclusivo das relações de limites ao poder estatal. Não apenas no sentido de que o mesmo transporta parcela de poder para entidades supranacionais, mas também no sentido de que tal transporte encerra a importante ideia de que problemas constitucionais podem transbordar das fronteiras territoriais dos Estados.

Nesse passo, a interpretação da Constituição não pode ficar limitada a compreensões paroquias, na medida em que a preocupação dos sistemas regionais de proteção não é substituir a interpretação das supremas cortes e dos tribunais constitucionais, mas complementar a proteção dos Direitos Humanos, daí a importância da construção de uma harmônica proteção multinível. Portanto, se a noção de complementariedade é ínsita aos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, não podemos falar de uma primazia do direito internacional, nem de uma subordinação do direito constitucional ou vice-versa.

Ademais, retomando a questão da difusão do poder estatal dentro de um contexto pós-soberania vestefaliana, a erosão dos modelos de totalidade estatal e isolamento dos assuntos constitucionais a um espaço territorial delimitado possibilitou o surgimento de um sistema internacional em que a pluralidade de centros de poder tomasse o lugar antes ocupado, solitariamente, pelo estado nacional<sup>44</sup>. Seja do ponto de vista regional ou global, os ordenamentos jurídicos constitucionais perderam a primazia da regulamentação de suas competências clássicas, quais sejam: o monopólio da produção de normas jurídicas e a capacidade de solucionar, sem interferências externas, assuntos relacionados a Direitos Humanos. Por tais razões, justifica-se analisar como o constitucionalismo brasileiro pode responder ao quadro descrito.

A CADH, por exemplo, alçada ao status supralegal, foi lembrada pelo STF em um pequeno número de casos, embora considerados emblemáticos para o constitucionalismo brasileiro, como, por exemplo: 1) no caso da decisão acerca da não recepção da Lei de Imprensa pela CF/88 (ADPF 130<sup>45</sup>); 2) na declaração de inconstitucionalidade de DL que previa a diplomação superior como requisito para exercício da profissão de jornalista, no RE 511.961/SP<sup>46</sup>; 3) no julgado em que permitiu a extraditando o direito à assistência consular (EXT 1.126<sup>47</sup>); 4) nas hipóteses de manutenção de decreto presidencial que estabelecia ampla área de terras indígenas demarcadas, na Pet. 3.388/RR<sup>48</sup>; 5) ainda que para se afastar da

<sup>44</sup> Cf., nesse sentido, Slaughter, *Sovereignty and Power in a Networked World Order*, *ob. Cit*, p. 286-287.

<sup>45</sup> ADPF 130, DJe 06/11/2009, Rel. Ayres Britto. A CADH foi citada pelo Ministro Menezes Direito para pontuar que a convenção previa a proteção, além do direito à liberdade de expressão, de direitos acerca do patrimônio moral do indivíduo (art. 19), que implicavam na possibilidade de alguma forma de intervenção legislativa no tema. O Ministro Celso de Mello citou a CADH para lembrar que a liberdade de expressão não franqueia qualquer manifestação, como o ódio racial (art. 13) e citou a OC 07/86, da CtIDH, para sustentar que o direito à liberdade expressão inclui o direito de todos a obter a informação certa e precisa.

<sup>46</sup> RE 511.961/SP, DJe 13/11/2009, Rel. Gilmar Mendes. O relator citou extenso trecho da OC 05/85, da CtIDH, que defendia a impossibilidade de diploma para jornalistas, com base na liberdade de expressão.

<sup>47</sup> Ext 1.126 (Alemanha), DJe 11/12/2009, Rel. Joaquim Barbosa. A OC 16/99, da CtIDH, foi citada pelo Ministro Celso de Mello para garantir assistência consular ao extraditando, assim como, ainda com base na opinião consultiva, de outras garantias oriundas do devido processo legal desenvolvidas pela CtIDH.

<sup>48</sup> Pet. 3.388/RR, DJe 01/07/2010, Rel. Ayres Britto. O caso *Awas Tingni v. Nicaragua* (2001) foi citado pelo Ministro Menezes Direito para alertar, negativamente, que os direitos indígenas de propriedade eram considerados como importantes para a comunidade internacional. O Ministro Marco Aurélio, ao criticar a ideia

interpretação atribuída à CADH pela CtIDH na ADPF 153 que decidiu pela constitucionalidade da Lei de Anistia brasileira<sup>49</sup>; 6) na decisão conjunta das ADPF 132 e ADI 4277, em que se discutia possibilidade de extensão às uniões homoafetivas a mesma proteção outorgada à família<sup>50</sup>; 7) no julgamento da AP 470, quando se discutia a possibilidade de julgamento dos réus atraídos pela conexão à julgamento em última instância pelo STF<sup>51</sup> e, posteriormente, como norma capaz de justificar a aplicação e o julgamento dos embargos infringentes previsto no Regimento Interno do STF<sup>52</sup> e 8) na decisão acerca da inconstitucionalidade da utilização de inquéritos e ações penais em curso como antecedentes para fins de majoração da pena acima do mínimo legal no RE 591.054/SC<sup>53</sup>.

Independentemente do impacto de tais citações nos casos constitucionais apresentados, após a decisão da suprallegalidade, os ministros do STF passaram a utilizar a CADH e a jurisprudência da CtIDH, ainda que não na frequência desejada, sugerindo formas de interação com o direito internacional que se distanciam de perspectivas, meramente, hierárquicas, na medida em que a CADH passa a ser encarada como fator a ser levado em consideração na interpretação constitucional.

## ■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

A complexidade das relações entre declarações de Direitos Humanos sobrepostas, geralmente de conteúdos diversos, que concorrem em um mesmo espaço geográfico tem gerado inúmeras inquietações quanto às soluções teóricas constitucionais desenvolvidas para solucionar possíveis conflitos entre Direitos Humanos.

---

do relator de que o modelo de demarcação contínua de terras indígenas seria constitucionalmente exigido, alertou que o Brasil poderia ser responsabilizado internacionalmente por violação do art. 21, da CADH (direito de propriedade) titularizado pelos fazendeiros.

<sup>49</sup> ADPF 153, DJe 06/08/2010, Rel. Eros Grau. O relator afastou os precedentes da CtIDH denominados pelo próprio de fantasmas, com base na data anterior à ação da aceitação da jurisdição contenciosa da CtIDH. O Ministro Celso de Mello citou os casos *Barrios Altos v. Peru* (2001), *Loayza Tamayo v. Peru* (1997) e *Almonacid Arellano v. Chile* (2006) para afastar sua aplicabilidade ao caso, argumentando que nos casos julgados pela CtIDH as leis eram de autoanistia, portanto, diversas da lei brasileira, fruto de acordo político. O Ministro Lewandowski, divergindo do relator, citou os casos *Baldeón-García v. Peru* (2006), *Massacre de Pueblo Bello v. Colômbia* (2006) e *Masacre de Mapiripán v. Colômbia* (2005) para justificar o dever do Estado brasileiro de investigar e punir os delitos que implicaram em violações graves de Direitos Humanos.

<sup>50</sup> ADPF 132 e ADI 4277, DJe 14/10/11, Rel. Ayres Britto. A CADH foi citada pelo Ministro Luiz Fux para afirmar que o preceito da igualdade previsto na Constituição era uma explicitação proveniente de tratados internacionais, a fim de demonstrar que os casais homossexuais deveriam possuir tratamento semelhante ao casal heterossexual e o Ministro Marco Aurélio, no desenvolvimento da ideia de que caberia a cada indivíduo formular as escolhas de vida que levarão para o desenvolvimento da personalidade, remeteu ao conceito desenvolvida pela CtIDH de “projeto de vida” e citou os casos *Loayza Tamayo v. Peru* (1997); *Cantoral Benavides v. Peru* (2001) e *Gutiérrez Soler v. Colômbia* (2005).

<sup>51</sup> QO de na AP 470, DJ 22/04/2013, Rel. Joaquim Barbosa.

<sup>52</sup> 26º AgR na AP 470, DJ 17/02/2014, Rel. Roberto Barroso. Na ocasião, foram citados os casos *Barreto Leiva v. Venezuela* (2009) pelos Ministros Luiz Fux (ainda que para afastar sua aplicabilidade ao caso), Lewandowski (indiretamente) e Celso Mello e *Mohamed v. Argentina* (2012), citado pelo Ministro Teori Zavascki.

<sup>53</sup> Relator Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 26/02/2015. O ministro Marco Aurélio citou os casos *Cantoral Benavides* (2000), *Ricardo Canese* (2004), *Tibi* (2004) *Cabrera García* e *Montiel Flores* (2010) para reforçar a incidência da presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

O ordenamento jurídico brasileiro estrutura uma proteção multinível de direitos humanos, que engloba a declaração de direitos prevista no ordenamento constitucional e os tratados internacionais sobre direitos humanos em nível global e regional. O conteúdo dos direitos humanos desenvolvido pelos diferentes níveis de proteção converge em poucas ocasiões, exigindo dos órgãos nacionais, especialmente, do Poder Judiciário, que desenvolva formas de lidar com as interpretações divergentes dos outros níveis.

De acordo com os pontos assentados em parágrafos anteriores, modelos baseados em proposições de resistência e de convergência podem acarretar problemas constitucionais importantes. Por um lado, um posicionamento de resistência, do ponto de vista da interpretação do constitucionalismo brasileiro, enfraquece a proteção dos Direitos Humanos pelas seguintes razões: 1) o descumprimento de compromissos internacionais pode acarretar a responsabilização do Estado, que, atualmente, intencionou reforçar a fiscalização do cumprimento das tratativas internacionais com a criação do IDC (art. 109, § 5º); 2) a manutenção de uma interpretação da soberania estatal de acordo com paradigmas vestefalianos parece desconsiderar a interpretação das normas constitucionais que estabelecem a prevalência dos direitos Humanos (art. 4º, II, da CF/88) e da participação do Estado em Tribunais internacionais de Direitos Humanos (Art. 7º, do ADCT), bem como as inevitáveis consequências da globalização incorporadas nas reformas constitucionais e 3) a recusa à incorporação de normativas transnacionais diminui o padrão de proteção que pode ser conferido aos Direitos Fundamentais.

De outro lado, diametralmente oposto, um modelo de completa verticalização e convergência apresenta os seguintes problemas: 1) ainda que o paradigma da soberania incontestado do estado nacional esteja sob questionamento, a primazia do Direito Internacional apenas substitui a noção de soberania estatal por outra, transferindo consigo todas as críticas feitas àquela; 2) a regra da subsidiariedade, inerente aos sistemas de proteção internacional de direitos humanos<sup>54</sup>, não se fundamenta em uma premissa de substituição, mas de complementariedade<sup>55</sup> e 3) a possibilidade de ocorrerem violações com a diminuição dos padrões de proteção dos Direitos Fundamentais, quando a Constituição oferecer padrões maiores e particulares às especificidades da comunidade política.

Deste modo, um modelo voltado para a articulação da interpretação de problemas constitucionais (proteção de direitos) parece ser o que melhor justifica a atuação conjunta de Cortes em âmbitos domésticos e internacionais. Todavia, tal qual os modelos anteriores, existem algumas questões que precisam ser postas em consideração acerca do referido modelo, ponto que precisará de aprofundamento em outra oportunidade.

## REFERÊNCIAS

AMIRANTE, Carlo. *Uniões supranacionais e reorganização constitucional do Estado*. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Tradução de Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993.

<sup>54</sup> Arts. 48 a 50, da CADH.

<sup>55</sup> Art. 29, b, da CADH.



BOGDANDY, Armin Von. Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say. *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 6, n. 3 & 4, 2008, 397-413, p. 399-400.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FARIA, José Eduardo. *O Direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

GRIFFITHS, John. What is Legal Pluralism? *Journal of Legal Pluralism*, nº 24, 1986, p. 1-55.

HATHAWAY, Oona. Do Human Rights Treaties Make a Difference? *The Yale Law Journal*, Vol. 111, p.1935-2041, 2002.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

KELLER, Helen; SWEET, Alec Stone (eds.). *A Europe of rights: the impact of the ECHR on national legal systems*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

LETSAS, George. *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*. Oxford University Press: Oxford, 2009.

MAGALHÃES, Breno Baía. O controle difuso de convencionalidade no Brasil: soluções para seu aprimoramento. In: Cássius Guimarães Chai; Elda Coelho de Azevedo Bussinguer; Valena Jacob Chaves. (Org.). *Ensaio crítico: do político ao jurídico*. Campos dos Goytacazes: Brasil Multicultural, 2016, p. 104-126.

\_\_\_\_\_. O sincretismo teórico na apropriação das teorias monista e dualista e sua questionável utilidade como critério para a classificação do modelo brasileiro de incorporação de normas internacionais. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, nº 02, p. 77-96, 2015.

\_\_\_\_\_. *Pluralismo Constitucional Interamericano: leitura plural da Constituição de 1988 e o diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos*. 2015. 315 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Pará, Belém, 2015.

MAGALHÃES, Breno Baía ; SOZINHO, D. T. M. ; CARVALHO, G. B. . Entre a forma e a matéria: a distinção entre tratados internacionais de direitos humanos materialmente e formalmente constitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, v. 201, p. 275-296, 2014.

MAUES, Antonio Gomes; MAGALHÃES, Breno Baía. A Recepção dos Tratados de Direitos Humanos pelos Tribunais Nacionais: Sentenças Paradigmáticas de Colômbia, Argentina e Brasil. *Direito, Estado e Sociedade*, v. 48, p. 76-112, 2016.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PETERS, Anne. There is Nothing More Practical than a Good Theory: An Overview of Contemporary Approaches to International Law. *German Yearbook of International Law*, Vol. 44, Berlin, 25-37, 2001.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, *La interpretación del los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2008.



SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (orgs.) *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 515-530.

SLAUGHTER, Anne-Marie. Sovereignty and Power in a Networked World Order. *Stanford Journal of International Law*, n. 40, 2004, p.283-327.

TEIXEIRA, Anderson Vinchinkeski. *Teoria Pluriversalista do Direito Internacional*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Realinhamento Constitucional. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VILHENA VIEIRA, Oscar (coords.) *Direito Global*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

WALKER, Neil. The Idea of Constitutional Pluralism. *The Modern Law Review*, Vol. 65, nº 03, maio, p. 317-359, 2002

WALKER, Neil. Beyond Boundary Disputes and Basic Grids: Mapping the Global Disorder of Normative Orders, Vol. 6, nº 3 e 4, *International Journal of Constitution Law*, 373-396, 2008.





## A DIFUSÃO DE IMAGENS DE CRIMES E DE ACIDENTES NO BRASIL: CONDUTA TÍPICA E VIOLAÇÃO DE DIREITOS DA PERSONALIDADE

THE DISSEMINATION OF IMAGES OF CRIMES AND ACCIDENTS IN BRAZIL: TYPICAL CONDUCT AND VIOLATION OF PERSONALITY RIGHTS

NÉLIDA REIS CASECA MACHADO\* | KÁTIA DIAS MANSO\*\*

### RESUMO

Compartilhar imagens de acidentes de trânsito ou de crime, retratando as vítimas, tornou-se um hábito cada vez mais difundido. As imagens, nestas condições, contudo, expõem as pessoas e retratam vítimas com mutilações, exposição de ossos, de carne dilacerada ou de genitais e, em razão disso, afeta a sociedade porque expõe as pessoas retratadas de forma ofensiva, violando direitos de personalidade e de imagem, questão que deve ser enfrentada e debatida a fim de se encontrar um posicionamento sadio para uma boa qualidade de vida social. Além do mais, considerando-se que uma grande parte das imagens são captadas e divulgadas por agentes estatais da investigação, o Estado pode ser responsabilizado, inclusive, esta conduta não se coaduna com os princípios do processo penal. Assim, a proposta deste artigo, através de pesquisa bibliográfica, é discorrer sobre os reflexos do compartilhamento das imagens feitas e propagadas pelas pessoas e pelo servidor público, na área penal e civil, apontando as consequências e as responsabilidades advindas desta conduta.

**Palavras-chave:** Compartilhamento; Personalidade; Responsabilidade; Punibilidade.

### ABSTRACT

Share images from traffic accidents or crime, portraying the victims, became a habit increasingly widespread. The images, in these conditions, however, expose people and portray victims with mutilations, bone exposure of flesh torn or genitals and, as a result, affects the society because it exposes the people depicted offensively, violating rights of personality and image, an issue that must be addressed and debated in order to find a sound position for a good quality of life. Besides, considering that many of the images are captured and disseminated by State agents of the investigation, the State can be held responsible, inclusive, this conduct is not in line with the principles of criminal proceedings. Thus, the purpose of this article, through bibliographical research, it is write on the reflections of the sharing of images taken and propagated by the people and by the public server, on criminal and civil area, pointing out the consequences and responsibilities arising from this conduct.

**Keywords:** Sharing; Personality; Liability; Criminality.

\* Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Professora e Pesquisadora no Centro Universitário de Formiga (UNIFOR), com fomento da FAPEMIG. Assessora do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.  
*nelidacaseca@gmail.com*

\*\* Bacharel em Direito pelo UNIFOR. Advogada. Auxiliar na Turma Recursal de Formiga (MG).  
*katitamanso@gmail.com*

Recebido em 22-3-2017 | Aprovado em 11-5-2017



## SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO; 1 A CONDUTA NA SEARA CRIMINAL; 2 A RESPONSABILIZAÇÃO CÍVEL DA CONDUTA; 3 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.**

### ■ INTRODUÇÃO

Em virtude do desenvolvimento tecnológico, que facilitou o acesso às câmeras, às filmadoras e à internet (a maioria dos telefones vêm com estes dispositivos), compartilhar imagens de acidentes de trânsito e/ou crimes, tornou-se um hábito cada vez mais difundido. As imagens, nestas condições, contudo, expõem as pessoas e retratam vítimas com mutilações, exposição de ossos, de carne dilacerada ou de genitais.

No Brasil, a divulgação destas cenas acontece desde os anos 90, a exemplo do acidente sofrido pelos Mamonas Assassinas<sup>1</sup> em que, não tendo havido sobreviventes, as imagens foram divulgadas por meio de disquetes e e-mails. Em maio de 2012, as fotos do empresário Marcos Matsunaga<sup>2</sup>, morto e esquartejado, “vazaram” na internet e foram divulgadas por redes sociais e e-mails.

De grande repercussão, também, foi a morte do cantor Cristiano Araújo<sup>3</sup> em que, além de serem divulgadas as fotos do preparo do seu corpo para o velório, imagens de um vídeo realizado durante a autópsia se espalhou. Mais recentemente tem-se o vazamento do atendimento da ex-primeira-dama Marisa Letícia<sup>4</sup> que teve seus exames divulgados por uma médica que a atendia em um dos mais conceituados hospitais de São Paulo. Até a presente data tem-se que a médica foi demitida e está sob sindicância do Conselho Regional de Medicina, para apuração de violação do Código de Ética da profissão.

Isso também ocorre com pessoas não famosas. Em 05 de julho de 2014, por exemplo, cinco jovens voltavam de uma festa em Piumhi/MG, quando, ao pararem para trocar um pneu

<sup>1</sup> No dia 2 de março, enquanto voltavam de um show em Brasília, o jatinho Learjet em que viajavam, prefixo PT-LSD, chocou-se contra a Serra da Cantareira, numa tentativa de arremetida, matando todos que estavam no avião. FOTOS REAIS DO ACIDENTE DOS MAMONAS ASSASSINAS SEM CORTES. *Cabuloso, fatos da vida real*. Disponível em: < <http://cabuloso.com/portal/search/results/fotos-reais-do-acidente-dos-mamonas-assassin-sem-cortes>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

<sup>2</sup> TOMAZ, Kleber. Fotos de Marcos Matsunaga esquartejado vazam na internet: Defesa diz que temia divulgação e que pedido de sigilo foi negado pelo juiz. A Secretaria de Segurança Pública vai investigar divulgação das imagens. *Portal G1 de 30 ago 2012*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2012/08/fotos-de-marcos-matsunaga-esquartejado-vazam-na-internet.html>>. Acesso em: 03 mar. 2017.

<sup>3</sup> BORGES, Fernanda. TÚLIO, Sílvio. Cantor cristiano araujo morre após acidente de carro em go, diz hospital. *Portal G1 de 24 jun 2015*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/goias/noticia/2015/06/cantor-cristiano-araujo-morre-apos-acidente-de-carro-em-goias.html>>. Acesso em: 03 mar. 2017.

<sup>4</sup> MARISA LETÍCIA TEVE DADOS SIGILOSOS DE DIAGNÓSTICO VAZADOS POR MÉDICA DO SÍRIO-LIBANÊS. Zero Hora de 02 fev 2017. Disponível em: < <http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2017/02/marisa-leticia-teve-dados-sigilosos-de-diagnostico-vazados-por-medica-do-sirio-libanes-9708333.html>>. Acesso em: 10 fev. 2017. Até a data desta pesquisa tem-se que a médica foi demitida e está sob sindicância do Conselho Regional de Medicina, para apuração de violação do Código de Ética da profissão.



na MG/170, município de Pimenta/MG, foram atingidos por outro veículo em alta velocidade<sup>5</sup>, tendo cinco pessoas falecido no local e suas fotos foram intensamente divulgadas através do “whatsapp” nas cidades vizinhas.

Em virtude da difusão deste comportamento, qualquer pessoa pode receber, em seu celular, a imagem de um familiar morto. Inclusive a família pode ter acesso às imagens antes mesmo de receber a notícia do acidente ou do crime que ocorreu com o parente, já que no Brasil, são mais de 60 mil vítimas de acidentes de trânsito e acima de 50 mil mortos os mortos por homicídio, no ano de 2014<sup>6</sup>.

Este comportamento revela as transformações do final do século XIX e início do século XX, que tem como marca registrada a revolução tecno eletrônica, que altera o modo de produção do conhecimento e das relações humanas<sup>7</sup>. Os avanços tecnológicos têm como “ícone a velocidade que está a serviço da otimização das performances”<sup>8</sup>.

Marília Pereira Bueno Millan sustenta que esta velocidade acaba alterando as formas de agir e pensar do indivíduo e, de consequência, dos agrupamentos sociais. Diz ainda que a conexão rápida, que surge da possibilidade de obter informações em tempo real e contato com todos a qualquer momento, vem acompanhada de enorme fluxo de informações e de contatos fugazes e superficiais<sup>9</sup>, o que influencia nas modas, ideias, valores e práticas sociais.

Neste contexto, as imagens passam a dominar as narrativas e o efêmero supera os valores perenes e universais e aqui se enquadram os direitos humanos, que não são observados e nem sopesados quando se capta a foto ou a compartilha.

Decorrente, então, do tempo atual e fundada em aparente curiosidade humana, a conduta não é refletida e, por isto, impede que as pessoas se deem conta de que poderiam estar praticando crimes, ou mesmo violando direitos de outras pessoas. E, na verdade, as pessoas que agem assim estão infringindo normas tanto no âmbito penal quanto no cível, passíveis de serem punidas.

No contexto penal, a conduta, como será exposto, pode se caracterizar como vilipêndio de cadáver<sup>10</sup>, previsto no Código Penal, art. 212, punido com pena de detenção e multa. Na seara cível, ferem-se os direitos de personalidade, mais especificamente aqueles destinados à proteção dos aspectos constitutivos da identidade da pessoa humana, mormente os *pos mortem*, que são defendidos pelos parentes da vítima, conforme preceitua o Código

<sup>5</sup> SILVA, Ana Lúcia. Causa de acidente que matou 5 em Pimenta pode ser velocidade, diz PMR. Jovem de 18 anos bateu em carros que estavam na marginal da MG-170. Ele tem carteira provisória e suspeita é que dirigia em alta velocidade. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mg/centro-oeste/noticia/2014/07/causa-de-acidente-que-matou-5-em-pimenta-pode-ser-velocidade-diz-pmr.html>> Acesso em: 21 jun. 2017.

<sup>6</sup> STOCHEIRO, Tahiane. Brasil teve em média 143 assassinatos por dia em 2014. Portal G1 do dia 27 jul 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/07/brasil-teve-em-media-143-assassinatos-por-dia-em-2014.html>>. Acesso em: 20 mar. 2015.

<sup>7</sup> MILLAN, Marília Pereira Bueno. Reality shows: uma abordagem psicossocial. *Psicol. cienc. prof.*, Brasília, v. 26, n. 2, p. 190-197, Jun. 2006. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1414-98932006000200003&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932006000200003&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 08 mar. 2017, p. 193.

<sup>8</sup> MILLAN. op. Cit. p. 194.

<sup>9</sup> MILLAN. Op. Cit. p. 194.

<sup>10</sup> BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 7 de setembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, 7 de dezembro de 1940; 119 da Independência e 52ª da República. Art. 212: “Vilipendiar cadáver ou suas cinzas: Pena - detenção, de um a três anos, e multa.”

Civil, artigo 20, parágrafo único<sup>11</sup>.

No entanto, estas previsões, “parecendo insuficientes”, levaram à apresentação de três projetos de lei no Congresso Nacional com o intuito de criar responsabilidades mais específicas, afastando os raciocínios de que esta conduta não é prevista legalmente e obrigando as autoridades a zelar pela preservação da dignidade dos familiares, que são os principais ofendidos. Com este intuito três projetos debateram o tema: o de n. 5.012/13, n. 2,237/15 e 436/15, mas nenhum foi capaz, ainda, de alterar o ordenamento jurídico.

