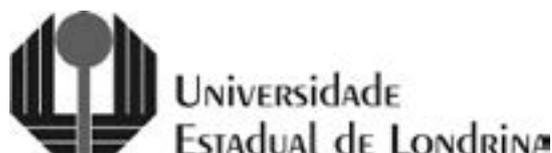




UNIVERSIDADE  
ESTADUAL DE LONDRINA



Revista do  
**DIREITO PÚBLICO**



REITOR

Prof.º. Dr.º. Sérgio Carlos de Carvalho

VICE-REITOR

Prof. Dr. Décio Sabbatini Barbosa

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

Pró-Reitor: Prof. Dr. Amauri Alcindo Alfier

Diretora de Pós-Graduação: Prof.ª. Silvia Marcia Ferreira Meletti

Diretor de Pesquisa: Prof. Arthur Eumann Mesas

CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS

Diretora: Prof.ª. D.ª. Tânia Lobo Muniz

Vice-Diretor: Prof. Daniel da Silva Barros

Chefe do Departamento de Direito Privado: Profa. Ms. Marília Salerno

Chefe do Departamento de Direito Público: Profa. Ms. Nélia Edna Miranda Batisti

CURSO DE MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL

Coordenador: Prof. Dr. Elve Miguel Cenci

Vice-Coordenador: Prof.ª. Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti

Catálogo elaborado pela Divisão de Processos Técnicos da Biblioteca Central da  
Universidade Estadual de Londrina.

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

Revista do Direito Público / Universidade Estadual de Londrina.  
Centro de Estudos Sociais Aplicados. Departamento de Direito  
Público. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. –  
Londrina: UEL, 2020.-v.1 ; 29 cm.

Quadrimestral.

Descrição baseada em: v. 15, n.1, jan./abr. (2020).

ISSN: 1980-511X (online).

1. Direito Público – Periódicos. I. Universidade Estadual de Londrina.  
Centro de Estudos Sociais Aplicados. Departamento de Direito Público.  
Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial.

CDU 342

Esta revista não assume a responsabilidade das ideias emitidas nos diversos artigos, cabendo-as exclusivamente aos autores. / É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista desde que seja citada a fonte.

Indexada em: LivRe (Brasil), Doaj (Suécia), Latindex (México), SHERPA RoMEO (Inglaterra), Portal de Periódicos CAPES (Brasil), WorldCat (EUA), TULIPS-Linker (Japão), Aladin (EUA), New Jour (EUA), BASE (Alemanha).

Disponível nos catálogos digitais das bibliotecas: HKU Librarie (Hong Kong), Charles University (Rep. Checa), Gorky St. Petersburg State University (Rússia), Hebrew University of Jerusalem (Israel), Miami University Libraries (EUA), Yale University (EUA), Universidad Nacional Autónoma de México (México), Universidade do Porto (Portugal), University of Tsukuba (Japão).



Revista do  
**DIREITO PÚBLICO**

ISSN 1980551-X

MESTRADO EM DIREITO  
NEGOCIAL

DEPARTAMENTO DE  
DIREITO PÚBLICO



UNIVERSIDADE  
ESTADUAL DE LONDRINA



ISSN 1980-511X (eletrônico)  
Revista do Direito Público da UEL  
Volume 15, número 1, abr. 2020

**EDITORES RESPONSÁVEIS / EDITORS**

Dr. Luiz Fernando Bellinetti  
Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)

**CONSELHO EDITORIAL / EDITORIAL BOARD**

Eduardo Reale Ferrari - Universidade de São Paulo (USP/SP)  
Francisco Emílio Baleotti - Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)  
Irene Patrícia Nohara - Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM/MG)  
Maria Auxiliadora Minahim - Universidade Federal da Bahia (UFBA/BA)  
Tânia Lobo Muniz - Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)  
Thais Bernardes Maganhini - Universidade Federal de Rondônia (UNIR/RO)  
Wilson Engelmann – Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS/RS)

**PARECERISTAS AD HOC / REVIEWERS**

Ana Cláudia Pompeu Andreucci	São Paulo
Ana Paula de Fátima Coelho	Minas Gerais
Carlos Henrique Ramos	Rio de Janeiro
David Francisco Lopes Gomes	Minas Gerais
Dionis Mauri Penning Blank	Rio Grande do Sul
Eduardo Henrique Raymundo von Adamovich	Rio de Janeiro
Eduardo Ribeiro Moreira	Rio de Janeiro
Emanuela Cristina Andrade Lacerda	Santa Catarina
Ester Gammardella Rizzi	São Paulo
Fabiano Dolenc del Masso	São Paulo
Fernando Nogueira Martins Junior	Minas Gerais
Flávio Alves Martins	Rio de Janeiro
Gustavo Seferian	Minas Gerais
José Eduardo Lourenço dos Santos	São Paulo
Loiane da Ponte Souza Prado Verbicaro	Pará
Nelson Finotti Silva	São Paulo
Nilson Tadeu Reis Campos Silva	Paraná
Rafael Reis Ferreira	Roraima
Renato César Cardoso	Minas Gerais
Roberto Wagner Marquesi	Paraná
Sérgio Torres Teixeira	Pernambuco
Sérgio Urquhart de Cademartori	Santa Catarina
Silvio Carlos Alvares	São Paulo
Wilson Engelmann	Rio Grande do Sul

**ASSESSORIA TÉCNICA**  
**Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)**

**Alana Tiosso, Amanda Machado Sorgi, Bruna Faria, Gabriela Amorim Paviani, Laudicena Ribeiro, Natali Silvana Zwaretch, Luiz Gustavo Campana Martins, Mylena de Souza Santos, Raíssa Fabris de Souza e Vitor Gabriel Garnica**

## SUMÁRIO | CONTENT

<b>EDITORIAL.....</b>	<b>8</b>
<b>DISCRIMINAÇÃO NO TRABALHO E ANTECEDENTES CRIMINAIS: AÇÕES AFIRMATIVAS E ESTUDO DE CASO NO PATRONATO MUNICIPAL DE APUCARANA - PARANÁ.....</b>	<b>10</b>
DISCRIMINATION AT WORK AND CRIMINAL RECORDS: AFFIRMATIVE ACTIONS AND A CASE-STUDY OF THE COUNTY OF APUCARANA – PARANÁ (BRAZIL)	
<i>Bruna Balthazar de Paula e Luiz Alberto Pereira Ribeiro</i>	
<b>O BNDES NAS VISÕES DE LIBERALISMO E DO REPUBLICANISMO NEORROMANO DE PHILIP PETTIT.....</b>	<b>26</b>
BNDES FROM THE LIBERALISM AND THE NEORROMAN REPUBLICANISM OF PHILIP PETTIT PERSPECTIVE	
<i>Déborah de Meira Málaque e Marcos Antonio Striquer Soares</i>	
<b>TEORIA DAS JANELAS FECHADAS E COCULPABILIDADE: A FÁBULA DE ESOPO NA VIDA REAL.....</b>	<b>46</b>
THEORY OF CLOSED WINDOWS AND COCULPABILITY: THE FABLE OF AESOP IN REAL LIFE	
<i>Valtecino Eufrásio Leal</i>	
<b>ANÁLISE DAS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS À LUZ DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO.....</b>	<b>61</b>
ANALYSIS OF CONSTITUTIONAL CHANGES FROM THE PERSPECTIVE OF HERMENUTICAL CRITICISM OF THE LAW	
<i>Patrícia Spagnolo Parise Costa e Murilo Couto Lacerda e Estefânia Naiara da Silva Lino</i>	
<b>DIREITO SEM LEI: UM MODO-DE-SER DO SER HUMANO.....</b>	<b>85</b>
LAW WITHOUT RULES: A WAY OF BEING FOR THE HUMAN BEING	
<i>Lucas Daniel Vieira Mesquita e Alessandro Jacomini</i>	
<b>PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA COMO DIRETRIZES DO DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO BRASILEIRO.....</b>	<b>100</b>
CONSTITUTIONAL PRINCIPLES OF THE ECONOMIC ORDER AS GUIDELINES FOR BRAZILIAN SOCIO-ECONOMIC DEVELOPMENT	
<i>Jeferson Sousa Oliveira e Marcelo Benacchio</i>	
<b>ESTADO-NAÇÃO, BIOPOLÍTICA E FENÔMENO MIGRATÓRIO: O RECONHECIMENTO DO MIGRANTE FRENTE AO CENÁRIO BIOPOLÍTICO.....</b>	<b>114</b>
NATION-STATE, BIOPOLITICS AND MIGRATORY PHENOMENON: THE RECOGNITION OF THE MIGRANT AGAINST THE BIOPOLITICAL SCENARIO	
<i>Fernando Hoffmam e Juciélle Flores Marques</i>	
<b>O CONSEQUENCIALISMO E A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS.....</b>	<b>137</b>
CONSEQUENTIALISM AND THE LEGAL ARGUMENTS IN BRAZILIAN COURTS DECISIONS	
<i>Ana Karina Mendes Chavese e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima</i>	
<b>DIÁLOGOS ENTRE CORTES: O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NA COLÔMBIA E NO BRASIL (ADPF 347/DF).....</b>	<b>153</b>
DIALOGUES BETWEEN COURTS: THE UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS IN	

COLOMBIA AND BRAZIL (ADPF 347/DF)

*Flávia Danielle Santiago Lima e Gabriella Caldas Clementino*

**DOS TOTENS ÀS VESTES TALARES: OS ATORES PROCESSUAIS (DES) CONHECEM O QUE É DEMOCRACIA?.....174**  
**OF THE TOTES TO THE TOGA: DO THE PROCESSING ACTORS KNOW WHAT IS DEMOCRACY?**

*Claudia Aguiar Silva Britto*

**RESENHAS.....193**

**TEORIA GERAL DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS, DE PAULA FORGIONI.....193**  
**GENERAL THEORY OF BUSINESS CONTRACTS, BY PAULA FORGIONI**

*Luciano Do Nascimento Costa*

**O QUE É ISTO – O SENSO INCOMUM? .....197**  
**WHAT IS THIS - UNUSUAL SENSE?**

*Lara Caxico Martins Miranda*

## EDITORIAL

Apesar do momento incomum que vivemos, marcado por uma pandemia que vem interrompendo as atividades acadêmicas em todo o mundo, conseguimos, com o esforço de todos os nossos colaboradores, apresentar a nova edição da Revista do Direito Público.

Esta edição, nº. 1, do volume 15, é constituída por textos elaborados por autores de nosso estado, Paraná, e de todo o Brasil, com temas relacionados ao Direito do Trabalho e ressocialização, políticas públicas, criminalidade e exclusão social, Direito Constitucional, direito comparado, Filosofia do Direito, Direito Internacional e Direito Processual Penal.

O estudo “*Discriminação no trabalho e antecedentes criminais: ações afirmativas e estudo de caso no Patronato Municipal de Apucarana-PR*”, possui como ponto de partida a ressocialização dos egressos do sistema penitenciário ao mercado de trabalho, analisando as políticas públicas para tanto a partir do estudo de caso do município paranaense de Apucarana.

Por sua vez, quanto à análise de políticas públicas, o artigo intitulado “*O BNDES nas visões de Liberalismo e do Republicanismo neorromano de Philip Pettit*”, possui como escopo a análise do comportamento, das ações estatais e do planejamento do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) a partir das concepções trazidas pelo Liberalismo e pelo Republicanismo neorromano de Philip Pettit.

No campo do Direito Penal, o artigo “*Teoria das janelas fechadas e coculpabilidade: a fábula de Esopo na vida real*” realiza uma análise da exclusão social e da criminalidade brasileiras, propondo uma releitura da fábula de Esopo a partir da teoria das janelas fechadas.

No que toca ao Direito Constitucional e ao estudo da Constituição, o trabalho nomeado “*Análise das mutações constitucionais à luz da crítica hermenêutica do Direito*” enfrenta o tema da legitimidade das mutações constitucionais a partir da crítica hermenêutica do Direito, analisando a postura do Supremo Tribunal Federal (STF) e a relação entre as ditas mutações constitucionais e os preceitos que regem o Estado Democrático de Direito.

Ainda no estudo do Direito Constitucional, o artigo “*Princípios constitucionais da ordem econômica como diretrizes do desenvolvimento socioeconômico brasileiro*” dedica-se à análise dos princípios constitucionais econômicos e da proteção à dignidade humana e às garantias sociais enquanto limitações ao exercício da atividade econômica, possibilitando o desenvolvimento socioeconômico do país em tempos de economia globalizada.

Com pauta no Direito Constitucional e no direito comparado, o artigo *“Diálogo entre cortes: O estado de coisas inconstitucional na Colômbia e no Brasil (ADPF 347/DF)”* analisa o Estado de Coisas Inconstitucional, instituto colombiano que foi incorporado, dado o diálogo entre cortes sul-americanas, pelo STF na ADPF n.º 347/DF. Analisa decisões colombianas e brasileiras, com o fito de discutir a viabilidade de ativismo judicial legitimado pela proteção dos direitos fundamentais.

Quanto à Filosofia do Direito, o estudo *“Direito sem lei: Um modo-de-ser do ser humano”* propõe a possibilidade de um Direito sem lei, a partir da análise fenomenológica, pautada nos pensamentos pré-socrático e de Martin Heidegger, e na pesquisa do círculo hermenêutico e da linguagem, a fim de procurar possibilidades distintas da Justiça positivista.

Também explorando temas da Filosofia do Direito, o texto *“O consequencialismo e a argumentação jurídica nas decisões dos tribunais brasileiros”* constrói estudo a respeito da decisão judicial à luz das teorias do consequencialismo e da argumentação jurídica, abordando os pontos de convergência entre ambas no cenário jurídico brasileiro.

Por sua vez, no âmbito do Direito Internacional, o artigo *“Estado-nação, biopolítica e fenômeno migratório: o reconhecimento do migrante frente ao cenário biopolítico”* discorre sobre o espaço de ação do migrante e os limites e funções dos Estados, analisando a complexidade das relações criadas pelo fluxo migratório. O texto constrói a análise do migrante no cenário biopolítico e a efetivação dos Direitos Humanos em favor desses migrantes em face dos Estados nacionais.

Por fim, sob o prisma do Direito Processual, a pesquisa *“Dos totens às vestes talaras: Os atores processuais (des)conhecem o que é Democracia?”* concentra-se, a partir da teoria da ação comunicativa desenvolvida por Jürgen Habermas, no estudo das atuações dos atores processuais do Processo Penal e da compatibilidade ou não dessas atuações com o Estado Democrático de Direito.

Nesta edição, a revista conta ainda com duas resenhas. A primeira examina a obra *“Teoria Geral dos Contratos Empresariais”*, de Paula Forgioni; e a segunda, trata da obra *“O que é isto – O senso incomum?”* de Lênio Luiz Streck.

Esperamos que apreciem a leitura de nosso primeiro volume deste ano e que as pesquisas divulgadas aqui fomentem novos estudos.

Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti  
Abril/2020

**DISCRIMINAÇÃO NO TRABALHO E ANTECEDENTES  
CRIMINAIS: AÇÕES AFIRMATIVAS E ESTUDO DE CASO NO  
PATRONATO MUNICIPAL DE APUCARANA - PARANÁ**

DISCRIMINATION AT WORK AND CRIMINAL RECORDS:  
AFFIRMATIVE ACTIONS AND A CASE-STUDY OF THE COUNTY  
OF APUCARANA – PARANÁ (BRAZIL)

**Bruna Balthazar de Paula\***  
**Luiz Alberto Pereira Ribeiro\*\***

\* Especialista em Filosofia Política e Jurídica pela Universidade Estadual de Londrina (UEL) e em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Graduada em Direito pela UEL. Graduada em Letras-Francês pela UEL. E-mail: brunabpaula@gmail.com

\*\*Doutor em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade do Norte do Paraná (UENP). Graduado em Direito pela UEL. Professor da Especialização em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho na PUC-PR. Professor Adjunto do Curso de Direito PUC-PR - Campus Londrina e Professor Assistente da UEL. E-mail: alberto.ribeiro@pucpr.br

**Como citar:** PAULA, Bruna Balthazar de; RIBEIRO, Luiz Alberto Pereira. Discriminação no trabalho e antecedentes criminais: ações afirmativas e estudo de caso no patronato municipal de Apucarana - Paraná. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 1, p. 10-25, abr. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15 n1p. 10. ISSN: 1980-511X

**Resumo:** O Direito ao Trabalho está previsto no rol de direitos sociais na Constituição Federal de 1988 e, assim, constitui direito fundamental social, que deve ser garantido a todos, sem qualquer distinção. A discriminação no trabalho é vedada no plano nacional pela Constituição e normas infraconstitucionais, bem como no plano internacional, especificamente, pela Convenção n. 111 da OIT, seja no período pré-contratual, contratual ou pós-contratual. A não contratação pelo empregador de indivíduos que possuam antecedentes criminais ofende o princípio da igualdade, inibindo a efetivação do direito fundamental ao trabalho, e constitui abuso de poder do empregador, pois caminha em sentido contrário ao ordenamento jurídico internacional e brasileiro. Por constituir prática discriminatória, há no Brasil a adoção de ações afirmativas que buscam reduzir esta desigualdade, sendo o principal o Projeto Começar de Novo do Conselho Nacional de Justiça. A política criminal brasileira tem como uma de suas bases a ressocialização dos egressos por meio da inserção no mercado de trabalho pela criação de políticas públicas específicas para este fim. Buscou-se verificar se a prática da exigência de apresentação de certidão de Antecedentes Criminais, de fato, ocorre, mediante a aplicação de questionário aos apenados em regime aberto no Patronato Municipal de Apucarana.

**Palavras-chave:** Discriminação no trabalho. Antecedentes criminais. Ação afirmativa. Ressocialização.

**Abstract:** The Right to Work is listed as one of the many social rights of the Brazilian Federal Constitution of 1988. In other words, it is a fundamental social right that must be upheld by the State and all its citizens. Therefore, any form of workplace discrimination is prohibited by the Brazilian Constitution and infra-constitutional norms, as well as at the international level, specifically by the ILO Convention no. 111, in its pre-contractual, contractual or post-contractual form. The failure of the employer to hire individuals with criminal records offends the principle of equality, inhibiting the realization of their fundamental right to work, and constitutes an abuse of the employer's power, since it goes against the international and Brazilian legal system. Because it is a discriminatory practice, Brazil adopts affirmative actions in order to reduce this inequality, the main one being the "Projeto Começar de Novo" (Starting Again Project) of the National Council of Justice. One of the most fundamental pillars of Brazilian criminal system is the re-socialization of prison inmates with the use of specific public policies in order for them to enter the workforce. This paper sought to verify whether the practice of requiring the presentation of a Criminal Background Certificate, in fact, occurs, through the application of a questionnaire to those convicted in an open regime at the Municipal Patronage of Apucarana.

**Keywords:** Discrimination at work. Criminal Background. Affirmative Actions. Re-socialization.

## INTRODUÇÃO

O Direito ao Trabalho está previsto no rol de direitos sociais, econômicos e culturais, na Constituição Federal, no plano nacional, e no plano internacional nos tratados de Direitos Humanos. Sendo assim, por tratar-se de direito fundamental social, privilegiado no ordenamento jurídico, possui eficácia e vincula os particulares.

É neste âmbito que ganha destaque o princípio da igualdade, o qual, em seu sentido material, determina que a todos deve ser garantida a igualdade de oportunidades. A Constituição de 1988 privilegia o referido princípio ao prever a igualdade de todos perante a lei, mas também ao elencar como objetivos da República a erradicação da marginalização, a redução de desigualdades sociais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos e quaisquer formas de discriminação.