Posto isto, neste trabalho será analisado o impacto decorrente da captura e do compartilhamento de imagens de vítimas de crime e/ou acidentes e averiguar, na leitura do ordenamento jurídico atual, a responsabilidade deles advinda. Assim, primeiro será analisado o compartilhamento na seara criminal, depois na perspectiva do cível e, por fim, a responsabilidade do Estado.

## 1 A CONDUTA NA SEARA CRIMINAL

Spencer Toth Sydow, considerando o avanço da tecnologia, sustenta que se faz necessária uma nova interpretação do crime de vilipêndio de cadáver previsto no artigo 212 do Código Penal<sup>12</sup>. Ressalte-se que o objeto do crime de vilipêndio é profanar o corpo da pessoa sem vida, configurando-se o tipo com atos materiais ou com condutas praticadas, através de gestos ou palavras ofensivas (aceitando-se inclusive a sua forma escrita), incluindo atitudes como retirar as vestes de um cadáver, defecar sobre ele, praticar atos de necrofilia, dentre outros.

Vilipendiar, ao pé da língua portuguesa, significa destratar ou humilhar; tratar com desdém; fazer com que algo ou alguém se sinta desprezado ou desdenhando; menosprezar; julgar algo ou alguém por baixo; não validar as qualidades de alguém; ofender através de palavras, gestos ou ações. E nesse tipo penal inexistente previsão ou correlação direta com a divulgação das imagens, no entanto, a infração, segundo ele, deve ser analisada por um viés diferenciado.

É que o tipo penal tutela o respeito aos mortos, repudiando atitudes desonrosas, com desrespeito, desprezo ou insignificância para com o corpo do morto. Assim, o dolo do crime (elemento subjetivo do tipo), se evidencia pela conduta praticada mediante palavras, escritos ou gestos para com o morto, não havendo a modalidade na culposa<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 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. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

<sup>12</sup> BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 7 de setembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, 7 de dezembro de 1940; 119 da Independência e 52ª da República. Art. 212 do CP: Vilipendiar cadáver ou suas cinzas: Pena - detenção, de um a três anos, e multa. SYDOW, Spencer Toth. *Internet e uma nova interpretação do crime de vilipêndio ao cadáver*. Jus, março/2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/40372/internet-e-uma-nova-interpretacao-do-delito-de-vilipendio-a-cadaver>>. Acesso em: 03 de mar. 2017.

<sup>13</sup> DELMANTO. Celso. *Código Penal Comentado*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva 2011.



E a conduta de produzir ou compartilhar as fotos, facilidades advindas da tecnologia, segundo Spencer, deu novo sentido ao crime, que passa a ser analisado pelo princípio da ofensividade, tendo como bem jurídico a violação do sentimento de respeito à memória do morto<sup>14</sup>. Cumpre salientar que, normalmente, somente aquele que coleta as imagens é punido, entretanto, divulgar, por qualquer meio eletrônico ou físico, também ofende os familiares.

Assim, com base nesta hermenêutica, que dá nova roupagem ao tipo penal, qualquer pessoa que captar ou divulgar estas imagens, incorreria em vilipêndio ao cadáver.

No entanto, há outros comportamentos típicos envoltos à captação/compartilhamento das imagens. É que elas, pelas evidências de dispositivos isoladores do local, marcadores, luvas e outros instrumentos característicos, próprios das investigações, bem como a aparência de imagens feitas para a instrução do inquérito policial, são captadas na presença de autoridades policiais ou pelos próprios agentes estatais responsáveis, designados para preservar ou investigar tais cenas.

Considerando-se que o inquérito policial é sigiloso, conforme previsão no Código de Processo Penal, artigo 20<sup>15</sup> e as proteções decorrentes da Constituição da República, do Código Civil, do Código Penal, o sigilo estaria sendo quebrado com a divulgação das imagens, o que representa grave e intolerável violação, porque o sigilo tem como objeto proteger a intimidade, a vida privada, a imagem e a honra das pessoas envolvidas na apuração e sua quebra representa o desvirtuamento do procedimento investigatório.

Sustenta Fernando da Costa Tourinho:

(...) Não se concebe investigação sem sigilação. Sem o sigilo, muitas e muitas vezes o indiciado procuraria criar obstáculos às investigações, escondendo produtos ou instrumentos do crime, afugentando testemunhas e, até fugindo à ação policial. Embora não se trate de regra absoluta, como se entrevê da leitura do art. 20, deve a Autoridade Policial empreender as investigações sem alarde, em absoluto sigilo, para evitar que a divulgação do fato criminoso possa levar desassossego à comunidade. E assim deve proceder para que a investigação não seja prejudicada. Outras vezes o sigilo é mantido visando amparar e resguardar a sociedade, vale dizer, a paz social<sup>16</sup>.

Inclusive o Ministro César Peluso, ao deferir parcialmente a ordem no julgamento do HC 88190, em que foi avaliado o sigilo dos procedimentos investigatórios, considerou a sua quebra como uma das mais graves e intoleráveis violações, visto que “o próprio sigilo visa à elucidação dos fatos e ao mesmo tempo preserva a intimidade, vida privada, imagem e honra das pessoas envolvidas”<sup>17</sup>.

Ressalte-se que ao revelar fato considerado sigiloso da investigação policial, ou

<sup>14</sup> O bem jurídico que se visa proteger é o sentimento de boa lembrança, de respeito e de veneração que se guarda em relação ao ente querido falecido.

<sup>15</sup> BRASIL. DECRETO-LEI n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. de 07 de dezembro de 1940. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, em 3 de outubro de 1941; 120o da Independência e 53o da República. Art. 20: A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.

<sup>16</sup> TOURINHO, Fernando Costa. Código de processo penal comentado. Rio de Janeiro. Saraiva, 1997. p 49.

<sup>17</sup> HC 88190, Relator Ministro Cezar Peluso, Segunda Turma, julgamento em 29.8.2006, DJ de 6.10.2006, p. 649.

permitir a sua obtenção, o agente público é punido por transgressão disciplinar de mesma natureza do crime. No caso dos policiais militares, haverá a aplicação do Código Penal Militar, com a instauração de um inquérito militar para a apuração dos fatos e posterior aplicação das sanções, se for o caso.

No Estado de Minas Gerais há previsão de procedimento administrativo para a punição disciplinar, com base nas sanções previstas na lei orgânica do Estado para o caso de compartilhamento de imagens, vez que o art. 148, VII, da Lei Complementar n. 129 de 2013 define como infração disciplinar o ato de quebrar o sigilo das investigações policiais ou prejudicar o andamento delas. Quebrado o sigilo, portanto, será instaurado um processo administrativo contra o servidor, com a possibilidade de aplicação das penas de repreensão, suspensão, multa e demissão (arts. 154 a 160 da Lei), conforme o grau de classificação da infração (leve, média ou grave).

Todavia, a responsabilização penal do servidor se dá pelas condutas tipificadas como crimes específicos, ou seja, delitos cometidos em razão do exercício da função pública, tipificados nos artigos 579 a 584 do Código Penal e em outros dispositivos legais. E como inexistente vilipêndio de cadáver praticado no exercício das funções dos agentes públicos, tampouco no Código Penal Militar, não haverá responsabilização penal para esses casos, recaindo sobre os agentes apenas as sanções civis, em virtude do direito de regresso e as penas administrativas<sup>18</sup>.

No entanto, para evitar estas lacunas e possibilitando uma melhor defesa da dignidade da memória dos mortos e proteção dos entes familiares, três projetos de lei foram discutidos no Congresso Nacional. O primeiro projeto de lei, n. 5.012/13, proposto na Câmara dos Deputados em 21/02/2013 pela deputada Aline Corrêa (PP-SP), tinha como finalidade evitar o compartilhamento das imagens de vítima fatal de acidente ou de crime, acrescentando um parágrafo ao artigo 20 do Código Civil, responsabilizando o Estado pela preservação da imagem das vítimas<sup>19</sup>.

Os demais projetos, n. 2.237/15 e 436/15, vieram após as repercussões sobre a divulgação de vídeos e imagens do cantor Cristiano Araújo. Esses projetos possuem o propósito de punir aqueles que compartilham fotos de cadáveres pela internet ou via aplicativos móveis.

O projeto de n. 2.237/15 foi apresentado pelo Deputado César Halum (PRB-TO) em 07/07/2015, e tem por objetivo transformar em crime a divulgação de fotos e imagens de cadáveres, de modo a impedir que episódios como o do cantor voltem a se repetir. Nele se propõe punição para aqueles que registram as imagens e para aqueles que a repassam, eis que a divulgação seria tão danosa quanto o seu registro, dando nova redação ao parágrafo único do artigo 212 do Código Penal<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> GOMES, Reginaldo Gonçalves. *Responsabilidade administrativa, penal e civil no Direito Administrativo Disciplinar*. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 119, dez 2013. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=14020&revista\\_caderno=4](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14020&revista_caderno=4)>. Acesso em 14 out. 2015.

<sup>19</sup> O projeto de lei prevê nova redação ao artigo 20 do CC nos seguintes termos: “Artigo 20: (...)§ 2º Ao lidar com vítima fatal de acidente ou de crime, a autoridade competente zelará pela preservação de sua dignidade, evitando sua exposição pública bem como o uso indevido de sua imagem (NR).”

<sup>20</sup> Artigo 212 - (...)Parágrafo único. Aumenta-se a pena de um a dois terços se reincidente o agente ou pratica o crime divulgando ou expondo na internet, redes sociais ou similares, fotos ou vídeos de cadáver. (NR)

O projeto de n. 436/2015, proposto pelo Senador Davi Alcolumbre, almeja aumentar a pena do artigo 212 do Código Penal aos que propagam essas imagens na internet. Observa-se ainda, que os mencionados projetos asseguram o direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, com a previsão de indenização por dano material e/ou moral decorrente da violação.

O primeiro, de Aline Corrêa, foi arquivado, pois não passou na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Os demais aguardam designação de relator nas Comissões de constituição, cidadania e justiça para posterior análise.

Então, o que se tem na seara criminal, atualmente, é o crime de vilipêndio de cadáver para o particular e, sendo o autor um servidor, ela será responsabilizado conforme a disciplina do agente público.

## 2 A RESPONSABILIZAÇÃO CÍVEL DA CONDUCTA

Consagrados como absolutos e *erga omnes*, os direitos da personalidade, disciplinados no art. 5º, inciso X da Constituição da República 1988<sup>21</sup>, são oponíveis à coletividade e adquiridos pela capacidade jurídica, quando do nascimento com vida, conforme artigo 2º do Código Civil de 2002<sup>22</sup>. Acompanham o ser humano por toda a sua vida, sendo o evento “morte” o término da personalidade.

Muito embora a personalidade jurídica termine com a morte da pessoa natural, Pablo Stolze e Pamplona Filho sustentam a admissão da proteção à direitos de personalidade ao falecido, com fundamento na ideia de proteção à memória do morto, bem como seus restos mortais, pelo que representam para os seus parentes, não sendo considerados apenas direito de propriedade<sup>23</sup>.

Além disso, a proteção à personalidade tem como fundamento o princípio da dignidade humana<sup>24</sup>, considerado vetor para a defesa de valores inerente ao homem. Isto é, a personalidade<sup>25</sup> tutela a integridade do ser humano, em reconhecimento do princípio da dignidade humana.

Dessa forma, a personalidade é a base da existência do homem em relação aos demais indivíduos e como decorrente do princípio da dignidade, seus atributos são violados

<sup>21</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Organização de Alexandre de Moraes. 42 ed. São Paulo: Atlas, 2016. O artigo 5º, X, da Constituição estabelece que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem.

<sup>22</sup> “Art. 2º do Código Civil dispõe que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

<sup>23</sup> STOLZE Pablo; PAMPLONA FILHO. *Novo Curso de Direito Civil - Parte Geral*. São Paulo: Saraiva. p.162.

<sup>24</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. p.19

<sup>25</sup> [...] a personalidade consiste no conjunto de caracteres próprio da pessoa. A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apoia os direitos e deveres que dela irradiam, é o objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens Cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro (Vol. I)*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 119.

quando se viola a honra<sup>26</sup>, a imagem e a memória dos mortos.

Dito isto, a captação e a divulgação de imagem aviltante, decorrente de acidente ou crime, afrontam diretamente a dignidade humana, via honra, que é protegida no art. 20 do Código Civil, podendo ser compensada através do dano moral, no intuito de atenuar a dor decorrente da ofensa perpetrada<sup>27</sup>. Ofende, ainda, o direito de imagem, que é uma projeção da personalidade física da pessoa, por incluir traços fisionômicos, características físicas e visualmente perceptíveis.

Tratam-se de figura, retrato, fotografia ou filmagem que são protegidas pela Constituição Federal, no artigo 5º, X e XXVIII, “a”, elencado dentre os Direitos e Garantias Fundamentais, que protegem o Direito de Personalidade<sup>28</sup>. E, como em sua maioria, as imagens retratam pessoas falecidas, viola-se a memória dos mortos, o que atinge os familiares<sup>29</sup> deles, sendo estes os legitimados a defender a honra pessoal do “*de cujus*”.

Tanto que os três projetos de lei discutidos no Congresso apontam como cerne a proteção à memória dos mortos, pois, a divulgação das imagens de cadáveres “multiplicam a dor daqueles que tem seu ente querido, recém-falecido, exposto de maneira insensível e cruel.”<sup>30</sup>

Assim, visando proteger pensando nos sentimentos daqueles que têm a imagem de seus parentes indiscriminadamente divulgada, os referidos projetos, além de tutelar a memória e a honra das vítimas, também criam um dever compensatório, com forma de repressão à prática<sup>31</sup>.

Assim as proteções específicas dos direitos de personalidade, oportunizando aos parentes das vítimas à reparação por dano moral, bem como tenta deter os compartilhamentos, com a aplicação das regras prescritas no artigo 12 do Código Civil. Inclusive porque a ruptura do sigilo no procedimento investigatório acarreta danos irreparáveis à personalidade.

Compreende-se, então, que direitos como honra, imagem e memória dos mortos são protegidos e preservados, devendo ser combatidas as condutas que os atingem, vez que esses elementos integram a personalidade humana, por seus caracteres físicos e extrapatrimoniais, permitindo aos herdeiros a custódia do direito, ensejando condenações por dano moral por ricochete, porque a conduta avilta o morto, mas atingem os direitos de personalidade dos herdeiros. Ou seja, integram a personalidade humana e correspondem, por suas características físicas, o patrimônio subjetivo dos herdeiros.

<sup>26</sup> “Honra” o agrupamento de qualidades que caracterizam a particularidade de uma pessoa. São as qualidades que dizem respeito a dignidade.

<sup>27</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito Civil - Direito das Obrigações e responsabilidade Civil*. 7ª edição, São Paulo: Método, 2012. p.129.

<sup>28</sup> LEME, Fábio Ferraz de Arruda. *O direito de imagem e suas limitações*. Jus Brasil. São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://por-leitores.jusbrasil.com.br/noticias/2995368/o-direito-de-imagem-e-suas-limitacoes>>. Acesso em: 03 mar. 2017.

<sup>29</sup> Parágrafo único do artigo 12 do CC/02 legitima, não somente aos familiares diretos, como também reconhece ao cônjuge, ao companheiro ou ao convivente o direito de defender os direitos violados. Cf. VENOSA, Silvio Sávio. *Direito Civil- Parte Geral*. 10 edição. São Paulo: Atlas, 2010.

<sup>30</sup> BRASIL, Senado Federal. Projeto de Lei 436/2015. Texto inicial. p.3.

<sup>31</sup> BRASIL, Senado Federal. Projeto de Lei 436/2015. Texto inicial. p.2 que diz: “como se não bastasse a prostração natural resultante do vazio deixado por quem morreu, quem vê seu ente exposto de maneira tão vil, precisa, ainda, buscar reparação judicial para salvaguardar a sua honra e dos sobreviventes”.

### 3 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Como se disse, ao compartilhar as imagens o particular responderia pelo crime de vilipêndio e viola direitos da personalidade, mais especificamente os direitos à honra, à imagem e à memória dos mortos que podem ser tutelados pelos familiares do morto. Entretanto, percebe-se um grande indício de que estas imagens sejam, na maioria das vezes, captadas na presença de agentes públicos, quando não são obtidas e compartilhadas por eles mesmos e, assim o sendo, o responsável é o Estado.

Isto porque o Estado tem o dever de resguardar direitos, bem como garanti-los, preservando tanto a honra, como a imagem e memória das vítimas perante seus familiares, e de forma alguma, se poderia admitir a captação ou compartilhamento de imagens durante a investigação de acidentes ou crimes. Partindo-se do pressuposto de que o dano decorre do comportamento humano contrário ao ordenamento jurídico, Cavalieri Filho o conceitua como

a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trata de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc<sup>32</sup>.

Cumprido esclarecer que, como se sabe, a responsabilidade civil estatal recebeu um tratamento muito diferenciado durante sua evolução no tempo. Várias teorias foram elaboradas sendo que, em alguns sistemas prevalecem institutos do direito privado, em outros um regime mais publicista.

Por muito tempo, era adotada a teoria da irresponsabilidade estatal, empregada durante a época dos Estados absolutos, em que o Estado dispunha de autoridade absoluta e qualquer responsabilidade a ele atribuída seria desrespeitar a soberania. Com o evoluir da história, passou-se para uma responsabilidade mais subjetiva, relacionada à culpa<sup>33</sup>.

Essa teoria civilista somente aceitava a responsabilidade estatal quando verificada a culpa de seus subordinados. Por fim, prossegue-se para a atual teoria objetiva do Estado, aplicável diante de alguns requisitos variáveis, de acordo com as normas impostas pelo direito positivo<sup>34</sup>.

Atualmente, então, a responsabilidade civil do Estado é objetiva, bastando a comprovação donexo causal e do dano para haver o dever de reparação, pois a atividade do servidor público acarreta a responsabilidade do Estado nos termos da Constituição, art.37, §6º<sup>35</sup>. Isto é, havendo a divulgação das imagens, que deveriam ser sigilosas, pelo agente

<sup>32</sup> CAVALIERI, Sérgio Filho. Programa de responsabilidade Civil. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.236.

<sup>33</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela. *Direito Administrativo*, 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p.645.

<sup>34</sup> DI PIETRO, *op. cit.* p. 645.

<sup>35</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Organização de Alexandre de Moraes. 42 ed. São Paulo: Atlas, 2016. A Constituição de 1988, em seu artigo 37, § 6º, determina que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

estatal, o Estado será responsabilizado<sup>36</sup>, porque é civilmente responsável pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, venham a causar a terceiros<sup>37</sup>.

E sendo a polícia judiciária um órgão da administração pública direta, mantida e administrada pela União, geralmente vinculadas à um órgão maior, como a Secretaria de Segurança Pública ou Secretaria de Defesa Social, a depender de cada Estado em que desenvolve a sua atuação, o desempenho dessa atividade deve atender ao interesse público. Ou seja, é uma instituição criada com o objetivo de assegurar a aplicação das leis em vigor, prestar segurança à população e executar as políticas de segurança pública, é “a polícia é uma instituição de direito público destinada a manter a paz pública e a segurança individual”<sup>38</sup>, tal como o próprio Estado.

Concluindo, uma vez que os direitos da personalidade foram violados com o compartilhamento de imagens advindas de investigação policial, constatando-se que a origem destas imagens resulta da imprudência dos agentes públicos responsáveis por resguardar esses direitos, tem-se a da responsabilização civil do Estado. Esta responsabilidade está assentada na falha da tutela dos direitos, devendo ser reparado o dano causado aos familiares, preservando-se os direitos de personalidade.

A responsabilização pode ser requerida na seara administrativa ou na via judicial e, se condenado, o Estado pode exercer o direito de regresso contra o agente público que ocasionou o dano. Afinal, trata-se de responsabilidade objetiva Estatal e subjetiva do servidor<sup>39</sup>.

Nesse último caso, tem-se a aplicação da teoria subjetiva da responsabilidade civil, em que se faz necessária a comprovação da culpa do agente estatal, além do dano e do nexo de causalidade. Por fim, convém reafirmar que os servidores públicos são responsabilizados nas três esferas: civil, administrativa e penal<sup>40</sup>, contudo, para que haja a responsabilização penal, é essencial que a conduta seja regulamentada a eles no âmbito criminal, tipificada como crime nas leis que regulamentam cada profissão desses servidores.

## ■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

Feita a pesquisa, verifica-se que a difusão, captação e compartilhamento de imagens, vídeos ou mensagens tornaram-se um hábito moderno, cada vez mais usual. Pertencem à nova forma de entender e visualizar o mundo, em que pairam novos valores e comportamentos.

No Brasil, tornou-se constante o compartilhamento de imagens expondo corpos mutilados em acidentes de trânsito, ou cenas brutais de assassinatos, geralmente colhidas no pós-acidente ou após o cometimento de um crime.

Este comportamento afeta a sociedade e, de consequência, o ordenamento jurídico, de modo que projetos de lei foram apresentados visando proteger direitos e punir os

<sup>36</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 26ª ed. São Paulo. Atlas, 2013. p.558.

<sup>37</sup> CARVALHO Filho, *op. cit.* p.558.

<sup>38</sup> MIRABETE, Júlio Fabrini. *Processo Penal*, 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 35

<sup>39</sup> DI PIETRO. *op. cit.* p.647.

<sup>40</sup> DI PIETRO. *op. cit.* p. 647.



praticantes da conduta. No âmbito criminal, o compartilhamento incide na prática do crime de vilipêndio ao cadáver, caracterizada pela ausência de respeito aos familiares das pessoas mortas, por desonra e desrespeito à figura que o morto representa aos familiares.

Ainda no âmbito penal, o procedimento investigatório criminal, que é a primeira providência do Estado no sentido de se apurar a verdade dos fatos, bem como angariar a materialidade para a proposição da ação penal cabível, deve ser sigiloso. E a captação de fotos e o compartilhamento das imagens quebram o sigilo, pois o procedimento investigatório deve preservar tanto o local, quanto às vítimas, bem como outros direitos ainda inerentes aos familiares das vítimas.

Da mesma forma, captar/compartilhar estas imagens não se coaduna com os princípios da dignidade da pessoa humana, que se consubstanciam nos direitos de personalidade, resguardados constitucionalmente e que são objetos de proteção na seara civil. A honra, a imagem e a memória dos mortos são direitos protegidos juridicamente e são flagrantemente infringidos com esses compartilhamentos.

Uma vez demonstrado o dano, há de se ter, além de uma responsabilização criminal, uma reparação pecuniária, numa tentativa de recompor o sofrimento suportado, além de tentar evitar a reiteração da prática. Inclusive, algumas pessoas que captaram e compartilharam imagens nestas condições estão sendo responsabilizadas.

Entretanto, há evidências da presença do Estado (por seus agentes) na captação das imagens compartilhadas. Percebe-se a presença desses agentes nos elementos de perícia na própria imagem, tais como luvas, marcadores, fitas isoladoras, pessoas com vestimentas típicas de policiais, que ao invés de preservar os direitos pertinentes ao caso, podem ser os próprios divulgadores.

Nestes casos, além de quebrar um dos princípios essenciais do inquérito, viola-se a comportamento esperado do servidor, próprio da função exercida pelo agente público. Uma vez responsável pelos atos praticado por seus agentes, no desempenho de suas funções, a aplicação da responsabilidade objetiva do Estado se faz pertinente, já que o agente público desempenha a atividade do Estado, preservando e protegendo direitos de seus cidadãos.

No caso de o captador/compartilhador das imagens ser o próprio representante da atividade pública ou que tenha permitido ou se omitido facilitando que as imagens fossem obtidas, necessária se faz a responsabilização civil estatal para reparação das violações perpetradas aos parentes das vítimas.

Isto porque a polícia judiciária, como órgão da administração pública, deve atender ao interesse público, e, comprovada a culpa do agente, ele deverá responder, ante o direito de regresso do Estado, civilmente e, administrativamente, com punição disciplinar, de maneira cumulativa.

Portanto, e por tudo o que foi apontado, difundir imagens não é uma conduta inofensiva advinda de um comportamento de menor valor, por advir de uma curiosidade humana. É uma prática que deve ser combatida e, por isso, o ordenamento jurídico tem reagido a ela, através da hermenêutica do Código Penal, da Constituição, do Código Civil e inovando, os projetos legislativos, todos no intuito de combater a conduta e evitar que ela perpetue.

## REFERÊNCIAS

- BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
- BORGES, Fernanda. TÚLIO, Sílvio. Cantor cristiano araujo morre após acidente de carro em go, diz hospital. *Portal G1* de 24 jun 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/goias/noticia/2015/06/cantor-cristiano-araujo-morre-apos-acidente-de-carro-em-goias.html>>. Acesso em: 03 mar. 2017.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Organização de Alexandre de Moraes. 42 ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo. Atlas, 2013.
- CAVALIERI, Sérgio Filho. *Programa de responsabilidade Civil*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- DELMANTO. Celso. *Código Penal Comentado*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva 2011.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela. *Direito Administrativo*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FOTOS REAIS DO ACIDENTE DOS MAMONAS ASSASSINAS SEM CORTES. *Cabuloso, fatos da vida real*. Disponível em: <<http://cabuloso.com/portal/search/results/fotos-reais-do-acidente-dos-mamonas-assassinadas-sem-cortes>>. Acesso em: 02 fev. 2017.
- GOMES, Reginaldo Gonçalves. Responsabilidade administrativa, penal e civil no Direito Administrativo Disciplinar. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 119, dez 2013. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=14020&revista\\_caderno=4](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14020&revista_caderno=4)>. Acesso em: 14 out. 2015.
- LEME, Fábio Ferraz de Arruda. O direito de imagem e suas limitações. *Jus Brasil*. São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://por-leitores.jusbrasil.com.br/noticias/2995368/o-direito-de-imagem-e-suas-limitacoes>>. Acesso em: 03 mar. 2017.
- MARISA LETÍCIA TEVE DADOS SIGILOSOS DE DIAGNÓSTICO VAZADOS POR MÉDICA DO SÍRIO-LIBANÊS. *Zero Hora* de 02 fev 2017. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2017/02/marisa-leticia-teve-dados-sigilosos-de-diagnostico-vazados-por-medica-do-sirio-libanes-9708333.html>>. Acesso em: 10 fev. 2017.
- MILLAN, Marília Pereira Bueno. Reality shows: uma abordagem psicossocial. *Psicol. cienc. prof.*, Brasília, v. 26, n. 2, p. 190-197, Jun. 2006. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1414-98932006000200003&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932006000200003&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 08 mar. 2017.
- MIRABETE, Júlio Fabrini. *Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- TOURINHO, Fernando Costa. *Código de processo penal comentado*. Rio de Janeiro. Saraiva, 1997.
- STOCHERO, Tahiane. Brasil teve em média 143 assassinatos por dia em 2014. *Portal G1* do dia 27 jul 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/07/brasil-teve>>



em-media-143-assassinatos-por-dia-em-2014.html>. Acesso em: 20 mar. 2015.

SYDOW, Spencer Toth. Internet e uma nova interpretação do crime de vilipêndio ao cadáver. *Jus*, março/2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/40372/internet-e-uma-nova-interpretacao-do-delito-de-vilipendio-a-cadaver>>. Acesso em: 03 de mar. 2017.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil - Direito das Obrigações e responsabilidade Civil*. 7ª edição, São Paulo: Método, 2012.

TOMAZ, Kleber. Fotos de Marcos Matsunaga esquartejado vazam na internet: Defesa diz que temia divulgação e que pedido de sigilo foi negado pelo juiz. A Secretaria de Segurança Pública vai investigar divulgação das imagens. *Portal G1* de 30 ago 2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2012/08/fotos-de-marcos-matsunaga-esquartejado-vizam-na-internet.html>>. Acesso em: 03 mar. 2017.

VENOSA, Sílvio Sávio. *Direito Civil- Parte Geral*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.



# COMPATIBILIZAÇÃO OU PREPONDERÂNCIA DE VALORES NA APLICAÇÃO DA SUSTENTABILIDADE?

## COMPATIBILITY OR PREPONDERANCE OF VALUES IN THE APPLICATION OF SUSTAINABILITY?

MARCUS TULLIUS LEITE FERNANDES DOS SANTOS\*

### RESUMO

O modelo de desenvolvimento sustentável possui cinco dimensões valorativas: ambiental, social, econômica, política e cultural. O discurso formal da sustentabilidade no Brasil, através da Política Nacional de Meio Ambiente – PNMA se pauta na compatibilização ou harmonização valorativa dessa multidimensionalidade. Portanto, não se prega a preponderância de valores. Contudo, práticas decisórias *a priori* do Poder Público, têm gerado a insustentabilidade, notadamente no trato do controle sobre a questão dos agrotóxicos e das sementes transgênicas. É que há uma incompreensão do discurso da sustentabilidade aliada a decisões imediatistas. A *American Academy of Arts and Sciences* defende que “falhas no discurso” e “modelos simplistas” são incongruências e incoerências de uma *plastic tree* que não leva a percepção da *real tree*. Isso representa obstáculo para encontrar a essência dos problemas ambientais bem assim a aplicação correta do modelo de desenvolvimento sustentável. No Brasil, decisões do Legislativo, Executivo e Judiciário têm dificultado a efetivação da obrigação constitucional prevista no art. 225, § 1.º, inciso V, da CF/88 (que impõe ao Poder Público obrigação de controlar substâncias nocivas, como agrotóxicos e sementes transgênicas), pois apesar de conhecerem a existência do discurso formal da sustentabilidade, adotam prática decisória pela preponderância de um valor sobre o outro, demonstrando mal compreensão do modelo desenvolvimentista, unidimensionalizando os problemas através de um gerenciamento míope, que acaba naturalizando o artificial, ou seja, repassando a ideia de que se pratica o desenvolvimento sustentável quando se usa o juízo de preponderância. Isso representa um risco de retorno ao “hiperdesenvolvimento”, pois desinstitucionaliza a gestão ambiental, com aplicação incorreta do modelo de desenvolvimento sustentável, o que na prática, representa a tolerância, no Brasil, ao “exploracionismo”.

**Palavras-chave:** Compatibilização; Decisão; Desenvolvimento sustentável; Discurso; Preponderância.

### ABSTRACT

The sustainable development model has five dimensions evaluative: environmental, social, economic, political and cultural. It is a way to manage the complexity, risk and ecological crisis. The formal discourse of sustainability in Brazil, through the National Environmental Policy (PNMA) is guided in matching or evaluative matching this multidimensionality. So do not preach the preponderance of values. However, decision-making practices in advance of the government, have generated unsustainable, especially in the control of the bargain on the issue of pesticides and genetically modified seeds. It is that there is a misunderstanding of the discourse of sustainability together with sighted decisions. Scholars of the American Academy of Arts and Sciences argue that “flaws in the speech”, “simplistic models”, “immanence”, “transcendence”, “blindness for the pleasure of the consummation of the task”, are incongruities and inconsistencies of a plastic tree that does not lead the perception of the real tree. This represents an obstacle to find the essence of environmental problems as well as the correct application of the model of sustainable development. In Brazil, legislative decisions, executive and judiciary have hindered the realization of the constitutional obligation under art. 225, § 1º, section V of the Constitution/88 (which requires the government a duty to control harmful substances such as pesticides and transgenic seeds), because despite knowing the existence of the formal discourse of sustainability, adopt decision-making practice by the preponderance a value on the other, demonstrating bad understanding of the developmental model, onedimensionalization problems through a myopic management, which ends naturalizing the artificial, i.e., passing the idea that practices sustainable development when using the judgment of preponderance. Therefore, natural forms that represent the qualitative logic “compatibility” and “control” forms give way to value of “preponderance” and “uncontrolled”. This represents a return to risk “hyper development” because not institutionalized environmental management, incorrect application of the model of sustainable development, which in practice is tolerance, in Brazil, the “operating without control”.

**Keywords:** compatibility; decision; preponderance; speech; sustainable development

\* Doutorando em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB).  
Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB).  
[marcustullius@ufersa.edu.br](mailto:marcustullius@ufersa.edu.br)

Recebido em 21-3-2017 | Aprovado em 1-5-2017



## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 AS FALHAS NO DISCURSO E OS PROCESSOS DE TOMADA DE DECISÃO IMEDIATISTAS E AUTOCRÁTICOS: o caso tocks island; 2 ENTRE COMPATIBILIZAÇÃO E PREPONDERÂNCIA DE VALORES NOS PROCESSOS DE TOMADA DE DECISÃO: “CONTROLE” OU “DESCONTROLE” NA GESTÃO DA PROBLEMÁTICA DOS AGROTÓXICOS E DAS SEMENTES TRANSGÊNICAS?; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

### ■ INTRODUÇÃO

O século XXI, considerado período da pós-modernidade, tem se caracterizado pela intensificação das múltiplas complexidades. Nesse panorama há que se realçar um tripé perigoso a subjugar: o desenvolvimento desigual, a “economia perversa” e a devastação ambiental, que patenteiam a essência da crise ecológica, tendo como pano de fundo a relação desestruturada entre sociedade, mercado e Estado; as formas insustentáveis de exploração da natureza; as falhas de discurso e os processos de tomada de decisão imediatistas e autocráticos, além da intencionalidade da liberdade do *ter* pelo sujeito artificial ou alienado em detrimento da liberdade do *ser* pelo sujeito natural, replicando em comportamentos antropocêntricos, antiéticos e antidemocráticos, sobretudo, naufragando e asfixiando o meio ambiente. O mundo pós-moderno é cada vez mais produtivista e antiecológico<sup>1</sup>.

Echeverría estimula a discussão da superficialidade dos modos de viver, notadamente capitalistas, que vem sobrepondo a naturalidade do ser humano, fazendo com que as relações sociais, econômicas e políticas sejam basicamente de uso, artificiais e impessoais, no afã de acumulação ilimitada de bens (“*pulsión predatora*”), transcendendo o valor real da existência, mercantilizando a vida humana pelo “*give me more*”. É a obsessão objetiva do produtivismo, uma compulsão pela necessidade de “*la producción por la producción misma*”, promovendo o fenômeno do “consumismo”, através das “riquezas de forma” dos bens produzidos, pelas “trocas de moda”, agitando o “universo do espetáculo” e artificializando o consumo. Isso representa a contradição entre “formas naturais de vida” e “formas de valor adotadas”. De um lado a “lógica qualitativa” e do outro a “lógica abstrata e quantitativa”, esta última que destrói o equilíbrio da natureza<sup>2</sup>.

Essa dicotomia entre *formas de valor adotadas* e *formas naturais de vida* se revela facilmente em alguns exemplos, respectivamente: agronegócio *versus* agroecologia; alimentos industrializados *versus* alimentos orgânicos; cultivo de sementes transgênicas *versus* cultivo de sementes crioulas; monocultura *versus* policultura; modernidade agrícola *versus* campesinato; revolução verde *versus* preservacionismo; crescimento econômico *versus* desenvolvimento sustentável; pesca industrial *versus* pesca artesanal; família de negócios *versus* família natural; sofisticação *versus* simplicidade; maldade *versus* bondade; consumo artificial *versus* consumo natural. Como viver nessa contradição em que a forma de valor acaba se naturalizando (“*naturalidad artificial*”) e definindo a linha do desenvolvimento? Não

<sup>1</sup> LEFF, Enrique. *Epistemologia ambiental*. Trad. Sandra Valenzuela. São Paulo: Cortez, 2001.

<sup>2</sup> ECHEVERRÍA, Bolívar. “La modernidad americana” (Claves para su comprensión). In: \_\_\_\_\_. (compilador). *La americanización de la modernidad*. Mexico-DF: Ediciones Era/UNAM, 2008. Disponível em <http://www.bolivare.unam.mx/ensayos/La%20modernidad%20americana.pdf>, acesso em 22/10/2015.



há como mascarar: é um duelo extraordinário para a ciência, não mais avezada com posições reduzidas.

Ao dialogar com Bindé<sup>3</sup>, seu discurso é de que a ciência não está mais circunscrita a situações simplificadas, pelo contrário, coloca-nos diante da complexidade do universo. Para ele, essa “revolução científica silenciosa” faz a humanidade cruzar, provavelmente ainda à sua revelia, de um mundo de “certezas acabadas” para um “universo de perguntas e de dúvidas infinitas”. Diz que o “fim das certezas” assinala o advento do princípio da complexidade. Sobre a questão ambiental afirma que o planeta, cada dia mais frágil, se descobre, no espelho da consciência ecológica, como mortal. É a partir de então que surgem os “desafios do complexo” para Larreta<sup>4</sup>, notadamente o papel privilegiado e simbólico do discurso ecológico em nossa modernidade tardia e a emergência de uma nova representação do risco. Essas representações provocam um efeito no plano da consciência das complexas articulações entre os processos sociais e biológicos e demonstram a “fragilidade das subjetividades contemporâneas”.

A fragilidade das subjetividades contemporâneas é traduzida na “inteligência parcelada, compartimentalizada, mecanicista, disjuntiva, reducionista”, que “destrói a complexidade do mundo em fragmentos distintos, fraciona os problemas, separa o que está unido, unidimensionaliza o multidimensional. Para Morin<sup>5</sup>, trata-se de uma inteligência ao mesmo tempo míope, hipermetrope, daltônica, caolha” que “aborta todas as possibilidades de compreensão e de reflexão, eliminando, também, todas as possibilidades de um juízo corretivo ou de uma visão a longo prazo”. Pensando na complexidade da crise ecológica, quanto mais ela progride, mais aumenta a incapacidade de se lidar numa perspectiva multidimensional.

É preciso usar a “inteligência multidimensional”, “a visão corretiva e de longo prazo”, para compreender a crise ambiental. O *mercado* não pode ter mais uma visão reducionista de utilização dos recursos naturais aplicando paradigmas superados como o “exploracionismo” e a “substitutibilidade”, que agravam o cenário da insustentabilidade produtiva; o *Estado* não deve ter vista míope para o controle da produção, consumo e pós-consumo, senão vira comparsa, sócio e cúmplice da poluição, paradoxalmente um “Estado-poluidor” e o *consumidor-cidadão* deve se libertar da postura fragmentária do artificialismo consumista que o faz ser um sujeito egoístico e de mercado, adepto das formas de valor.

Não levando a sério a crise ecológica, incorre-se nos riscos perigosos para as gerações presentes e futuras, sendo mais perceptível, sem utopias, o esgotamento dos recursos naturais; o atingimento do limite de suportabilidade do planeta Terra em relação à pressão exercida pelo homem; a ameaça do direito à qualidade de vida pela poluição desmedida; a intensificação do sofrimento das populações vulneráveis (os mais pobres que se sujeitarão a condição de refugiados ambientais); a escassez de alimentos; a guerra pela busca de riquezas naturais com derrocada do paradigma da soberania sobre esses recursos, resgatando as

<sup>3</sup> BINDÉ, Jérôme. Complexidade e crise da representação. In “*Representação e complexidade*”. Rio de Janeiro: Garamond, 2003.

<sup>4</sup> LARRETA, Enrique Rodrigues. Transparências obscuras: pensar a complexidade no século XXI. In “*Representação e complexidade*”. Rio de Janeiro: Garamond, 2003.

<sup>5</sup> MORIN, Edgar. A necessidade de um pensamento complexo. In “*Representação e complexidade*”. Rio de Janeiro: Garamond, 2003.



práticas imperialistas (“neocolonialismo”). Eis alguns dos desafios a serem vencidos pela construção moderna da ciência: o modelo de desenvolvimento sustentável.

Esse quadro sombrio, com imagem interior da crise ecológica e do risco à humanidade, pintado por modelos de desenvolvimento predatórios, não é contingencial e nem efêmero, ao contrário, a pintura do painel nefasto e tóxico progride diuturnamente com novas tessituras e ranhuras cada vez mais complexas. Metodologicamente, por um processo de escolha teórica e empírica da pesquisa científica, a análise do problema será restrita a um objeto específico. O recorte será feito para uma abordagem mais direcionada a crise ecológica provocada pelas falhas do discurso e por processos de decisão imediatistas e autocráticos, sobretudo, de não gerenciamento adequado do modelo de desenvolvimento sustentável.

Para Kuhn<sup>6</sup> a ciência se constrói pelo processo evolutivo, pela ruptura de paradigmas. Segundo Carvalho Netto e Scotti<sup>7</sup>, “normalmente, as grandes descobertas vêm de alguém não habituado com o paradigma tradicional”. Dentro dessa discussão, Montibeller Filho<sup>8</sup>, acrescenta que na prática, a crise ecológica e a emergência e expansão do movimento ambientalista contêm o potencial de provocar uma revolução científica ao fazer surgir o novo paradigma, segundo os conceitos Kuhnianos. Nesse discurso afinado, com relação à história dos paradigmas de desenvolvimento Maria, Gobbi e Gordon<sup>9</sup> doutrinam que são de três tipos os modelos de desenvolvimento, a saber: “hiperdesenvolvimento”, “desenvolvimento atenuado” e “desenvolvimento sustentável”.

O modelo denominado de “hiperdesenvolvimento” defende o desenvolvimento econômico a qualquer custo, mesmo que com concentração de renda e destruição dos recursos naturais. Não haveria interesse na instituição de uma legislação ambiental protetora do meio ambiente e, conseqüentemente, não haveria um sistema de gestão ambiental institucionalizado.

O “desenvolvimento atenuado” é aquele em que o desenvolvimento econômico procura harmonizar-se com o estágio de desenvolvimento das forças produtivas do país; contudo, a forma de interagir com o meio ambiente ainda continua desbalanceada, privilegiando-se as políticas desenvolvimentistas em relação às políticas ambientais e sociais, que levam à distribuição de renda. A gestão ambiental seria pautada em certos controles ambientais, a partir de análise setorial, qualificando-se como parcial. As ações seriam excessivamente setorializadas, e os efeitos nocivos seriam controlados por parâmetros ou padrões de controle ambientais apenas para algumas atividades marcadamente poluidoras.

Já no “desenvolvimento sustentável” as relações entre meio ambiente e desenvolvimento estão integradas. Busca-se a distribuição de renda e as políticas de desenvolvimento e planejamento integrado das atividades setoriais levam em conta os limites colocados pela renovação dos recursos naturais, sendo que os padrões ambientais são

<sup>6</sup> KUHN, T. S. A estrutura das revoluções científicas. São Paulo: Perspectiva, 1996.

<sup>7</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito. Belo Horizonte: Forum, 2012.

<sup>8</sup> MONTIBELLER FILHO, Gilberto. O Mito do Desenvolvimento Sustentável: meio ambiente e custos sociais no moderno sistema produtor de mercadorias. Florianópolis: Editora da UFSC, 2004.

<sup>9</sup> TAU-K-TORNISIELO, Sâmia Maria; GOBBI, Nivar; FOWLER, Harold Gordon. Análise Ambiental: uma visão multidisciplinar. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista-UNESP, 1995.

estabelecidos biologicamente. A análise ambiental é globalizante baseada no enfoque holístico e o sistema de gestão é descentralizado com participação da sociedade.

Na ótica de Raffestin<sup>10</sup>, a crise ecológica vivenciada intensamente no século XX fez eclodir a ruptura dos paradigmas do “hiperdesenvolvimento” e do “desenvolvimento atenuado” fazendo o homem repensar a forma de exploração da natureza, com o surgimento das ideias conservacionistas. Já Etzioni<sup>11</sup> defende o pensamento ético voltado para a solidariedade *intra* e *inter* gerações - novo comunitarismo; Perelman<sup>12</sup> acredita na economia iniciando o processo de ecologização, internalizando os custos ambientais no processo produtivo; Rawls<sup>13</sup> defende o amadurecimento democrático, pelo princípio da justiça e da participação e Derani<sup>14</sup> o constitucionalismo ambiental, mediante a proteção do meio ambiente como direito fundamental e princípio da atividade econômica. Toda essa conjuntura teórica é encorajadora para a concepção de um hodierno protótipo desenvolvimentista como desfecho para todas as tragédias da tensão ecológica: o modelo de desenvolvimento sustentável.

Na visão de Sachs<sup>15</sup>, o paradigma do desenvolvimento sustentável, antes de se consolidar, passou primeiramente pela formulação do “ecodesenvolvimento”, que se constituiu numa visão mais restrita a três dimensões de análise (social, econômica e ambiental), já que sua base conceitual estava representada no desenvolvimento de um país ou região, baseado em suas próprias potencialidades, portanto endógeno, sem criar dependência externa, tendo por finalidade responder à problemática da harmonização dos objetivos sociais e econômicos do desenvolvimento com uma gestão ecologicamente prudente dos recursos e o meio. Em nível mundial, o paradigma do desenvolvimento sustentável tem sua definição no relatório intitulado “*Nosso Futuro Comum*” que levanta importantes questionamentos sobre a relação negativa desenvolvimento/natureza, chamando a atenção para a necessidade de se transformar a visão dominante acerca do desenvolvimento, mediante análise de cinco dimensões valorativas (econômica, social, ambiental, política e cultural). No plano institucional, é nesse relatório que se utiliza pela primeira vez a expressão desenvolvimento sustentável.

O elemento diferencial do desenvolvimento sustentável, que o distingue de outros modelos de desenvolvimento, é justamente o fato de que a sua base não é somente *econômica*, onde se busca o crescimento econômico que garanta o dinamismo do mercado e possibilite a incorporação do maior número de pessoas aos produtos desse crescimento, de maneira a reverter às desigualdades no padrão de distribuição de renda, mas também *ambiental*, com a preocupação do uso de técnicas e processos de produção voltados à preservação e a recuperação da natureza, isso significando um controle sobre ações poluentes e devastadoras do meio ambiente; *social*, refletida na capacidade de promover maior equidade, principalmente do ponto de vista da satisfação das necessidades básicas de todos

<sup>10</sup> RAFFESTIN, Claude. Por uma geografia do Poder. São Paulo: Ática 1993.

<sup>11</sup> ETZIONI, Amitai. New communitarian thinking: persons, virtues, institutions, and communities. 3. ed. Charlottesville and London: University Press of Virginia, 1996.

<sup>12</sup> PERELMAN, Michael. The Perverse Economy: the impact of markets on people and the environment. New York: Palgrave macmillan, 2003.

<sup>13</sup> RAWLS, John. O Direito dos Povos. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

<sup>14</sup> DERANI, Cristiane. Direito Ambiental Econômico. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

<sup>15</sup> SACHS, Ignacy. Estratégias de transição para o século XXI: desenvolvimento e meio ambiente. São Paulo: Nobel/Fundap, 1993.



os indivíduos, priorizando a grande maioria da população que vive em estado de miséria; *cultural*, ancorado no respeito aos padrões culturais vigentes, nas práticas históricas produzidas que se constituem parte importante da identidade de um povo e de uma sociedade, sem destruir tradições e histórias; *política*, que se encontra estreitamente vinculada ao processo de construção da cidadania, a consolidação da democracia, a um Estado comprometido com um projeto social baseado na equidade e a uma sociedade participativa, com fortalecimento das organizações sociais e comunitárias.

Esse modelo desenvolvimentista, mal compreendido no discurso e aplicado de forma equivocada (nas instâncias do Legislativo, Executivo e Judiciário), contraditoriamente, pode gerar a insustentabilidade. Para explicar tal hipótese, faremos o recorte do objeto da pesquisa, analisando a definição da Política Nacional de Meio Ambiente. O texto legal requer a “compatibilização” do desenvolvimento sócio-econômico com a questão ambiental. Não se menciona a “preponderância” de valores na concepção do desenvolvimento sustentável. O objetivo é garantir a harmonização multidimensional: o ambiental, o econômico, o social, o cultural e o político. Todavia, na aplicação em casos concretos verificamos a incompreensão do discurso e processos de tomada de decisão imediatistas, que representam riscos ambientais e provocam crises ecológicas.

O problema apresentado revela a importância de discutir a complexidade da aplicação do modelo de desenvolvimento sustentável entre o discurso consolidado de harmonização ou compatibilização valorativa e a prática *a priori* das instâncias decisórias pela preponderância, demonstrando-se as tensões e ambiguidades, utilizando-se de estudo de caso de processos de tomada de decisão no país envolvendo o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, com o recorte setorial direcionado ao agronegócio, em específico, ao uso de substâncias nocivas como os agrotóxicos e as sementes transgênicas e seus impactos ao meio ambiente.

Estaremos a problemática fazendo uma análise a partir de um marco teórico crítico fomentado pela “*American Academy of Arts and Sciences*”, na publicação “*When Values Conflict: Essays on Environmental Analysis, Discourse, and Decision*”, demonstrando que o enigma ambiental atual está associado à necessária gestão da sustentabilidade e impõe o reconhecimento de uma malha complexa de relações entre o sócio-econômico, o natural, o cultural e o político, exigindo multidisciplinaridade entre a prática discursiva e o processo de tomada de decisão que não pode ser *a priori*.

## **1 AS FALHAS NO DISCURSO E OS PROCESSOS DE TOMADA DE DECISÃO IMEDIATISTAS E AUTOCRÁTICOS: O CASO TOCKS ISLAND.**

*Laurence Tribe, Corinne S. Schelling e John Voss*<sup>16</sup> compilaram um espicilégio de várias observações sobre a crítica ambiental, marchando da questão discursiva à prática decisória, ensaiando com o problema de como administrar a complexidade. O arcabouço central das reflexões perpassa pela questão filosófica da investigação da ética ambiental, uma das mais

<sup>16</sup> TRIBE, Laurence H.; SCHELLING, Corinne S.; VOSS, John. *When Values Conflict: Essays on Environmental Analysis, Discourse, and Decision*. Ballinger Co. 1976. Disponível em <https://www.amacad.org/content/publications/publication.aspx?d=683>, acesso em 13/09/2015.

convidativas e incitantes temáticas ambientais do cenário contemporâneo. É uma abordagem sob o horizonte da demonstração das deformidades da “*Environmental Analysis*”.

É um estudo fundamentado em dispendiosos, caros e irreversíveis projetos envolvendo tecnologia e o uso de recursos naturais, especialmente um único plano, rodeando a construção, em 1950, de uma barragem sobre o rio Delaware, perto da Tocks island, em New Jersey (E.U.A.), importando em notáveis alterações e protestos nos E.U.A.

Para compreender o pensamento crítico da obra, é imprescindível percorrer por uma narrativa sobre os meandros do caso, que se inicia no ano de 1950, com uma imatura proposta para erigir uma barragem adjacente a *Tocks Island* e ao flanco do rio Delaware, cujo discurso justificador foi recebido com reservas. Nesse sentido, a *U.S. Army Corps of Engineers – USACE* propôs a edificação da barragem, com o objetivo precípua de controlar inundações, alagamentos e enchentes (que provocavam várias mortes nos E.U.A.), gerar energia hidroelétrica bem como aprovisionar o abastecimento de água potável nas cidades de *New York* e *Philadelphia*.