Seguindo os princípios constitucionais, a legislação infraconstitucional vedou, expressamente, condutas discriminatórias e inibitórias do direito ao trabalho, sendo que as condutas que se pautem em critério de discriminação e constituam obstáculo ao atingimento deste direito são passíveis de serem consideradas ilícitas.

Desta feita, o objeto do presente artigo pretende analisar se a existência da prática de exigência de certidão de Antecedentes Criminais pelo empregador em processo de admissão do empregado constitui-se conduta discriminatória e antijurídica.

Ainda, tratou o presente artigo de um estudo de caso com uma amostra de 20 (vinte) assistidos do Patronato Municipal de Apucarana, a fim de verificar a existência da referida prática no cotidiano dos processos seletivos de contratação de trabalhadores, por meio de um questionário com análise quantitativa. Ressalta-se que a intenção do trabalho é verificar se, de fato, a prática de não contratação de candidato com antecedentes criminais ocorre, utilizando como público-alvo, conforme já exposto, uma seleção de assistidos do Patronato Municipal de Apucarana.

## 1 A DISCRIMINAÇÃO NO TRABALHO

A igualdade, considerada um dos fundamentos básicos de um Estado Democrático de Direito, foi consagrada na Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) que prevê “todos são iguais perante a lei” (artigo 5º) a fim de construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicando a pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Dentro desse contexto ocupa destaque importante a questão o princípio da igualdade e da não discriminação no âmbito trabalhista, principalmente se a possibilidade de exigir antecedentes criminais no processo de pré-contratação do trabalhador não pode ser considerado um ato de discriminação.

Para tanto, se faz necessário discorrer sobre o que é discriminação, bem como o que se entende por ação afirmativa, relacionando com o direito do trabalho e com princípio da igualdade, particularmente por se tratar de direito fundamental.

### 1.1 Igualdade e Ação Afirmativa

A constitucionalização do princípio da igualdade ocorreu após o surgimento do Estado Moderno, em decorrência das Revoluções do final do século XVIII, surgindo de maneira formal, pois correspondia à máxima “todos são iguais perante a lei”. Constituiu, assim, um fundamento do Estado Liberal burguês, visando acabar com privilégios de determinadas classes da sociedade (MENEZES *et al.*, 2009, p. 76).

Essa concepção formal passou a ser questionada após a Revolução Industrial, quando começou a ser constatado que, na busca pela igualdade, apenas a simples declaração geral não seria

suficiente para assegurá-la de fato, surgindo a necessidade da efetivação do respectivo princípio, principalmente para tornar acessíveis as oportunidades para quem era socialmente desfavorecido. Portanto, se um primeiro momento é marcado pela proteção geral com o temor da diferença, tratando o indivíduo de forma generalizada, passa-se a perceber a necessidade de individualização e diferenciação (PIOVESAN, 2005, p. 46).

A igualdade possui três vertentes, quais sejam: igualdade formal, que consiste no preceito “todos são iguais perante a lei”; igualdade material que corresponde à justiça social e distributiva; e a igualdade material que diz respeito à justiça como reconhecimento de identidades (PIOVESAN, 2005, p. 47).

Rothenburg (2008, p. 79) afirma que “repete-se à exaustão que se devem tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade” e, não obstante sua generalidade, esclarece que essa máxima expressa o aspecto jurídico da igualdade, pois alude ao tratamento, quando afirma que as pessoas devem ser tratadas como iguais ou desiguais pelo Direito.

A Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) prevê a igualdade formal como declaração geral no caput do artigo 5º, porém, resta claro que a igualdade que importa é a material, característica dos direitos sociais, ao estabelecer no artigo 3º, dentre os objetivos fundamentais da República, a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades e vedação de quaisquer formas de discriminação.

Assim, é possível afirmar que a não discriminação é decorrente do princípio da igualdade material, visto que é impossível compreender o que seja discriminação sem atrelá-la à igualdade. Nesse sentido, Mallet (2010, p. 17) esclarece a partir da definição de discriminação

Discriminação supõe desigualdade. Não qualquer desigualdade, [...] mas a desigualdade ilegítima, intolerável diante das circunstâncias e dos padrões então vigentes. Por isso que, se a justiça se relaciona com a igualdade e a igualdade repele a discriminação, a discriminação é também a negação da justiça.

Para Piovesan (2005, p. 48) a “discriminação ocorre quando somos tratados como iguais em situações diferentes e como diferentes em situações iguais”. Assim, discriminar pode, portanto, ter dois sentidos: um pejorativo e outro que tem como significado apenas uma distinção.

No primeiro caso, também chamada de discriminação ilícita ou negativa, resulta do preconceito e constitui um fenômeno intergrupar voltado a determinado grupo de pessoas ou a uma pessoa específica, implicando em uma predisposição negativa (GUGEL, 2000, p. 18).

Assim, a discriminação ilícita consiste em toda exclusão, restrição, distinção ou preferência que tenha como objetivo ou resultado prejudicar ou anular o exercício dos direitos humanos e liberdades fundamentais, seja no campo político, econômico, social (incluindo no âmbito trabalhista), cultural, significando sempre uma desigualdade (PIOVESAN, 2005, p. 48).

No segundo caso, chamada de discriminação lícita ou positiva, esta consiste na distinção realizada para preservar o princípio da igualdade, ou seja, diferenciação legítima de indivíduos que se encontram em situações diferentes (SOUTO MAIOR, 2002, p. 97). Desta forma, a discriminação lícita ou positiva seria o dever de diferenciação sempre que este seja necessário para o alcance da igualdade efetiva (ROTHENBURG, 2008, p. 79, 82).

Bandeira de Mello (2004, p. 11) afirma que a discriminação é recebida como compatível com o princípio da igualdade apenas quando existe “um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto e a desigualdade de tratamento em função dela conferida”, ressaltando ao final que tal correlação deve ser compatível com os interesses prestigiados pela Constituição (MELLO, 2004, p. 17).

Conclui-se que a igualdade formal está relacionada à vedação de discriminações

injustificadas (discriminação ilícita ou negativa) e a igualdade material está relacionada à exigência de tratamento distinto (discriminação lícita ou positiva), em sentido social de interferência do Estado.

No presente trabalho a discriminação ilícita será chamada apenas de discriminação e a discriminação lícita de ação afirmativa.

Em relação a ação afirmativa (“discriminação lícita ou positiva”), Gugel (2000, p. 16) define como:

Conjunto de medidas legais, modo de vida e políticas sociais que pretendem aliviar os tipos de discriminação que limitam oportunidades de determinados grupos sociais. Um esforço voluntário ou obrigatório, imposto pelo governo federal, estadual e municipal, instituições públicas ou privadas, escolas, para combater a discriminação e para promover a oportunidades na educação e acesso ao emprego.

As ações afirmativas podem ser compreendidas como “tratamento desigual imposto pela lei, para compensar a desigualdade existente na realidade”, consideradas como medidas indispensáveis na busca da eliminação da desigualdade de fato com vistas a igualdade substancial, visando a redução da desigualdade (MALLET, 2010, p. 40).

Para Piovesan (2005, p. 49) as ações afirmativas constituem medidas especiais que objetivam acelerar o processo de alcance da igualdade substantiva pelos grupos excluídos, consistindo em medidas concretas para viabilizar o direito à igualdade, moldando-se no respeito à diversidade.

Desta forma, a interferência Estatal, por meio das chamadas ações afirmativas, tem por objetivo a busca pela igualdade de fato e na erradicação da discriminação e, conforme se pretende analisar adiante, constitui passo importante na efetivação dos direitos fundamentais, principalmente no âmbito das relações de trabalho.

## **1.2 A Efetivação do Direito ao Trabalho como Direito Fundamental e a Erradicação da Discriminação no Trabalho**

A Declaração Universal dos Direitos Humanos introduziu a concepção contemporânea de direitos humanos, fundada na universalidade e indivisibilidade. Para aquela, o único requisito é a condição humana; e para a indivisibilidade os direitos humanos constituem uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada (PIOVESAN, 2004, p. 21).

Ao eleger a indivisibilidade dos direitos humanos a Declaração dos Direitos Humanos (ONU, 1948) conjuga o discurso liberal e o discurso social, combinando os valores da liberdade e da igualdade. No mesmo sentido, a Declaração de Viena (ONU, 1993) traz em seu artigo 5º que “todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados”, cabendo a comunidade internacional o dever de tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase.

Verifica-se que os direitos sociais são interligados a outros direitos humanos, possuindo todos os meios e instrumentos para sua efetividade, inclusive exigibilidade judicial (MENEZES *et al.*, 2009, p. 73), constituindo direitos fundamentais autênticos e exigíveis, que têm como objetivo a proteção aos grupos vulneráveis, demandando, além das políticas universalistas, políticas específicas a estes grupos, enquanto vítimas da exclusão (PIOVESAN, 2004, p. 26-27).

Nesse contexto, o Estado deve liderar o processo de mudanças em matéria de direitos sociais, a partir das obrigações assumidas no plano nacional e no internacional, na busca pela efetivação dos direitos humanos, dentre eles, o direito ao trabalho (PAUTASSI, 2007, p. 90). A efetivação do direito ao trabalho sem distinção e garantindo a igualdade entre os trabalhadores

caracteriza-se, também, pela vedação de condutas que inibam o acesso ao mercado de trabalho (SOUTO MAIOR, 2002, p. 98).

Por se tratar de um direito universal (igualdade) o tema “não discriminação” no âmbito do trabalho tem destaque na Organização Internacional do Trabalho (OIT), uma vez que configura um dos seus objetivos fundamentais, conforme a Declaração de Filadélfia (OIT, [1986?], p. 20) que prescreve:

[...] todos os seres humanos de qualquer raça, crença ou sexo, têm o direito de assegurar o bem-estar material e o desenvolvimento espiritual dentro da liberdade e da dignidade, da tranquilidade econômica e com as mesmas possibilidades.

A Convenção 111 da OIT, ratificada no Brasil pelo Decreto n. 62.150/68 (BRASIL, 1968) trata, especificamente, sobre a proibição da discriminação em matéria de emprego, trazendo no artigo 1, 1.1, a definição de discriminação que compreende “toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão.” (OIT, 1958).

Ainda, a alínea “b” do referido artigo expõe que discriminação compreende também “qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão” (OIT, 1958).

Segue o artigo 2 determinando que todos os Estados-membros, para os quais a Convenção esteja em vigor, devem instituir política nacional com o objetivo de erradicar toda e qualquer discriminação nesta matéria, promovendo a igualdade de oportunidades e tratamento.

A Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), não obstante os artigos já citados anteriormente em relação à vedação da discriminação de modo geral, prevê, expressamente, a discriminação relativa ao trabalho, conforme o texto do artigo 7º, inciso XXX, que proíbe a utilização de critérios como sexo, idade, cor ou estado civil para a admissão no emprego.

Ainda, na legislação brasileira, a Lei 9.029/95 (BRASIL, 1995) trata especificamente das práticas discriminatórias para efeitos de admissão e manutenção da relação de emprego, determinando no artigo 1º que “fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade”.

Uma vez previsto na Constituição de 1988, em tratados internacionais ratificados e nas normas infraconstitucionais, a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais passa a constituir obrigação jurídica do Estado, que deverá garantir adequadamente as condições para todos os indivíduos, vinculando o particular à sua efetivação. Assim, constata-se que a não obtenção do trabalho por ato de discriminação representa lesão ao direito fundamental ao trabalho (MENEZES *et al.*, 2009, p. 90-91).

A discriminação no trabalho, seja no processo de admissão, no decorrer da relação de emprego, bem como motivo da dispensa, não pode ser admitida, posto que o ordenamento jurídico veda a utilização de critérios discriminatórios (GOSDAL, 2003, p. 3) impondo limites constitucionais e infraconstitucionais.

A adoção destes critérios constitui-se abuso de poder do empregador e ultrapassa os limites do poder diretivo, o qual é limitado pelos dispositivos constitucionais, internacionais e infraconstitucionais, além, é claro, em afronta aos Direitos Humanos. Isso significa dizer que o empregador possui discricionariedade para contratar quem deseja dentre aqueles que se apresentam para a vaga oferecida, utilizando-se do seu poder diretivo, mas não pode deixar de contratar determinado candidato com base em critérios discriminatórios, bem como deixar de promover ou dar oportunidades na empresa ou mesmo fundar o despedimento nestes critérios, sob pena de

afrontar os direitos humanos sociais, reconhecidamente como direito a igualdade.

## 2 DISCRIMINAÇÃO NO TRABALHO EM RAZÃO DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS

A fim de possibilitar uma melhor discussão sobre o tema, primeiramente, entendeu-se necessário verificar qual o objetivo da manutenção de registro dos antecedentes criminais e, logo após, passa-se a analisar a existência da prática de exigência de certidão de antecedentes criminais.

Inicialmente, sobre os antecedentes criminais, esclarece-se que estes são empregados para a dosimetria da pena (art. 59, CP), decretação de prisões preventivas (art. 312 CPP), negação de liberdades (art. 323, III CPP) e revogação de suspensão condicional da pena (art. 709 § 2º CPP).

Verifica-se, desta forma, que o intuito da manutenção de antecedentes criminais possui interesse público, com a finalidade bem definida, uma vez que estes serão utilizados pelo juízo criminal nas hipóteses elencadas acima.

Pedrosa (2008, p. 2) afirma que:

Na era da multiplicação da população, com vinculado e inevitável agravamento dos índices de criminalidade, mormente nas chamadas “*idades grandes*”, é evidente que o Estado terá que contar com fórmulas de, ao menos, monitorar o passado delituoso do cidadão. Mas isso tem (ou devia ter) limites...

De fato, os referidos limites são impostos pelo Código Penal e pela Lei de Execução Penal. O artigo 64 do Código Penal determina que para efeitos de reincidência não prevalecerá condenação anterior se houver decorrido prazo de cinco anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação. Assim, transcorrido o referido prazo, as condenações anteriores não poderão ser levadas em consideração em novo processo.

A Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984, grifo nosso), por sua vez, determina no artigo 202 que

[...] *cumprida ou extinta a pena*, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, *salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei* [...].

É possível inferir que o ordenamento jurídico brasileiro é contrário à manutenção eterna de antecedentes criminais, principalmente se considerar que a Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) prevê, no artigo 5º, inciso XLVII, a vedação de penas de caráter perpétuo. Sendo assim, é razoável que tenha sido estabelecido o prazo (da reincidência) para manutenção dos referidos antecedentes, sob pena de se institucionalizar a eternização da condenação do réu.

No que se refere à existência de prática de exigência de certidão de antecedentes criminais, foi realizada uma pesquisa quantitativa, no âmbito do Patronato Municipal de Apucarana, durante os meses de junho e agosto de 2014, com 20 (vinte) assistidos. Para melhor contextualização da escolha do público-alvo da pesquisa e local, inicialmente, traça-se um breve histórico do Patronato de Apucarana. Após, esclarecer-se-á a metodologia e os resultados alcançados.

### 2.1 O Patronato de Apucarana - Estado do Paraná

O Patronato é órgão de execução penal que se destina ao acompanhamento de egressos

e beneficiários de medidas e penas alternativas, denominados assistidos, promovendo ações afirmativas de inclusão social.

Em 2013 foi criado o Programa de Municipalização das Penas e Medidas em Meio Aberto, cuja estrutura era baseada na parceria entre a Secretaria de Estado da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos (SEJU), a Secretaria de Estado da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior (SETI) e Prefeituras Municipais e Conselhos da Comunidade, do qual resultou os Patronatos Municipais (PARANÁ, 2014).

Da parceria entre SEJU e SETI originou-se o projeto de extensão universitária, sob a supervisão do Patronato Central do Estado do Paraná, por meio do qual são compostas as equipes multidisciplinares que atuam nos Patronatos Municipais, constituídas por profissionais recém-formados e estagiários das áreas de Direito, Serviço Social, Psicologia e Pedagogia, bem como estagiários da área de Administração de Empresas. Atualmente, a estrutura é composta pela Secretaria de Estado de Segurança Pública e Administração Penitenciária (SESP), uma vez que o Departamento de Execução Penal – DEPEN -, órgão ao qual os Patronatos Municipais estão vinculados, foi transferido para esta secretaria no ano de 2014 (PARANÁ, 2014).

O Patronato Municipal de Apucarana foi criado pela Lei Municipal 66/2013. Ao Patronato Municipal de Apucarana incumbe o acompanhamento e fiscalização do cumprimento das penas e medidas alternativas, bem como do regime aberto e semiaberto em prisão domiciliar.

Em Apucarana as alternativas penais consistem, em sua maioria, na prestação de serviços à comunidade, mas também são aplicadas através de inserção em grupos socioeducativos, em ensino regular, em cursos profissionalizantes, bem como participação em palestras informativas.

Em relação à educação há no Poder Judiciário a preferência pelo encaminhamento à educação formal – EJA e CEEBJA – e cursos profissionalizantes. Aos assistidos que possuem ensino médio completo as opções são de cursos superiores e financiamento estudantil.

Nos grupos socioeducativos foram executados vários projetos de destaque, dentre os quais, o “Projeto Saiba”, destinado a usuários de drogas; o “Projeto Plural”, voltado a assistidos que cometeram delitos diversos e apresentam em comum a necessidade de reflexão; o “Projeto Novos Horizontes” voltado a homens autores de violência doméstica, aos quais foram aplicadas medidas protetivas da Lei Maria da Penha; e o “Projeto PensAção”, desenvolvido com os apenados em regime semiaberto, na modalidade de prisão domiciliar.

## **2.2 Prática discriminatória: a pesquisa com os assistidos do Patronato de Apucarana**

Consoante exposto, entre os meses de junho e agosto de 2014 foi realizada uma pesquisa com os assistidos, sendo estes condenados em cumprimento de pena em regime aberto, pelo Patronato Municipal de Apucarana, em relação ao acesso ao mercado de trabalho, cuja metodologia foi a quantitativa, através da aplicação de um questionário, com o objetivo de identificar se há exigência ou mesmo indagações sobre a existência de antecedentes criminais na fase pré-contratual do contrato de trabalho e se este motivo, caso positivo, foi importante, na visão dos assistidos, para a sua não contratação.

No referido questionário foi, inicialmente, questionado qual a situação de trabalho em que se encontra e qual sua função. A partir da situação que se encontra, foram postas as seguintes questões: se desempregado ou se em situação informal de trabalho, a que motivo ele(a) atribui a referida situação? Ainda, foi questionado se, em processo de admissão, já houve resposta negativa expressa da empresa com base na certidão de antecedentes criminais e se ele(a) entende que, não havendo resposta explícita, o motivo da não contratação seria este.

O questionário permite a resposta de mais de um motivo apresentado pela empresa, assim como os motivos que ele atribui à negativa da empresa, caso esta não tenha sido clara.

Desta forma, foram aplicados questionários a 20 (vinte) assistidos pelo Patronato Municipal

de Apucarana, sendo que destes 18 (dezoito) são do gênero masculino e 2 (dois) do gênero feminino.

Analisando as respostas, constatou-se, inicialmente, que 2 (dois) assistidos estavam desempregados, 4 (quatro) estavam empregados informalmente (sem registro em CTPS), 8 (oito) estavam empregados com registro em CTPS e 6 (seis) eram trabalhadores autônomos.

Aos desempregados foi questionado o motivo do desemprego, sendo obtidas as seguintes respostas: “falta de oportunidade, pois acabei de sair do mini-presídio”; “não parei nos últimos empregos, mas não sei o porquê”.