Da mesma forma, imaginou-se que com a conclusão da obra de engenharia em *Tocks Island*, um dos seus frutos seria também a formação de um lago entre a *Pennsylvania* e *New Jersey*, com uma profundidade de 140 metros, suficiente também para armazenar grande volume de água e servir para atividades lacustres jocosas, como pesca e passeios de barco. De igual modo, nasceu outra ideia de aproveitar o circuito ao redor desse lago para o planejamento e organização de uma área de lazer, para caça e caminhada.

A urgência para o controle das inundações trouxe o problema em nível nacional, sendo a proposta de construção da barragem enviada para o Congresso americano para o crivo legislativo. O governo dos Estados Unidos começou adquirindo, por desapropriação, terras de residentes do local que estavam dentro das fronteiras do empreendimento da área de recreação. Hoje, há poucas estruturas existentes da original na cidade de *Dingmans Ferry, Pennsylvania*. Ao lado de *New Jersey*, muito da área do distrito de *Pahaquarry* foi tomada, deixando a comunidade com não mais do que umas poucas dúzias de pessoas. Em 02 de julho de 1997, o distrito de *Pahaquarry*, cuja população tinha minguado e diminuído para pouco mais de uma dúzia, acabou sendo dissolvido e incorporado ao distrito de *Hardwick*.

Manifestantes cujas terras tinham sido adquiridas pelo Governo se revoltaram contra a desapropriação, tais como, Nancy Shukaitis e Ruth Jones, que formaram um grupo chamado de *Delaware Valley Conservation Association*. Juntamente com outros seguidores, eles participaram de audiências com o governo e reuniões com o corpo técnico de engenheiros do exército americano. Outro indivíduo que contribuiu em trazer a atenção nacional para a questão das injustiças nas desapropriações foi William O. Douglas, que ao visitar a área e conhecer a problemática acabou se engajando na luta.

O detalhe curioso que ressalta o conflito entre o discurso e o processo de tomada de decisão está na puerilidade no trato com projetos complexos - a análise *a priori* - posto que não obstante a barragem nunca tivesse sido construída, o governo americano desapropriou algumas propriedades de particulares (com área total em torno de 291 km<sup>2</sup>, removendo aproximadamente 15 mil pessoas), transferindo imediatamente o domínio para o Estado, validando o projeto no Congresso em 1962. Esses múltiplos embrulhos pungiram viçosos protestos ambientais por longos 40 anos, arraigando um sentimento de indignação nos habitantes do local, que de uma hora para outra, tiveram que se retirar do distrito que habitavam há anos, isso para ceder aos experimentos iniciais de preparação de um projeto

que nasceu imperfeito, posteriormente fora abandonado e que jamais seria executado como “planejado” e com a finalidade inaugural.

Cumpra salientar que o Governador de New Jersey, *William T. Cahil*, sempre colocou objeções logo no início do projeto, nos anos 70, eis que estava preocupado com o problema criado a respeito da aquisição das terras e dos potenciais impactos ambientais negativos do projeto, bem assim com os custos que seriam impostos pelas obras de saneamento e estradas de acesso ao Norte-Sul de New Jersey, estas necessárias para o ingresso no espaço de recreação ao redor da barragem.

Sobre o plano do parque de lazer, este foi necessário para fornecer os benefícios econômicos necessários para permitir que o *US Army Corps of Engineers*, que iria construir a barragem, demonstrasse que ela tinha um aspecto positivo de custo-benefício. Os problemas levantados por *Cahill* e seu sucessor, o governador *Brendan T. Byrne*, em 1974, revelaram melhores opções muito mais econômicas para reduzir danos causados pelas inundações e de igual maneira melhorar o abastecimento de água, do que com a construção da barragem, daí essa finalidade em específico ter sido olvidada.

Para o arquivamento do projeto também sobressaem os problemas financeiros. Com os Estados Unidos a financiar a Guerra do Vietnã, a alocação de aproximadamente \$ 384.000.000 (trezentos e oitenta e quatro mil dólares) necessária para financiar a barragem e o lago, tornou-se menos viável, e os recursos foram contingenciados para o embate bélico. Como último argumento para derrocada do projeto da barragem, a geologia da área era muito instável para suportar com segurança o empreendimento, isto porque a base rochosa não poderia apoiar o que seria o maior projeto de barragem no leste do rio Mississippi. Em suma, foi um misto de causas da “guerra ambiental” e da “guerra do Vietnã”.

A decisão futura sobre o arquivamento do projeto através do Comitê de Bacia Hidrográfica envolveu os Conselhos de Administração dos governos de quatro Estados (New York, Pennsylvania, New Jersey e Delaware) e uma representação federal. Em 1992, o projeto foi revisado novamente e rejeitado com a previsão de ser revisitado dez anos depois. Em 2002, após pesquisa intensiva, o Projeto da barragem *Tocks island* foi oficialmente desautorizado. Não restou solução para o impasse senão transferir as terras desapropriadas para a fiscalização do *National Park Service* que as reorganizou para fundar uma área de recreação chamada *Delaware Water Gap National* e os conflitos se protraíram no tempo entre o governo americano e os desapossados. É típico caso de demonstração da preponderância do econômico e de interesses políticos não democráticos em detrimento dos valores ambientais, sociais e culturais.

Para Duca-Sandberg<sup>17</sup> tempo, dinheiro e a pressão dos movimentos ambientalistas foram os fatores preponderantes para o abandono do projeto “tocks island.”. Aliado a isso tudo, o governo americano não encarou o problema como um “projeto de Estado” e de “história nacional” pelos aspectos políticos e econômicos envolvidos. O projeto, em resumo, representou uma “política de Pork Barrel” ou “barril de porco”, com desperdício de recursos financeiros.

---

<sup>17</sup> DUCA-SANDBERG, Kathleen. The History and Demise of the Tocks Island Dam Project: Environmental war or the War in Vietnam. Seton Hall University: 2011. Disponível em <http://scholarship.shu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1009&context=dissertations>, acesso em 15/09/2015.

Compreendida, em pinceladas gerais, a complexidade do caso, voltemos à obra literária referida e organizada pela *American Academy of Arts and Sciences*. Ela principia com dois ensaios escritos por Socolow<sup>18</sup> e Thompson<sup>19</sup>. Socolow inicia a discussão trazendo as informações sobre o processo de tomada de decisão envolta do projeto *Tock Island*. O título e o tema são bem sugestivos: “falhas do discurso”, referente ao uso de modelo simplista incapaz de mourejar com a complexidade, insensível para outras perspectivas ou alternativas e a falta de franqueza, lisura e sinceridade do discurso. Ele demonstra como as falhas no discurso sobrecarregam e confundem as pessoas (suas ideias) em relação à construção ou não da referida barragem e os benefícios (impactos positivos) ou malefícios (impactos negativos) daí advindos. Essa engrenagem decrépita e oblíqua seria um obstáculo para integrar o valor ambiental dentro da política de recursos naturais.

Thompson faz uma revisão da história, do contexto e dos problemas do projeto *Tock Island*. A ideia é de externar continuamente, generalizando e abstraindo, mais e mais os problemas universais que dizem respeito ao interesse público e coletivo, gerando intensos protestos sociais. Tribe<sup>20</sup> e Franklel<sup>21</sup> discutem os aspectos mais centrais, difíceis e inflexíveis, vinculados ao conflito de valores sobre a análise ambiental, entre a perspectiva do discurso e da decisão, adentrando na perspectiva valorativa dos recursos naturais. Já Brooks<sup>22</sup> e Rowen<sup>23</sup> tem a tarefa de descrever como os valores ambientais são (e devem ser) percebidos pelos mecanismos institucionais, e quais problemas há com esses mecanismos.

O ensaio é concluído por Dorfman<sup>24</sup>. O estudo começa com uma importante revisão das técnicas ou tecnologias modernas para o planejamento de projetos ambientais,

<sup>18</sup> SOCOLOW, Robert. Failures of discourse: obstacles to the integration of environmental values into natural resource policy. In “When Values Conflict: Essays on Environmental Analysis, Discourse, and Decision”. Ballinger Co. 1976. Disponível em [http://www.princeton.edu/mae/people/faculty/socolow/failures\\_of\\_discourse.pdf?\\_\\_toolbar=1](http://www.princeton.edu/mae/people/faculty/socolow/failures_of_discourse.pdf?__toolbar=1), acesso em 13/09/2015.

<sup>19</sup> THOMPSON, Tavis. The tocks island dam controversy. In “When Values Conflict: Essays on Environmental Analysis, Discourse, and Decision”. Ballinger Co. 1976. Disponível em [http://www.princeton.edu/mae/people/faculty/socolow/failures\\_of\\_discourse.pdf?\\_\\_toolbar=1](http://www.princeton.edu/mae/people/faculty/socolow/failures_of_discourse.pdf?__toolbar=1), acesso em 13/09/2015.

<sup>20</sup> TRIBE, Laurence. Ways not to think about plastic trees. In “When Values Conflict: Essays on Environmental Analysis, Discourse, and Decision”. Ballinger Co. 1976. Disponível em [http://www.princeton.edu/mae/people/faculty/socolow/failures\\_of\\_discourse.pdf?\\_\\_toolbar=1](http://www.princeton.edu/mae/people/faculty/socolow/failures_of_discourse.pdf?__toolbar=1), acesso em 13/09/2015.

<sup>21</sup> FRANKLEL, Charles. The rights of nature. In “When Values Conflict: Essays on Environmental Analysis, Discourse, and Decision”. Ballinger Co. 1976. Disponível em [http://www.princeton.edu/mae/people/faculty/socolow/failures\\_of\\_discourse.pdf?\\_\\_toolbar=1](http://www.princeton.edu/mae/people/faculty/socolow/failures_of_discourse.pdf?__toolbar=1), acesso em 13/09/2015.

<sup>22</sup> BROOKS, Harvel. Environmental decision making: analysis an values. In “When Values Conflict: Essays on Environmental Analysis, Discourse, and Decision”. Ballinger Co. 1976. Disponível em [http://www.princeton.edu/mae/people/faculty/socolow/failures\\_of\\_discourse.pdf?\\_\\_toolbar=1](http://www.princeton.edu/mae/people/faculty/socolow/failures_of_discourse.pdf?__toolbar=1), acesso em 13/09/2015.

<sup>23</sup> ROWEN, Henry. Policy analysis as heuristic aid: the design of means, ends, and institutions. In “When Values Conflict: Essays on Environmental Analysis, Discourse, and Decision”. Ballinger Co. 1976. Disponível em [http://www.princeton.edu/mae/people/faculty/socolow/failures\\_of\\_discourse.pdf?\\_\\_toolbar=1](http://www.princeton.edu/mae/people/faculty/socolow/failures_of_discourse.pdf?__toolbar=1), acesso em 13/09/2015.

<sup>24</sup> DORFMAN, Robert. An afterword: humane values and environmental decisions. In “When Values Conflict: Essays on Environmental Analysis, Discourse, and Decision”. Ballinger Co. 1976. Disponível em [http://www.princeton.edu/mae/people/faculty/socolow/failures\\_of\\_discourse.pdf?\\_\\_toolbar=1](http://www.princeton.edu/mae/people/faculty/socolow/failures_of_discourse.pdf?__toolbar=1), acesso em 13/09/2015.

estabelecendo e estipulando quais valores para uma modernização dos suplementos tecnológicos descritos por White<sup>25</sup>, a partir de suas ideias sobre as bases da ecologia moderna, para uma boa gestão de recursos hídricos nos E.U.A. Dorfman, em seguida, apresenta uma reflexão sobre o processo de tomada de decisão para obras públicas.

O cerne da obra como um todo é valorizar o natural, ou seja, a natureza como essência da razão de existir humana. Daí porque há severas críticas a simples lógica matemática, alçada em números, baseada em variáveis econômicas e cálculos de mercado atrelados a dicotomia do custo-benefício e do custo-eficácia em projetos que envolvam os valores ambientais. Por isso, há um alerta para a necessidade de se encontrar a base para uma ética ambiental a partir de como estabelecer o valor do bem ambiental. Sem sombra de dúvida, há dificuldade de apresentar a resposta a essa indagação.

Nessa discussão, Tribe apresenta claramente as *duas* armadilhas do que denomina de “trivialidade extrema” e dos “limites vulgarizados”: a imanência, a aceitação passiva do “*status quo*” como bom; e a transcendência, a disposição para manipular a vontade, baseado somente na interpretação superficial do utilitarismo. Ele busca por uma clara e consistente posição entre a fluidez extrema (em que não há clareza – falta de consistência) a respeito da noção de um “processo de evolução das interações” e “mudanças das concepções humanas, experiências, conclusões”, que me parece refletir sobre a questão da relação humana e o respeito da natureza, sob um ponto de vista ético e reflexivo.

Tribe se aproxima de uma posição filosófica muito interessante, defendida por Dorfman, ao difundir que a participação de forma contínua no processo de realização é um objetivo mais valioso do que a consumação bem sucedida das tarefas: “os filósofos sabiam o tempo todo que os prazeres retiravam os objetivos em vez de satisfazer”. Em síntese, deve-se evitar a cegueira pelo prazer da consumação da tarefa (o *a priori*), pois ela só acaba com a maturação.

Tribe se volta contra as incongruências e incoerências perpétuas que afligem e incomodam a busca por uma ética ambiental. É preciso livrar o pensamento humano utilitarista das “árvores decorativas ou plásticas – *plastic tree*” que servem como *paradigma* para o artificial, falso e fictício. E conclui que o paradigma da “árvore real ou verdadeira – *real tree*” é mais adequado para uma ética ambiental, para a coletividade, através de um pleno utilitarismo com a satisfação dos objetivos de proteção do meio ambiente.

A tese rodeia sobre o significado da natureza para o homem, com a análise desses paradigmas. É uma reflexão para as pessoas encontrarem a essência dos problemas ambientais, avançando no sentido de mudar a forma de agir e pensar, em função do conhecimento das consequências dos atos e ações humanas, medindo-as.

Não há indulgência nem malícia em se utilizar o melhor conhecimento para ajudar a tomada de decisão. A análise política deve ser feita com humildade, cautela, cuidado, prudência, refreando-se o perigo e o risco de pensamentos simplistas, *a priori*, que são inativos e sem ação além de se valerem de tecnocratas autoritários que acabam privatizando o público nas decisões, e que o mais alto valor de tudo é a paciência para refletir e pensar um pouco mais sobre o que fazer no futuro, uma eticidade reflexiva. É examinar os dilemas com sinceridade, tolerância e coragem para admitir a complexidade do que a suave e fácil

<sup>25</sup> WHITE, Gilbert. A biography of the author of The Natural History of Selborne. Amazon: 2006.

simplificação, objetivando dar um direcionamento ao caminho verdadeiro, as conclusões últimas, a resposta do problema.

Com isso temos uma visão antitética dos teoremas do “*plastic tree*” e “*real tree*” e podemos iniciar o diálogo afirmando que a proteção do meio ambiente, deve se pautar numa interpretação mais profunda do utilitarismo, levando em consideração o valor do bem ambiental numa perspectiva ética (interesse coletivo), eliminando as falhas do discurso, encarando o problema na sua complexidade, sem o *a priori* para a tomada de decisão.

Fazendo um recorte da realidade brasileira, para gerir a complexidade da proteção ambiental, face aos conflitos valorativos com as questões sociais, econômicas, políticas e até culturais, a Política Nacional do Meio Ambiente – PNMA, ao definir o desenvolvimento sustentável o alçou ao objetivo de compatibilizar o desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico. Não fala em juízo de preponderância quando há conflito valorativo, neste ponto reside a falha do discurso simplista de não analisar as demais dimensões de valores envolvidos, resultando em decisões *a priori*.

Eis a problemática do cenário ambiental local em relação à aplicação do modelo de desenvolvimento sustentável: Como eliminar as falhas do discurso da compatibilização que levam a condução das práticas decisórias, *a priori*, das instâncias governamentais pela preponderância de valores? Como essa análise pode ser feita com relação ao controle pelo Poder Público de substâncias perigosas, como agrotóxicos e alimentos transgênicos?

Vamos empregar a metodologia erigida por Tribe e tentar responder as proposições com o estudo de casos dos processos de tomada de decisões legislativas, executivas e judiciais, referentes à aplicação do modelo de desenvolvimento sustentável, em específico, vinculando à obrigação constitucional do Poder Público em efetivar o controle sobre “a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente” (art. 225, § 1.º, V, da CF/88), delimitando o objeto da reflexão aos agrotóxicos e ao plantio de sementes transgênicas.

## **2 ENTRE COMPATIBILIZAÇÃO E PREPONDERÂNCIA DE VALORES NOS PROCESSOS DE TOMADA DE DECISÃO: “CONTROLE” OU “DESCONTROLE” NA GESTÃO DA PROBLEMÁTICA DOS AGROTÓXICOS E DAS SEMENTES TRANSGÊNICAS?**

O sarcasmo descrito por Perelman<sup>26</sup> nessa simples passagem sobre o “burro de buridan”<sup>27</sup> que estava diante de dois tipos de comida (dois fardos de capim idênticos) e em dúvida sobre qual deveria comer, o que levou a sua morte, por não ter tomado a decisão de escolher, revela em um primeiro momento a necessidade da saída do *status* da *imanência* e do comodismo. Num segundo plano, com postura proativa, é necessário fazer uma análise

<sup>26</sup> PERELMAN, Michael. *The Perverse Economy: the impact of markets on people and the environment*. New York: Palgrave macmillan, 2003.

<sup>27</sup> Expressão usada por: SOARES, Luísa Ducla. *O Burro de Buridan*. Civilização Editora: 2010.



política verdadeira entre os meios, fins e as instituições, saber decidir diante da complexidade e não adotar “políticas Pork Barrel”.

A postura de passividade, com comportamentos reativos e decisões simplistas, representa um modelo de desenvolvimento atenuado, onde a gestão ambiental da sustentabilidade apresenta-se parcial, centralizada, não holística, em que quase não há previsão de participação da sociedade, violando princípios democráticos como o da participação. Para se configurar efetivamente como um modelo de desenvolvimento sustentável o sistema de gestão ambiental institucionalizado precisa analisar os valores ambientais de forma globalizante, com enfoque holístico e descentralizar as ações, permitindo a participação da sociedade.

A continuidade dessa discussão se dará a partir de um estudo de caso sobre a efetivação da obrigação constitucional detalhada no artigo 225, § 1.º, inciso V, da CF/88, que incumbe ao poder público controlar a “produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente”. Há “controle” ou “descontrole” em relação aos agrotóxicos e as sementes transgênicas? O modelo de desenvolvimento sustentável proposto tem se valido do juízo de compatibilização ou de preponderância de valores?

Iniciamos a polêmica no tocante à discussão sobre agrotóxicos apreendidos por ação fiscalizatória do Poder Público. Podemos citar caso ocorrido no Município de Uruguaiana/RS. A justiça federal de primeiro grau decidiu que cabe à União armazenar temporariamente (a lei de agrotóxicos e seu regulamento são omissos) quaisquer tipos de agrotóxicos apreendidos na região até a conclusão dos processos administrativos ou judiciais a eles relacionados. A guarda do produto deve ficar sob a responsabilidade da Receita Federal. Nessa hipótese, o Ministério Público Federal (MPF) ajuizou a ação contra a União e o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) com vistas à construção de um local adequado para depósito do material. De acordo com o MPF, haveria cerca de 20 processos judiciais em andamento no município envolvendo o tema. Somada a isso, a natureza nociva do produto seria causa de risco iminente de dano ambiental.

Esse exemplo revela o fim da certeza de que o sistema de gestão ambiental no Brasil é eficiente quanto ao controle de agrotóxicos. É uma quebra do discurso repassado para a coletividade de que não há fragilidades no sistema de gestão ambiental contemporâneo. Ao se apreender um produto supostamente ilegal e não saber onde armazená-lo provisoriamente, revela uma visão unidimensional do problema. A situação é de complexidade, envolve múltiplas dimensões, visto que não é somente um caso isolado, mas dezenas. Aqui se revela a fragilidade do discurso ecológico nas instituições públicas desse país, pois o IBAMA e a UNIÃO (através da Receita Federal, Polícia Federal e Ministério da Agricultura), ao invés de solucionarem o impasse na via administrativa, pelo juízo corretivo, preferiram o comportamento reativo de fracionamento, aguardando a judicialização, cujo processo de tomada de decisão veio apenas para garantir a preponderância do valor ambiental que, sem dúvida, é extremamente importante, mas esquecendo-se das dimensões sociais, econômicas, políticas e culturais.

Deve-se também perquirir sobre a causa do problema que é a importação irregular de agrotóxicos e o seu ingresso no Estado do Rio Grande do Sul. Significa dizer que lá existe o transportador e o receptor do produto contrabandeado, que o aplica nas lavouras, mediante uma prática exploracionista de punção predatória, revelando um problema muito

maior, que não pode ser fracionado a discussão do armazenamento do produto apreendido irregularmente. Ou seja, os órgãos de gestão ambiental devem se preocupar com as causas do problema e não as consequências. Se o problema não for tratado com compreensão e reflexão, certamente em um futuro próximo vai faltar espaço físico para construir tantos "galpões de armazenamento" de substâncias de uso proibido no Brasil.

Como afirma o engenheiro agrônomo José Roberto da Ros<sup>28</sup>, "a sociedade perde a saúde" e o "país perde o respeito" com a falsificação e contrabando de agrotóxicos. Seria muito importante encarar o problema na sua complexidade, principalmente saber o porquê da rota desses produtos passarem pelos Estados do Rio Grande do Sul, além de Santa Catarina, Paraná, São Paulo, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Goiás, Minas Gerais e Bahia. Indutivamente, em função desses Estados-membros terem feito a opção por fomentar o agronegócio em detrimento da agroecologia. Ou seja, optado pela "forma de valor" relegando a "forma natural".

Há de igual modo falhas nos discursos e nos processos de tomada de decisão, fruto da prática de não saber administrar a complexidade, usando modelos simplistas. É o que ocorre com a questão do controle e do registro dos agrotóxicos feito pela ANVISA. Os processos de autorização tramitam por vários anos em função da tecnocracia burocrática, mas contraditoriamente, o Brasil consegue ser um dos maiores consumidores dessas substâncias nocivas, possivelmente pela porta de entrada do contrabando, uma grave incongruência. Quando os agrotóxicos contrabandeados são apreendidos, há sérias dificuldades em saber com quem fica a responsabilidade do armazenamento até que sejam inutilizados. Essa dança de roda é conduzida pela União, através da Receita Federal (detalhe é que este órgão diz que não tem competência técnica para armazenar o produto perigoso) e pelo IBAMA (este afirma não possuir o local adequado), de forma conflituosa.

Essa situação se escandaliza muito mais quando o produto, no caso o agrotóxico, obtém o registro junto à ANVISA. É que após isso, a pessoa (física ou jurídica) que utiliza precisa de registro nos órgãos estaduais ou municipais (são os órgãos de vigilância locais). É tanto controle formal que ainda assim não é difícil encontrar agrotóxico sendo vendido em prateleiras de supermercado; em estabelecimentos sem responsáveis técnicos para orientar a aplicação; com o fracionamento desautorizado da substância e, por fim, sem o receituário próprio agrônomo. Por isso não se duvida que os resíduos de agrotóxicos estejam sempre presentes na cadeia alimentar, no solo, na água, principalmente, porque há uma "tolerância" em fiscalizar os setores produtivos que não abandonam, por exemplo, velhas práticas como da pulverização aérea e da colheita sem respeitar o período de carência estabelecido em receituário.

Com relação aos Organismos Geneticamente Modificados – OGM o modelo fiscalizatório é totalmente centralizado. A aprovação dos transgênicos se dá mediante processo de licenciamento específico, eis que há a exigência de decisão técnica da CTNBio, mas o registro e a fiscalização ocorrem no âmbito do Ministério da Saúde; Ministério da Agricultura, pecuária e abastecimento; Ministério do Meio Ambiente; Secretaria Especial de Agricultura e Pesca. Há também complexidade nesse sistema em decorrência da descrição do art. 23, § 2.º, da Lei de Biossegurança que faculta a celebração de convênios com os Estados,

---

<sup>28</sup> ROS, José Roberto da. Falsificação e contrabando de agrotóxicos: a sociedade perde a saúde, o país perde o respeito. In "V Congresso Brasileiro de Algodão". Disponível em [http://www.cnpa.embrapa.br/produtos/algodao/publicacoes/trabalhos\\_cba5/320.pdf](http://www.cnpa.embrapa.br/produtos/algodao/publicacoes/trabalhos_cba5/320.pdf), acesso em 27/10/2015.

Distrito Federal e Municípios, no tocante a fiscalização. Esse sistema demonstra uma indefinição de competências legislativas e fiscalizatória que pode gerar ações administrativas sobrepostas entre os entes da federação, além de dificultar o fortalecimento de uma infraestrutura combativa.

No geral, com relação aos agrotóxicos e aos transgênicos, a aplicação da Legislação acaba envolvendo órgãos federais (ANVISA, IBAMA, CTNBio, RECEITA FEDERAL e os MINISTÉRIOS respectivos – MMA e outros pela transversalidade do tema), além de órgãos estaduais e municipais, gerando uma confusão de atribuições fiscalizatórias, administrativas e legislativas, que acentuam ainda mais o problema da falta de efetivação do disposto no art. 225, § 1.º, inciso V, da Constituição de 1988. Há instabilidade da estrutura e entraves burocráticos, a revelar um “descontrole”.

Para aprofundar o problema da complexidade de aplicação do modelo de desenvolvimento sustentável, tomemos o caso do Estado do Rio de Janeiro, que por meio da Lei estadual n.º 3.908/2002, estabeleceu uma legislação proibitiva sobre o uso de alimentos geneticamente modificados nas merendas escolares fornecidas aos alunos dos estabelecimentos públicos. Nesse mesmo sentido, há regramento proibitivo nos Estados do Rio Grande do Sul e São Paulo, verificando-se ausência de disposição específica nos demais Estados-Membros e no Distrito Federal.

Nessa situação houve a análise apenas da questão ambiental, muito superficial, relegando a questão social, de sorte que outras crianças brasileiras residentes em Estados-membros menos incautos vão continuar consumindo a merenda escolar a base de transgênicos, inclusive, os garotos do Distrito Federal, pitorescamente onde fica a sede da CTNBio. Sob o ponto de vista social não faz sentido proibir a merenda escolar transgênica em específico apenas aos estabelecimentos públicos, liberando para os privados. Sob o ponto de vista político, propostas dessa maneira deveriam passar por um amplo debate nacional e, não simplesmente se limitar a práticas regionais, violando princípios participativos inerentes a democracia. É também de se encarar com certa desconfiança esses regramentos, pois a proibição parte justamente dos Estados-membros considerados os maiores produtores de alimentos transgênicos do país, e se é para proibir o consumo, que se proíba também a produção e a circulação, para não permitir que as regiões mais pobres (os Estados nordestinos, por exemplo) sirvam como destino de substâncias proibidas, como os alimentos fabricados a base de mutação genética.

Sob o ponto de vista do controle e do exercício do poder de polícia fiscalizatório, a ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária, criada pela Lei nº 9.782, de 26 de janeiro 1999, é alvo de questionamentos sobre a adequação e suficiência das suas competências administrativas. Conforme levantamento realizado (Revista Valor Econômico), mesmo se não recebesse mais nenhum pedido de registro, a ANVISA demoraria, aproximadamente, 117 anos para avaliar todos os 1287 processos de aprovação de agrotóxicos na fila (poderia ser essa uma das razões que fomentam o contrabando de agrotóxicos no Brasil?). O registro nos E.U.A possui lapso temporal de 18 a 36 meses; na Comunidade Européia, 24 a 40 meses; na Índia, 12 a 18 meses e na Argentina, 3 a 12 meses. A crítica é respondida pela ANVISA, no sentido de que não aprovará registro de agrotóxicos “por pressão” do setor produtivo. A ANVISA, questionada pela demora, informou que a análise “está sendo extremamente complexa” e que “não irá aprovar de maneira irresponsável nenhum agrotóxico”. Há, de fato, uma nítida demonstração da relação conflituosa entre discurso e prática decisória.

As críticas permanecem sobre essa temática em relação à ação do Estado, de forma que o “Brasil fiscaliza agrotóxico só em 13 alimentos, enquanto EUA e Europa analisam 300”, o que de certa forma prejudica a saúde dos brasileiros, deixando cada vez mais distante o cumprimento pelo Estado do dever de fiscalizar o mercado para garantia de uma “alimentação saudável”. Tudo isso lança sérias dúvidas sobre o sistema de controle e quanto à rigidez, modernidade e profundidade da legislação regulamentadora da matéria. Falta também muita informação à população sobre os processos produtivos de alimentos.

De igual modo, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio é alvo de questionamento, chegando a se afirmar que “a aprovação dos transgênicos no órgão é totalmente viciada em benefício das grandes empresas” e que “os processos não respeitam o mínimo do critério de rigor científico, estatísticas, das coisas formais de pesquisa”. Segundo ambientalistas, que fazem oposição a esse *modus operandi*, essa facilidade (nesse caso haveria violação ao disposto no art. 11, § 6.º, da Lei de Biossegurança) “pode ser explicada pelo fato de que vários de seus membros são direta ou indiretamente ligados às empresas”. É válido citar que esse órgão é composto por 27 cidadãos de reconhecida competência técnica na área e obrigatoriamente devem ser doutores, mas quem designa é o Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia. A CTNBio se defende afirmando que aplica o princípio da precaução nas suas deliberações e que “a avaliação de risco é feita a todo o momento nos procedimentos de avaliação do órgão”. Isso são questões que fazem refletir sobre a busca de uma ética ambiental para o desenvolvimento sustentável.

O cenário de crítica a CTNBio e a ANVISA revela uma reflexão sobre o risco da captura ou do facciosismo colocado por Stigler<sup>29</sup>, ao defender a tese de que “em regra, a regulação é adquirida pela indústria, além de concebida e operada fundamentalmente em seu benefício”. Ele também questiona os pressupostos que associam aos reguladores a imagem de eficiência técnica apolítica, posta a serviço da correção desinteressada de falhas de mercado. Em outras palavras, segundo STIGLER (1971), ter-se-ia um verdadeiro comércio regulatório, totalmente estranho a qualquer ideia de interesse público, representando em “falhas do governo”. A “falha de governo” está justamente na aplicação incorreta do modelo de desenvolvimento sustentável.

O tema também desperta aspectos polêmicos no Poder Judiciário, em virtude da indefinição das competências legislativas e administrativas dos entes federados. No Estado de Santa Catarina, a Lei Municipal n.º 1.287/2002, do município de Angelina, restringiu o uso de herbicidas (agrotóxicos) que possuem como princípio ativo (componente usado para fabricação) o “ácido diclorofenoxiacético”, de grande potencial lesivo à saúde do ser humano. Esse produto é usado principalmente nas lavouras de soja e milho, para controlar plantas daninhas. Ele é o “2,4-D”, reconhecido pela OMS como causador de câncer, por conter na sua formação a dioxina.

Tal fato desencadeou uma disputa judicial junto ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina (Apelação Cível em Mandado de Segurança n.º 2004.030584-7), envolvendo a discussão sobre a constitucionalidade da norma e a incompetência legislativa por parte do Município (ao argumento de que se tratava de interesse geral e não local). O TJSC entendeu

---

<sup>29</sup> STIGLER, George J. A teoria da regulação econômica. In “Regulação econômica e democracia – o debate norte-americano”. Paulo Matos (coord.), Mariana Mota Prado, Jean Paul Cabral Veiga da Rocha, Diogo R. Coutinho e Rafael Olivar, organizadores. São Paulo, ed. 34, 2004.

que a lei adequou as legislações federal e estadual às peculiaridades locais, regulamentando e disciplinando as regras de utilização e armazenamento de herbicidas hormonal do grupo dos fenoxiacéticos, não apenas proibindo seu uso, mas restringindo dentro de seu espaço territorial, porque configurado o interesse predominantemente local.

No Estado do Rio Grande do Sul, o Tribunal de Justiça, através da ADIN n.º 70051352144 julgou constitucional a Lei n.º 1.538/2001, do município de São José do Ouro que restringe o uso de determinados tipos de herbicidas nos perímetros urbano e rural do município. Na decisão, por exemplo, o relator destacou ainda que o Rio Grande do Sul foi e é pioneiro no processo de municipalização da gestão ambiental, desde 1995, quando os primeiros municípios gaúchos comprovaram a possibilidade de êxito do trabalho compartilhado no sentido da tutela ambiental. Ainda assim houve o entendimento contrário da Procuradoria-Geral de Justiça por entender que é de competência do Estado e da União legislar sobre o tema (a lei em referência afrontaria os artigos 8, 10, 250 e 251 da Constituição Estadual, bem como os artigos 24, inciso VI, e 225 ambos da Constituição Federal).

Já na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 221, no STF, questiona-se Leis e Decretos do Rio Grande do Sul que restringem a distribuição e comercialização de agrotóxicos e biocidas importados em território gaúcho. A Lei Estadual n.º 7.747/82 e os Decretos Estaduais n.º 32.854/88 e n.º 35.428/94 dispõem que os agrotóxicos importados não podem ser cadastrados no órgão estadual de meio ambiente se não tiverem seu uso autorizado no país de origem.

Esses três casos representam modelos simplistas de decisão, pois mesmo a Lei Municipal ou Estadual sendo declarada constitucional e, portanto, válida, pela perspectiva de proteção ambiental, não resolverá o problema, posto que outros municípios do mesmo ou de Estados diferentes da federação poderão continuar suas práticas de permissão da utilização das referidas substâncias, chancelando a migração de atividades poluentes ou “suja” e, o que é mais incoerente, o próprio município que proibiu o uso da referida substância nas suas lavouras pode invisivelmente estar recebendo-a de volta pelo processo produtivo em outra cidade, ingressando na cadeia de consumo local. Isso pode, inclusive, gerar um problema futuro entre os entes federados, imagine-se a instituição de “barreiras verdes” de produtos dentro do mercado local? Ao mesmo tempo para atrair “atividades sujas” municípios podem ser condescendentes com uma legislação menos protetiva! Comprovadamente, o desenvolvimento sustentável não pode ser apenas uma iniciativa local e a preponderância pelo valor econômico ou ambiental não significa uma análise precisa, pode ser muitas vezes um *a priori*. É necessário uma participação contínua no processo de realização desse padrão desenvolvimentista e evitar a cegueira pelo prazer da consumação de tarefas, pois só se acabam com a maturação.

Por outro lado, a importação de agrotóxicos condicionada a que seu uso seja autorizado no país de origem, pode retirar a discussão sobre a análise técnica do produto no país destinatário, eis que acaba estimulando a confiança cega nos mecanismos de controle do importador, quando existentes. Ao mesmo tempo, para o agrotóxico fabricado no Brasil se exige o registro e controle técnico da ANVISA e para o importado, o Estado do Rio Grande do Sul cobra tão-somente uma verificação formal de autorização no país estrangeiro. A discussão poderia ser sobre a proibição da importação desses produtos (patentados ou genéricos), que na sua grande maioria sequer são comercializados no país de origem. Eis um risco imenso, uma falha no discurso, uma artificialidade.

Ainda para ressaltar a polêmica, uma pesquisa realizada com 62 mães em processo de amamentação na cidade de Rio Verde (MT) revelou que 100% delas tinham agrotóxicos no leite materno. O diagnóstico – assustador – feito pelo Dr. Wanderlei Pignati e pela mestranda da saúde Danielly Palma, da Universidade Federal do Mato Grosso, faz parte do filme “o veneno está na mesa”, do documentarista e cineasta Silvio Tandler, que denunciou o uso abusivo de agrotóxicos no país. 80% das mães pesquisadas tinha DDE, que é proibido no Brasil há mais de uma década, o que significa que elas consumiram e foram impregnadas na infância ou há o uso clandestino do agrotóxico. Ou seja, nas cidades as pessoas consomem a comida “envenenada” por agrotóxico contrabandeado, patenteado ou genérico.

Há também uma Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4619, que questiona a Lei n.º 12.274/2010, do Estado de São Paulo, que dispõe sobre a rotulagem de produtos transgênicos, tornando obrigatória a inscrição “transgênico” no rótulo dos produtos que contenham teor “igual ou superior ao limite de 1%”, e não apenas daqueles com teor “acima” de 1%” como está definido no Decreto Federal nº 4.680/2003.

O Superior Tribunal de Justiça – STJ, ao analisar caso que envolvia a regulamentação do plantio de OGM, através de regulamentação de norma do Estado do Paraná, entendeu que tal propósito “de instaurar competência concorrente com a União para legislar sobre o cultivo dos transgênicos foi obstado pelo STF, que suspendeu, em decisão liminar, os efeitos da Lei Estadual 14.162/03”. Destacou também que “as informações técnicas sobre o plantio de transgênicos, concentradas no Ministério da Agricultura, não podem ser repassadas ao Estado, por ausência de previsão legal”.

Essa discussão sobre o direito a informação e o plantio de OGM deve ser mais ampla, não se pode limitar ao modelo simplista de polêmica sobre a questão de percentagens para fins de proteção ao consumidor ou do sigilo das informações técnicas dentro dos Ministérios, que é novamente um *a priori*. O debate deve girar a respeito da permissão ou proibição dos alimentos transgênicos no Brasil, sobre as formas de controle mediante uma legislação federal uniforme, para não permitir que Estados-membros e Municípios criem suas próprias políticas, contraditórias em geral. Deve-se analisar se a permissão dos alimentos transgênicos no Brasil pode ser sustentável, respeitando o meio ambiente, o social, o cultural, o político e o econômico, sempre tentando compatibilizar valores e não realizando a preponderância muitas vezes, como é este caso, do econômico e do político, em detrimento dos demais princípios valorativos.

De forma geral, as decisões legislativas, executivas e judiciais, embora reconheçam a existência do discurso formal da sustentabilidade, que prega a compatibilização das cinco dimensões valorativas (ambiental, social, econômica, política e cultural), adotam a prática decisória pela preponderância de um valor sobre o outro, num juízo *a priori* (demonstrando má compreensão do modelo desenvolvimentista), unidimensionalizando o problema através de um gerenciamento míope, que acaba naturalizando o artificial, ou seja, repassando a ideia de que se pratica o desenvolvimento sustentável quando se usa o juízo de preponderância.

De fato, há um “descontrole” sobre a ação do poder público em efetivar a obrigação normativa de “controle” de substâncias nocivas como agrotóxicos e sementes transgênicas, notadamente porque há conflito na aplicação do modelo de desenvolvimento sustentável, eis que não se parte da ideia da compatibilização, mas da decisão *a priori* da preponderância de valores. Não se observa os valores envolvidos no debate, partindo-se para dimensões únicas de análise pela predominância do dinamismo do mercado em detrimento do controle sobre

ações poluentes e devastadoras. Há o esquecimento da inserção dos valores sociais, culturais e políticos, de forma que questões como equidade social, identidades culturais, cidadania, democracia e fortalecimento das organizações sociais são relegadas.

As formas naturais, que representam a lógica qualitativa de “compatibilização” e “controle” cedem espaço para formas de valor da “preponderância” e do “descontrole”. Nas decisões do Poder Público há uma naturalidade do artificial, mediante a lógica abstrata e quantitativa dos processos de tomada de decisão simplistas. Os problemas são fracionados em uma visão unidimensional, retirando a compreensão, a reflexão e impedindo o juízo corretivo. Isso é um risco de retorno ao “hiperdesenvolvimento”, pois desinstitucionaliza a gestão ambiental, com aplicação incorreta do modelo de desenvolvimento sustentável, o que na prática, representa a tolerância ao “exploracionismo”. Metaforicamente, o “burro de buridan” precisa fazer a escolha certa e segura (*right and safe choice*)!

## ■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

Havíamos levantado duas indagações: Como eliminar as falhas do discurso da compatibilização que levam a condução das práticas decisórias, *a priori*, das instâncias governamentais pela preponderância de valores? Como essa análise pode ser feita com relação ao controle pelo Poder Público de substâncias perigosas, como agrotóxicos e alimentos transgênicos?

Retornando o diálogo com Laurence Tribe, os erros do discurso e do processo de tomada de decisão do caso “*Tocks Island*” ocorridos nos E.U.A. e que serviram de reflexão para adoção de novas posturas para administrar a complexidade, infelizmente ainda não foram assimilados pelo maior país da América do Sul, por isso inferimos que o modelo brasileiro de desenvolvimento sustentável quanto ao controle de substâncias nocivas como agrotóxicos e transgênicos é aquele que aplica o discurso ambiental meramente decorativo e ornamental, gerando um quadro de insustentabilidade, de gerenciamento míope.

Estamos ainda no paradigma do utilitarismo superficial, não nos livramos da “imanência” e nem da “transcendência”, essas duas trivialidade extremas estão impregnadas no discurso da sustentabilidade no Brasil. Há falhas no discurso, por não sabermos tratar a complexidade e as decisões são na maioria das vezes *a priori*. Percebe-se no discurso institucional, metaforicamente, que a proteção das “árvores – trees” se dá não porque são importantes para a vida ou combatem o aquecimento global (como sorvedouros de gás carbônico), mas simplesmente porque nos servem como decoração ou ornamentação. É o individualismo egoístico em detrimento de uma ética ambiental.

É preciso abandonar o modelo simplista de lidar com a complexidade, para melhor administrar os riscos. Nesse ínterim a busca por uma ética ambiental de eliminação das incongruências comportamentais se dá por uma eticidade reflexiva em que haja a fluidez extrema entre a “evolução das intenções” e a “mudança das concepções humanas, experiências e conclusões”. O respeito à complexidade do discurso e o uso da franqueza e da sinceridade já é um início da prática de ética ambiental, um caminho para a equidade social e para a consolidação do desenvolvimento sustentável.

É importante a percepção dos valores envolvidos na prática do desenvolvimento sustentável, em que é importante compatibilizar todos, sem exceção, como o ambiental, o social, o econômico, o político e o cultural, saindo do utilitarismo parcial – superficial, em que só enxerga o lado individual na proteção ambiental, esquecendo-se da sua base coletiva.

Eliminar o *a priori* da decisão simplista pela preponderância somente vai ocorrer com a participação contínua no processo de realização, evitando-se a miopia pelo prazer da consumação da tarefa, que muitas vezes só é concluída com a maturação. É imperioso participar dos processos decisórios e não aguardar as decisões que beneficiam ou favoreçam, pois o prazer não satisfaz – é individual.

Assim o desenvolvimento sustentável só é alcançado com a prática da “compatibilização”, integrando valores frágeis nas disputas ambientais, sociais e culturais com valores duros como eficiência econômica e política institucional (privatização do público) no processo de tomada de decisão. A fragmentação da responsabilidade entre os atores institucionais contribui para a produção de análises inadequadas, muitas vezes pela preponderância.

Na complexidade não pode haver fórmula para medir a contribuição para projetos de valores humanos. Nesse contexto, procuramos revelar que as decisões sobre sustentabilidade exigem sempre o uso de julgamento e sabedoria humana. Muitas vezes a proteção institucional pode ser conduzida a entusiasmos temporários (sem percepção dos valores envolvidos), logo em seguida, para resolução de problemas complexos, gerando um conflito entre o discurso e a decisão.

O nosso objetivo foi colocar em debate a aplicação do modelo de desenvolvimento sustentável como solução para a problemática ambiental, realçando a extrema complexidade para execução desse modelo, já que envolve um embate entre a racionalidade ambiental, econômica, cultural, política e social, enfocando o caso dos agrotóxicos e dos transgênicos. Em se tratando de multiplicidade, não se pode artificialmente simplificar os processos de tomada de decisão a partir da realização de um juízo de preponderância *a priori*, sem um equacionamento mais profundo.

Com isso revela-se o grande desafio da modernidade relativo à questão ambiental, notadamente a aplicação do modelo de desenvolvimento sustentável quanto ao controle dos agrotóxicos e das sementes transgênicas, incrementando assim a complexidade, cujo trato requer que adotemos a postura inicial de saída dos dois “limites vulgarizados” da “imanência” e “transcendência”, para sepultarmos o comodismo. Nas palavras de Prigogine<sup>30</sup> é bom, todos nós reencontramos o espanto e, ao reencontrá-lo, descobriremos a ideia da mudança.

## REFERÊNCIAS

BINDÉ, Jérôme. Complexidade e crise da representação. In “*Representação e complexidade*”. Rio de Janeiro: Garamond, 2003.

<sup>30</sup> PRIGOGINE, Ilya. O fim da certeza. In “*Representação e complexidade*”. Rio de Janeiro: Garamond, 2003.



BROOKS, Harvel. Environmental decision making: analysis an values. In *“When Values Conflict: Essays on Environmental Analysis, Discourse, and Decision”*. Ballinger Co. 1976.

Disponível em

[http://www.princeton.edu/mae/people/faculty/socolow/failures\\_of\\_discourse.pdf?\\_\\_toolbar=1](http://www.princeton.edu/mae/people/faculty/socolow/failures_of_discourse.pdf?__toolbar=1), acesso em 13/09/2015.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito*. Belo Horizonte: Forum, 2012.

DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

DORFMAN, Robert. An afterword: humane values and environmental decisions. In *“When Values Conflict: Essays on Environmental Analysis, Discourse, and Decision”*. Ballinger Co. 1976.

Disponível em

[http://www.princeton.edu/mae/people/faculty/socolow/failures\\_of\\_discourse.pdf?\\_\\_toolbar=1](http://www.princeton.edu/mae/people/faculty/socolow/failures_of_discourse.pdf?__toolbar=1), acesso em 13/09/2015.

DUCA-SANDBERG, Kathleen. *The History and Demise of the Tocks Island Dam Project: Environmental war or the War in Vietnam*. Seton Hall University: 2011.

Disponível em

<http://scholarship.shu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1009&context=dissertations>, acesso em 15/09/2015.

ECHEVERRÍA, Bolívar. “La modernidad americana” (claves para su comprensión). In:\_\_\_\_.

(compilador). *La americanización de la modernidad*. Mexico-DF: Ediciones Era/UNAM, 2008.

Disponível em

<http://www.bolivare.unam.mx/ensayos/La%20modernidad%20americana.pdf>, acesso em 22/10/2015.

ETZIONI, Amitai. *New communitarian thinking: persons, virtues, institutions, and communities*. 3. ed. Charlottesville and London: University Press of Virginia, 1996.

FRANKLEL, Charles. The rights of nature. In *“When Values Conflict: Essays on Environmental Analysis, Discourse, and Decision”*. Ballinger Co. 1976.

Disponível em

[http://www.princeton.edu/mae/people/faculty/socolow/failures\\_of\\_discourse.pdf?\\_\\_toolbar=1](http://www.princeton.edu/mae/people/faculty/socolow/failures_of_discourse.pdf?__toolbar=1), acesso em 13/09/2015.

KUHN, T. S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1996.

LARRETA, Enrique Rodrigues. Transparências obscuras: pensar a complexidade no século XXI. In *“Representação e complexidade”*. Rio de Janeiro: Garamond, 2003.

LEFF, Enrique. *Epistemologia ambiental*. Trad. Sandra Valenzuela. São Paulo: Cortez, 2001.

MONTIBELLER FILHO, Gilberto. *O Mito do Desenvolvimento Sustentável: meio ambiente e custos sociais no moderno sistema produtor de mercadorias*. Florianópolis: Editora da UFSC, 2004.

MORIN, Edgar. A necessidade de um pensamento complexo. In *“Representação e complexidade”*. Rio de Janeiro: Garamond, 2003.

PERELMAN, Michael. *The Perverse Economy: the impact of markets on people and the environment*. New York: Palgrave macmillan, 2003.

PRIGOGINE, Ilya. O fim da certeza. In *“Representação e complexidade”*. Rio de Janeiro: Garamond, 2003.



RAFFESTIN, Claude. *Por uma geografia do Poder*. São Paulo: Ática 1993.

RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ROWEN, Henry. Policy analysis as heuristic aid: the design of means, ends, and institutions. In *“When Values Conflict: Essays on Environmental Analysis, Discourse, and Decision”*.

Ballinger Co. 1976. Disponível em

[http://www.princeton.edu/mae/people/faculty/socolow/failures\\_of\\_discourse.pdf?\\_\\_toolbar=1](http://www.princeton.edu/mae/people/faculty/socolow/failures_of_discourse.pdf?__toolbar=1), acesso em 13/09/2015.

ROS, José Roberto da. Falsificação e contrabando de agrotóxicos: a sociedade perde a saúde, o país perde o respeito. In *“V Congresso Brasileiro de Algodão”*. Disponível em [http://www.cnpa.embrapa.br/produtos/algodao/publicacoes/trabalhos\\_cba5/320.pdf](http://www.cnpa.embrapa.br/produtos/algodao/publicacoes/trabalhos_cba5/320.pdf), acesso em 27/10/2015.

SACHS, Ignacy. *Estratégias de transição para o século XXI: desenvolvimento e meio ambiente*. São Paulo: Nobel/Fundap, 1993.

SOARES, Luísa Ducla. *O Burro de Buridan*. Civilização Editora: 2010.

SOCLOW, Robert. Failures of discourse: obstacles to the integration of environmental values into natural resource policy. In *“When Values Conflict: Essays on Environmental Analysis, Discourse, and Decision”*. Ballinger Co. 1976. Disponível em

[http://www.princeton.edu/mae/people/faculty/socolow/failures\\_of\\_discourse.pdf?\\_\\_toolbar=1](http://www.princeton.edu/mae/people/faculty/socolow/failures_of_discourse.pdf?__toolbar=1), acesso em 13/09/2015.

STIGLER, George J. A teoria da regulação econômica. In *“Regulação econômica e democracia – o debate norte-americano”*. Paulo Matos (coord.), Mariana Mota Prado, Jean Paul Cabral Veiga da Rocha, Diogo R. Coutinho e Rafael Olivar, organizadores. São Paulo, ed. 34, 2004.

TAUK-TORNISIELO, Sâmia Maria; GOBBI, Nivar; FOWLER, Harold Gordon. *Análise Ambiental: uma visão multidisciplinar*. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista-UNESP, 1995.

THOMPSON, Tavis. The tocks island dam controversy. In *“When Values Conflict: Essays on Environmental Analysis, Discourse, and Decision”*. Ballinger Co. 1976. Disponível em [http://www.princeton.edu/mae/people/faculty/socolow/failures\\_of\\_discourse.pdf?\\_\\_toolbar=1](http://www.princeton.edu/mae/people/faculty/socolow/failures_of_discourse.pdf?__toolbar=1), acesso em 13/09/2015.

TRIBE, Laurence H.; SCHELLING, Corinne S.; VOSS, John. In *“When Values Conflict: Essays on Environmental Analysis, Discourse, and Decision”*. Ballinger Co. 1976. Disponível em <https://www.amacad.org/content/publications/publication.aspx?d=683>, acesso em 13/09/2015.