Os autônomos e empregados informais sem registro em CTPS, que totalizam 10 (dez) assistidos, foram indagados sobre o motivo de não serem empregados registrados, as respostas foram: “autônomo por opção”, “prefiro não ter registro”, “por causa da condenação”; “por falta de oportunidade”; “por opção do empregador”; “onde trabalho não registram”; “porque estou recebendo seguro-desemprego”; “por causa dos descontos que são feitos quando registram”; e 2 (dois) não souberam responder.

Sobre as funções exercidas, entre autônomos e empregados, com ou sem registro em CTPS, estes declararam ser: 6 (seis) serventes de pedreiro, 1 vidraceiro, 1 repositor, 1 auxiliar de serviços gerais, 1 gesseiro, 1 trabalhava com ferragens, 1 auxiliar de acabamento, 1 trabalhava num lava-jato, 1 costureira, 1 armador, 1 motorista, 1 bordador e 1 mecânico de manutenção industrial.

Entre os 20 (vinte) assistidos entrevistados, 12 (doze) já receberam resposta negativa em processo de admissão. Dentre estas, foram elencadas as seguintes: não informou o motivo (4); possuir antecedentes Criminais (2); vaga foi preenchida (3); empregador sabia da condenação judicial (1); falta de experiência profissional (1); não havia vagas (1).

Ainda, em relação a estas respostas negativas, quando questionados sobre os motivos que acreditam ter levado a esta resposta negativa (e não o motivo informado pelo contratante), os assistidos, dentre os motivos apresentados no questionário, elencaram os seguintes: possuir antecedentes criminais (7); falta de experiência profissional (3); ausência de formação acadêmica (2); teste psicotécnico (1); discriminação em razão do empregador saber da condenação (1); estar em situação de rua, morando em abrigo (1).

Não obstante a limitação da pesquisa em relação à quantidade de assistidos, a intenção, primordial, desta foi constatar a existência da prática de exigência da certidão de antecedentes criminais em processo seletivo de admissão, constituindo obstáculo, ou não, para a referida contratação.

Pois bem: uma vez compreendido o objetivo do registro de antecedentes criminais e analisando os dados obtidos por amostragem, bem como a bibliografia, acima descritos, retoma-se a questão anterior: constitui conduta discriminatória a sua exigência em processo seletivo, prática constatada na pesquisa com os assistidos do Patronato de Apucarana?

Sobre a situação identificada, esclarece Pedrosa (2008, p. 6) é notório que os egressos do sistema penitenciário possuem dificuldade ou até impossibilidade de conseguirem empregos formais em razão da não obtenção da “folha corrida” ou “Declaração de Bons Antecedentes”.

Especificamente, em relação à constituição de prática discriminatória, deve-se recordar que os critérios definidos pela Constituição de 1988 em relação à discriminação no trabalho, elencados pelo art. 7º, XXX, bem como os critérios elencados pela Lei 9.029/95, são meramente exemplificativos, uma vez que, realizada a interpretação conjugada com outros dispositivos constitucionais, conclui-se, desde já, que são vedadas quaisquer formas de discriminação.

Na visão de Gosdal (2003, p. 6) na conduta praticada não há proporção entre o valor objetivado e o valor sacrificado, pois não é possível compreender que a tutela da iniciativa privada, no que se refere ao poder diretivo do empregador, esteja acima ao princípio da igualdade e da não discriminação, os quais são matéria de ordem pública.

Não poderíamos dizer que há correlação lógica entre a conduta e as normas e

valores legais e constitucionais vigentes, [...] a finalidade da folha de antecedentes criminais é resguardar o interesse público e instrumentalizar a persecução criminal, havendo vedação expressa de qualquer forma de discriminação e interesse na eliminação da exclusão social (GOSDAL, 2003, p. 4).

Pereira (2016, p. 9) acrescenta que “a liberdade contratual não pode obstar de modo ilícito a liberdade de trabalhar de cada indivíduo”. Este “direito ao esquecimento”, afastando a perpetuação da pena, é imprescindível para que determinadas pessoas não sejam estigmatizadas ou discriminadas, uma vez que, se fosse possível a eternização da pena, a marginalização de um grupo de pessoas seria um risco grande, fato que não é desejável à sociedade (MALLET, 2010, p. 33).

O processo de admissão deve guardar conformidade com a Constituição de 1988, com os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, com a legislação infraconstitucional e, principalmente, com os Direitos Humanos, dentre os quais a igualdade e da dignidade da pessoa humana, buscando não excluir um determinado grupo de pessoas do mercado de trabalho formal, possibilitando, desta forma, a valorização social do trabalho e, por conseguinte, a justiça social.

Não foi o que se verificou na pesquisa realizada, pois, frente aos dados retro expostos, verificou-se que há 1 (um) desempregado por causa da condenação, 2 (dois) assistidos tiveram negativas sem qualquer justificativa, 2 (dois) assistidos tiveram negativas expressas em razão dos antecedentes criminais, 1 (um) assistido teve uma negativa pelo seu empregador saber da condenação. A situação muda quando estes são questionados sobre a possível motivação das negativas, pois 7 (sete) assistidos atribuem à apresentação de antecedentes criminais, reiterando que a certidão foi exigida nos referidos processos seletivos.

O princípio da não-discriminação deve nortear todo o processo seletivo, constituindo limite à invasão da intimidade do empregado (GOSDAL, 2003, p. 8). Como ressalta Gosdal (2003, p. 4) a identidade do cidadão está associada ao trabalho, sendo que a reinserção no mercado de trabalho constitui o caminho de retorno à sua dignidade e efetiva recuperação.

Pereira (2016, p. 12), em análise da jurisprudência dos tribunais do trabalho brasileiros, leciona que há divergência na jurisprudência, mas que, em geral, ao decidir sobre a contraposição destes dois princípios constitucionais, a jurisprudência tem conferido efetividade ao princípio do amplo acesso a informações públicas oficiais nos casos que as informações sejam essenciais para o exercício da atividade profissional, como, por exemplo, nas funções de vigilantes armados.

Em razão da divergência jurisprudencial, em 28 de junho de 2016 o Tribunal Superior do Trabalho realizou audiência pública sobre o tema, buscando subsídios para a decisão de dois Recursos de Revista<sup>1</sup>, submetidos à Subseção 1 Especializada de Dissídios Individuais, com tramitação sob o rito dos recursos repetitivos, ou seja, firmando precedente judicial e tornando-os paradigmas para a solução de lides que versarem sobre esta questão.

No julgamento dos incidentes de recurso de revista repetitivos (tema nº 01), acima indicados, foi decidido que a exigência de certidão negativa de antecedentes criminais caracteriza dano moral passível de indenização em situações excepcionais, de exigência de certidões de antecedentes criminais para casos previstos em lei (vigilantes) ou quando o cargo exige especial fidúcia (confiança) (AGUIAR, 2016)<sup>2</sup>.

1 RRs 243000-58.2013.5.13.0023 e 184400-89.2013.5.13.0008, ambos de relatoria do Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro.

2 Nos julgamentos foram fixadas as teses seguintes: 1. Não é legítima, e caracteriza lesão moral, a exigência de certidão de antecedentes criminais de candidato a emprego quando traduzir tratamento discriminatório ou não se justificar em razão de previsão em lei, da natureza do ofício ou do grau especial de fidúcia exigido; 2. A exigência de certidão de candidatos a emprego é legítima e não caracteriza lesão moral quando amparada em expressa previsão legal ou justificar-se em razão da natureza do ofício ou do grau especial de fidúcia exigido, a exemplo de empregados domésticos, cuidadores de menores, idosos e pessoas com deficiência, em creches, asilos ou instituições afins, motoristas rodoviários de carga, empregados que laboram no setor da agroindústria no manejo de ferramentas de

Não obstante o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, em casos específicos, a partir das considerações realizadas sobre o tema, conclui-se que tal exigência constitui prática discriminatória, configurando abuso de poder do empregador. O processo seletivo para admissão de empregado deve ter como base o princípio constitucional da igualdade, devendo, ainda, esta situação ser objeto de ações afirmativas. Ademais, a referida exigência encontra-se em sentido contrário ao que prevê a política criminal brasileira, tema objeto de análise do tópico seguinte.

### 2.3 Ressocialização e política criminal brasileira

A política criminal brasileira está centrada na ressocialização do egresso do sistema penitenciário, na possibilidade de modificar e não voltar a delinquir. Consoante o Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária (BRASIL, 2011), aprovado na 372ª reunião ordinária do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) em 26/04/2011, o caminho adotado é de cidadania e responsabilização social, buscando a redução das taxas de encarceramento, da justiça social e priorizando as penas alternativas à prisão.

A criação e implantação de uma política de integração social dos egressos do sistema prisional constitui uma das prioridades do referido plano, posto que a inexistência de ações afirmativas de ressocialização do egresso do sistema penitenciário na sociedade, particularmente no mercado de trabalho, é considerado, pelo Ministério da Justiça, como um dos principais fatores da reincidência recorrente e do aumento da população encarcerada (BRASIL, 2011).

Para aplicação desta medida, o plano apresentado pelo Ministério da Justiça (BRASIL, 2011) requer: a) Elaboração e implantação de programa integrado com outros Ministérios e Poderes, que envolva ações sociais, familiares, educacionais e laborais; b) Incentivo fiscal concedido às empresas que contratam egressos; c) Efetivação da assistência à educação, a capacitação profissional e laboral nas unidades prisionais, vinculando-as com ações para os egressos.

Assim, constata-se que a política penitenciária brasileira se pauta na ressocialização do egresso, tendo no trabalho o principal fator de integração social, com o objetivo da redução da reincidência, da violência e da criminalidade, bem como do poder de persuasão e de agenciamento de pessoas pelos grupos organizados do crime.

Em 2014 foi lançado o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – InfoPen (BRASIL, 2016a) - que consiste em um relatório descritivo e analítico com informações detalhadas sobre a atual situação do sistema penitenciário brasileiro.

Na apresentação do levantamento, constata-se que o Brasil possui uma taxa de 300 presos para cada 100 mil habitantes, superando a taxa mundial de 144 presos e, em relação ao número absoluto, tem-se mais de 622 mil pessoas presas, saltando de noventa mil presos no início da década de noventa para mais de seiscentos mil em menos de 25 anos (BRASIL, 2016a).

No que se refere ao perfil do preso, no referido Levantamento (BRASIL, 2016a) verificou-se que: a) a maioria é constituída de jovens (55,07% da população privada de liberdade tem até 29 anos); b) há uma sobrerrepresentação de negros (61,67% da população presa); c) há uma população com precário acesso à educação (apenas 9,5% concluíram o ensino médio, enquanto a média nacional gira em torno de 32%); d) pessoas analfabetas, alfabetizadas informalmente mais aquelas que têm até o ensino fundamental completo representam 75,08% da população prisional.

Com base no relatório (BRASIL, 2016a), o enfrentamento mais adequado aos problemas penitenciários pode ser dividido em quatro eixos: redução do déficit de vagas; redução do déficit de gestão; potencialização das políticas de reintegração e modernização.

A política criminal brasileira, pautada na ressocialização, vai, portanto, em sentido contrário

---

trabalho perfurocortantes, bancários e afins, trabalhadores que atuam com substâncias tóxicas e entorpecentes e armas, trabalhadores que atuam com informações sigilosas; 3. A exigência da certidão de antecedentes criminais, quando ausentes alguma das justificativas de que trata o item 2, caracteriza dano moral in re ipsa [presumido], passível de indenização, independentemente de o candidato ao emprego ter ou não sido admitido.

a se inserir-se como requisito a apresentação de registro de antecedentes criminais em processo seletivo de admissão. Todavia, não para por aí e, conforme abordado em tópico anterior, trata da discriminação positiva ou ação afirmativa, ao dispor que deve haver a potencialização das políticas de reintegração.

Conforme explanado anteriormente, considerada prática discriminatória e, prevista a ressocialização do egresso na política criminal brasileira, ressalta-se que é necessário também o desenvolvimento de ações afirmativas de reintegração (ou mesmo integração) no mercado de trabalho.

## 2.4 Ações afirmativas: Projeto de Lei do Senado 70/10 e Programa Começar de Novo

As ações afirmativas ocupam um papel de suma importância dentre de uma sociedade que privilegia, dentre os seus principais princípios, o Estado Democrático e Social de Direito, posto que objetivam a inclusão social, inclusive em relação ao acesso ao trabalho, enquanto direito fundamental social.

Para que a lei faça a distinção de situações sem ofensa à isonomia, Bandeira de Mello (2004, p. 43) assevera que é necessário que os fundamentos (fáticos e lógicos) se orientem na linha de interesses prestigiados pela Constituição na ordenação jurídica máxima. No presente caso, a Constituição insere o valor do trabalho como fundamento da república no artigo 1º, IV e como fundamento da ordem econômica, artigo 170, caput.

Se a Constituição privilegia o valor social do trabalho, constituindo fator de integração do cidadão como sujeito ativo na sociedade, é indiscutível que a exigência de antecedentes criminais no processo de admissão, conforme foi possível constatar na pesquisa, deve ser considerada como prática discriminatória, e, com vistas a garantir a isonomia de tratamento, se faz necessária a fomento de ações afirmativas com o objetivo de garantir a isonomia de tratamento.

Assim, frente à situação deste grupo específico e a necessidade de garantia do direito ao trabalho, discorre-se, brevemente, que são poucas as iniciativas para inserção de egressos do sistema penitenciário no mercado de trabalho.

Destaca-se, como exemplo, o Projeto de Lei do Senado 70/2010 (BRASIL, 2010) que dispõe sobre a dedução dos encargos sociais devidos pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, em caso de contratação de egressos do sistema prisional, proposto pela Senadora Marisa Serrano, aprovado na Comissão de Assuntos Sociais e que obteve parecer favorável do Senador José Agripino na Comissão de Assuntos Econômicos. Todavia, o projeto foi arquivado, em razão do final da 54ª legislatura (2011-2015), nos termos do artigo 332 do Regimento Interno do Senado Federal<sup>3</sup>.

Em sua justificativa, o projeto abordava como ponto principal a dificuldade de inserir os egressos no sistema carcerário no mercado de trabalho, ocasionando a falta do exercício à cidadania plena, configurando grave problema social.

Outro projeto de destaque, foi o elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça em 2009 - Programa Começar de Novo -, o qual tinha por objetivo a promoção da cidadania e diminuição da reincidência criminal, por meio da sensibilização de órgãos públicos e da sociedade civil através do incentivo à disponibilização de vagas de trabalho e cursos de capacitação profissional aos presos e egressos do sistema carcerário.

Consoante a Cartilha do Empregador (CNJ, 2011, p. 13) elaborada pelo Programa

Muitas vezes a sociedade não quer lidar com a situação dessas pessoas e adotam uma postura de isolamento. No entanto, essa imensa população carcerária voltará

<sup>3</sup> O artigo 332 do Regimento Interno do Senado Federal estabelece que os projetos de lei em tramitação no Senado serão arquivados ao final da legislatura, com algumas exceções previstas nos incisos do referido artigo.

às ruas e ao convívio em sociedade. É preciso agir de forma a possibilitar que o retorno seja positivo para todos e eles possam ser somados à sociedade, reduzindo os índices de violência.

Desta forma, o Conselho Nacional de Justiça criou o Portal de Oportunidades, site que disponibiliza os postos de trabalho e cursos de capacitação oferecidos para presos e egressos do sistema penitenciário. Neste caso sempre haverá um intermediador entre candidato e empresa.

Retomando-se a atuação do Patronato de Apucarana, no Estado do Paraná, os responsáveis pela intermediação e aplicação do Programa Começar de Novo são os Patronatos (Patronato Central do Estado e os Patronatos Municipais, como por exemplo, o de Apucarana), devendo estes estabelecer parcerias com empresas e consequente cadastro no Portal de Oportunidades, realizar capacitações para o mercado de trabalho por meio de palestras informativas e efetuar encaminhamentos para cursos de capacitação.

Ainda, no ano de 2016, o Tribunal Superior Eleitoral lançou o Projeto Começar de Novo no âmbito da Justiça Eleitoral, fornecendo postos de trabalho aos presos e egressos do sistema penitenciário. De acordo com o TSE, a ideia é que os Tribunais Regionais Eleitorais recrutem esses profissionais para trabalhar nos órgãos da Justiça Eleitoral (BRASIL, 2016b).

Indiscutivelmente, não obstante esteja clara a existência da prática discriminatória, são poucas as iniciativas de políticas públicas com o objetivo da ressocialização através do incentivo à inserção deste grupo específico no mercado de trabalho.

## CONCLUSÃO

Em épocas de crise social e, por conseguinte, do Estado Democrático de Direito, os valores são, cada vez mais, colocados em conflitos. Mas, indiscutivelmente, os valores individuais (principalmente da dignidade da pessoa humana) e os sociais (igualdade, dentre outros) estabelecidos na Constituição de 1988 e os reconhecidos pelos Direitos Humanos não podem ser objetos de desapropriação do ser humano, sob pena de inversão completa dos princípios e dos valores fundamentais de um Estado Democrático e Social de Direito.

Foi possível constatar, seja pela pesquisa realizada *in loco* no Patronato de Apucarana, pelas discussões através de audiências públicas ou de decisões no TST, que a exigência de certidão de antecedentes criminais ou mesmo de pergunta sobre a existência de antecedentes criminais é uma realidade que ocorre quando da contratação.

Nesse contexto, não se pode admitir a possibilidade qualquer ou quaisquer instrumentos ou obstáculos de acesso aos cidadãos, principalmente os mais desfavorecidos e desprotegidos, ao mercado de trabalho e, nesse sentido, a exigência de certidão de antecedentes criminais ou mesmo a não contratação dos trabalhadores por estarem em cumprimento de pena (regime aberto ou semi-aberto) constituiu afronta ao princípio da igualdade, bem como da dignidade da pessoa humana.

Não obstante, não basta apenas reconhecer que a respectiva conduta (exigir a certidão de antecedentes criminais) é uma prática discriminatória, motivo pelo qual se verifica a necessidade de implantação de ações afirmativas, buscando a garantia de igualdade de oportunidades ao egresso do sistema carcerário no que se refere ao acesso ao trabalho, oportunizando, de fato, a realização do princípio da igualdade material.

Por fim, resta claro que o objetivo do presente artigo não foi o de traçar conclusões definitivas a respeito da marginalização deste grupo específico, mas de concluir sobre a natureza de discriminação (ou não) da uma determinada prática, incentivando, sobretudo, a comunidade jurídica e a sociedade a uma discussão mais ampla a respeito do tema proposto, buscando, através do debate e do exercício da Democracia, a dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Adriana. TST define que empresa não pode exigir antecedentes criminais. **Valor Econômico**, São Paulo, 2016. Disponível em: [www.valor.com.br/legislação/4946102/tst-define-que-empresa-nao-pode-exigir-antecedentes-criminais](http://www.valor.com.br/legislação/4946102/tst-define-que-empresa-nao-pode-exigir-antecedentes-criminais). Acesso em: 23 abr. 2017.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 11 maio 2015.
- BRASIL. **Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968**. Promulga a Convenção nº 111 da OIT sobre discriminação em matéria de emprego e profissão. Brasília: Presidência da República, 1968. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D62150.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D62150.htm). Acesso em: 12 maio 2015.
- BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm). Acesso em: 11 maio 2015.
- BRASIL. **Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995**. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1995. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19029.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19029.htm). Acesso em: 12 maio 2015.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Plano nacional de política criminal e penitenciária**. Brasília: CNPCP, 2011. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/3231852/plano-politica-criminal-penitenciaria-2011.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2015.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias INFOPEN**: dezembro 2014. Brasília: DEPEN, 2016a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/infopen-dez14.pdf>. Acesso em: 27 maio 2016.
- BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 70, de 2010**. Dispõe sobre a dedução dos encargos sociais devidos pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, em caso de contratação de egressos do sistema prisional, e dá outras providências. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: [http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=96017](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=96017). Acesso em: 27 maio 2016.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Projeto Começar de Novo será lançado nesta terça-feira (24) na Justiça Eleitoral**. Brasília: TSE, 2016b. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2016/Maio/programa-comecar-de-novo-na-justica-eleitoral-sera-lancado-nesta-terca-feira-24>. Acesso em: 27 maio 2016.
- CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Cartilha do empregador**. Brasília: CNJ, 2011. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/10/cartilha\\_do\\_empregador\\_1.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/10/cartilha_do_empregador_1.pdf). Acesso em: 3 jul. 2015.
- GOSDAL, Thereza Cristina. Antecedentes criminais e a discriminação no trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 28, n. 49, p. 227-258, jan./jun. 2003.