\_\_\_\_\_. Ways not to think about plastic trees. In *“When Values Conflict: Essays on Environmental Analysis, Discourse, and Decision”*. Ballinger Co. 1976. Disponível em [http://www.princeton.edu/mae/people/faculty/socolow/failures\\_of\\_discourse.pdf?\\_\\_toolbar=1](http://www.princeton.edu/mae/people/faculty/socolow/failures_of_discourse.pdf?__toolbar=1), acesso em 13/09/2015.

WHITE, Gilbert. *A biography of the author of The Natural History of Selborne*. Amazon: 2006.





# ENTRE TUPÃ E O LEVIATÃ: O TRANSCONSTITUCIONALISMO E AS ORDENS LOCAIS INDÍGENAS

BETWEEN TUPÃ AND LEVIATÃ: TRANSCONSTITUTIONALISM AND  
INDIGENOUS LOCAL ORDERS

JULIANNE HOLDER DA CÂMARA SILVA\* | MARIA DOS REMÉDIOS FONTES SILVA\*\*

## RESUMO

A proliferação de conflitos envolvendo os interesses de ordens jurídicas diversas no contexto da sociedade globalizada requer uma abertura do constitucionalismo estatal para outras ordens jurídicas, a fim de que haja um intercâmbio e aprendizado entre os envolvidos a fim de solucionar conflitos de interesses comuns. Esse entrelaçamento entre as ordens jurídicas de níveis múltiplos, chamado por Marcelo Neves de “transconstitucionalismo”, seria uma nova fase do constitucionalismo moderno, uma etapa necessária, diante da ineficácia das ordens constitucionais internas de lidar com problemas envolvendo direitos humanos e fundamentais que ultrapassem a zona de interesse de suas fronteiras territoriais. Em uma sociedade complexa e heterogênea da atualidade, principalmente em um País de formação cultural e étnica bastante diversificada como o Brasil, conflitos sócio-culturais entre as diversas pretensões normativas dos distintos grupos que aqui convivem é algo inegável que precisa ser harmonizado, de modo a permitir o convívio das diferentes pretensões de inclusão jurídica desses grupos, sem que haja uma sobreposição de interesses politicamente dominantes. Dessa forma, o presente artigo propõe a prática do transconstitucionalismo tanto internamente (diálogo de aprendizado entre a ordem jurídica local e as ordens nativas) como externamente (diálogo de aprendizado entre as Cortes e experiências dos diversos países latinos que abrigam em seu território populações indígenas), como um mecanismo capaz de assegurar à Constituição brasileira a obtenção da legitimidade democrática necessária à realização de sua força normativa, cumprindo seu papel de norma suprema da sociedade civil e política.

**Palavras-chave:** Transconstitucionalismo; populações indígenas; força normativa da constituição; diálogo de aprendizado

## ABSTRACT

The proliferation of conflicts involving the interests of diverse legal orders in the context of globalized society requires an openness of state constitutionalism to other legal orders in order to exchange and learn among those involved in order to solve common conflicts of interest. This interlocking of multiple-level legal orders, called by Marcelo Neves of "transconstitutionalism", would be a new phase of modern constitutionalism, a necessary step, given the inefficiency of internal constitutional orders to deal with problems involving human and fundamental rights that go beyond Area of interest of its territorial borders. In a complex and heterogeneous society today, especially in a country of cultural and ethnic formation quite diverse as Brazil, socio-cultural conflicts between the various normative pretensions of the different groups that live here is something undeniable that needs to be harmonized, in order to To permit the coexistence of the different claims of legal inclusion of these groups, without there being an overlapping of politically dominant interests. In this way, the present article proposes the practice of transconstitutionalism both internally (dialogue of learning between the local legal order and native orders) and externally (dialogue of learning between the Cortes and experiences of the various Latin countries that shelter in their territory native populations) , As a mechanism able to assure to the Brazilian Constitution the obtaining of the democratic legitimacy necessary to the accomplishment of its normative force, fulfilling its role of supreme norm of the civil and political society.

**Keywords:** Transconstitutionalism; Indigenous populations; Normative force of the constitution; Learning dialogue

\* Doutoranda em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).  
Professora da Universidade Federal Rural do Semiárido (UFERSA).  
[julianne.holder@ufersa.edu.br](mailto:julianne.holder@ufersa.edu.br)

\*\* Doutora e Mestre em Direito pelo  
Institute de Droits de L'homme da  
Université Catholique de Lyon (IDHL).  
Professora da UFRN.  
[remedios@reitoria.ufrn.br](mailto:remedios@reitoria.ufrn.br)

Recebido em 29-3-2017 | Aprovado em 30-4-2017



## SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO; 1 TRANSCONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO; 1.1 O transconstitucionalismo como evolução necessária do estado constitucional: Cooperação entre ordens jurídicas e absorção da perspectiva dos viventes da norma ao processo de tomada de decisões; 2 O TRANSCONSTITUCIONALISMO À FAVOR DAS COMUNIDADES NATIVAS; 2.1 O transconstitucionalismo entre ordens nacionais e locais; 2.2 O diálogo de aprendizado com o diferente; 3 A (FRACA) FORÇA NORMATIVA DA (NADA TRANSVERSAL) CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA; 3.1 E os direitos dos povos indígenas sucumbem aos interesses políticos e econômicos dominantes...; CONCLUSÕES; REFERÊNCIAS**

### ■ INTRODUÇÃO

Diante da aproximação cada vez mais intensa entre pessoas, lugares e culturas no contexto da globalização e sua incessante intensificação de relações e interconexões, possibilitadas pelo avanço tecnológico e na área das comunicações, problemas e questões transterritoriais se tornam evidentes e intransponíveis a partir da limitada esfera de atuação do constitucionalismo estatal.

Problemas envolvendo direitos humanos e direitos fundamentais que escapam à delimitação territorial dos estados nacionais, sendo ponto de interesse entre diversas ordens jurídicas (internacionais, supranacionais, transnacionais, estatais e até locais) indicam a necessidade premente de uma reformulação da antiga concepção do constitucionalismo, limitada a solução de conflitos jurídico/políticos no interior de um Estado nacional, fechado em si mesmo.

A proliferação de conflitos envolvendo o interesse de ordens jurídicas diversas no contexto da sociedade globalizada requer uma abertura do constitucionalismo estatal para outras ordens jurídicas, a fim de que haja um intercâmbio e aprendizado entre ambos os envolvidos, uma troca de experiências que auxilie na solução dos conflitos comuns.

Esse entrelaçamento entre as ordens jurídicas de níveis múltiplos, chamado por Marcelo Neves de “transconstitucionalismo”<sup>1</sup>, seria uma nova fase do constitucionalismo moderno, uma etapa necessária, diante da ineficácia das ordens constitucionais internas de lidar com problemas envolvendo direitos humanos e fundamentais que ultrapassem a zona de interesse de suas fronteiras territoriais.

O entrelaçamento entre ordens jurídicas, o aprendizado recíproco e a troca de experiências, seria possibilitado, sobretudo, pela atuação das cortes e tribunais constitucionais através de “pontes de transição” criadas entre elas, um diálogo entre as cortes de níveis múltiplos. Um entrelaçamento entre tribunais pertencentes a ordens jurídicas de diferentes níveis.

Com efeito, a praxe constitucional corresponde a um dos elementos, identificados por Konrad Hesse<sup>2</sup>, necessários à força normativa da constituição, sem a qual uma constituição

<sup>1</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

<sup>2</sup> HESSE, Konrad. *A força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1991. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes.

não lograria obter o status de norma suprema da sociedade que regula, não cumprindo seu papel de formadora e mantenedora da unidade política do estado democrático.

Hesse preleciona que uma constituição, para efetivamente possuir força normativa, necessita realizar as seguintes exigências: Possuir um conteúdo que absorva as demandas da sociedade heterogênea e complexa que regula, estando apta a adaptar-se as alterações nesses elementos; possuir uma praxe constitucional de interpretação construtiva que mantenha a constituição estável, além da necessidade de realização da vontade constitucional por todos os partícipes da vida constitucional.

Pois bem, manter uma praxe constitucional consentânea com a sociedade complexa e heterogênea da atualidade implica em se deparar constantemente com questões envolvendo direitos humanos e fundamentais que fogem aos limites territoriais do estado nacional. Dessa forma, para uma constituição alcançar sua força normativa, cumprindo de forma ótima sua função dentro da sociedade, necessário se faz que a praxe constitucional, sobretudo da atuação dos tribunais e cortes, se abra para ordens jurídicas além do estado, permitindo o aprendizado e intercâmbio recíproco entre elas, nos termos do Transconstitucionalismo.

Essa necessidade de abertura se torna ainda mais evidente quando nos deparamos com os direitos humanos e fundamentais de povos indígenas, garantidos constitucionalmente por estados nacionais, respaldados em instrumentos de direito internacional e por cortes internacionais, mas que muitas vezes são negligenciados pelos estados respectivos, ou manejados em desacordo com o significado atribuído pela comunidade indígena, não lhes garantindo a dignidade.

Diante deste cenário, o presente ensaio se debruçará sobre o estudo das citadas obras de Marcelo Neves e Konrad Hesse, a fim de demonstrar que somente uma abertura na ordem constitucional brasileira, nos termos do transconstitucionalismo, voltadas ao entrelaçamento com ordens jurídicas de níveis múltiplos, seria capaz de garantir uma praxe constitucional capaz de solucionar da melhor forma possível as questões envolvendo direitos humanos e fundamentais dos povos indígenas.

Somente com o intercâmbio de experiências, entre as ordens jurídicas dos diversos estados acolhedores de comunidades nativas e, principalmente a partir da perspectiva dos povos indígenas envolvidos, seriam capaz de solucionar tais demandas de modo a garantir dignidade aos indígenas, assegurando uma praxe constitucional verdadeiramente democrática, capaz de promover inclusão e participação política de minorias nacionais de projeção internacional, resguardando a força normativa da constituição brasileira, correspondendo às necessidades da sociedade heterogênea que regula.

## 1 TRANSCONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

Ao nos debruçarmos sobre a citada obra de Konrad Hesse, *A força normativa da Constituição*<sup>3</sup>, temos que a ordenação jurídica e a realidade devem ser compreendidas dentro de um contexto inseparável e diante de condicionantes recíprocas posto que a norma

---

<sup>3</sup> HESSE, 1991. *Op. Cit.* Pág. 13-14.

constitucional não tem existência autônoma em face da realidade, mas sua essência reside na pretensão de eficácia, ou seja, na pretensão de ser concretizada na realidade.

A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em consideração os fatores naturais, técnicos, econômicos e sociais, além do sentimento inerente àquele povo num dado momento histórico. A força condicionante da realidade e a normatividade não podem ser separadas e nem confundidas. São autônomas, tendo a constituição jurídica significado próprio, embora esteja em uma relação de coordenação com a constituição real. Ambas condicionam-se reciprocamente. A constituição ganha força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia (concretização na realidade).

A força dessa constituição e a sua eficácia assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas existentes na vida social e nas tendências dominantes de seu tempo. Por isso Hesse<sup>4</sup> afirma que a constituição encontra-se em um constante processo de legitimação, dado que necessita acompanhar a evolução dinâmica da sociedade complexa, devendo ser aberta e plástica, de modo a adaptar-se às variações desses elementos.

Temos, então, que para a constituição alcançar a eficácia e a legitimidade pretendidas deve estar em sintonia com a realidade social, incorporando os valores econômicos, tecnológicos, sociais e políticos predominantes na sociedade, bem como o sentimento do povo no determinando momento histórico que regula. Daí porque as reivindicações dos movimentos sociais devem estar nela contempladas, de modo que a realidade da rua seja incorporada à norma, do contrário não teríamos uma constituição capaz de se consolidar como norma suprema da sociedade, já que não representaria grande parte de seus integrantes.

É importante destacar, ainda segundo Hesse<sup>5</sup>, que a constituição não pretende consenso de aceitação generalizada de seu conteúdo, mas o reconhecimento de sua validade, legitimidade e obrigatoriedade como norma suprema. Segundo o autor, dois seriam os pressupostos que permitiriam à constituição desenvolver de forma ótima a sua força normativa: O conteúdo da constituição e a praxe constitucional<sup>6</sup>.

Quanto ao primeiro pressuposto, o autor assevera que a constituição deve corresponder aos elementos de seu tempo (sociais, políticos, econômicos, culturais, sociais, etc.) inclusive espirituais, mostrando-se capaz de se adaptar às variações desses elementos na medida em que evita as constantes reformas constitucionais, que enfraqueceriam a sua força normativa. É o que Jürgen Habermas chama de materialização do direito, a incorporação de argumentação moral pela norma objetiva, obtendo, assim, legitimidade, a partir do acoplamento interno entre direito e moral<sup>7</sup>.

A sociedade hodierna é por demais complexa e heterogenia, apenas uma constituição que busque abraçar todos os aspectos e proponha meios de solucionar a totalidade dos conflitos existentes no seio dessa sociedade obteria consciência coletiva de sua inafastabilidade e legitimidade no seio social. Nada mais natural, portanto, concluir que as reivindicações políticas e culturais dos diversos movimentos sociais são inafastáveis do

<sup>4</sup> Op. Cit. 1991. *Passim*.

<sup>5</sup> *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998. *Passim*.

<sup>6</sup> Op. Cit. 1991. Pág. 20.

<sup>7</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Moral*. Tradução de Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget. 1992. Pág. 15 e 20.

conteúdo constitucional, sob o risco de abalar decisivamente sua força normativa. Não só conter em seu conteúdo essas reivindicações, como também pretender a sua eficácia, o que se dará através do segundo pressuposto, a praxe constitucional.

A atividade hermenêutica apresenta um significado decisivo para a consolidação da força normativa da constituição, pois ela está submetida ao princípio da ótima concretização da norma. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido das proposições normativas dentro das condições reais existentes numa determinada situação. As mudanças observadas nas relações fáticas devem acarretar a mudança na interpretação constitucional (interpretação construtiva) sem significar reforma textual.

Maior responsabilidade é ainda atribuída ao hermeneuta em países cuja formação social é bastante heterogeneia, tais como os latino-americanos de vasta formação étnica e cultural, especialmente o Brasil com sua rica diversidade de comunidades tradicionais<sup>8</sup>. São índios, quilombolas, seringueiros, ribeirinhos, caiçaras, comunidades rurais, pescadores artesanais, populações urbanas, enfim, uma diversidade social que precisa ser administrada e equilibrada a fim de que uma vida em dignidade seja assegurada a todos e que a coesão nacional se mantenha firme e estável.

Neste sentido, Peter Häberle<sup>9</sup> sustenta que precisa haver uma democratização da interpretação constitucional, pois quem vive a norma também a interpreta, sendo necessário integrar a realidade ao processo hermenêutico, o que somente seria possível com o alargamento do círculo de intérpretes da constituição, tanto maior quanto mais pluralista for a sociedade. Para Häberle a constituição é o espelho da realidade, daí porque não poder deixar de fora do processo hermenêutico os viventes desta realidade.

Das lições de Peter Häberle extraímos a necessidade de congregar o direito à realidade social. Não quer isso dizer que a interpretação oficial da jurisdição constitucional deva ser enfraquecida em vista da concorrência de uma infinidade de intérpretes constitucionais. O que extraímos das lições do autor é a necessidade de que a compreensão daqueles que vivem a norma seja incorporada nas decisões da Corte constitucional, que o real significado de uma vida em dignidade para povos etnicamente e culturalmente diferentes não seja eclipsado pela compreensão da sociedade envolvente, ou do próprio interprete, do que seria uma vida digna.

Do exposto, temos que uma constituição, a fim de que tenha força normativa e se converta em norma suprema da sociedade complexa e heterogênea que pretende regular, deverá encerrar em seu conteúdo as reivindicações e demandas dos diferentes grupos e

---

<sup>8</sup> A medida provisória nº 2.186-16/2001 (que dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado) estabelece a seguinte definição de comunidade tradicional: “Grupo humano, incluindo os remanescentes de comunidades de quilombos, distinto por suas condições culturais, que se organiza, tradicionalmente, por gerações sucessivas e costumes próprios, e que conserva suas instituições sociais e econômicas”. Melhor definição é trazida por Diegues e Arruda (*apud* SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos: Proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Editora Peirópolis, 2005. Pág. 132): “Grupos humanos diferenciados sob o ponto de vista cultural, que reproduzem historicamente seu modo de vida, de forma mais ou menos isolada, com base na cooperação social e relações próprias com a natureza. Tal noção refere-se tanto a povos indígenas quanto a segmentos da população nacional, que desenvolveram modos particulares de existência, adaptados a nichos ecológicos específicos.”.

<sup>9</sup> *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: A contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. *Passim*.

movimentos sociais que convivem nessa coletividade. Além do mais, os viventes dessa constituição não só a sociedade civil, mas também a sociedade politicamente organizada deverão exercitar a vontade de constituição, isto é, deverão promover a realização ótima das normas constitucionais através de uma interpretação construtiva, que englobe a realidade no processo hermenêutico.

### **1.1 O transconstitucionalismo como evolução necessária do estado constitucional: Cooperação entre ordens jurídicas e absorção da perspectiva dos viventes da norma ao processo de tomada de decisões**

Conforme estudamos no item anterior, somente acoplando realidade e norma em seu conteúdo e praxe, é que uma constituição lograria legitimidade e força normativa, transformando-se em norma suprema da coletividade. No entanto, diante da intensificação da aproximação entre pessoas, lugares e culturas no contexto da globalização e a consequente interdependência gerada entre os membros dessa comunidade global, nos deparamos com o surgimento de questões e problemas comuns às diversas ordens jurídicas que convivem nesse grande sistema mundial.

Principalmente quanto à questões envolvendo direitos humanos e fundamentais observa-se uma interdependência entre as diversas ordens jurídicas de níveis múltiplos (nacionais, internacionais, transnacionais, supranacionais), problemas comuns que, muitas vezes, precisam ser enfrentadas por várias dessas ordens, porque as interessa e as afeta da mesma forma. A globalização de ideias e informações e a aproximação entre os diferentes pontos do Planeta também aproxima problemas e questões a serem resolvidos por diversas ordens, o que requer o desenvolvimento de um método capaz de envolver a todas no processo de decisão.

O direito constitucional doméstico não alcança mais a solução de todos os problemas constitucionais que surgem na modernidade, ficou limitado dentro das fronteiras nacionais, enquanto que os problemas envolvendo direitos humanos e fundamentais ganharam projeção transterritorial, passando a envolver diversas ordens de níveis múltiplos, que precisam trabalhar juntas de modo a solucionar essas demandas de modo satisfatório e uniforme.

Um método adequando para lidar com essas questões transterritoriais envolvendo direitos humanos e fundamentais requer uma abertura entre as ordens de níveis múltiplos a fim de criar “pontes” entre elas, que permita o diálogo e o aprendizado recíproco quanto às experiências que as interessam conjuntamente. Pessoas, lugares e culturas não conseguem mais viver isoladas umas das outras, a globalização aproximou os diversos rincões do planeta, por óbvio, então, que também as ordens jurídicas não possam atingir um isolamento em si mesmas, precisam estar em constante contato com outras ordens jurídicas<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> É de se observar que diversas ordens jurídicas de diversos níveis passaram a existir justamente em razão desse processo de aproximação e interdependência global da atualidade, tais como as ordens supranacionais e transnacionais. Não existindo a possibilidade de sua atuação isolada. São ordens que necessariamente exigem um intercâmbio com outras ordens jurídicas.

Esse diálogo, através das “pontes de transição”, entre as ordens jurídicas, desenvolve-se principalmente a partir dos seus respectivos centros, os juízes, cortes e tribunais<sup>11</sup>. Aí está a importante ligação existente entre a força normativa da constituição (através da praxe constitucional das cortes) e o transconstitucionalismo (o diálogo e aproximação entre as diferentes cortes existentes nas ordens jurídicas de níveis múltiplos).

Será através da atuação dos tribunais, a partir do diálogo e aprendizado com as cortes pertencentes às outras ordens jurídicas, que experiências de interesse comum serão partilhadas e absorvidas pelas ordens colaboradoras. A troca de experiências sempre implicará em um crescimento e amadurecimento da corte constitucional e da ordem receptora. Será dessa interconexão e diálogo que soluções satisfatórias serão desenvolvidas quando em questão direitos humanos e fundamentais.

Somente com uma praxe constitucional voltada para a realização dos fatores reais existentes na sociedade, é que propiciaria uma ótima concretização da norma constitucional, satisfazendo as demandas dos diversos atores sociais e grupos de interesses que convivem no território nacional.

Essa ótima concretização da constituição necessita de uma praxe constitucional de abertura, uma atuação capaz de reproduzir a melhor solução quando em pauta os direitos humanos e fundamentais dos diversos segmentos sociais que a constituição regula. A abertura e o diálogo com outras ordens jurídicas permite à praxe constitucional que ofereça o melhor de sua hermenêutica, pois que se utiliza de todos os meios existentes para se chegar à melhor decisão. E nada melhor que o compartilhamento de experiências, bem como a participação dos viventes da norma, para se construir a solução ideal, através do aprendizado recíproco entre aqueles que partilham interesses comuns.

Com efeito, Häberle, em sua sociedade aberta, defende que os critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralistas for a sociedade. Devendo o destinatário da norma ser participante ativo no processo hermenêutico, pois que vive a norma acaba por interpretá-la. Dessa forma, o processo constitucional torna-se parte do direito de participação democrática, não sendo a interpretação constitucional um evento exclusivamente estatal.

Para o autor, o juiz constitucional já não interpreta isoladamente, no processo constitucional muitos são os participantes. As formas de participação ampliam-se acentuadamente. Em obra posterior, Häberle<sup>12</sup> vai tratar do estado constitucional cooperativo, propondo exatamente um entrelaçamento das relações internacionais de modo que o estado constitucional se veja aberto tanto internamente como externamente, em uma crescente cooperação (jurídica e política) com outros estados constitucionais que se amplia e se intensifica, propiciando o desenvolvimento de um “direito internacional cooperativo”<sup>13</sup>.

Também para o autor, essa fase de cooperação seria um estágio do estado constitucional a ser atingido gradativamente, e necessário frente às mudanças no direito internacional e seus desafios<sup>14</sup>, implicando, inclusive, no desenvolvimento de um direito

<sup>11</sup> NEVES, 2009, *Op. Cit.* Pág. 117.

<sup>12</sup> HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional cooperativo*. Tradução de MALISKA, Marcos Augusto; ANTONIUK, Elisete. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. Pág. 02-03.

<sup>13</sup> HÄBERLE, 2007, *Op. Cit.* Pág. 07.

<sup>14</sup> HÄBERLE, 2007, *Op. Cit.* Pág. 10.

comum, reconhecível entre os estados constitucionais<sup>15</sup>, identificando a realização dos direitos fundamentais como um dos objetivos dessa cooperação<sup>16</sup>. Com a formação da comunidade europeia vislumbrou a intensificação dessa cooperação internacional aduzindo que “a sociedade aberta dos interpretes constitucionais torna-se internacional”<sup>17</sup>.

Percebe-se que ambos os autores (Neves e Häberle) abordam a mesma questão: a necessidade de o estado constitucional evoluir para um estágio de abertura e entrelaçamento com outros estados constitucionais e ordens transterritoriais, a fim de estabelecer uma cooperação que auxilie na solução de questões comuns a todos, principalmente envolvendo direitos humanos e fundamentais.

Marcelo Neves destaca a preocupação em esclarecer que não existe uma hierarquia entre as ordens jurídicas de níveis múltiplos, um tribunal internacional, por exemplo, não impõe suas decisões aos tribunais nacionais<sup>18</sup>. O que existe, agora nos termos de Häberle, é uma cooperação entre os diversos sistemas jurídicos, de modo a promover uma abertura dialógica, através da troca de experiências, entre diversas ordens interessadas em uma determinada questão.

Esse diálogo se dará mais facilmente entre ordens que apresentem uma constituição transversal, ou seja, uma constituição que promova o acoplamento estrutural entre política e direito. Mas temos que observar, que o próprio autor do transconstitucionalismo traz a possibilidade de intercâmbio e aprendizado recíproco com ordens que não apresentam uma constituição transversal<sup>19</sup>, seja porque há uma predominância de um dos sistemas sobre o outro (política/direito) ou porque se trata de ordens arcaicas.

O que nos interessa aqui é a possibilidade de haver um diálogo entre o estado nacional e as ordens nativas locais, bem como entre a ordem nacional e a internacional ou entre ordens nacionais distintas, no tocante às questões de direitos humanos e fundamentais dos povos indígenas, de modo que a sua dignidade seja preservada através de soluções construídas a partir da perspectiva das comunidades nativas e não através da imposição da cosmovisão do estado nacional.

## 2 O TRANSCONSTITUCIONALISMO À FAVOR DAS COMUNIDADES NATIVAS

### 2.1 O transconstitucionalismo entre ordens nacionais e locais

Marcelo Neves, em sua obra intitulada *Transconstitucionalismo*, enfrenta a delicada questão do diálogo entre as ordens jurídicas nacionais e as ordens extraestatais de coletividades nativas<sup>20</sup>, que se encontram à margem do constitucionalismo, não possuindo uma estrutura de organização política/jurídica de estado e, a rigor, não apresentando problemas jurídicos constitucionais de direitos humanos e limitações do poder.