- GUGEL, Maria Aparecida. Discriminação positiva. **Revista do Ministério Público do Trabalho**, Brasília, v. 10, n. 19, p. 15-24, mar. 2000.
- MALLET, Estêvão. **Igualdade e discriminação em Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2013.
- MALLET, Estêvão. Igualdade, discriminação e Direito do Trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 76, n. 3, p. 17-51, jul./set. 2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MENEZES, Cláudio Armando Couce de *et al.* As garantias dos direitos sociais e laborais e as dimensões de sua efetividade: direito ao trabalho e a não discriminação: medidas judiciais e pretensões cabíveis. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 50, n. 80, p. 73-94, jul./dez. 2009.
- OIT - ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **C111: discriminação em matéria de emprego e ocupação**. Brasília: OIT, 1958. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS\\_235325/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235325/lang--pt/index.htm). Acesso em: 12 maio 2015.
- OIT - ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e seu anexo (declaração de Filadélfia)**. Brasília: OIT, [1986?]. Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasil/documents/genericdocument/wcms\\_336957.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasil/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf). Acesso em: 12 maio 2015.
- ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração e programa de ação de Viena (1993)**. Viena: ONU, 1993. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>. Acesso em: 13 maio 2015.
- ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris: Assembleia Geral das Nações Unidas, 1948. Disponível em: [https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf). Acesso em: 13 maio 2015.
- PARANÁ. Secretaria da Segurança Pública e Administração Penitenciária. Departamento Penitenciário. Patronato Central do Estado. **Programa Patronato**: programa de municipalização do acompanhamento das penas e medidas alternativas em meio aberto. Curitiba: DEPEN, 2014. Disponível em: <http://www.depen.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=217>. Acesso em: 2 maio 2015.
- PAUTASSI, Laura Cecilia. Há igualdade na desigualdade? Abrangência e limites das ações afirmativas. **Sur**: Revista Internacional de Direitos Humanos, São Paulo, v. 4, n. 6, p. 70-93, 2007.
- PEDROSA, Ronaldo Leite. **Folha penal perpétua**. [S. l.], 2008. Disponível em: [http://www.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=66c257b7-bd44-4564-a3bc-6ddefc61f2&groupId=10136](http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=66c257b7-bd44-4564-a3bc-6ddefc61f2&groupId=10136). Acesso em: 2 jun. 2015.
- PEREIRA, Flávia Alejandra Fernández. Exigência de certidão de antecedentes criminais na contratação de empregado: violação de direitos fundamentais do trabalhador ou exercício do poder diretivo do empregador. *In*: SEMINÁRIO NACIONAL DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 12., 2016, Santa Cruz do

Sul. **Anais** [...]. Santa Cruz do Sul: UNISC, 2016. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/14733/3561>. Acesso em: 15 fev. 2018.

PIOVESAN, Flavia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. **Cadernos de Pesquisa**, São Paulo, v. 35, n. 124, p. 43-55, jan./abr. 2005.

PIOVESAN, Flavia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. **Sur: Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 20-47, 2004.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 13, n. 2, p. 77-92, jul./dez. 2008.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O direito do trabalho e as diversas formas de discriminação, **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 68, n. 2, p. 97-102, abr./jun. 2002.

**Como citar:** PAULA, Bruna Balthazar de; RIBEIRO, Luiz Alberto Pereira. Discriminação no trabalho e antecedentes criminais: ações afirmativas e estudo de caso no patronato municipal de Apucarana - Paraná. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 1, p. 10-25, abr. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n1p. 10. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 27/07/2016

Aprovado em: 14/02/2020

**O BNDES NAS VISÕES DE LIBERALISMO E DO  
REPUBLICANISMO NEORROMANO DE PHILIP PETTIT**

BNDES FROM THE LIBERALISM AND THE NEORROMAN  
REPUBLICANISM OF PHILIP PETTIT PERSPECTIVE

**Déborah de Meira Málaque\***  
**Marcos Antonio Striquer Soares\*\***

\* Advogada, mestra em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL), especialista em Direito e Processo do Trabalho. E-mail: [deborahdemeira@gmail.com](mailto:deborahdemeira@gmail.com)

\*\* Mestre e doutor em Direito do Estado/Direito Constitucional pela PUC/SP, professor do curso de mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina (UEL). E-mail: [marcosstriquer@uol.com.br](mailto:marcosstriquer@uol.com.br)

**Como citar:** MALAQUE, Déborah de Meira; STRIQUER SOARES, Marcos Antônio. O BNDES nas visões de liberalismo e do republicanismo neorromano de Philip Pettit. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 1, p. 26-45, abr. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n1 p. 26. ISSN: 1980-511X

**Resumo:** Esta pesquisa pretendeu analisar o comportamento do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, a partir de duas concepções doutrinárias que se destacam: o liberalismo e o republicanismo. Tais correntes de pensamento apresentam abordagens distintas no que tange ao conceito de liberdade, e suas apresentações trazem contribuições importantes para o estudo daquele Banco Público. Especialmente no que se refere ao republicanismo, o chamado republicanismo neorromano será objeto de maior estudo, especialmente o desenvolvimento doutrinário de Philip Pettit e suas premissas para a construção de uma democracia contestatória. Para tanto, optou-se pela utilização do método de abordagem dedutivo, onde por meio dos conceitos gerais, serão feitas aplicações concretas no comportamento do BNDES. Alguns pontos se destacaram na conclusão da pesquisa: a) verificou-se a ausência de um planejamento estatal voltado ao desenvolvimento nacional, b) carência de ações transparentes e de publicidade nos motivos que culminaram com a concessão de investimentos e empréstimos; c) estão presentes alguns fatores que revelam a presença de arbitrariedades e de dominação estatal para com o cidadão, tornando-se imprescindível a mudança no direcionamento da conduta do Banco Público para que o particular tenha condições de contestar as ações que divergem do interesse público.

**Palavras-chave:** BNDES. Liberalismo. Republicanismo. Philip Pettit. Interesse Público.

**Abstract:** This research analyzes the behavior of the National Bank for Economic and Social Development (BNDES), based on two doctrinal conceptions: liberalism and republicanism. These schools of thought represent different approaches of the concept of freedom. As a result, the understanding of this subject-matter can help in promoting new ideas in the realm of the BNDES. Furthermore, neo-Roman republicanism will also be analyzed, especially the works of Philip Pettit and his premises for the construction of a contested democracy. In order to analyze this subject, this paper used the deductive method, where, with use of general concepts, concrete explanations are made in regards to the behavior of BNDES. Some points were highlighted in the conclusion of this research: a) there was a lack of state planning aimed at national development, b) there was a lack of transparent actions and publicity for the reasons that led to the granting of investments and loans; c) some factors reveal the presence of arbitrariness and state domination towards the citizen, making it essential to change the direction of the Public Bank actions, so that the individual may choose to contest actions that diverge from the public interest.

**Keywords:** BNDES. Liberalism. Republicanism. Philip Pettit. Public interest.

## INTRODUÇÃO

A problemática do presente artigo e a construção de suas premissas foram desenvolvidas durante o Programa de Mestrado de Direito Negocial da UEL-PR, no período de agosto de 2016 a fevereiro de 2018. Os estudos culminaram com a apresentação da dissertação elaborada pela primeira autora, sob a orientação do segundo autor, com o seguinte título: “Um estudo sobre o BNDES a partir das concepções liberais e republicanas de liberdade: contribuições para formação de uma democracia contestatária delineada por Philip Pettit”.

Os estudos revelaram que desde a sua constituição, as ações do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) trilharam diferentes ideologias e que traduziram maior ou menor espaço de liberdade dos indivíduos no acompanhamento das decisões daquele Banco. Portanto, o debate abrangeu o estudo do BNDES a partir dos apontamentos doutrinários das doutrinas que mais se destacam no estudo da liberdade: o liberalismo e o republicanismo.

Nesse viés, o primeiro tópico tratará sobre o conceito de liberdade para os liberais e para os republicanos, com uma reflexão sobre as variações da liberdade dos antigos e modernos, aliada à noção de liberdade positiva e negativa. Serão expostas as construções históricas e os principais expoentes de cada vertente.

Já no segundo tópico, têm-se as delimitações trazidas por Philip Pettit e o chamado republicanismo neorromano. O referido doutrinador aponta aquelas características que não permite que o cidadão seja dominado pelo poder estatal, e assim, não haja arbitrariedades. Assim, a formação de uma democracia contestatária requer ações transparentes e voltadas para o interesse público, aliadas a possibilidades de contestação pelo particular.

Por fim, o último tópico tratará sobre os objetivos que estão envolvidos no conceito de desenvolvimento nacional, e principalmente na indispensabilidade do planejamento estatal para um bom desempenho das atividades estatais, no sentido de evitar o uso dessa instituição do Estado para a dominação da sociedade. Ademais, será feito um exame do comportamento do BNDES e as principais diretrizes do liberalismo e do republicanismo, especialmente do republicanismo neorromano. Neste ponto, uma investigação sobre as principais atualidades que permeiam o BNDES serão objeto de estudo, partindo-se das premissas que foram lançadas durante toda a pesquisa.

A metodologia aplicada nesta pesquisa será a bibliográfica, com a observação de relevantes construções doutrinárias e o confronto com os aspectos práticos nas ações do BNDES.

## 1 A LIBERDADE PARA OS LIBERAIS E PARA OS REPUBLICANOS

No decorrer dos anos, o diagnóstico sobre o conceito de liberdade, seus limites e componentes, esteve presente em grandes estudos filosóficos e doutrinários. Os conflitos intelectuais almejavam justificar e estruturar o poder político através do estudo da liberdade, além de tratar sobre os limites das ações humanas.

Entretanto, tais concepções se modificaram juntamente com as transformações políticas, sociais e econômicas. Veja-se primeiramente na Idade Antiga, onde a ideia de liberdade não estava associada a uma forma individual ou ainda em um aspecto subjetivo, mas sim para a coletividade e a integração do indivíduo ao corpo social. Celso Lafer (1980, p. 17) preleciona que, “a liberdade antiga é a liberdade do cidadão e não a do homem enquanto homem. Ela só se manifesta, por isso mesmo, em comunidades políticas que regularam adequadamente a interação da pluralidade”.

Neste mesmo sentido, Miguel Reale (2002, p. 628) destaca o predomínio da concepção política nas sociedades romanas e gregas, apontando ainda que, a cidadania predominava na vida do particular, e o valor deste indivíduo permanecia somente enquanto houvesse o “elo de uma vivência coletiva, integrado na *civitas*” (REALE, 2002, p. 628).

Já na Idade Média (séculos V ao XV), a liberdade dos indivíduos estava inicialmente condicionada aos interesses e vontades da Igreja, e mais tarde, com a ascensão das monarquias nacionais e a perda do poder político dos papados, o Estado desponta como o concretizador e condutor da liberdade. Thomas Hobbes (1588-1679) em sua obra “Leviatã” preleciona que não há liberdade sem o Estado, afirmando ainda que o Estado é resultado da multidão reunida numa só pessoa, tem poder e força para assegurar a paz e a defesa comum (HOBBS, 2009, p. 126-127).

A progressão destes pensamentos, e o surgimento de uma visão mais subjetiva do conceito de liberdade não foram instantâneos e pacíficos. Grandes paradigmas inerentes à própria estrutura da sociedade foram rompidos de forma gradual, a partir da inclusão de pensamentos mais inclusivos e igualitários dos indivíduos. A Revolução Francesa (1789) suscita a ideia de uma liberdade que deve coexistir com outras liberdades, abrindo espaço para novas doutrinas e pensamentos.

Nesse contexto, desponta a doutrina do liberalismo, como uma das mais importantes correntes de pensamento da história, e que desenvolveu um conceito de liberdade desde o indivíduo considerado em si mesmo, e não apenas como parte de um corpo social.

Destarte, em 1819, Benjamin Constant, um romancista, filósofo da religião e pensador político, descreve sobre as concepções de liberdade dos antigos e dos modernos. Para este escritor, o objetivo dos antigos era a divisão do poder social entre todos os indivíduos de uma pátria comum, por meio de uma participação ativa da coletividade (CONSTANT, 1985, p. 15). Já os modernos têm por meta, “a segurança dos privilégios privados; e eles chamam liberdade as garantias concedidas pelas instituições a esses privilégios” (CONSTANT, 1985, p. 16).

A interpretação de Benjamin Constant traz a ideia de um sentimento individualista que se formou nos tempos modernos, restando demonstrado que a preocupação da civilização moderna é distinta daquelas anteriores que tinham a participação pública como anseio primordial. Neste ponto, os indivíduos buscavam independência em suas vidas privadas, e as instituições seriam mecanismos para assegurar que a liberdade daqueles seria mantida e não sofreria interferência.

Estes parâmetros elaborados por Benjamin Constant foram utilizados pelo filósofo europeu Isaiah Berlin para o debate político sobre a liberdade e suas diferentes acepções, especialmente sobre os modelos positivos e negativos de liberdade. Isaiah Berlin aponta para o fato que no mundo antigo, não havia uma discussão sobre a liberdade individual como um ideal político consciente

Para a aceção positiva de liberdade, tem-se a resposta da pergunta “O que ou quem é a fonte de controle ou interferência capaz de determinar que alguém faça ou seja uma coisa em vez de outra?” (BERLIN, 2002, p. 229). No caso do sentido negativo de liberdade, o questionamento é “Qual é a área em que o sujeito – uma pessoa ou grupo de pessoas – é ou deve ter permissão de fazer ou ser o que é capaz de fazer ou ser, sem a interferência de outras pessoas?” (BERLIN, 2002, p. 229).

A partir desta perspectiva, a concepção dada pelo liberalismo à liberdade, integra uma concepção negativa, isto é, a liberdade do homem entendida a partir da ausência de interferência de outro homem ou de outro grupo nas suas atividades (BERLIN, 2002, p. 229).

Ademais, o liberalismo apresenta a liberdade individual e a autonomia como aspectos e valores fundamentais, integrando os limites definidos pela lei, para que o indivíduo tenha um campo de ação mais amplo possível, não sendo impedido, obstruído ou coagido por ninguém (RAMOS, 2005, p. 236). O Estado liberal tem assim como característica a neutralidade, de forma que suas ações devem ser imparciais para possibilitar que os indivíduos exerçam suas opções de escolhas sem impedimento estatal.

Entretanto, a doutrina liberal não evidenciava o valor cívico do homem, desprezando-o em detrimento de formas privadas de existência social e econômicas, havendo a substituição do *homo politicus* pelo *homo economicus* e *socialis* (RAMOS, 2007, p. 302). Viu-se assim a necessidade do renascer de uma doutrina política e filosófica que foi de extrema importância para construção e consolidação das sociedades antigas: o republicanismo.

Dentre as vertentes desse republicanismo, destaca-se a corrente denominada neorromana. Neste caso, diferente da corrente liberal que aborda a liberdade negativa como a ausência de interferência, os neorromanos sustentam que, mesmo com a não interferência, a liberdade pode ser suprimida se presente a dominação. Estes estudos foram substancialmente aprofundados pelo doutrinador Philip Pettit, que trouxe sua ótica sobre a liberdade e a formação de uma democracia contestatória.

## 2 PHILIP PETTIT E O REPUBLICANISMO NEORROMANO

Em primeiro plano, cumpre destacar que Philip Pettit refuta uma ideia preconcebida que a tradição republicana seja vinculada a uma vertente populista ou comunitarista (PETTIT, 1999, p. 25). Este doutrinador entende que o ideal comunitário presente na liberdade republicana é compatível com as modernas e pluralistas sociedades atuais, contudo a participação democrática não é tida como um valor básico e indispensável, mas como um mecanismo para que seja possível desfrutar da liberdade como não dominação (PETTIT, 1999, p. 25).

Destarte, Philip Pettit propõe uma releitura do conceito de liberdade negativa, indo além da ideia de não interferência, propondo a liberdade como não dominação. Tal liberdade será plenamente desfrutada apenas se houver possibilidade de escolha sem a sujeição a um poder arbitrário de interferência vindo de um poder estatal ou de outra pessoa. O ponto de análise é a

dominação ou não da escolha, sem barreiras ao tipo ou à quantidade de escolhas.

Para o autor “a liberdade deve ser definida como uma situação que evita os males ligados à interferência, não como o acesso a instrumentos de controle democráticos, participativos ou representativos” (PETTIT, 1999, p. 50, tradução livre). O controle democrático é importante, mas não é suficiente. Pettit desacredita, com isso, tanto a liberdade dos antigos como a liberdade positiva como critério predominante de caracterização da liberdade.

A não interferência (a liberdade negativa, a liberdade do liberalismo) não é suficiente, é preciso alcançar a não-dominação:

A tradição republicana é unânime ao apresentar a liberdade como o oposto da escravidão, como é ao ver a exposição à vontade arbitrária de outro - ou viver à mercê de outro - como o grande mal. [...] O contraste entre liberdade e escravidão revela claramente que a liberdade é tomada no sentido de não-dominação, e não de não-interferência (PETTIT, 1999, p. 52, tradução livre).

Em outra passagem o autor ainda esclarece: “A condição de liberdade é ilustrada pelo status de alguém que, ao contrário do escravo, não está sujeito ao poder arbitrário do outro, isto é, de alguém que não é dominado pelo poder arbitrário de qualquer outro” (PETTIT, 1999, p. 51-52). Conforme Cesar Ramos (RAMOS, 2007, p. 310):

A condição do escravo caracteriza-se pelo domínio que o senhor exerce sobre ele. Quando o primeiro torna-se permissivo e tolerante, mesmo assim, continua o estado de dominação sem, entretanto, haver uma efetiva e real interferência do senhor. Por mais que o escravo goze de liberdade negativa (ausência de interferência), ainda assim não se liberta da sua condição de servidão, continuando a pertencer ao seu senhor.

Quentin Skinner (1999, p. 40) investigou o republicanismo neorromano a partir de autores do Séc. XVII e esclarece que a perda da liberdade do corpo político deve ter o mesmo significado da perda da liberdade para a pessoa individual e que sofrer a perda da liberdade individual significa ser transformado em escravo. Mais adiante (SKINNER, 1999, p. 43-44), explica que “a essência do que significa ser um escravo, e portanto a falta de liberdade pessoal, é assim estar *in potestate*, dentro do poder de alguém mais”; à esta condição (estar *in potestate* de alguém) é acrescentada outra, para caracterizar a escravidão, a “condição na qual alguém é *obnoxius*, perpetuamente sujeito ou propenso a maus-tratos ou punição”; o termo *obnoxius* é utilizado para descrever o predicamento de qualquer um que dependa da vontade de alguém mais. Ser livre, portanto, é estar na condição inversa à de escravo, é não estar sob o poder de outro e não depender da vontade de outro.