<sup>15</sup> HÄBERLE, 2007, *Op. Cit.* Pág. 62-63.

<sup>16</sup> HÄBERLE, 2007, *Op. Cit.* Pág. 65.

<sup>17</sup> HÄBERLE, 2007, *Op. Cit.* Pág. 63.

<sup>18</sup> NEVES, 2009. *Op. Cit.* Pág. 145.

<sup>19</sup> NEVES, 2009, *Op. Cit.* Pág. 216.

<sup>20</sup> NEVES, 2009, *Op. Cit.* Pág. 216.

O autor defende que, diante de um confronto entre essas ordens normativas arcaicas e as instituições de ordem jurídico-constitucional de um estado, deve-se praticar um “transconstitucionalismo unilateral de tolerância” e aprendizado<sup>21</sup>, sendo necessário não excluir o desenvolvimento de institutos alternativos de diálogo construtivo com essas ordens culturalmente “diferentes”, argumentando que a simples outorga unilateral de direitos humanos seria contrário ao transconstitucionalismo e ao próprio conceito de direitos humanos<sup>22</sup>.

Importa-nos aqui as ordens normativas locais de comunidades indígenas, que se espalham pelos diversos países latino-americanos e constantemente se confrontam com as ordens jurídicas dos estados nacionais que lhes abrigam. De fato, se o estado nacional protege as manifestações culturais e identidade étnica desses grupos, o único caminho para se manter na constitucionalidade será praticando um transconstitucionalismo de tolerância para com as organizações normativas dos povos tradicionais.

Somente admitindo, respeitando e reconhecendo a legitimidade de seu direito costumeiro e hábitos culturais estaria o estado nacional se mantendo dentro da constitucionalidade uma vez que impor unilateralmente o direito “oficial” (estranho ao direito costumeiro da comunidade) significaria contrariar a norma constitucional de proteção e reconhecimento das tradições culturais.

Com efeito, no caso do Brasil, temos uma Constituição que reconhece a diversidade cultural do povo brasileiro, determinando como obrigação do poder público proteger as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras (art. 215, §1º). Mais adiante (art. 231), reconhece aos índios sua organização social, cultura, línguas, religião, cresças e tradições, rompendo definitivamente com o vetusto paradigma da aculturação e civilização dos autóctones que vigorou desde a colonização portuguesa<sup>23</sup>.

A mudança no paradigma indigenista é clara, a Constituição Federal protege a diversidade cultural brasileira, nosso patrimônio cultural (art. 216), estabelecendo um sistema de proteção à posse da terra tradicionalmente indígena como instrumento para a manutenção de sua identidade cultural. A Constituição assegura ao índio o direito a ser índio e a continuar sendo índio, garantindo os meios necessários à reprodução de seu estilo de vida peculiar.

Não nos debruçaremos aqui acerca do reconhecimento do direito costumeiro dos povos indígenas que muitas vezes se chocam com institutos da ordem jurídica nacional. A reflexão que se segue no próximo capítulo se dará quanto à diversidade de perspectiva e compreensão sobre dignidade e conteúdo de direitos humanos e fundamentais, sobre formas diferentes de vida, que deveriam ser absorvidos pela ordem jurídica nacional a fim de que, em face de decisões judiciais e na estruturação de políticas públicas, a melhor solução seja adotada de modo a garantir a dignidade dos povos indígenas, dignidade sob sua perspectiva, e não sob a perspectiva do “dominante”.

O método do transconstitucionalismo, de promover um diálogo entre ordens normativas diversas, ainda que uma delas não apresente estrutura jurídica constitucional, pode solucionar esse empasse, ao permitir ao estado nacional que se aproxime de uma forma

<sup>21</sup> NEVES, 2009, *Op. Cit.* Pág. 216.

<sup>22</sup> NEVES, 2009, *Op. Cit.* Pág. 217.

<sup>23</sup> SILVA, Julianne Holder da Câmara. *A capacidade civil indígena*. Revista Direitos Fundamentais e Justiça. Vol. 8. nº 28. Porto Alegre, 2014 (A-2). Pág. 211.

de vida genuinamente diferente da sociedade envolvente, e que precisa ser melhor compreendida e interpretada, devendo ser considerada quando em pauta questões envolvendo os seus próprios interesses.

Somente com uma abertura ao diferente, seria possível que essa diferença “entrasse” na ordem jurídica estatal, influenciando suas ações e decisões de maneira que atenda as reivindicações e demandas dos povos indígenas segundo sua perspectiva, e não sob a perspectiva do “dominante”.

Ao abordar o significado dos direitos fundamentais, Konrad Hesse<sup>24</sup> afirma que os mesmos não possuem conteúdo uniforme, mas variável, dependendo de fatores extrajurídicos como a cultura e a história de um povo, podendo um mesmo direito apresentar significados diferentes em constituições diferentes. Indo mais além, Carlos Frederico Marés<sup>25</sup> leva em consideração que não existem direitos humanos universais, mas o direito universal de cada povo de construir o seu referencial de direitos humanos segundo suas tradições, usos e costumes.

De fato, se o catálogo de direitos fundamentais significa os valores que são relevantes para uma determinada sociedade em determinado momento de sua evolução, em outra época, num mesmo Estado, o rol de direitos apresentará significado diverso; da mesma forma que esse catálogo divergirá em seu significado do catálogo de outro Estado Nacional. Isto porque as necessidades sociais refletidas no elenco de direitos positivados na constituição são cambiantes, transformando-se de acordo com as necessidades da época.

Disso decorre que também a compreensão do que seja a dignidade humana varia no tempo e no espaço, apresentando um significado amplíssimo, aberto às diversidades culturais e as variações sociais. Aliás, o alcance de seu conteúdo varia não só endemicamente (de acordo com a evolução histórica e correspondendo a maior ou menor heterogeneidade da comunidade), como varia a partir de um referencial externo, de um Estado para outro.

A dignidade humana, como valor supremo a se irradiar por todo o Ordenamento Jurídico e a inspirar todo o rol de direitos com fins a garantir a todos um mínimo existencial em uma sociedade livre, justa e solidária, necessita apresentar um alto grau de adaptabilidade, de modo a abarcar as diferenças de contexto presentes na sociedade contemporânea. Sendo a constituição um instrumento de integração política, harmonizando e equilibrando a diversidade de atores sociais, e sendo a dignidade o valor maior desta Carta, deve esta (a dignidade) também funcionar como ferramenta de integração social, uma força de inclusão, alcançando todos aqueles segmentos sociais conviventes em um mesmo Estado Nacional.

Por esta razão é que o significado do que seja a dignidade humana não pode se dar uniformemente, segundo os padrões ocidentais de uma sociedade global capitalista. As diferenças culturais devem ser absorvidas na compreensão do que é uma vida digna. Do contrário estar-se-ia diante de um imperialismo disfarçado, o imperialismo da moral

<sup>24</sup> Significado de los derechos fundamentales. In: *Manual de derecho constitucional*. 2ª Ed. Madrid: Marcial, 2001, Pág. 84-85.

<sup>25</sup> *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 2008. Pág. 83.

ocidental, sob padrões eurocêntricos e norte-americanos<sup>26</sup>. Afinal, até o status de Estado Constitucional é uma expressão cultural e sua imposição forçada é uma forma de dominação.

A intenção de proteger determinados direitos humanos por parte dos estados nacionais e supranacionais não deve se esgotar na positivação desses direitos em instrumentos multilaterais de alcance internacional, as ordens jurídicas devem estar dispostas ao diálogo afim de que troquem experiências que auxiliem na solução de conflitos de interesse comuns, principalmente quando diante de questões de direitos humanos, que sempre acabam por fugir ao âmbito nacional local, para se projetar em outras ordens de níveis múltiplos.

Os direitos humanos assegurados em documentos internacionais, expressam a vontade dos países e organizações signatárias de proteger determinados valores que considerem relevantes, mas temos que ter em mente que ao se incorporarem ao ordenamento jurídico doméstico, esses direitos ganham formatação específica, uma releitura conforme o ordenamento jurídico receptor. Sendo, pois, impossível uma uniformidade de conteúdo e significado dos direitos fundamentais em âmbito global.

Se por um lado os direitos humanos, ao serem domesticados no ordenamento jurídico nacional, sofrem essa adaptação à realidade jurídica/política/cultural do país, por outro, essa realidade é composta por diferentes cosmovisões e compreensão do que seria dignidade, de qual seria o significado dos direitos fundamentais, devendo, estes, permitir a inclusão de todas essas diferentes pretensões de vida digna. Aí está a grande importância da capacidade de aprendizado do sistema jurídico. Quanto maior essa capacidade cognitiva mais inclusivo e, portanto, mais democrático, será o ordenamento jurídico.

Com efeito, Marcelo Neves (pág. 252-253) propõe a definição dos direitos humanos como “*expectativas normativas de inclusão jurídica de toda e qualquer pessoa na sociedade (mundial)...*” e de “*acesso universal ao direito enquanto subsistema social*”. De fato, a função primeira dos direitos humanos é garantir inclusão de qualquer ser humano, com essa inclusão teremos vida digna.

Para que haja inclusão não só direitos de defesa ou de mínimo existencial devem ser garantidos, toda uma compreensão de forma de vida e percepção cultural devem estar contidas na proteção. Isto porque, grupos de indivíduos que vivem um estilo de vida peculiar, diferente do estilo dominante, possuem a expectativa de proteção jurídica de sua forma singular de vida ou de cultura. Existe, então, uma expectativa de inclusão dos culturalmente “diferentes”, inclusão esta promovida pelo direito, e que pretende assegurar a igualdade de oportunidades de acesso aos direitos.

Pois bem, essa expectativa somente será satisfeita se houver uma absorção, pelo sistema jurídico que se pretende inclusivo, dos valores relevantes para os “culturalmente diferentes”. Sem essa incorporação da cosmovisão e percepção de dignidade dos diferentes grupos sociais pelo sistema jurídico (em decisões judiciais e políticas públicas), ele jamais cumprirá sua função democrática de inclusão que permita a convivência entre diferentes em uma sociedade complexa e heterogênea.

---

<sup>26</sup> PIOVERSAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Pág. 156.

É aí onde se encaixa a importância do transconstitucionalismo como método capaz de propiciar essa absorção de valores diversos pela ordem jurídica.

O transconstitucionalismo propõe uma abertura entre as ordens jurídicas de níveis múltiplos de forma que, através de “pontes de transição” entre as cortes e tribunais desses diversos sistemas jurídicos, seja possível um diálogo entre eles, de modo que troquem experiências acerca de questões de afetação comum, sobretudo envolvendo direitos humanos.

Conforme já mencionado, não se trata de hierarquia ou imposição de uma ordem forte sobre uma ordem fraca. O que se propõe é a abertura capaz de enxergar na experiência do outro uma inspiração para a solução dos próprios problemas, estes que, de uma forma geral, se mostram presentes em diversas ordens, dado que questões de direitos humanos dificilmente restam isolados nas fronteiras domésticas.

Voltando à temática dos povos indígenas, temos diversos países latino-americanos riquíssimos em experiências e vivências relacionadas à luta por reconhecimento e direitos dos povos indígenas. Cada um em contextos específicos, de uma forma ou de outra, acabou por reconhecer e assegurar direitos aos diversos povos e etnias que convivem em seus territórios nacionais. Uns de maneira mais contida, outros se declarando nações pluriétnicas e bilíngues. Cada um com seu histórico de lutas e formação da identidade desse movimento social.

O fato é que temos uma oportunidade ímpar de trocar experiências e informações, transmitindo nosso conhecimento e absorvendo o alheio, de forma que a causa indígena comece a ser tratada conjuntamente, em colaboração com os diversos estados nacionais que lidam com a questão.

Além disso, temos incontáveis instrumentos internacionais, comissões em funcionamento e estudos da comunidade internacional, voltados à estruturação de direitos humanos em prol da conservação e proteção da singularidade indígena e reconhecimento de direitos humanos específicos, como o direito de consulta, de autodeterminação, de proteção aos recursos naturais indispensáveis ao seu bem estar, posse sobre as terras tradicionais, dentre outros direitos reconhecidamente inafastáveis da materialização da dignidade humana dos povos indígenas.

Sendo, portanto, relevante um diálogo não só entre as ordens jurídicas nacionais daqueles estados que acolhem comunidades indígenas em seu território – que se veem às voltas com choques constantes entre os direitos desses povos e as instituições tradicionais do direito - mas também uma abertura para a própria comunidade internacional e seus instrumentos multilaterais de proteção dessas minorias étnicas.

Afinal, o conteúdo dos documentos multilaterais, firmados entre as nações e/ou organizações internacionais, refletem a preocupação comum dos atores internacionais com a questão, merecendo atenção. Além do que, tendo sido ratificado e incorporado ao ordenamento jurídico pátrio, o estado nacional necessariamente deverá observar o conteúdo desses instrumentos.

## 2.2 O diálogo de aprendizado com o diferente

O diálogo entre sistemas jurídicos nacionais, e entre estes e o direito internacional, como vimos, se faz necessário a fim de que experiências e vivências dos diversos estados que enfrentam a questão do reconhecimento de direitos e da inclusão jurídica dos povos indígenas sejam compartilhadas entre os diversos interessados de modo a auxiliar na solução de problemas comuns. No entanto, não somente uma abertura entre as cortes e tribunais de estados nacionais, ou para a comunidade internacional, se faz satisfatória para atender as demandas de inclusão e reconhecimento de direitos dos povos autoctones. Em uma sociedade pluralista e complexa da atualidade, precisamos ir além.

Mais do que um transconstitucionalismo de tolerância, deve-se praticar um transconstitucionalismo de aprendizado, ainda que uma das ordens não esteja estruturada em um estado de direito constitucional. Ainda que uma das ordens não apresente uma constituição transversal moderna. Pois o transconstitucionalismo implica no aprendizado, essa é a razão para o diálogo ente cortes e sistemas jurídicos. Um aprendizado para uma solução concreta. E se o sistema jurídico, para atuar em sua plenitude e ser verdadeiramente democrático, precisar beber da experiência de grupos não organizados política e juridicamente nos moldes do estado de direito constitucional, então será isso que ele irá fazer.

Para ser democrático, o sistema jurídico precisa, sobretudo, ser inclusivo. E ser inclusivo quando em pauta os interesses dos povos indígenas significa dar atenção às suas demandas específicas e reivindicações, nos termos reivindicados, e não nos termos genéricos e pré-fabricados por alguma teoria que pretenda a uniformização da concepção de direitos humanos.

Estar atento às necessidades e preocupações dos povos “culturalmente diferentes”, tendo o cuidado de não impor uma ideologia dominante, estando aberto ao diálogo para com o significado e compreensão de dignidade para esses povos, isso sim seria inclusão, estaria, então, o sistema jurídico satisfazendo a expectativa normativa de inclusão jurídica desses povos. Então as cortes, juízes e tribunais, bem como o governo ao tomar decisões envolvendo questões dos povos indígenas não deveriam aplicar a letra cega da lei olvidando o significado que essas comunidades dão à dignidade, mas estar atentos, através do diálogo e aprendizado, às necessidades reprodutoras de sua dignidade, a “dignidade indígena”.

## 3 A (FRACA) FORÇA NORMATIVA DA (NADA TRANSVERSAL) CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Conforme vimos alhures, uma constituição transversal realiza um acoplamento estrutural entre política e direito, ao mesmo tempo em que propicia a desdiferenciação entre esses dois sistemas de forma que um não prevaleça sobre o outro, em um frágil e perfeito equilíbrio. Assim, temos que, em uma constituição verdadeiramente transversal, os interesses dominantes no jogo político não irão prevalecer sobre os direitos dos povos indígenas, pois esse equilíbrio entre política e direito proporcionaria uma aplicação igualitária do direito, sem a influência de interesses politicamente dominantes.

No entanto, fazendo um recorte do histórico brasileiro de reivindicações dos povos indígenas, tanto na adoção de políticas públicas específicas quanto nas decisões dos tribunais,

os interesses econômicos e politicamente dominantes sempre pareceram prevalecer, revelando que a constituição brasileira não logra estabelecer esse acoplamento estrutural e ao mesmo tempo desdiferenciador entre política e direito, não ostentando o “equilíbrio tencionado” ideal para se intitular de transversal.

A extensa lista de empreendimentos econômicos, muitas vezes relacionados ao desenvolvimento de políticas públicas oficiais do Governo<sup>27</sup>, se impõem sobre os interesses, reivindicações e até mesmo sobre direitos constitucionais dos povos indígenas, indicam o acerto dessa afirmação.

Hoje, o complexo hidrelétrico de Belo Monte (bem como as usinas de São Luiz do Tapajós, São Manoel e Teles Pires<sup>28</sup>) se desenvolve com o respaldo do Supremo Tribunal Federal<sup>29</sup>, em clara desconsideração dos direitos constitucionais consagrados aos indígenas bem como das normas internacionais ratificadas e incorporadas pelo Brasil. No passado, as hidrelétricas de Balbina e Tucuruí<sup>30</sup> causaram uma grande devastação nas terras indígenas impactadas, empreendimentos promovidos à total revelia das comunidades.

Ainda atividades de exploração e lavra de petróleo e gás<sup>31</sup> também se desenvolvem no entorno das terras tradicionais, bem como a extração minerária<sup>32</sup> e a expansão da fronteira agrícola<sup>33</sup>.

No passado, a expansão da malha viária do País e projetos de integração nacional dividiram ao meio terras indígenas isoladas<sup>34</sup>. A isso se somaram a retirada forçada de gentios

<sup>27</sup> Antenor Vaz informa que em 2012, dos 114 empreendimentos propostos pelo PAC (Programa de aceleração do Crescimento) com pedido de licenciamento ambiental em diferentes estágios, 42 afetam regiões com presença de índios isolados ou de recente contato. Se tratam, principalmente de projetos hidrelétricos, rodoviários e ferroviários. (*Op. Cit.*, 2013. Pág. 20)

<sup>28</sup> Essas três usinas hidrelétricas ainda em construção concentram-se na Região Norte do País: a usina São Luiz do Tapajós concentra-se no Rio Tapajós, no Estado do Pará; enquanto as usinas de São Manoel e Teles Pires se localizam na bacia do Rio Teles Pires, afluente do Rio Tapajós, na divisa entre os Estados Pará e Mato Grosso.

<sup>29</sup> SILVA. *Op. Cit.* 2014. Pág. 67.

<sup>30</sup> Ambas inauguradas na década de 80 se localizam respectivamente: a usina Tucuruí, no Rio Tocantins, Estado do Pará; Balbina, considerada o maior desastre ambiental brasileiro, no Rio Uatumã, Estado do Amazonas.

<sup>31</sup> Muito embora a Agência Nacional do Petróleo, Gás-natural e Biocombustíveis (ANP) nunca tenha ofertado blocos inseridos em terras indígenas, na 10ª rodada licitatória os campos concedidos pela Autarquia especial delas se avizinharam de forma preocupante. Os blocos nominados PRC-T-121, PRC-T-122 e PRC-T-123, situados no alto do Xingu, Mato Grosso, arrematados pela Petrobrás, se encontram nos limites das terras indígenas de *Santana* e *Bakairí*. Não obstante os blocos se situem externamente aos territórios indígenas, tendo o órgão ambiental competente se manifestado pela viabilidade da concessão há de se considerar que as atividades produtivas da indústria causarão impactos diretos nas comunidades em virtude da excessiva proximidade entre os blocos e os territórios tradicionais. Para maiores informações, consultar o parecer exarado pela Secretaria de Estado do Meio Ambiente (SEMA), acerca dos blocos a serem licitados no Estado do Mato Grosso em virtude da 10ª rodada de licitação, disponibilizado pela ANP em: <[http://www.brasilrounds.gov.br/arquivos/diretrizes\\_ambientais/Parecis/Parecer\\_MT.pdf](http://www.brasilrounds.gov.br/arquivos/diretrizes_ambientais/Parecis/Parecer_MT.pdf)>. Acesso em: 28 março. 2015. O referido documento trás vários mapas da região, donde salta aos olhos a proximidade dos blocos ofertados com as citadas terras indígenas.

<sup>32</sup> RICARDO, Fany; ROLLA, Alicia (Org). *Mineração em Terras Indígenas na Amazônia brasileira*. Instituto Socioambiental: São Paulo, 2005.

<sup>33</sup> Por volta da década de 60 a expansão da fronteira agrícola no Estado avançou sobre o território dos *Guaraní-Kaiowá*, ao sul do estado do Mato Grosso, quando o órgão indigenista oficial passou a retirá-los a fim de levá-los à pequenas reservas superlotadas. A desagregação social conduziu os *Kaiowá* ao suicídio coletivo, onde mais de 200 indivíduos retiraram a própria vida. Maiores informações, vide: SOUZA FILHO. *Op. Cit.* 2008. Pág. 44.

<sup>34</sup> Foi o que aconteceu aos chamados “índios Gigantes”, ou *Panará*, ocupantes do norte do Estado do Mato Grosso que, na década de 70, em virtude do PIN (Plano de integração nacional) desenvolvido pelo Governo

de suas terras, causando demasiada devastação e sofrimento aos povos indígenas brasileiros, que paulatinamente passaram a se organizar com forte identidade coletiva de movimento social, com propósitos e objetivos específicos.

Das reivindicações históricas, muitas foram normativamente atendidas pela Constituição de 1988 que incluiu em seu rol de direitos alguns dos interesses mais reivindicados pelo movimento indígena do País (posse das terras tradicionais, usufruto exclusivo dos recursos naturais, cidadania indígena, educação bilíngue, processo de consulta, etc.). Revelando a satisfação do primeiro requisito (o conteúdo constitucional), indicado por Hesse, para a formação de sua força normativa.

Entretanto, quanto ao segundo requisito necessário à força normativa da constituição, a praxe constitucional, observamos no Brasil uma predominância dos interesses econômicos e políticos dominantes sobre os direitos dos povos autóctones, que acabam sucumbindo àqueles, revelando sua função meramente ilustrativa, uma formalidade presente textualmente na Constituição Brasileira, mas que não é posta em prática, mascarando a negação de direitos de cidadania à seres humanos que vivem às margens da dignidade.

### 3.1 E os direitos dos povos indígenas sucumbem aos interesses políticos e econômicos dominantes....

Desde a década de 70 debate-se a viabilidade da construção do complexo hidrelétrico de Belo Monte<sup>35</sup>, no Rio Xingu, Estado do Pará, a causa ganhou notoriedade internacional em 1989 quando lideranças indígenas se reuniram no I Encontro dos Povos indígenas do Xingu, em Altamira, no Pará, para protestar contra o empreendimento. Os indígenas temiam que se repetisse em Belo Monte o mesmo quadro social e ambiental desastroso evidenciado na construção das hidrelétricas de Tucuruí e Balbina, empreendimentos realizados à total revelia das comunidades índias afetadas.

Em 2008, no mesmo local, fora realizado o II Encontro dos Povos indígenas do Xingu, com os mesmos propósitos. Nesse meio tempo, lideranças indígenas denunciaram no cenário

---

Militar, virem seu território dividido ao meio com a construção da BR-163, Cuaibá-Santarém, somado à epidemias de gripe e sarampo. A população dos *Panará* fora dizimada. Os indivíduos restantes foram levados de suas terras ao Parque Indígena do Xingu, habitado pelos seus históricos inimigos, os *Kaiapó*. Após muita luta e sofrimento, em 1995, os *Panará* conseguiram retornar às suas terras, tendo parte delas sido reconhecida e demarcada. Fora isso, a União foi condenada ao ressarcimento de danos morais e materiais aos “índios gigantes” em decisão histórica proferida pelo Juiz da 7ª Vara da Justiça Federal de Brasília/DF, Novelty Vilanova dos Reis, e posteriormente confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Maiores detalhes: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Reconhecer para libertar: Os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2003. Pág. 89.

<sup>35</sup> Belo Monte consiste na primeira de cinco usinas do complexo hidrelétrico a ser realizado na Bacia do Rio Xingu, integrando o Projeto governamental de Aceleração do Crescimento – PAC. Inicialmente denominada hidrelétrica de *Kararaô*, um grito de guerra na língua *Kaiapó*, só pelo nome já correspondia a uma agressão às comunidade índias afetadas. Os conflitos envolvendo a usina se arrastam por duas décadas, os índios e populações locais já se pronunciaram por diversas vezes contrários ao empreendimento, mas o Governo Federal desconsidera sua posição e insiste em tentar justificar a obra com o argumento da estratégica posição da região para o desenvolvimento da matriz energética brasileira.

internacional o descaso com que o Estado brasileiro vem tratando a questão indígena no País, fazendo letra morta dos dispositivos constitucionais destinados à proteção da reprodução física e cultural das minorias nacionais.

A mídia alardeia diuturnamente notícias quanto a problemática de Belo Monte, revelando que copiosamente os interesses sociais e ambientais de minorias nacionais, teoricamente protegidas, em um Estado teoricamente democrático, sucumbem à força esmagadora dos interesses econômicos, tudo avalizado pelo Estado brasileiro, pela Suprema Corte do País e pelo Órgão indigenista que, oficialmente, deveria zelar pelos interesses dos índios, mas age de encontro às suas reivindicações e clamores.

Todos os conflitos a cerca da hidrelétrica de Belo Monte gravita em torno da não observância de direitos constitucionalmente assegurados aos indígenas, principalmente quanto ao direito de consulta às comunidades impactadas, um direito que visa promover a dignidade dos povos indígenas e a concretização do princípio democrático.