Analisando a história romana a partir de Lívio, Quentin Skinner (1999, p. 45-46) explica que um Estado livre “é um Estado em que há magistraturas eleitas anualmente e uma sujeição igual de todo cidadão ao domínio da lei”. Citando os autores neorromanos do Séc. XVII, o autor

(SKINNER, 1999, p. 47) explica que o corpo político será desprovido de liberdade, caindo na servidão pública, “se for forçosa ou coercivamente privado de sua capacidade de agir à vontade na busca de fins que escolheu”. Mais adiante ele explica que a servidão pública pode emergir “quando a constituição interna de um Estado permite o exercício de quaisquer poderes discricionários ou privilegiados da parte daqueles que o governam” (SKINNER, 1999, p. 50).

Percebe-se dessas notas, que a orientação do republicanismo neorromano, além da não dominação, também põe sua ênfase na observância da lei e na persecução de fins, objetivos escolhidos pela própria comunidade. Por outro lado, as autoridades podem levar a comunidade a uma servidão pública em razão do uso de seus poderes discricionários ou privilegiados. Dito de outro modo, a república exige a persecução de fins que satisfaçam os interesses de toda a comunidade e não os interesses de um ou de um grupo de privilegiados no desempenho do governo. O que se constata é que pode existir a dominação de toda uma comunidade, no mundo contemporâneo, quando o corpo dos governantes, especialmente o Legislativo e o Executivo, traçam políticas públicas e conduzem os atos de governo conforme fins particulares (de interesse pessoal ou do grupo que se encontra no poder) e não fins de interesse da sociedade.

Neste viés, exige-se um Estado constitucional forte, onde as instituições garantam e formem a liberdade, de maneira que não se verificará arbitrariedade estatal quando este ente trilhar os interesses comuns assumidos pelos cidadãos (PETTIT, 2007, p. 213). Estas metas são alcançadas por meio de um regime eleitoral democrático, pelo império das leis, pela separação dos poderes, e por uma realidade cívica reconhecida com base em razões objetivas (PINTO, 2001, p. 471).

César Augusto Ramos (2007, p. 312) preleciona que há um duplo aspecto na liberdade republicana: a ausência de interferência e na ausência de dominação, onde estes dois requisitos se ajustam de forma solidária. Para tanto, evita-se o formalismo jurídico presente na simples ausência de impedimentos externos, e esquia-se do mero autogoverno da liberdade positiva (RAMOS, 2007, p. 312).

Philip Pettit afirma ainda que são necessárias três condições para que o regime constitucional possa garantir a liberdade e não ser manipulado: 1) o sistema constitucional deve constituir um “império de leis e não de homens”, conforme prelecionado por James Harrington; 2) os poderes legais devem ser distribuídos entre diferentes partidos; 3) as leis devem ser relativamente resistentes à vontade da maioria (PETTIT, 1999, p. 227-228).

Entretanto, a operacionalização do regime constitucional não é suficiente para garantir que os cidadãos desfrutem da liberdade almejada. Não se pode constituir um arcabouço normativo tão minucioso que elimine certa a discricionariedade nas decisões dos governantes, o que sequer seria desejável em um Estado republicano (SILVA, 2011, p. 39-40). Permanecerá a possibilidade de atuação e decisão de grupos, instituições e outros entes de poder conforme a discricionariedade que lhe parecer mais adequada.

Nesse sentido, Philip Pettit aduz que à constitucionalidade do Estado republicano deve-se aliar a democracia contestatória, consubstanciada em “um conjunto de práticas e mecanismos institucionais que aponta para a reconciliação da liberdade negativa das pessoas particulares com

a participação efetiva do povo nos assuntos públicos.” (SILVA, 2011, p. 41).

Neste modelo, há uma conjugação de elementos democráticos que sejam capazes de refutar a corrupção dos governantes e que atuem além de uma simples democracia eleitoral: “a ideia é que instituições democráticas devidamente concebidas deveriam dar aos cidadãos não somente direitos eleitorais mas também oportunidades efetivas para contestar as decisões de seus representantes”<sup>1</sup> (LOVETT; PETTIT, 2009, p. 15, tradução livre).

Contudo, nesta proposta de democracia contestatária não se observa uma forma democrática populista que exige participação direta dos cidadãos nas deliberações, mas é suficiente que haja uma vigilância sobre o funcionamento das leis, dos governantes e das instituições (MEDINA, 2007, p. 128). Diante da complexidade da sociedade moderna, esta participação política torna-se mais atrativa para os cidadãos sem oportunidade de atuar diretamente na vida pública.

Enuncia Philip Pettit que,

[...] um estado será não-arbitrário na proporção em que ele é forçado a trilhar os interesses comuns assumidos pelos cidadãos e somente os interesses comuns assumidos pelos cidadãos. Argumento que a melhor esperança para forçar o Estado a trilhar tais interesses, é ter um regime eleitoral democrático, e o que força o Estado a trilhar somente tais interesses é admitir um regime que descrevo como democracia contestatária (PETTIT, 2007, p. 213).

Contemple-se que a vertente eleitoral em uma democracia tem extremo destaque, já que permite que os cidadãos avaliem os posicionamentos e ideias daqueles que se submeteram ao processo e pretendem representar os ideais do povo, revelando o controle popular dos cidadãos na escolha de seus representantes, e o impedimento do poder indefinido e perpétuo.

Entretantes, a democracia contestatária ultrapassa os ditames eleitorais e abarca um envolvimento dos indivíduos nas questões públicas a partir de espaços abertos para contestação das decisões do governo e concretização do bem comum.

De um âmbito metódico, Frank Lovett e Philip Pettit (2009, p. 15) descrevem que para a materialização da democracia contestatária, são necessários no mínimo três marcas: 1) existência procedimentos formais explícitos, de conhecimento geral, pelo qual as instituições governamentais exercem sua autoridade; 2) aqueles que exercem o poder devem ser compelidos a apontar os motivos para suas resoluções, e esses motivos devem estar sujeitos a público debate; 3) existência de fóruns institucionalizados para que os particulares contestem, levantem objeções às leis e às políticas públicas, e, tenham respostas às suas indagações.

Ora,

Para fomentar a liberdade enquanto não-dominação é necessário que as decisões públicas tenham como base a perscrutação dos interesses e idéias dos cidadãos afetados. A tomada de decisão deve exibir uma forma tal que todos possam

1 Original: “The Idea is that properly designed democratic institutions should give citizens not only electoral rights but also the effective opportunity to contest the decisions of their representatives”.

aprová-la e com ela se identificar. Tanto as decisões do legislativo como as do executivo e as do judiciário devem trazer a marca dos anseios e modos de pensar dos cidadãos (ELIAS, 2008, p. 49).

Em resumo, um Estado republicano contestatório, dedica-se à inclusão e às respostas para as demandas públicas, municiando o cidadão com todos os meios hábeis para que este refute as decisões governamentais.

A partir destes apontamentos de Philip Pettit sobre a democracia contestatória, objetiva-se examinar os caminhos percorridos pelo BNDES, Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social, como uma das mais destacadas instituições públicas brasileiras.

As formulações deste doutrinador para instituir a liberdade como não dominação, podem ser utilizadas de subsídios para o acompanhamento institucional do BNDES, e, conseqüentemente, observar as alternativas existentes para que este banco público não atue através de interferências arbitrárias.

### **3 O DESENVOLVIMENTO NACIONAL A PARTIR DO BNDES E A DEMOCRACIA CONTESTATÓRIA**

O estudo do desenvolvimento nacional se revela indispensável para a compreensão dos elementos e das ações do BNDES, vez que sua principal meta é o suporte de obras e serviços que promovam o desenvolvimento econômico e social.

Gilberto Bercovici (2005, p. 51) aponta que o desenvolvimento é condição indisponível para a realização do bem-estar social, sendo o Estado, por meio do planejamento, o principal promotor do desenvolvimento. O referido autor ainda descreve que a ideia de planejamento está baseada na “perseguição de fins que alterem a situação econômica e social vivida naquele momento. É uma atuação do Estado voltada essencialmente para o futuro.” (BERCOVICI, 2003, p. 192). Destaca-se, daí, uma orientação republicana no planejamento do desenvolvimento. Não basta criar políticas públicas e satisfazer as necessidades de alguém do povo. Se o planejamento se dispõe a perseguir fins, com ações voltadas para o futuro, deve ter caráter republicano, voltado para satisfação de interesse de toda a comunidade e não de interesses de um ou de um grupo.

Neste ínterim, o Estado para destacar o desenvolvimento em seu território, deve elaborar metas possíveis e necessárias, coordenando esforços através de um planejamento prévio. Por conseguinte, a noção de planejamento está necessariamente ligada à ideia de desenvolvimento.

Nos termos do artigo 174 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), e seu parágrafo primeiro, tem-se a indispensabilidade do planejamento estatal, especialmente no que tange às atividades econômicas. Destarte, pode-se observar que o planejamento efetuado pelo Estado para as ações do BNDES, ou ainda, a falta de planejamento estruturado para suas atuações, demonstra o seu comprometimento ou a ausência dele para com os valores adotados na Carta da República.

Procedimentos alinhados e justificados com o interesse público devem permear o

planejamento das condutas do BNDES enquanto instrumento de políticas de investimento. Estas premissas se justificam vez que o planejamento é o mecanismo estatal para direcionamento do desenvolvimento nacional.

Dentro deste contexto, José Francisco Cunha Ferraz Filho (2012, p. 8) aponta que desenvolvimento nacional é o progresso econômico, político, social e cultural da nação, já que o progresso nestas áreas gera a ampliação do bem-estar dos povos, com riqueza e melhoria das condições sociais.

Entretanto, a ideologia presente no desenvolvimento nacional não está limitada à definição de desenvolvimento econômico. O primeiro se revela mais inclusivo, abarcando uma perspectiva econômica, e também uma visão de desenvolvimento social, político, cultural e quaisquer outros valores nacionais expressos pelo legislador constituinte.

O desenvolvimento nacional integra assim, o aperfeiçoamento do indivíduo além do fortalecimento das instituições. Ademais, exige a retirada das principais fontes de privação de liberdade: a pobreza, a tirania, falta de oportunidades sociais, negligência dos serviços públicos (SEN, 2000, p. 18).

Não se pode olvidar que a programação do desenvolvimento quando concebida no plano econômico ou no político, acarreta como efeito o desenvolvimento social, “e, portanto, maior homogeneidade no regime de participação com a conseqüente transformação do regime político-social da comunidade” (JAGUARIBE, 2013, p. 397).

Por fim, pondera-se que, foi iniciado nas últimas décadas, uma mudança de pensamento sobre as ações governamentais e a intervenção do Estado para uma melhor distribuição de renda e promoção do desenvolvimento. Entretanto, é indispensável a conjugação de esforços mais incisivos das instituições públicas, que agreguem resultados mais práticos para a população.

### **3.1 O Bndes a Partir Das Visões do Liberalismo e do Republicanismo**

Como visto acima, o BNDES tem como premissa a promoção do desenvolvimento econômico e social. Contudo, em sua constituição original, denominada de BNDE (Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico), seus objetivos incluíam somente o desenvolvimento econômico, tal como preconizado na Lei n. 1628 de 20 de junho de 1952.

O aspecto social foi observado somente em 1982, por meio do Decreto-Lei n. 1.940, de 25 de maio de 1982, entretanto, as demandas sociais não se mostraram como o foco de operação do BNDES. Nesse sentido, vejamos algumas palavras proferidas pelo Sr. Élvio Gaspar, diretor da Área de Inclusão Social e Crédito do BNDES em 2006, em um seminário realizado no Rio de Janeiro, em 13 de julho de 2006:

O BNDES opera em duas grandes áreas: no desenvolvimento econômico através da infra-estrutura, bens de capital e inserção internacional e também no desenvolvimento social e ambiental. Vou me ater a essa segunda parte para dizer, principalmente, que o Banco tem feito um esforço grande para ampliar sua

ação social. No entanto, o BNDES não é substituto do Ministério da Saúde e do Ministério da Educação. Educação se faz com direito público na veia; não por empréstimos, que é o que o BNDES faz. Não é possível comparar os investimentos em saúde do Banco com os do Ministério, até porque os empréstimos são feitos para agentes privados. Por exemplo, a sociedade precisa de hospitais; esses hospitais têm que ser financiados com direito público, com investimentos orçamentários não reembolsados, com recursos distribuídos diretamente na sociedade através de um serviço público e não através de um empréstimo a um agente privado. Assim sendo, o que o BNDES faz em saúde e educação certamente será marginal em relação à necessidade da sociedade. (GASPAR, 2007, p. 19).

Para corroborar tais fatos, examina-se o relatório anual publicado no ano de 2017, onde o BNDES informa as quantias despendidas para o setor de desenvolvimento social entre os anos de 2012 e 2016: em 2012 foram desembolsados R\$ 18,2 bilhões de reais; em 2013 foram desembolsados R\$ 21,9 bilhões de reais; em 2014 foram desembolsados R\$ 25,9 bilhões de reais; em 2015 foram desembolsados R\$ 18,6 bilhões de reais; em 2016 foram desembolsados R\$ 9,7 bilhões de reais (BANCO NACIONAL DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL, 2017, p. 37).

Através de um singelo comparativo, no ano de 2016, o total de desembolsos efetuados pelo Banco Público foi de R\$ 88,3 bilhões de reais, e, como descrito anteriormente, desses números, R\$ 9,7 bilhões de reais foram direcionados para o setor de desenvolvimento social (BANCO NACIONAL DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL, 2017, p. 44). Já no ano de 2015, foram desembolsados R\$ 135,9 bilhões de reais, sendo R\$ 18,6 bilhões de reais no setor de desenvolvimento social (BANCO NACIONAL DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL, 2016, p. 19).

Quanto aos fundamentos que justificaram a criação do BNDES, destaca-se que o caráter intervencionista traçado para o BNDES, tem suas bases ancoradas no estímulo ao desenvolvimento de setores estratégicos, além do objetivo de suprimir a carência de crédito de longo prazo presente no mercado privado, corrigindo as falhas do mercado. Os argumentos trazidos são delineados na medida em que os créditos e suportes dados pelo Banco de Desenvolvimento dão sustentação para crescimento econômico e para a promoção de direitos sociais.

Alicerçado nestas premissas, veja-se que a própria existência de um banco de desenvolvimento pode ser considerada, em princípio, um mecanismo ofensivo e interventivo para a doutrina liberal, já que este seria prejudicial para o andamento das ações do mercado, inclusive em épocas de retração da atividade econômica, tendo em vista que o mercado possuiria mecanismos para efetuar a reversão de seus próprios ciclos negativos.

Além disso, a corrente doutrinária do liberalismo apresenta oposições ao excesso de atribuições discricionárias do Estado, vez que estas contribuem para o monopólio de classes escolhidas pelo governo, com amplo espaço para intervenção e controle de classes sociais com forte domínio econômico, bem como um ambiente para manipulação dos governantes em favor de suas ambições políticas. Assim, ausência de previsibilidade das ações governamentais é prejudicial

para os interesses liberais de desenvolvimento.

O argumento liberal é dirigido para a visualização da credibilidade e da eficiência econômica, com eliminação das pressões advindas da presença do Estado, através da liberalização de capitais e do comércio (MELO, 2012, p. 316). Este pensamento fez uma fragmentação entre o poder político e a atividade econômica, conservando o âmbito de atuação privada contra uma interferência indevida pelo Estado (STRECK; LIMA, 2016, p. 216).

Portanto, a vertente liberal “considera que o direcionamento do crédito gera uma distorção na alocação de poupança que se reflete em elevações das taxas de juros e iniquidades no acesso ao crédito” (MAIA, 2017, p. 19-20). Ainda, “as linhas de crédito dirigido pressionam a elevação da taxa básica de juros, porque não são alocadas pela lógica do mercado – o crédito direcionado possui critérios específicos de empréstimos” (MAIA, 2017, p. 20).

Por fim, dentro de uma perspectiva liberal, a atuação do BNDES demonstraria um descompasso para com os preceitos que sustentariam esta corrente doutrinária e sua consciência de liberdade para atuação segundo seus interesses pessoais em uma economia autorregulada.

Já no que se referente ao pensamento republicano, especialmente, aquele neoateniense, relembre-se a necessidade de uma liberdade com possibilidade de escolha pelo particular sem a submissão a um poder estatal arbitrário e que não considere os aspectos de interesse público. Destarte, reivindica-se um Estado constitucional forte e consolidado, com instituições que possam formar e garantir a liberdade dos indivíduos.

As instituições que operem segundo as regras normativas estabelecidas são essenciais para a formação de uma liberdade republicana, ou seja, reconhece-se a necessidade da submissão das instituições públicas às leis, às normas positivadas, para acompanhamento e controle pela população.

Forçoso reconhecer assim que, sem a conjugação dos valores do republicanismo, haverá espaço para a predominância dos interesses privados, e, por conseguinte, as características do patrimonialismo na estrutura do Estado (LIMA, 2017, p. 120). A tradição patrimonialista incrustada nas práticas políticas brasileiras traz uma tendência de desviar a condução das ações do Poder Público para os interesses das autoridades que praticam os atos em nome do governo. Essa é a preocupação dos liberais, para negar a necessidade de instituições estatais que sejam interventoras no mercado; e é a preocupação dos republicanos, os quais não aceitam o desvio das ações do Estado em favor do interesse particular. Há um destaque das ações voltadas para o interesse público no republicanismo, sendo estas primordiais para que sejam rejeitadas as intervenções estatais desprovidas destas finalidades.

Desse modo, se a opção política do Estado é a criação de instituições interventoras, negando desse modo, a opção liberal, cabe dar destaque às exigências republicanas, para o bom funcionamento do sistema, ressalvadas por Quentin Skinner: é indispensável a sujeição igual de todo cidadão ao domínio da lei; os fins fixados para as ações dessas instituições devem ser voltados para o interesse de toda a comunidade; não é possível admitir o exercício do poder para favorecer interesses daqueles que governam.

Instituições públicas transparentes e o esforço participativo da população têm o condão de combater o patrimonialismo, que nos dizeres de Raymundo Faoro (1998, p. 737) representa um “aparelhamento político – uma camada social, comunitária embora nem sempre articulada, amorfa muitas vezes – impera, rege e governa, em nome próprio, num círculo impermeável de comando”.

A partir destes moldes, tem-se que o BNDES possui o encargo de refrear, por exemplo, aqueles investimentos e participações acionárias que trazem benesses somente para uma parcela restrita da sociedade, e visam o controle e o comando desta classe sobre os demais setores da comunidade, tal como a estratégia das campeãs nacionais adotada em alguns governos. Pretende-se impedir a permanência de interesses políticos que tenham finalidades de troca de favores com agentes econômicos e a concessão de subsídios econômicos para sociedades empresárias já consolidadas e sem a necessidade de crédito estatal para a promoção do desenvolvimento econômico ou social.

Não se pode olvidar ainda que para a liberdade republicana neorromana, importa que o Estado não atue por meio de um poder arbitrário e dominador. Assim, a interferência estatal por meio do BNDES não se constituiria como ofensiva à liberdade, quando a sua atuação esteja protegida contra as arbitrariedades de seu próprio sistema.

A utilidade do envolvimento do particular em questões públicas é outra característica que distingue a concepção de liberdade presente no liberalismo e no republicanismo neorromano. Nesse sentido, aponta-se para a necessidade de visão comunitária e de ações participativas do cidadão que tenham conhecimento sobre a importância das instituições públicas.

Neste ínterim, o enquadramento dos requisitos republicanos para com as demandas do BNDES poderia ser destacado com as seguintes características: a indispensabilidade de um planejamento que contenha as previsões, os objetivos e os procedimentos a serem tomados na condução dos investimentos, das participações acionárias, do processo de desestatização onde haja envolvimento do BNDES; a exposição pública destes procedimentos para conhecimento pela população; a demonstração de justificativas fundamentadas para com as decisões relativas aos investimentos; a presença de canais diretos para que o indivíduo possa expor suas indagações e discordâncias em relação ao plano traçado e executado pelo governo para o BNDES; a comunicação de respostas ao cidadão e a inserção de sugestões construtivas em relação ao planejamento elaborado.

Por fim, a intervenção do BNDES que nos negócios particulares é ofensiva para o liberalismo, mas não será repulsiva para os republicanos neorromanos se a referida intervenção apresentar os elementos de uma democracia contestatória, destituído do poder arbitrário e que inclui a participação política em seus procedimentos e resultados.

### **3.2 O Bndes e o Confronto com a Democracia Contestatória**

Tendo em vista que o BNDES se utiliza de recursos públicos para investimentos

ou estímulos à economia e ao desenvolvimento social, é mister que o cidadão esteja ciente do planejamento deste Banco Público, dos limites de sua atuação, e assim, possa apresentar suas opiniões e contestações naquilo que se demonstrar ofensivo ao desenvolvimento nacional.

Destarte, salientam-se os principais meios de controle técnico por outros órgãos ou poderes para com as ações do BNDES: fiscalização pelo Tribunal de Contas da União (TCU), pela Controladoria Geral da União, pelo Banco Central, pelo Poder Judiciário, pelo Ministério Público, Polícia Federal e pelo Poder Legislativo.

Cabe neste ponto, apontar para a decisão proferida em maio de 2015, onde o STF, Supremo Tribunal Federal, determinou que o BNDES apresentasse informações ao Tribunal de Contas da União - TCU sobre o empréstimo concedido ao grupo JBS/Friboi. Destaca-se a confirmação sobre o controle financeiro de recursos públicos ser indispensável em um Estado democrático de direito, bem como a transparência do destino das verbas públicas se revela primordial.

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTROLE LEGISLATIVO FINANCEIRO. CONTROLE EXTERNO. REQUISICÃO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO DE INFORMAÇÕES ALUSIVAS A OPERAÇÕES FINANCEIRAS REALIZADAS PELAS IMPETRANTES. RECUSA INJUSTIFICADA. DADOS NÃO ACOBERTADOS PELO SIGILO BANCÁRIO E EMPRESARIAL. [...] 3. O sigilo de informações necessárias para a preservação da intimidade é relativizado quando se está diante do interesse da sociedade de se conhecer o destino dos recursos públicos. 4. Operações financeiras que envolvam recursos públicos não estão abrangidas pelo sigilo bancário a que alude a Lei Complementar nº 105/2001, visto que as operações dessa espécie estão submetidas aos princípios da administração pública insculpidos no art. 37 da Constituição Federal. Em tais situações, é prerrogativa constitucional do Tribunal [TCU] o acesso a informações relacionadas a operações financiadas com recursos públicos. 5. O segredo como “alma do negócio” consubstancia a máxima cotidiana inaplicável em casos análogos ao sub judice, tanto mais que, quem contrata com o poder público não pode ter segredos, especialmente se a revelação for necessária para o controle da legitimidade do emprego dos recursos públicos. É que a contratação pública não pode ser feita em esconderijos envernizados por um arcabouço jurídico capaz de impedir o controle social quanto ao emprego das verbas públicas. [...]. (BRASIL, 2015).

Veja-se que neste acórdão, restou corroborado que o controle financeiro de recursos públicos é substancial em um Estado democrático de direito, bem como a transparência do destino das verbas públicas se revela fundamental inclusive para o controle por órgãos externos como o TCU.

Ademais, note-se que, conforme as administrações designadas para o banco estatal, bem como os governantes eleitos para cada época, o modelo de gestão do BNDES foi modificado para acompanhar os modelos de desenvolvimento do governo o qual estavam vinculados. Verifica-se um comportamento que sucumbe às necessidades governamentais imediatas e às necessidades eleitorais, mostrando a ausência de um planejamento estatal mais duradouro com e estudos

continuados para as ações do BNDES.

Outrossim, relembre-se a estratégia de investimentos das campeãs nacionais adotada principalmente a partir de 2008 pelo BNDES. Nesta época, esta instituição direcionou seus esforços de auxílio e investimentos para algumas empresas e para determinados setores da economia, objetivando a consolidação destas nas cadeias globais de produção (ALMEIDA; LIMA-DE-OLIVEIRA; SCHNEIDER, 2014, p. 16). Contudo, a referida estratégia não encontrou qualquer referência em documentos oficiais que informam sobre a política de governo, não obstante a defesa do BNDES que esta se trata de uma política industrial do país (ALMEIDA; LIMA-DE-OLIVEIRA; SCHNEIDER, 2014, p. 16).

Convém ponderar que a composição destas campeãs nacionais também apresenta problemas, senão vejamos:

Ela é concentrada em nove grandes empresas - Vale, Petrobras, Eletrobras, Fibria, Suzano, JBS, Copel, CPFL Energia, AES Tietê – que representam 83% do valor total. São companhias com ações listadas em bolsas de valores no Brasil e EUA e que definitivamente prescindem de recursos da sociedade para se financiarem. Trata-se novamente de sério problema de má alocação. (BRANCO, 2017, p. 5).

Veja-se que este artifício de formação de empresas líderes ainda proporciona custos para os fornecedores no início da cadeia, já que são submetidos a um mercado concentrado, com um número limitado de compradores, cujos efeitos são sentidos especialmente pelas micro e pequenas empresas (ALMEIDA, 2009, p. 34). Aliás, “ao eleger vencedores, a abordagem pró-negócios também elege os perdedores, que são, evidentemente, os empresários e trabalhadores da grande maioria das empresas, que não foram eleitas para serem as campeãs” (AMADEO, FRAGA, 2012).

Pode-se constatar a consolidação da concentração de renda entre estas sociedades empresárias, e, conseqüentemente, a elevação dos níveis de desigualdade econômicas e sociais no país. A estabilidade destas empresas de grande porte e sua facilidade de acesso aos mercados financeiros, são elementos que deveriam sugerir o afastamento do BNDES em suas finanças, vez que estas sociedades empresárias procuram somente reduzir o custo de seus projetos através da intervenção estatal.

Este modelo baseado nas campeãs nacionais ainda causa uma estagnação na estrutura produtiva, já que não direciona investimentos para novas soluções e novos ramos empresariais. A falta de diversificação dos aportes estatais ou participações acionárias pelo BNDES, aumenta a concentração do mercado e paralisa um processo de novas oportunidades econômicas.

Questiona-se ainda: quais foram os interesses públicos envolvidos nas concessões de financiamentos ou participações acionárias nos contratos firmados, por exemplo, com o grupo JBS? Quais os objetivos destinados ao desenvolvimento nacional estipuladas nestes acordos? Estes questionamentos surgem diante das dúvidas acerca do caráter impessoal das decisões do BNDES e também das incertezas quanto à motivação na concessão de crédito e suas relações com os interesses privados de uma determinada classe produtiva.

É de pontuar ainda que o direcionamento do crédito através de preferências governamentais tem o condão de afetar diretamente os mais diversos setores da economia. A título exemplificativo, a opção pela concessão de crédito subsidiado a determinada indústria metalúrgica, fará com que esta empresa tenha vantagens competitivas ao oferecer seu produto ao mercado e, já que esta empresa foi beneficiada com um financiamento com juros reduzidos, terá condições de repassar seu produto com valores mais baixos que o seu concorrente.

Destaca-se também que a noção de transparência do BNDES tem se direcionado com mais ênfase para a proteção e estabilidade do Sistema Financeiro Nacional – SFN, ou para a proteção do sigilo bancário do particular contratante, ignorando a necessidade de informações para o cidadão, essenciais para a efetivação do controle social.

Portanto, deve-se buscar o aperfeiçoamento do BNDES a partir da apuração de seus vícios (SOARES, 2003, p. 13), formando-se uma visão crítica sobre o alcance das finalidades voltadas para o interesse público, e assim, “a vinculação de um novo modelo de desenvolvimento econômico a um novo contrato social levanta a questão dos valores cívicos e de como os interesses individuais podem participar da consolidação dos preceitos públicos” (RUEDIGER; RICCIO, 2005, p. 31).

Dentro de uma visão republicana, é possível discorrer sobre a inevitabilidade de um planejamento estatal no BNDES voltado para a transparência nas informações, controle pelo particular das ações públicas para possibilitar o diálogo público. Entretanto, dentro daqueles canais disponibilizados pelo BNDES, não se observa, algum mecanismo que permita a influência da sociedade civil nos destinos sobre investimentos ou subscrições acionárias. Não há qualquer exposição, seja em sites, circulares ou outros veículos, sobre o planejamento elaborado e os fundamentos para determinada decisão de alocação de recursos públicos.

Não obstante algumas alterações no comportamento do BNDES ao longo dos anos, os dados que se apresentam visíveis, não se mostram razoáveis para observação e análise de um planejamento voltado para interesse público pelo cidadão, características que são imperativas para a formação de uma democracia contestatória. A ausência de demonstração do planejamento e da motivação para promoção do desenvolvimento nacional se mostram visíveis no cenário público que envolve o BNDES, merecendo urgente reparo e adequações.

## CONCLUSÃO

A partir dos ideais do liberalismo, a valorização dos ideais individuais foi estampada de forma tão expressiva durante as décadas, que a concepção de participação na vida pública se tornou distante e sem evidenciação na sociedade. Assim, o republicanismo se reapresentou nas discussões doutrinárias para indicar outro horizonte e que não seja restrito aos moldes projetados pelo liberalismo.

Diante do estudo realizado, viu-se que os particulares devem ser livres da dominação para que possam usufruir de sua liberdade negativa elencada no republicanismo neorromano. Os

cidadãos devem ser livres de atos de interferência estatais e de indivíduos que sejam cometidos de forma arbitrária, ou seja, os cidadãos devem viver sem estar ao arbítrio da decisão de outros ilimitadamente. Conforme anotado, é indispensável a sujeição igual de todo cidadão ao domínio da lei; os fins fixados para as ações das instituições do Estado devem ser voltados para o interesse de toda a comunidade; não é possível admitir o exercício do poder para favorecer interesses daqueles que governam.

O republicanismo, em especial a vertente neorromana, denota um ponto de vista diferenciado e que rejeita uma única intenção de buscar somente as vontades individuais e ignorar os desejos comuns, mas respeita a complexidade das sociedades atuais ao não exigir uma participação integral e direta dos cidadãos na vida pública.

Destarte, viu-se que a formação de uma democracia contestatória exige a presença de decisões que favoreçam o interesse público e também abrange características que procuram impedir o exercício de arbitrariedades pelo Estado e pelos particulares.

Por conseguinte, o BNDES, como uma das principais instituições estatais brasileiras, deve pautar suas ações em um maior vínculo democrático com a sociedade, disponibilizando técnicas para avaliar os fundamentos de suas decisões.

Como dito, as práticas realizadas dentro deste Banco Público possuem uma vertente econômica de grande destaque, de forma que suas as decisões são originárias de governantes e suas estratégias políticas, afetando diretamente o nível e o tipo de liberdade que os cidadãos usufruirão. Exatamente por tais fatos, importa que haja uma correlação entre as providências e as deliberações desta instituição com o interesse público, e consequentemente com as opiniões e análises dos cidadãos para o exame de seu desempenho.

Ressalte-se que o planejamento estatal possui um ponto de intensa relevância quando se trata do BNDES. Há uma urgente necessidade de planejamento e da elaboração de parâmetros e métodos que conduzirão ao desenvolvimento almejado.

A sociedade civil, como sendo uma das mais relevantes fontes de recursos para os desembolsos do BNDES, deve ser comunicada sobre os intentos do Banco e sobre os retornos almejados com os investimentos e sobre as respostas e os retornos para a população.

Por fim, ainda se observam carências e lacunas no relacionamento entre o Banco Estatal e o cidadão, merecendo ser reavaliadas e reformuladas, de forma que este indivíduo não pode estar subjugado a decisões arbitrárias.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Mansueto. **Desafios da real política industrial brasileira do século XXI**. Brasília: Ipea, 2009. (Texto para Discussão, n. 1452). Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=4988%3Atd-1452-desafios-da-real-politica-industrial-brasileira-do-seculo-xxi&catid=272%3A2009&directory=1&Itemid=1](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4988%3Atd-1452-desafios-da-real-politica-industrial-brasileira-do-seculo-xxi&catid=272%3A2009&directory=1&Itemid=1). Acesso em: 13 jan. 2018.

ALMEIDA, Mansueto; LIMA-DE-OLIVEIRA, Renato; SCHNEIDER, Ben Ross.

**Política industrial e empresas estatais no Brasil:** BNDES e Petrobras. Brasília: Ipea, 2014. (Texto para Discussão, n. 2013). Disponível em: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/121585/1/814789773.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2018.

AMADEO, Edward; FRAGA, Arminio. O fim da herança bendita? **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 16 dez. 2012. Disponível em: <http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,o-fim-da-heranca-bendita-imp-,974177>. Acesso em: 13 jan. 2018.

BANCO NACIONAL DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL. **Relatório anual BNDES, 2015**. Rio de Janeiro: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, 2016.

BANCO NACIONAL DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL. **Relatório anual BNDES, 2016**. Rio de Janeiro: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, 2017.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento:** uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. *In:* BERLIN, Isaiah. **Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios**. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

BRANCO, Roberto Castello. Qual o papel do BNDES? **Revista RI:** relação com investidores, Rio de Janeiro, n. 214, ago. 2017. Disponível em: [http://www.acionista.com.br/mercado/artigos\\_mercado/210917-revista-ri-qual-o-papel-do-bndes.pdf](http://www.acionista.com.br/mercado/artigos_mercado/210917-revista-ri-qual-o-papel-do-bndes.pdf). Acesso em: 13 jan. 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 7 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no Mandado de Segurança n. 33.340-DF**. Relator: FUX, Luiz. Julgado em 26 de maio de 2015. Primeira Turma. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8978494>. Acesso em: 29 dez. 2016.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. *In:* FILOSOFIA política 2. Porto Alegre: L&PM Editores, 1985.

ELIAS, Maria Lígia Ganacim Granado Rodrigues. **Democracia e participação política no novo republicanismo:** um estudo sobre o pensamento de Philip Pettit. 2008. Dissertação (Mestrado em Sociologia Política) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder:** formação do patronato político brasileiro. 13. ed. São Paulo: Globo, 1998. v. 2.

FERRAZ FILHO, José Francisco Cunha. Arts. 1º ao 5º. *In:* MACHADO, Costa (org.). **Constituição Federal interpretada:** artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 3. ed. São Paulo: Manole, 2012.

GASPAR, Élvio. O BNDES que temos e o BNDES que queremos. *In*: FURTADO, Fabrina Pontes (org.). **O BNDES que temos e o que queremos: o papel do BNDES no financiamento do desenvolvimento nacional democrático**. São Paulo: Expressão Popular, 2007.

HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou a matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2009.

JAGUARIBE, Helio. **Estudos filosóficos e políticos**. Brasília: Funag, 2013.

LAFER, Celso. **Ensaio sobre a liberdade**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1980.

LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. Republicanismo, federalismo e patrimonialismo: a formação das instituições políticas brasileiras como um mosaico de contradições. **Fides: revista de filosofia do direito, do estado e da sociedade**, Natal, v. 8, n. 1, p. 114-132, jan./jun. 2017. Disponível em: <http://www.revistafides.com/ojs/index.php/br/article/view/574/925>. Acesso em: 14 jan. 2017.

LOVETT, Frank; PETTIT, Philip. Neorepublicanism: a normative and institutional research program. **Annual Review Political Science**, Palo Alto, v. 12, p. 11-29, 2009. Disponível em: [https://www.princeton.edu/~ppettit/papers/2009/Neorepublicanism\\_%20A%20Normative%20and%20Institutional%20Research%20Program%20-%20Annual%20Review%20of%20Political%20Science,%2012\(1\)\\_11%20-%20Full%20Text.pdf](https://www.princeton.edu/~ppettit/papers/2009/Neorepublicanism_%20A%20Normative%20and%20Institutional%20Research%20Program%20-%20Annual%20Review%20of%20Political%20Science,%2012(1)_11%20-%20Full%20Text.pdf). Acesso em: 10 out. 2017.

MAIA, Bento Antunes de Andrade. **O papel do BNDES: críticas ao crédito e ao FAT**. Disponível em: [http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/dest/premio\\_dest/mencao\\_honrosa\\_custo\\_premio\\_dest\\_2008.pdf](http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/dest/premio_dest/mencao_honrosa_custo_premio_dest_2008.pdf). Acesso em: 7 nov. 2017.

MEDINA, Javier García. Tres perspectivas republicanas sobre la relación entre libertad, derechos y ley: Rousseau, Kant y Pettit. **Derechos y Libertades: revista de filosofía del derecho y derechos humanos**, Madrid, n. 16, p. 101-135, 2007.

MELO, Vico Dênis Sousa. Reformas liberais e descentralização no Brasil (1990-2002): a atuação do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES). Anos 90. **Revista do Programa de Pós-Graduação em História da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 19, n. 36, p. 315-337, dez. 2012. Disponível em: <http://www.seer.ufrgs.br/index.php/anos90/article/view/27464/25782>. Acesso em: 7 nov. 2017.

PETTIT, Philip. **Republicanism: una teoria sobre la libertad y el gobierno**. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1999.

PETTIT, Philip. **Teoria da liberdade**. Tradução de Renato Sérgio Pupo Maciel. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PINTO, Ricardo Leite. Uma introdução ao neo-republicanismo. **Revista Análise Social**, Lisboa, v. 36, n. 158-159, p. 461-485, 2001.

RAMOS, César Augusto. A concepção republicana de liberdade como não-dominação. **Crítica: revista de filosofia**, Londrina, v. 12, n. 36, p. 301-336, out. 2007.

RAMOS, César Augusto. O liberalismo político e seus críticos. **Crítica: revista de filosofia**, Londrina, v. 10, n. 32, p. 229-264, out. 2005.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RUEDIGER, Marco Aurélio; RICCIO, Vicente. O novo contrato social: desenvolvimento e justiça em uma sociedade completa. *In*: CALVACANTI, Bianor Scelza; RUEDIGER, Marco Aurélio; SOBREIRA, Rogério (org.). **Desenvolvimento e construção nacional**: políticas públicas. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Ricardo. Republicanismo neo-romano e democracia contestatária. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 19, n. 39, p. 35-51, jun. 2011. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-44782011000200004&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782011000200004&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 9 out. 2017.

SKINNER, Quentin. **A liberdade antes do liberalismo**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1999.

SOARES, Marcos Antônio Striquer. Características do presidencialismo no Brasil e fragilidade democrática: dificuldades de controle do presidente da República no Brasil. **Revista Semina: ciências sociais e humanas**, Londrina, v. 24, p. 1-24, set. 2003. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/seminasoc/article/view/3832/3078>. Acesso em: 22 nov. 2017.

STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Danilo Pereira. Liberalismo à moda brasileira: o velho problema do capitalismo politicamente orientado. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 14, n. 18, p. 207-228, jan./jun. 2016.