A exploração dos recursos minerais, potenciais hidrelétricos e energéticos em terras indígenas depende de uma atuação normativa por parte do legislador para que possa ocorrer constitucionalmente. Isso porque o art. 176, §1º, exigiu uma legislação específica a regular tais empreendimentos, como condição para que ocorram em território índio.

Saliente-se que essa regulação ainda não fora providenciada pelo legislador, existindo apenas projetos de leis<sup>36</sup> dedicados à mineração em terras indígenas que tramitam há décadas no Congresso Nacional sem obter a devida aprovação, o que acaba por inviabilizar a realização dessa empreitada. Quanto ao aproveitamento energético e hidrelétrico em terras indígenas, o Poder Legislativo ainda se mantém inerte. Entretanto, o complexo hidrelétrico de Belo Monte avança em sua conclusão, afrontando todos os direitos constitucionais deferidos às comunidades indígenas e com o total respaldo de nossa Corte Suprema e do Órgão indigenista.

Dentre as exigências constitucionais que deveriam estar contempladas nessa legislação específica<sup>37</sup>, a fim de que se possa explorar minério, potenciais hidrelétricos e energéticos em terras indígenas, está a consulta as comunidades impactadas. Então temos um direito fundamental dos indígenas (direito a ser consultado), de obter uma prestação material do Poder Público (realizar a consulta antes de qualquer empreendimento adentrar suas terras), que está na dependência de uma prestação jurídica do Poder Legislativo (lei

<sup>36</sup> A proposta que tramita hoje na Câmara dos Deputados (PL 1.610/96) e que se destina a tratar especificamente da questão mineraria em terras índias, foi iniciada pelo Senador Romero Jucá, tendo sido aprovada na respectiva Casa Legislativa, seguiu à Câmara dos Deputados onde tramita há mais de 10 anos. Em 2007, foi substituída por uma proposta do Governo, quando, então, fora instituída uma comissão especial para analisar o assunto, tendo sido, simplesmente, abandonada a discussão acerca do Estatuto das Sociedades Indígenas (PL 2.057), que também intentava regular a questão da mineração. Passado alguns meses, já em 2008, a comissão apresentou uma contraproposta substitutiva, encabeçada pelo seu então relator, o Deputado Eduardo Valverde. Atualmente, agora sob a relatoria do Deputado Edio Lopes, a Câmara se articula no intento de promover uma consulta aos povos indígenas acerca do próprio PL da mineração.

<sup>37</sup> Os requisitos postos pela Constituição, além da legislação específica e da consulta às comunidades envolvidas, temos a participação dos índios no resultado da lavra, autorização do Congresso Nacional e exploração operada por empresa brasileira ou constituída sob as leis brasileiras, com cede e administração no País. Consultar os artigos 231, §3º, e art. 176, §1º. Mais detalhes vide: SILVA, Julianne Holder da Câmara. Empreendimentos energéticos em terras indígenas: Uma análise constitucional à luz do multiculturalismo. In: *ARGUMENTUM - Revista de Direito* n. 15 - 2014 – UNIMAR. Marília/SP Pág. 65. A-1.

específica)<sup>38</sup>, regulando o procedimento de consulta de modo a fazer surgir um direito subjetivo das comunidades de serem consultadas.

Poderíamos até supor estar inviabilizado tal direito consultivo em face da omissão do nosso Parlamento em regular a questão, no entanto, quanto ao processo de consulta, o Ordenamento brasileiro apresenta sim a regulação específica: A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), – Convenção sobre povos indígenas e tribais em países independentes, firmada em Genebra, 1989, que dentre outras coisas disciplina o direito de consulta às comunidades indígenas ante a possibilidade de qualquer fato que possa lhes afetar diretamente, desde medidas legislativas até a presença de empreendimentos econômicos em suas terras<sup>39</sup>.

Tendo sido devidamente ratificada (Decreto Legislativo 143/2002) e incorporada ao nosso ordenamento jurídico (Decreto 5.051 de 2004) com status de Lei ordinária, a Convenção 169 da OIT deve ser chamada a incidir sempre que empreendimentos econômicos possam afetar comunidades indígenas, devendo ser realizado o processo consultivo previamente e em cumprimento de todos os termos postos pela referida norma.

É de se salientar que a exploração de recursos minerários, potenciais hidrelétricos e energéticos em terras indígenas ainda carece de regulação específica para que possam se realizar constitucionalmente. Mas quanto à consulta, essa ausência normativa não terá o condão de afastar a realização do procedimento, dado que já existe a regulação da matéria.

Com efeito, nenhum daqueles empreendimentos supracitados poderiam estar ocorrendo em terras indígenas ante a ausência da legislação específica, entretanto, o Estado brasileiro sistematicamente vem desconsiderando essa exigência constitucional. Títulos minerários são concedidos em terras indígenas pelo Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM)<sup>40</sup>, o complexo hidrelétrico de Belo Monte avança olvidando os direitos constitucionais dos indígenas, descumprindo os compromissos socioambientais assumidos quando do início das obras. Também as hidrelétricas de Tapajós, Teles Pires e São Manoel se desenvolvem sem observar o direito de consulta às comunidades íncolas impactadas. No passado as hidrelétricas de Tucuruí e Balbina foram concluídas em total prejuízo das comunidades índias do entorno<sup>41</sup>.

O Estado Brasileiro, ao adotar tais comportamentos – além de enfraquecer a força normativa de nossa Constituição<sup>42</sup>, negligenciando direitos fundamentais que ele deveria promover, faltando com o seu papel democrático de Estado provedor, fazendo letra morta de

<sup>38</sup> SILVA, Julianne Holder da Câmara. *O direito de consulta aos povos indígenas à luz da teoria geral dos direitos fundamentais*. Revista Direito Público – IDP. Porto Alegre, 2016. Vol. 13, nº 70, Pág. 22.

<sup>39</sup> Artigo 15: (...) 2. Em caso de pertencer ao Estado a propriedade dos minérios ou dos recursos do subsolo, ou de ter direitos sobre outros recursos, existentes na terras, os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras. Os povos interessados deverão participar sempre que for possível dos benefícios que essas atividades produzam, e receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades.

<sup>40</sup> SILVA, Julianne Holder da Câmara. Exploração de petróleo em terras indígenas: À procura de um marco legal. In: *Revista Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v.5, n.9, jul./dez. 2010. Pág. 167-168.

<sup>41</sup> Instituto Socioambiental. *A dívida de Belo Monte*. Disponível em: < [http://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/blog/pdfs/placar\\_geral\\_integrado\\_belo\\_monte.pdf](http://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/blog/pdfs/placar_geral_integrado_belo_monte.pdf) >. Acesso em 17 maio 2015.

<sup>42</sup> HESSE, 1991, *Op. Cit.* Pág. 21.

dispositivos constitucionais – ainda descumpre os compromissos internacionais que assumiu perante outras Nações soberanas, sofrendo, inclusive, retaliações nesse sentido<sup>43 4445</sup>.

Saliente-se, por fim, que também a Declaração da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre os Direitos dos Povos Indígenas<sup>46</sup> assevera a necessidade de realizar um processo consultivo às comunidades indígenas antes da realização de qualquer empreendimento econômico em suas terras ou a adoção de medidas legislativas. O instrumento ainda ressalta o direito à autodeterminação dos povos indígenas e sua liberdade e independência na tomada de decisões acerca de seus modos de viver e se desenvolver.

Esse foi o raciocínio que norteou a Conferência das Nações Unidas para o Meio-Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, em 1992, e que deu origem à Agenda 21 da ONU<sup>47</sup> cujo item 26.3, prevê a necessidade dos Governos e Organizações intergovernamentais reconhecerem que as terras das comunidades indígenas devem ser protegidas contra atividades ambientalmente insalubres ou consideradas inadequadas social e culturalmente pela comunidade indígena, consagrando o direito dos grupos tribais em se autodeterminar, escolhendo suas prioridades, em perfeita sintonia com o estabelecido no artigo 7, item 1, da Convenção 169/OIT<sup>48</sup>.

<sup>43</sup> Em setembro de 2010, a ONU emitiu um relatório chamando à atenção do Brasil pelo desrespeito aos direitos humanos dos povos indígenas e, sobretudo, pela inobservância do direito de consulta dos povos afetados pelo Complexo hidrelétrico de Belo Monte, no Rio Xingu, Estado do Pará. Maiores informações, vide: SILVA, *Op. Cit.* 2014. A-1. Pág. 67.

<sup>44</sup> Em abril de 2011, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da Organização dos estados americanos (OEA), outorgou a medida cautelar nº 382/10 em favor das comunidades indígenas brasileiras afetadas pelo empreendimento de Belo Monte, determinando que o Governo brasileiro suspendesse imediatamente o processo de licenciamento ambiental do complexo hidrelétrico em virtude de seu potencial prejuízo às comunidades que habitam o entorno da bacia do Rio Xingu. Medida essa obviamente ignorada pelo Governo brasileiro. Maiores informações, vide: VAZ, Antenor. *Povos indígenas isolados e de recente contato no Brasil – Políticas, Direitos e Problemáticas*. Brasília: 2013. Disponível em: <[http://wrm.org.uy/pt/files/2013/09/Povos\\_Indigenas\\_Isolados\\_e\\_de\\_Recente\\_Contato\\_no\\_Brasil.pdf](http://wrm.org.uy/pt/files/2013/09/Povos_Indigenas_Isolados_e_de_Recente_Contato_no_Brasil.pdf)>. Acesso, em: 17 março 2016.

<sup>45</sup> Da mesma maneira O Brasil fora denunciado perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos por descumprimento de direitos fundamentais dos povos *Yanomamis*, em Roraima, tanto pela ausência de políticas públicas e desrespeito à vida, liberdade e integridade desses índios, quando da abertura da BR 210, nos idos do regime Militar, como pela chacina de Haximu, promovida por garimpeiros contra os índios Yanomamis, ao total descaso do Governo brasileiro. A denúncia ocasionou um verdadeiro ‘puxão de orelha’ pela Comissão Interamericana ao Estado brasileiro e uma série de recomendações que ainda quedam sem cumprimento. Vide: PIOVERSAN. *Op. Cit.* 2010. Pág. 322-323.

<sup>46</sup> Aprovada pela ONU em 13/09/2007, em Nova York, durante sessão do Fórum Permanente da ONU para assuntos indígenas, o documento é fruto dos trabalhos de uma comissão específica sobre as populações indígenas, criada pela ONU em 1982. O texto reflete as reivindicações atuais dos povos indígenas do mundo, principalmente quanto ao seu relacionamento com os Estados nacionais, bem estar e autodeterminação.

<sup>47</sup> Em 1992, representantes de 170 países reuniram-se no Rio de Janeiro, na Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento, conhecida como “Rio 92”, cuja finalidade era discutir a crise ambiental e a sobrevivência da humanidade no Planeta. Dessa conferência resultou a Agenda 21, documento internacional de compromissos ambientais e recomendações para um novo modelo de desenvolvimento (o desenvolvimento sustentável), enfatizando a importância da educação ambiental como estratégia de sobrevivência da humanidade.

<sup>48</sup> *In verbis*: artigo 7º, 1 - Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão

Os Artigos 3º e 4º da Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas além de reconhecer a autodeterminação, salientando sua liberdade na busca do desenvolvimento econômico, social e cultural, ainda esclarecem que o direito à autodeterminação está relacionado ao direito dos povos indígenas ao autogoverno e à autonomia no que diz respeito a seus assuntos internos e locais. Não se confundindo com a autodeterminação dos Estados Soberanos.

Dessa forma, a consulta surge como uma medida a garantir que as decisões que possam afetar os povos indígenas não sejam mais tomadas à sua revelia, como historicamente ocorreu, não só no Brasil, mas em todos os Países americanos, que negligenciaram seus indígenas por séculos. Daí a nota da fundamentalidade que constitui o direito de consulta: Incluir os indígenas nas decisões que lhes afetem, permitindo-lhes participação política e voz na tomada de decisões, cumprindo o princípio democrático, único caminho para lhes assegurar uma vida em dignidade.

Por outro lado, percebemos que um duplo problema de entrelaçamento entre ordens normativas diversas surge em relação ao direito de consulta dos povos indígenas. De um lado temos os direitos humanos assegurados internacionalmente (Convenção 169 da OIT, Declaração da ONU sobre os povos indígenas e Eco-92) e descumpridos pelo ordenamento jurídico doméstico de um dos países signatários. Por outro, os direitos fundamentais assegurados pela constituição do estado nacional às comunidades autóctones e a compreensão dessas comunidades locais sobre o significado de uma vida em dignidade.

A falta de observância, pelo Estado brasileiro, do direito de consulta às comunidades aborígenes afetadas por empreendimentos econômicos em suas terras indica um grave problema de falta de participação política por parte das comunidades nativas, indicando uma falha incontornável e comprometedora da força normativa de nossa Constituição, revelando, ainda, a fraqueza de sua democracia. Agindo dessa maneira a ordem nacional brasileira ainda se fecha às ordens jurídicas que enfrentam as mesmas questões (estados nacionais, ONU, OIT) negando o diálogo e o aprendizado entre ordens de níveis múltiplo, negando o transconstitucionalismo.

Se faz necessário que o diálogo de aprendizado seja praticado pelo sistema jurídico brasileiro quando em face dos interesses de comunidades nativas, que devem ser trazidos ao processo de tomada das decisões que lhes afetem. Do contrário não teremos verdadeiramente uma democracia nem pluralismo jurídico, mas apenas uma imposição da ordem do “culturalmente dominante” sobre o mais fraco, em nada compatível com a sistemática de reconhecimento de direitos humanos e fundamentais.

Deve haver um entrelaçamento entre as ordens estatais latinas e as locais indígenas, de modo que as estatais absorvam as pretensões normativas de inclusão das locais, sob sua perspectiva diferenciada, e solucione as controvérsias relativas a direitos humanos e fundamentais com base naquela compreensão. Nesse aspecto, a abertura para outras ordens estatais de países latinos poderia ser de grande utilidade pela experiência partilhada.

Neste particular, o Tribunal Constitucional colombiano se manifestou por diversas vezes pela inconstitucionalidade do Decreto que versa sobre o procedimento de consulta que,

---

participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente. (...)

contudo, não realizou previamente uma consulta sobre o seu próprio conteúdo<sup>49</sup>. A Colômbia é o País que possui a mais vasta jurisprudência relacionada a efetivação da cláusula geral de consulta prevista no Convenção 169/OIT, principalmente quanto a necessidade de sua observância na ceara legislativa<sup>50</sup>. Dentre as maiores conquistas das comunidades tradicionais obtidas junto a Corte Constitucional do País estão a interpretação da Convenção 169 como parte do bloco de constitucionalidade, segundo uma lógica da materialidade constitucional, e o reconhecimento de que o direito de consulta consubstancia um direito fundamental das comunidades indígenas e tribais<sup>51</sup>.

Já no Equador, as comunidades indígenas consideram tão lesiva a legislação interna, também promulgada sem observar o devido processo de consulta, que se negam, inclusive a participar de processo consultivo por ela regulado, estando, atualmente, questionando a sua legitimidade junto a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)<sup>52</sup>.

Na Bolívia, além da legitimidade da representação exige-se, ainda, a ratificação do acordo firmado pela respectiva comunidade, de forma a assegurar que o conteúdo da decisão tomada corresponde realmente aos interesses do grupo<sup>53</sup>. Outro fato interessante referente à Bolívia foi a adoção, em 2007, da Declaração da ONU sobre os povos indígenas, documento não vinculante, como lei, em sua integralidade.

Quanto à mineração e à lavra de petróleo e gás (ainda não reguladas pelo Brasil apesar da necessidade urgente), diversos foram os países latinos que se lançaram na empreitada, sendo extenso o histórico de desastres e confrontos entre indígenas e petroleiras/mineradoras o que conduziu tais estados nacionais à construção de interessantes sistemas de exploração eco-sustentáveis quando essas atividades sejam desenvolvidas em terras indígenas e outras áreas de vulnerabilidade socioambiental.

Da mesma forma, o bilinguismo e o pluralismo cultural se desenvolveram de forma mais acentuada em alguns países latinos do que em outros, indicando uma melhor proteção aos interesses das comunidades nativas naqueles, visto que tal direito ganhara reconhecimento acompanhado de um processo de debates e reflexões voltados à firmação cultural, autonomia e autodeterminação desses povos.

Todos esses são apenas pequenos exemplos de como a causa indígena se encontra presente nas discursões e reflexões de diversos países latino-americanos, não correspondendo a um problema originariamente brasileiro. A questão indígena liga-se inexoravelmente aos direitos humanos e fundamentais, não estando, pois, confinada aos limites territoriais dos estados nacionais. Se fechar à ordem doméstica significa abordar a questão de maneira medíocre e insuficiente, não possibilitando o desenvolvimento e a

<sup>49</sup> SILVA. *Op. Cit.*, 2014. A-1. Pág. 54.

<sup>50</sup> INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. Consulta prévia sobre medidas legislativas na Colômbia. In: *Consulta livre, prévia e informada na Convenção 169 da OIT*. Disponível em: <[http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta\\_previa/?q=node/20](http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/?q=node/20)>. Acesso em: 27 jun. 2015.

<sup>51</sup> SILVA. *Op. Cit.* 2016. Pág. 29.

<sup>52</sup> A Comissão Interamericana de Direitos Humanos tem por objetivo promover a observância e a proteção dos direitos humanos na América, alcançando todos os Estados signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto São José da Costa Rica) e Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), tendo legitimidade para encaminhar reclamações contra os casos de violação aos direitos humanos qualquer indivíduo ou grupo de indivíduos. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos possui, ainda, legitimidade para submeter causas ao julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

<sup>53</sup> SILVA. *Op. Cit.*, 2016. Pág. 30.

afirmação de uma democracia verdadeira e pluralista o que, por sua vez, compromete a força normativa da constituição nacional.

Uma abertura entre os sistemas jurídicos de níveis múltiplos e, sobretudo, uma abertura de aprendizado para com a percepção dos povos indígenas e sua compreensão de vida digna, se faz necessária, além de ser a melhor estratégia para solucionar a questão, a fim de que os diversos estados que dividem essa causa construam, com base no aprendizado e troca de experiências, soluções verdadeiramente consentâneas com os interesses dessa minoria étnica.

## ■ CONCLUSÕES

Em uma sociedade complexa e heterogênea da atualidade, principalmente em um País de formação cultural e étnica bastante diversificada como o Brasil, conflitos sócio-culturais entre as diversas pretensões normativas dos distintos grupos que aqui convivem é algo inegável que precisa ser harmonizado, de modo a permitir o convívio das diferentes pretensões de inclusão jurídica desses grupos diferenciados, sem haver uma sobreposição de interesses politicamente dominantes sobre outros.

Então, o conflito se torna algo inerente à sociedade complexa. O conflito se torna estrutural dentro do estado constitucional. E a constituição que pretende regular essa sociedade, para lograr força normativa, necessita articular em seu conteúdo todas essas pretensões de inclusão jurídica, a partir de arranjos que busquem solucionar todos esses conflitos estruturais.

Para cumprir esse papel, a constituição precisa incorporar as diversas cosmovisões e percepções de dignidade e significado de direitos fundamentais que se chocam na sociedade complexa o que, necessariamente, implica uma abertura para “culturas diferenciadas” da “cultura dominante”, em um diálogo de aprendizado entre a ordem jurídica nacional e a ordem normativa local indígena.

Esse diálogo necessariamente deve se refletir na praxe constitucional, não só em decisões dos tribunais, mas na tomada de decisões e estruturação de políticas destinadas aos povos indígenas. Somente assim a constituição obterá a legitimidade democrática necessária à realização de sua força normativa, cumprindo seu papel de norma suprema da sociedade civil e política, acoplando e desdiferenciando harmoniosamente política e direito, tornando-se, enfim, uma constituição transversal.

A partir de então, será possível à ordem local brasileira praticar o transconstitucionalismo. Partindo de um diálogo entre os tribunais, juízes e cortes pertencentes às ordens jurídicas de níveis múltiplos, principalmente ordens nacionais de outros países latinos. Trocando, então, experiências e realizando um intercâmbio recíproco em torno de questões e interesses comuns acerca dos direitos humanos e fundamentais dos povos indígenas, afirmando sua legitimidade democrática e força normativa.

## REFERÊNCIAS

BÔAS, Hariessa Cristina Villas. *Mineração em terras indígenas: A procura de um marco legal!*. Rio de Janeiro: Editores Roberto C. Villas Boas e Arsênio Gonzáles Martinez, 2005.

BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS-NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS. Parecer exarado pela Secretaria de Estado do Meio Ambiente (SEMA), acerca dos blocos a serem licitados no Estado do Mato Grosso em virtude da 10ª rodada de licitação. Disponível em: <[http://www.brasilrounds.gov.br/arquivos/diretrizes\\_ambientais/Parecis/Parecer\\_MT.pdf](http://www.brasilrounds.gov.br/arquivos/diretrizes_ambientais/Parecis/Parecer_MT.pdf)>. Acesso em: 28 março. 2015.

DUSSEL, Enrique. 1492: *O encobrimento do outro: A origem do mito da modernidade*. Conferências de Frankfurt. Tradução de Jaime A. Clasen. Petrópolis, RJ: Vozes, 1993.

EVANGELISTA, Carlos Augusto Valle Evangelista. *Direitos indígenas: o debate na Constituinte de 1988*. Dissertação de mestrado apresentada como requisito para a obtenção do grau de mestre em história social. Programa de Pós-graduação em História Social, Instituto de Filosofia e Ciências Sociais, da Universidade Federal do Rio de Janeiro Rio de Janeiro: UFRJ/IFICS, 2004.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: A contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997.

\_\_\_\_\_. *Estado Constitucional cooperativo*. Tradução de MALISKA, Marcos Augusto; ANTONIUK, Elisete. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Moral*. Tradução de Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget. 1992.

HESSE, Konrad. *A força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes Porto Alegre: Fabris Editor, 1991.

\_\_\_\_\_. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998.

\_\_\_\_\_. Significado de los derechos fundamentales. In: *Manual de derecho constitucional*. 2ª Ed. Madrid: Marcial, 2001.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL . *A dívida de Belo Monte*. Disponível em: <[http://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/blog/pdfs/placar\\_geral\\_integrado\\_belo\\_monte.pdf](http://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/blog/pdfs/placar_geral_integrado_belo_monte.pdf)>. Acesso em 17 maio 2015.

\_\_\_\_\_. Consulta prévia sobre medidas legislativas na Colômbia. In: *Consulta livre, prévia e informada na Convenção 169 da OIT*. Disponível em: <[http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta\\_previa/?q=node/20](http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/?q=node/20)>. Acesso em: 27 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. *Almanaque socioambiental: Parque indígena do Xingu – 50 anos*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2011.

LEYEN Bianca de Castro. *Eco-eficiência na exploração e produção de petróleo e gás em regiões de florestas tropicais úmidas: o caso da Petrobrás na Amazônia*. 2008, 202 f.

Dissertação de Mestrado – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008. p. 57. Disponível em: <[http://www.ppe.ufrj.br/pppe/production/tesis/bianca\\_castro.pdf](http://www.ppe.ufrj.br/pppe/production/tesis/bianca_castro.pdf)>. Acesso em: 29 ago. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PIOVERSAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RICARDO, Fany; ROLLA, Alicia (Org). *Mineração em Terras Indígenas na Amazônia brasileira*. Instituto Socioambiental: São Paulo, 2005.

SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos: Proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Editora Peirópolis, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Reconhecer para libertar: Os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2003.

SEGATO, Rita Laura. *Que cada povo teça os fios da sua história: O pluralismo jurídico em diálogo didático com os legisladores*. In: Revista de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, 2014. Pág. 65-92.

SILVA, Julianne Holder da Câmara. Exploração de petróleo em terras indígenas: À procura de um marco legal. In: *Revista Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v.5, n.9, jul./dez. 2010. Pág. 157-178.

\_\_\_\_\_. Empreendimentos energéticos em terras indígenas: Uma análise constitucional à luz do multiculturalismo. In: *ARGUMENTUM - Revista de Direito* n. 15. UNIMAR. Marília/SP Pág. 47-72. São Paulo: 2014. A-1

\_\_\_\_\_. A capacidade civil indígena. *Revista Direitos Fundamentais e Justiça*. Vol. 8. nº 28. Jul/Set. Pág. 209-228. Porto Alegre: 2014. A-2.

\_\_\_\_\_. *O direito de consulta aos povos indígenas à luz da teoria geral dos direitos fundamentais*. Revista Direito Público – IDP. Porto Alegre, 2016. Vol. 13, nº 70. Pág. 09-33

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 2008.

VAZ, Antenor. *Povos indígenas isolados e de recente contato no Brasil – Políticas, Direitos e Problemáticas*. Brasília: 2013. Disponível em: <[http://wrm.org.uy/pt/files/2013/09/Povos\\_Indigenas\\_Isolados\\_e\\_de\\_Recente\\_Contato\\_no\\_Brasil.pdf](http://wrm.org.uy/pt/files/2013/09/Povos_Indigenas_Isolados_e_de_Recente_Contato_no_Brasil.pdf)>. Acesso, em: 30 agosto 2016.

WARANT, Luiz Alberto. *Direito como liberdade: O Direito achado na rua – Experiências populares emancipatórias de criação do Direito*. Tese de Doutorado apresentada à banca examinadora como requisito para a obtenção do grau de Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da UNB. Orientador: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo. UNB - Brasília, 2008. 338 páginas.