**Como citar:** MALAQUE, Déborah de Meira; STRIQUER SOARES, Marcos Antônio. O BNDES nas visões de liberalismo e do republicanismo neorromano de Philip Pettit. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 1, p. 26-45, abr. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n1 p. 26. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 29/08/2018

Aprovado em: 13/01/2020

**TEORIA DAS JANELAS FECHADAS E COCULPABILIDADE: A  
FÁBULA DE ESOPO NA VIDA REAL**

THEORY OF CLOSED WINDOWS AND COCULPABILITY: THE  
FABLE OF AESOP IN REAL LIFE

**Valtecino Eufrásio Leal\***

**Como citar:** LEAL, Valtecino Eufrásio. Teoria das janelas fechadas e coculpabilidade: a fábula de Esopo na vida real. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 1, p. 46-60, abr. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n1p. 46. ISSN: 1980-511X

**Resumo:** O que se propõe com este ensaio é demonstrar que a sociedade de riscos em que vivemos, de ambientes favoráveis à cisão e à estratificação social, formata extremos sociais entre seres excluídos que enxergam outros usufruir de bens e riquezas conquistadas por meritocracia. A partir de uma releitura de uma fábula de Esopo, teoriza-se, acerca de uma das vertentes da onda de crimes que permeia pelo Brasil, decorrente da inércia daqueles homens de bem que, situados em melhores pontos de partida, omitem-se e deixam de formatar ações inclusivas em favor de seres fragilizados e vulnerabilizados pela incapacidade de disputar lugares de realização na corrida neocapitalista. Ao final, sugere-se um quadro de colidência entre objetivos e ações institucionais, onde a omissão da coletividade, soma-se à ineficácia estatal para outorgar e dar cumprimento e efetivação à plena cidadania.

**Palavras-chaves:** Crimes. Exclusão social. Justiça. Fábula. Janelas fechadas.

**Abstract:** The purpose of this essay is to demonstrate that the risk society in which we live, an environment favorable to division and social stratification, forms extreme social inequalities between those excluded from our capitalist society and those included without any social and economic disadvantages. From a re-reading of Aesop's fables, one theorizes about the origin of the wave of crimes that permeates Brazil today, which clearly result from the inertia of those men of good who, located in better starting positions, omit themselves in the creation of inclusive programs in favor of weakened and vulnerable individuals that are incapable of disputing equally in our society's neocapitalist race. In the end, we suggest a framework of institutional objectives and actions, because collective consciousness is important

\* Doutor em Direito pela FADISP. Professor e Coordenador do Curso de Direito do Centro Universitário de Anápolis - Unievangélica, campus Ceres. E-mail: valtecino@gmail.com

in increasing state efficiency as a means for granting the right to full citizenship.

**Keywords:** Crimes. Social exclusion. Justice. Fable. Windows closed.

## INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas muito se tem discutido sobre rupturas na convivência pacífica entre os povos, protagonizadas em grande soma, pela má distribuição de rendas e bens, e, em menor parcela, pelo fato do alcance de conteúdos penais incriminadores, forjarem-se, em doses maiores, em desfavor de povos ou grupos sociais mais fragilizados. Nesse último caso, as crises de utopias e de tensões na eficácia das sanções penais e na necessidade de responsabilização de agentes criminosos, à luz de preceitos mínimos de justiça, intensificam a desconfiança nos efeitos sociológicos acarretados pela prisão. Em realidade, quem se acha nesse submundo, conforme se verá, além de sofrer efeitos psicológicos, inerentes à adoção de atitude infantil e regressiva, submete-se a um processo de desculturalização, por meio de qual perde os hábitos corriqueiros numa sociedade em geral.

Assim, a busca do fim punitivo encenador do medo que o resultado aflitivo tende a representar, somado à ilusão da ressocialização, contrasta com tendências teóricas como a coculpabilidade, as janelas quebradas e o funcionalismo sistêmico, em movimentos de investigações divergentes, mas que se entrecruzam em retrabalhos penais justificadores da procura por equalização e pacificação social. Esses lineamentos epistemológicos penais de inspiração recente, esforçam-se para explicar o risco da convivência social e parecem flertar com a missão de se pensar em mecanismos eficazes de contenção da criminalidade crescente a partir de um sistema que venha a harmonizar relações humanas conflituosas – por crises de desigualdades – e a tutela daqueles bens jurídico-penais essenciais, proclamados como inevitáveis para o viver em comunidade.

Deve-se ressaltar, numa lógica de coisas humanas injustas, que no Brasil, nesses últimos tempos, algumas poucas exceções dimensionadas em contornos persecutórios penais específicos, levaram a pressuposições indicativas de uma virada de rumos, a exemplo de algumas megaoperações avassaladoras no âmbito federal, a exemplo da *sanguessuga* e da *lava jato*, a primeira, deflagrada em maio de 2006 pela Polícia Federal para investigar a máfia das ambulâncias e materiais hospitalares e a segunda, deflagrada em março de 2014 e com seu pico de maior ebulição entre 2016 e 2017, a fim de investigar um grande esquema de lavagem e desvio de dinheiro envolvendo a Petrobras, grandes empreiteiras e centenas de políticos .

Mas excluídas essas investigações quase cinematográficas, ninguém há de negar que em grande soma, os crimes e as punibilidades, em nações emergentes, por suas desigualdades quase permanentes, acometem em maior grau as pessoas pobres, os afrodescendentes e outros seres hipossuficientes. Estes humanos criminalizados, para o padrão ocidental, situados fora da curva em relação àquilo que se espera do homem mediano, figuram na condição de excluídos das conquistas políticas mais pujantes e tornam-se vítimas de garantias humanas corrompidas. Razões como essas, mundo afora, levaram e ainda estão a conduzir grandes massas de humanos sem voz, a lutar por algum tipo particular de justiça, ainda que esta resida na violação das legislações, em regra, estruturadas e elaboradas, por pensadores não incluídos no rol de homens atirados às sub-

existências.

Esse contexto de recorrência de sortilégios em série, somado à desesperança e às amarras de um Estado sem pavimentação para a justiça prospectiva, restaurativa e distributiva, parece desincumbir empilhamentos humanos esquecidos em submundos, das análises e pensares éticos de laboratório e por alguma razão, alijados das liberdades civis, garantias políticas e dos direitos sociais prometidos pelo socialismo liberal, esses seres, sentem-se desimpedidos e em certa medida, compelidos, tanto para a afronta à vida alheia, como para a violação aos territórios federados, ou às terras particulares e ainda, marcham rumos às migrações e invasões, em busca de melhores expectativas no próprio país, ou em mobilidades do tudo ou nada, ao cruzarem fronteiras de nações mais avançadas economicamente. São os estranhos, que rondam as portas de seres domiciliados em pátrias ocidentais, migram de terras em conflitos e/ou crises e alguns deles, tendem a protagonizar condutas criminosas e a ecoar gritos de alerta para erros de justiça não admitidos, mas implícitos, situados em ações de individualistas neoliberais e seus mitos e teorias de autoproteção coletiva, ao longo dos séculos. Esse entremear de direitos, deveres e equívocos, deturpam as significações do acesso à justiça e provocam de modo indireto, atrocidades e prejuízos para boa parcela de humanos.

Neste ensaio, a problemática que se levanta sobre as janelas fechadas e uma fábula de Esopo, ocorre por meio de argumentações empíricas e da compilação de dados bibliográficos, a fim de convergir para questionamentos das tensões que o próprio Estado cria entre justiça social e igualdade formal e se procura, como hipótese de estudo, tatear por luzes em favor de incursões teóricas que despertem um repensar sobre nossas qualidades ou defeitos de lobos orientados pela simpatia fetichizada às desventuras das acumulações econômicas. As estratégias neocapitalistas, de algum modo, nos impedem de utilizar a racionalidade com o fim de encontrar consensos para as crises de indiferenças e desumanidades a que se subjugam homens e mulheres, encantoados pelas dificuldades e destituídos de perspectivas, que tendem a transformar-se em lobos da infração penal, ávidos por alguma chance de sobrevivência.

## 1 A FÁBULA DE ESOPPO NA VIDA REAL

Na linha teórica objeto de defesa desta pesquisa, abre-se parênteses para mimetização de uma Fábula, com o propósito de subsunção da fantasia aos argumentos da realidade, a seguir desenvolvidos. Reinterpreta-se aqui de modo expansivo, um dos Contos de Esopo, traduzido por La Fontaine, *La Cigale et la Fourmi*, reescrito a partir da Fábula de Esopo, com a seguinte tradução livre<sup>1</sup>:

---

1 Texto original: *La Cigale, ayant chanté Tout l'été, Se trouva fort dépourvue Quand la bise fut venue: Pas un seul petit morceau De mouche ou de vermisseau. Elle alla crier famine Chez la Fourmi sa voisine, La priant de lui prêter Quelque grain pour subsister Jusqu'à la saison nouvelle. "Je vous paierai, lui dit-elle, Avant l'Oût, foi d'animal, Intérêt et principal." La Fourmi n'est pas prêteuse: C'est là son moindre défaut. Que faisiez-vous au temps chaud? Dit-elle à cette emprunteuse. – Nuit et jour à tout venant Je chantais, ne vous déplaise. – Vous chantiez? j'en suis fort aise. Eh bien! dansez maintenant.*

A cigarra, tendo cantado durante todo o verão, quando o vento forte e as chuvas vieram do norte, sem condições de voar, bateu à porta da formiga e implorou que lhe emprestasse alguns grãos para sobreviver, durante a temporada de inverno e disse à formiga: - Eu vou te pagar, o principal e os juros. A formiga disse que não estava emprestando e indagou à cigarra: - *O que você fazia durante o verão?* Ela respondeu: - Noite e dia, todos se interessavam, então eu cantava para agradar. A formiga retrucou: - Ah, enquanto eu trabalhava, você cantava. Hoje estou muito confortável. Muito bem, então agora, dança! (LA FONTAINE, 2014, p. 2, tradução nossa).

Denota-se do conto em questão e da própria natureza, que as formigas foram concebidas como seres privilegiados e por isso, premiadas pelo senso de organização e pela força para o trabalho. Por meio de duras jornadas em algumas estações, elas acumularam alimentos para as estações chuvosas. Durante a longa estiagem, as cigarras, sem similar pré-condição para o senso de autodeterminação e luta, tiveram somente o dom de assoviar alegremente. Chegado o inverno, as primeiras, com provisão suficiente, fecharam suas portas para as últimas e reproduziram bom exemplo de conduta meritocrática.

Essa estória, conquanto simplista, não se apresenta tão destoante da história das relações humanas e nós, racionais, instigados pelas maldades silenciosas do capitalismo, reproduzimos a fábula na vida real. De fato, nas sociedades, o valor do mérito sobressai e homens e mulheres com melhores pontos de partida, conquistam bens e status ao longo da vida e passam a merecer um *laissez-faire* singularizado pelas disputas de mercado livre e pela realização da desejável estabilidade financeira. Quem age dessa forma, de alguma maneira, busca o bem-estar típico do liberalismo econômico. Em outras palavras, a partir da década de 70, as reflexões acadêmicas predominantes, passaram a acenar para um modelo de neoliberalismo, mas não houvera, ainda, o completo divórcio do individualismo. Piketty (2014, p. 114-115) relembra a natureza da riqueza no Século XIX e concentra-se nos romances de Balzac e Austen. Assevera que as terras e as dívidas públicas formatavam as rendas e as riquezas naquela época, mas dois Séculos depois, ainda vivemos as mesmas desigualdades e concentração de bens.

Nesse sentido, a seleção natural ou divina ora em destaque, muito raramente é avaliada academicamente e menos ainda chega a ser debatida em caráter de preocupação social e raros são os momentos de indagações para o fato de alguns, mais do que outros, receberem dádivas ao acaso ou por uma lei universal. Contudo, nítido transparece que essas prerrogativas relativamente superiores, favorecem alguns, sobremaneira, na corrida humana. Essas pessoas, as formigas, orientam suas vidas por escolhas razoáveis e dons de conquista e com seu poder de luta e trabalho, tornam-se etnocentristas e privilegiadas pela capacidade de organização, autonomia e autodeterminação.

Noutros recantos mais nefastos, localizam-se os seres destituídos de pontos de partida em níveis elevados e isso, os impedem de lançar-se aos ventos com a mesma intensidade ou com o ritmo contumaz das formigas e assim, por não nascerem com a aptidão para a evolução e sem o adequado grau de emancipação, ficam relegados aos subempregos, ao mercado informal ou ao desemprego, submersos nas expectativas lineares de que um dia, um milagre venha a acontecer, ou

que apareça dos céus um Messias salvacionista. É de advertir-se que a denominação acima inerente ao ponto de partida é um conceito diferente da posição de igualdade original concebida por Rawls. Esse contratualista, em sua Teoria da justiça, compreende que um acordo ou consenso hipotético pode ser imaginado numa posição original de equidade. Para ele, pessoas racionais podem fixar uma contratação social, desvestindo-se de valores ou experiências mentais anteriores de quais já são possuidoras e assim, poderia prevalecer a ideia do justo e do bom, num quadro de justiça com equidade (RAWLS, 2000, p. 499-500), mas nisso há uma diferença do imperativo categórico de Kant, pois na teoria de justiça, a prática de um bem não é um dever ou algo obrigatório<sup>2</sup>. Na definição Rawlsiana, os princípios de justiça seriam escolhidos sob um véu da ignorância, em qual ninguém conheceria sua posição inicial na sociedade, incluindo-se sua classe, seus atributos, seus talentos, sua força e outras qualidades e por isso, no início, todos estariam em situação de equivalência. Entretanto, neste ensaio, ao se utilizar da expressão ponto de partida, menciona-se acerca das qualidades originais de alguém, como inteligência, força física, autodeterminação, boa gestão e outras, para alcançar posições meritocráticas na sociedade.

Acentuam Zaffaroni e Pierangeli (2015, p. 610) que a sociedade não tem como brindar todos com as mesmas oportunidades e desse meio, em grande parte, nascem os inconformados e aqueles que decidem, enquanto “cigarras” excluídas, a violar o sistema ou a atacar, como *última ratio*, as formigas dominantes, o que em tempos passados foi motivo de inquietação por Rousseau (2003, p. 31), defensor da ideia de que “[...] os homens não podem criar novas forças, mas só unir e dirigir as que já existem, o meio que têm para se conservar é formar por agregação uma soma de forças que vença a resistência, com um só móvel pô-las em ação e fazê-las obrar em harmonia.” Para Hobbes (2015, p. 136) “a causa final, fim ou desígnio dos homens (que apreciam, naturalmente, a liberdade e o domínio sobre os outros), ao introduzir a restrição a si mesmos que os leva a viver em Estados, é a preocupação com sua própria conservação e a garantia de uma vida mais feliz”. Ao teor dessas arguições, percebe-se que o objetivo da vida em comunidade, é a busca da autopreservação e da vida feliz. Entretanto, com o recrudescimento das violações penais impeditivas do viver harmonioso e a ineficácia estatal para soluções adequadas, nasceram preocupações em acadêmicos como Roxin (2009) e Jákovs (2007), mediante pensares à volta de um direito funcional e protetivo do sistema, que serão objeto de estudo noutra pesquisa, brevemente.

Assim, conviver coletivamente é a ordem, mas os riscos nos conduzem a uma sociedade do medo e, invés de nos solidarizarmos com a carência, nos unimos pelo sentimento do medo (BECK, 2010, p. 60). Portanto, a emergência do medo, faz fluir nossos comportamentos para intersecções consentâneas com as ações praticadas por agentes estatais e com condutas criminosas de significados e ressignificados sociopolíticos. A repercussão estigmatizadora nesse estado de precarização na garantia das liberdades civis, é a de uma nação que grassa pelo salve-se quem puder, em culpa de menor grau atribuível ao Estado – que não pode e nem deve intrometer-se na vida das pessoas com um direito penal máximo – e responsabilidade de maior grau, nos termos

---

2 “[...] existe a interessante classe dos atos supererrogatórios. São atos de benevolência e misericórdia, de heroísmo e auto-sacrifício. Praticá-los é um bem, mas não constitui obrigação ou dever para ninguém” (RAWLS, 2000, p. 125).

aqui defendidos, imputável à sociedade – que deveria experimentar algum tipo de sanção – cujos membros comportam-se pelo livre mercado, ainda ao estilo do utilitarismo benthaniano e pouco importam se no degrau abaixo, há homens, mulheres e crianças, mergulhados em submundos. Afinal, em contextos identitários de sinergias europeístas e/ou norte-americanistas, para as leis capitalistas funcionarem bem, é preciso que exista, de fato, dois eixos opostos, um, dos dominadores/ usufruidores das riquezas e outro, dos seres dominados, que levam a vida, em dificuldades, para sustentar as engrenagens do sistema.

Não há explicação única para esses fatores que imbricam em percepções sociológicas, filosóficas, políticas e jurídicas. Todavia, sinaliza-se para uma resposta, em razão de, no Brasil, em diversas localidades - não só em grandes centros - as formigas se encastelarem em lugares aparentemente seguros, com muros altos, câmeras de segurança, cercas elétricas, sistemas de alarme e assimilam alguma sensação de proteção do mundo externo. São vidas simbolizadas pela rotina de evasão das cigarras, algumas destas últimas, revoltadas e armadas para embates. Decididamente, as primeiras tendem a confiar e a esperar pelo garantismo e pela segurança prometida utopicamente pelo estado democrático e sequer entreabrem suas portas e janelas para um mundo de justiça distributiva ou para diálogos que possam auxiliar as excluídas em seus dias perenes de tempestades e cataclismos.

Enquanto as janelas se fecham, em nichos específicos como presídios, algumas favelas dominadas por associações criminosas e em lugares de pouca presença ostensiva das polícias, o movimento de irresignação de boa parcela das cigarras progride de modo assintomático, quase numa operação silenciosa de recrutamento de pseudos inimigos. Mas a rotina social da maior parte, ainda segue contida por algum senso ético, em consensos dialógicos, sujeitando-se a atribuir culpa à corrupção, às formigas gestoras, aos políticos e às classes médias e altas, fator este com aptidão para manter um precário controle na segurança comunitária. Como não existem certezas matemáticas nessas relações humanas vulnerabilizadas, aqui ou acolá, evoluem os inconformismos e alguns avançam para os ataques diretos, potencializando-se as ondas avassaladoras de roubos, assassinatos e tantas outras condutas criminosas que atemorizam até mesmo aqueles observadores menos incautos e habituados aos tempos de cólera.

Em contextos humanos como esses, advertem Zaffaroni e Pierangeli (2015, p. 547):

[...] se a sociedade outorga, ou permite a alguns, gozar de espaços sociais dos quais outros não dispõem ou são a estes negados, a reprovação de culpabilidade que se faz à pessoa quem se tem negado as possibilidades outorgadas a outras, deve ser em parte compensada, isto é, a sociedade deve arcar com uma parte da reprovação.

Nessa corresponsabilização, a sociedade inerte, deve arcar com sua parcela de reprovação, pelas condutas infracionais das cigarras. Contudo, nesse artigo científico, se deseja contextualizar outra vertente, embora próxima do pensar funcionalista de Roxin e das reflexões acima de Zaffaroni e Pierangeli. As bases do funcionalismo teleológico de Roxin (2002, p. 205) tem correlação direta

com os fins da pena e com valores político-criminais e algo de suas inspirações pode ser apreendido na seguinte passagem:

Os adeptos desta concepção [funcionalismo] estão de acordo – apesar de várias divergências quanto ao resto – na recusa às premissas sistemáticas do finalismo e em partir da ideia de que a construção sistemática jurídico-penal não deve orientar-se segundo dados prévios ontológicos (ação, causalidade, estruturas lógico-reais, etc.), mas ser exclusivamente guiada por finalidades jurídico-penais.

Quanto aos substratos do crime, Roxin (2009, p. 41) aduziu que somente a criação de riscos não permitidos devem proporcionar a imputação objetiva e assim defendia: “O legislador só deve proteger bens jurídicos e, em consequência, deixar intacta a liberdade de atuação do cidadão. Por sua parte, o aplicador do Direito tampouco deve proteger os bens jurídicos de uma maneira absoluta, senão unicamente frente às lesões produzidas mediante riscos não permitidos”.

Nessa perspectiva, se a fração de seres sociais com melhores pontos de partida, na medida da justa necessidade de convivência social, deve merecer responsabilização, pela exclusão da outra parte menos favorecida, também deve sopesar-se, como segunda fonte de responsabilização, a inércia ou ausência de ações ou lutas civis organizadas que possam aquebrantar as perversidades que o capitalismo incute nos seres humanos. Essa segunda fonte, consistente na omissão das formigas, aqui delineada, por fechamento de suas janelas, figura como modalidade de “criação de um risco” indutor de revoltas e infrações penais.

Não é o objetivo deste breve ensaio, delimitar acenos em favor da justiça distributiva aristotélica ou ao modelo teórico defendido por Franco Montoro. Em Aristóteles (2009, p. 108), nota-se que uma das espécies de justiça particular “[...] é a que se manifesta nas distribuições de magistraturas, de dinheiro ou das outras coisas que são divididas entre aqueles que têm parte na constituição (pois em tais coisas alguém pode receber um quinhão igual ou desigual ao de outra pessoa) [...]”. Em sentido divergente, Montoro (2011, p. 220-221) aponta que a justiça distributiva é “[...] a virtude pela qual a comunidade dá a cada um de seus membros uma participação no bem comum, observada uma igualdade proporcional ou relativa.” Por essa premissa, pelo simples fato de integrar uma coletividade, a pessoa faz jus aos bens comuns. Além disso, a igualdade deveria parametrizar-se pela capacidade do indivíduo socialmente. Seja qual for o conteúdo do direito, quem tem mais ou pode mais, deve compreender que as reservas planeta pertencem a todos.

O propósito desta pesquisa é reafirmar que no Brasil, há polarizações e as formigas sectaristas, literalmente lavam as mãos ante grupamentos de excluídos e alguns destes últimos enxergam, frise-se, como única alternativa o ataque ou as condutas criminosas, por não se contentarem em apenas assistir ao banqueteamento dos seres com maior privilégio, o que, do ponto de vista humanitário, viola qualquer preceito de justiça. Fenômenos como esses, se aceitos socialmente, alerta Costa (2008, p. 107), tendem a “[...] atestar que aqueles que vivem na miséria sofrem desproporcionalmente uma série de violações de direitos humanos” e nessa linha, o

movimento desses direitos “[...] corre o risco de perder a sua credibilidade e seu apelo moral, se não for capaz de levar em consideração o sofrimento de milhões de pessoas [...]” (COSTA, 2008, p. 108).

Por esses motivos, as investigações por teorias ideais de responsabilização penal direcionada aos grupos sociais dominantes ou com melhores pontos de partida, são de alta relevância, em Estados democráticos de modernidade tardia e sem inspirações para ativismos sociais concretos, superadores da mera atividade pensante (MARX, 1999). A teoria ou o pensamento humano, para nada serve, senão transformado para a *praxis*, consistente em ações concretas socialmente, reveladoras da produção e do trabalho. Para Marx (1999, p. 5), “[...] É na prática que o homem tem que demonstrar a verdade, isto é, a realidade, e a força, o caráter terreno de seu pensamento. O debate sobre a realidade ou a irrealidade de um pensamento isolado da prática é um problema puramente escolástico”. Mais adiante, Marx (1999, p. 6) continua: “A coincidência da modificação das circunstâncias e da atividade humana só pode ser apreendida e racionalmente compreendida como prática transformadora”.

Não se olvida que determinados valores devem permear o viver em sociedade e nessa modalidade de estrutura básica em que certos princípios são obedecidos (RAWLS, 2000), não se deve incitar somente os comportamentos de disputas meritocráticas, sem que isso reverta em favor de todos. Uma nação que se intitula solidária e justa, deve envolver seu povo, os entes federados e as autoridades investidas nos poderes da República, numa coalização global para respostas e políticas públicas em favor de seres e grupos em exclusão.

## 2 TEORIA DAS JANELAS FECHADAS *VERSUS* COCULPABILIDADE

Pelo plano teórico até aqui esboçado, as janelas fechadas tendem a maximizar conflitos sociais. Por esse prisma, o estado de natureza hobbesiano pode explicar alguns dos pontos de argumentação e questionamentos e quanto a isso, ninguém discute que a sociedade brasileira, a partir da cisão de castas e dos status financeiros de algumas estratificações sociais, confere a algumas pessoas, condições de vedar suas janelas, numa antecipação aos perigos dos ataques de autoria daqueles seres hipossuficientes que ali poderiam lançar suas iras, em busca da obtenção de algum ajuste distributivo. Todavia, quanto mais as janelas se fecham e as formigas buscam proteção, proporcionalmente, o estado de natureza tende a aflorar-se nas cigarras ou em algumas delas, que de certa maneira, eclodem ou tendem a eclodir, em seus inconformismos, para, em algum momento inesperado, reorganizar ou reinventar investidas infracionais.

Portanto, não se ignora a relevância das reflexões de teorias como as janelas quebradas e que a desordem é indutiva de desordem. Mas também é preciso reconhecer que em nações emergentes e com alta quantidade de integrantes dos poderes da República envolvidos em escândalos de corrupção, diferentemente de lugares desenvolvidos economicamente, comportamentos infracionais tornam-se banalizados, num reproduzir do comportamento encenado pelos ocupantes de cargos políticos. Mas em linha diametralmente oposta, o cerrar de portas e janelas para seres em desigualdade,

retroalimenta iras adormecidas e se não houver correções de rumos, com o plagiar de condutas, o caos pode generalizar-se nas comunidades, em velocidade e tempo não mais controlável pelos poderes dirigentes, combalidos e incumbidos da repressão penal institucionalizada e da outorga de segurança pública.

Por essa teoria das janelas fechadas que flerta de alguma maneira com a coculpabilidade penal e tem como mote um despertar para os perigos da quebra do contrato social e do controle, mensura-se, empiricamente, a inércia dos poderes e dos homens de bem, que, apesar de presenteados por dádivas divinas ou naturais, passam pelo mundo com o olhar voltado para seus muros, num ignorar perigoso do outro. Enquanto isso, os bens finitos do planeta, que deveriam se prestar para um construir de pontes e inclusão, ficam reservados a alguns castelos que abrigam agentes do pacto social, injustos.

Nas ciências sociais, como afirmou Bauman (2016, p. 36-37), num de seus derradeiros estudos, é concebível que o medo visível e tangível de adversários específicos “[...] é um pouco mais suportável do que os temores dispersos, difusos e flutuantes, de origem desconhecida”. No Direito Penal isso também é inteiramente aplicável. Há número considerável de pessoas que sujeitam-se aos locais de janelas quebradas, cômicas de que o Estado, a realidade socioeconômica e a sociedade civil nada oferece a elas, a não ser um primado normativista de odiosa e mera aplicação da lei. Esses e outros milhões de homens e mulheres, no Brasil, subservientes dos algozes da jornada dos mercados, de algum modo, tendem a se rebelar e a tornar-se inimigos incertos e difusos, nos momentos em quais as crises existenciais se acirram.

A denominação sociedade civil que adota-se neste estudo, aproxima-se da concepção de Oliveira e Haddad (2001, p. 62), no sentido de que a significação faz contraponto com o Estado e “[...] corresponde à população de cidadãos, ou esfera privada, e abrange suas variadas formas de organização e expressão – com ou sem fins lucrativos, podendo ser legalmente constituídas ou espontâneas e informais”.

Algumas indagações simétricas podem surgir a essa altura: como explicar, corresponsabilizar e quotizar deveres para grupos ou pessoas que estejam em posição social de conforto econômico-financeiro, pelas práticas criminosas cometidas por pessoas pertencentes a grupamentos de excluídos sociais? Como fazê-las de fato, abrir suas janelas para visualizar o que acontece no mundo exterior? Qual o melhor escrutínio humanista para fazê-las entender que se o crime está disseminado na sociedade por razões de pobreza endêmica e por desigualdades recorrentes, não mais é possível exigir ou esperar que apenas o Estado possa resolver a emergência dessas ameaças?

Não são esses questionamentos de respostas prontas, mas a se construir. Todavia, é plenamente inexorável que arranjos de justiça sejam investigados. Num primeiro argumento, percebe-se que a República Federativa do Brasil possui sistemas impactantes de arrecadação financeira que a ela outorga o direito de se associar e apropriar-se de boa parte das economias e ganhos dos brasileiros. Apesar das metáforas de ajuda estatal a pessoas hipossuficientes, também é evidente que o sustentáculo dessas arrecadações são justamente os trabalhadores e suas rendas.

Ao mesmo tempo, pesquisas científicas estão a confirmar que, embora esse furor arrecadatário, há frustrações de gestão em muitas frentes<sup>3</sup>, que impactam e refletem-se nos amontoados de pessoas aprisionadas em estabelecimentos penais, na oferta precarizada de educação básica a crianças e adolescentes, no caos de oferta da saúde pública, nas corrupções em série, na inoperância do Estado prestacional, dentre outras. Em suas pesquisas, Salvador (2012) demonstra que os trabalhadores pagam a conta do custo Brasil. Exemplificam que no ano de 2009, foram eles, os responsáveis por 65,58% das receitas arrecadadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios e chegaram a pagar, R\$ 110,86 bilhões de tributos diretos, ou seja, cinco vezes mais do que os bancos. Conclui que nosso sistema tributário privilegia a acumulação capitalista e onera os mais pobres e assalariados, que pagam a conta. Esse montante arrecadado deveria reverter em favor dos próprios grupos de trabalhadores, mas o que se vê é a injusta distribuição de rendas.

Como segundo argumento, é de se ponderar que muitos empreendimentos sociais privados têm alcançado regular sucesso no livre mercado, alguns, com empréstimos vultosos junto ao Banco Nacional de Desenvolvimento Social, o que apenas confirma que as arrecadações e os tributos revertem em favor de empresários e possuidores de rendas. Nesse contexto, não se pode prescindir de se delinear nesta pesquisa, um inicial esforço hermenêutico para se refletir sobre alguma tábua de salvação garantista, na crença de que na sociedade civil pode situar-se a esperança da maior colaboração e solução, se suas estruturas organizadas assumirem o enfrentamento e seus membros deixarem de, apenas, fechar suas janelas. É inevitável, nesse pensar expansionista, a encampação dos riscos presentes, com o propósito de atenuar o hiperdimensionamento dos perigos futuros. A partir desses argumentos, várias são as hipóteses e escolhas pluralistas e algumas sugestões passam a ser formatadas, nesses termos:

a) é indispensável, pensar numa reforma legislativa ou normativa sistêmica, a fim de se atribuir a todos os integrantes das comunidades, o dever expresso (e não somente uma faculdade) de assumir responsabilidades. Por esse enfoque, o tecido social não pode apenas assistir e clamar por providências. É dever de todos adotar mecanismos de fiscalização obrigatória, quiçá por comissões civis, no âmbito da educação, dos presídios, do executivo, do judiciário, do legislativo e das finanças públicas. Também deveriam existir, atuações ou manejos via abaixo-assinados diretos ou outra forma de deliberação célere, como um plebiscito eletrônico, notadamente se existem mecanismos disponíveis nesse mundo da informação tecnológica. Isso deslegitimaria o legislativo e outros poderes para a avocação de plebiscitos ou referendos físicos (convenhamos, ineficazes, para não dizer inúteis, numa nação em que grande parte dos homens públicos que se proclamam defensores das conquistas do constitucionalismo social, estão sob investigações diuturnas e a eles, ironicamente, caberia, por exemplo, a iniciativa de deflagrar consultas como essas). Esses instrumentos, da forma como concebidos, mostram-se totalmente acéfalos e no modelo previsto, tendem a emancipar o parâmetro de desilusão moral desses tempos sombrios. Um bom começo seria repensar o modo de se instrumentalizá-los e readaptá-los a esses tempos de informações ultravelozes;

3 Veja-se nesse sentido, os artigos de Bittar (2010), Costa (2008) e Arruda, Bertolini e Cunha (2016).

b) é urgente deliberar também sobre o meio mais adequado de se integrar as comunidades, numa convergência de olhares para as desigualdades e distorções sociais e advertir sobre a superação de comportamentos cada vez mais utilitaristas e separatistas. Se os fenômenos da violência se disseminaram e o Estado não mais consegue outorgar um enfrentamento eficaz, é inquestionável a inutilidade de discursos sociopolíticos de combate e punibilidade aos membros mais refratários das comunidades e noutro viés, é preferível dar à nova morfologia social, a oportunidade, senão o dever, de envolver-se numa rede célere de informações, orientada pela autodefesa (alguns comportamentos podem ser divulgados reiteradamente pela mídia), pela não violência, pelo diálogo de solução pacífica dos conflitos sociais e o mais importante, pela inclusão e auxílio direto de grupos em situação de precarização. Parte dessas sugestões são inerentes a um significado civilizatório das lutas sociais contra a violência, apontado como ideal por Lima, Ratton e Azevedo (2014) e pode atenuar exclusões e estratificações de classes, além de ofertar aos integrantes das comunidades, a chance de visualizar o que acontece além das janelas fechadas – quem se isola em seus muros, corre o risco de estar sozinho, quando seu espaço for violado;

c) há propagação e publicização intensa de que para o crime, o funcionalismo sistêmico seria a melhor saída; a prisão seria a solução; os efetivos das polícias deveriam ser aumentados; o Estado, em seu papel de guardião das garantias fundamentais, seria obrigado a conferir a eficaz segurança pública; e que as penas deveriam merecer exasperação. Isso tudo, porém, são utopias e as escolas, a mídia, os ambientes acadêmicos, enfim a sociedade, podem agir proativamente e em caráter de colaboração recíproca, para encampar e adotar fundamentos de ensinagem, boas práticas éticas e solidariedade, por meio de diálogos de aproximação entre os povos; visita curricular organizada de estudantes em favelas e comunidades carentes; palestras educativas em comunidades e escolas fragilizadas; reorganização no âmbito das prefeituras para atendimento prioritário no interior das comunidades carentes; e integração de instituições socializadoras diversas como grupos familiares, empresas, entidades religiosas, agremiações esportivas e a imprensa, na missão de auxiliar, orientar e oportunizar alternativas a grupos hostilizados, fatores esses essenciais para a superação conjunta das crises sociais;

d) nessas lutas de reaproximação, as mídias sociais, como whatsapp, facebook e outras, podem e devem ser utilizadas, mais intensamente, de modo organizado, com vista a fomentar mudanças e para apresentar/divulgar resultados decorrentes da integração e também para a quebra de paradigmas de exclusão recorrente.

As sugestões e aceções críticas que ora se preconizam, comportam olhares para rupturas latentes, nos sistemas políticos e na justiça penal (polícias, academias de polícias, judiciário, presídios, manicômios e instituições da justiça penal)<sup>4</sup> e para o curso quase irrefreável das crises de convivência. Se esses dilemas pluralizam-se, não há mais tempo para longas reflexões políticas ou de laboratórios e ademais, resulta em romantismo pueril crer somente em soluções estatais. No âmbito penal, o país viaja acelerado rumo a um abismo e hoje, mais do que outrora, abre-se momento para algum tipo de repactuação na sociedade civil e nos poderes da república brasileira,

4 Nesse sentido, ver Bauman (2016) e Lima, Ratton e Azevedo (2014).

para se conferir ao povo, mais representatividade para mediações e retomadas de percursos democráticos legítimos. O poder e o dever de atuação direta é do povo em várias frentes e no tecido social devem ser rearticulados esses movimentos de retomada. O puro sistema de substituição democrática de vontades coletivas vigente e a crença no Estado como o dirigente das vidas em comunidade, fracassou e ao longo das décadas, mostrou-se inapropriado e sobremodo fragilizado pelo alto índice de corrupção e de criminalidade que sitia as pessoas em dois extremos, um inerente à ausência de rumos de quem está em busca dias melhores e outro, simbolizado pela inércia dos dias de realizações dos humanos que já chegaram, mas não podem ser plenamente vividos.

## CONCLUSÃO

Nessa era da informação, em que nossas vidas sujeitam-se à interferência direta e ao dirigismo estatal, em criações e recriações de controles de mercado e de participação direta dos entes federativos em nossos ganhos, e ainda, mediante a facilidade de comunicação e publicidade proporcionada pelas redes sociais, o Estado, que a todos conhece, ciente de quem e quantos são os homens e mulheres com melhores rendas e com privilégio de autonomia e autodeterminação, tem a missão de virar o leme para a mudança de mentalidade ou de valores, mas mostra-se ineficaz. Além do mais, em contornos constitucionais<sup>5</sup>, constituem objetivos fundamentais do Brasil construir uma sociedade livre, justa, solidária, além de erradicar a pobreza, a marginalização e redução das desigualdades sociais. Também é sua função fomentar, estruturar e publicizar ações e coalizões em favor de comportamentos de solidariedade e de responsabilidade por parte de grupos dominantes, muito além das posturas que se têm visto em vários momentos institucionais e políticos, favoráveis à tutela da filosofia neoliberal e das políticas expansionistas de cunho capitalista.

Nesse quadro de colidência entre objetivos e ações institucionais, não mais se pode negar que existe ineficácia estatal para outorgar cumprimento à efetivação da plena cidadania. Some-se a isso a destituição de valores cada vez mais pujante e o descomprometimento da maioria dos brasileiros situados em melhores pontos de partida, com a realização do próximo, isso muito em conta do individualismo motivado pelos ideais neoliberais. As informações analógicas de ontem foram superadas pela multiplicidade de dados desse mundo hiperglobalizado, o que facilita o papel do Estado de controlador das vidas cada vez mais digitais que vivemos, mas isso não significou ampliações ou melhoras na outorga de direitos e por esse contexto permeiam as abordagens críticas presentes, acerca da incapacidade estatal de manejar estruturas favoráveis à inclusão social e à justiça distributiva e no seu papel de interferir em publicidades e no eixo do poderio financeiro – ainda que a livre iniciativa e a propriedade sejam tuteladas – seja a título de fazer chegar aos homens e mulheres bem situados economicamente, a realidade de um problema não solucionável pela mão governamental e que está a potencializar crises de convivência, ou para advertir que as janelas fechadas semantizam um prognóstico de repulsa em classes sociais mais pobres e favorecem o

---

5 Os objetivos fundamentais da nação brasileira estão previstos no artigo 3º da Constituição Federal da República do Brasil, de 1988.

nascido de novos conflitos insuscetíveis de quebrar status sociais, mas propensos ao aumento da insegurança e da injustiça social.

Desse modo, o Estado por si só, mostra-se incapaz de dar cumprimento ao constitucionalismo social e não mais se pode esperar que todas as soluções para as crises na sociedade, sejam solucionadas por essa forma de dirigismo. Diante disso, uma solução seria abrir nossas portas e janelas para o que acontece no mundo à nossa volta. Também é preciso agrupar forças, movimentos sociais, mobilidades, integração de empreendimentos empresariais, a mídia, instituições educacionais, religiosas, governamentais, não governamentais e muitas outras, para de fato e não somente nas teorias acadêmicas, se outorgar contribuições desejáveis para um mundo mais justo e solidário.

Ao fecharmos nossas janelas; ao deixarmos de praticar atos de benevolência e misericórdia, que não obstante, constitui-se como um bem e não como obrigação ou dever; e ignorarmos que além dos muros, há exclusões, desigualdades e gente sem voz, cobrimos nossas faces de um véu de maldade que nos impede de procurar/encontrar diálogos e meios para uma solução mitigadora desse status de luta diária pela sobrevivência, na dinâmica da vida ofertada por sociedades neocapitalistas. Notoriamente, repita-se, se alguns são dotados de dádivas que lhes conferem atributos físicos e psíquicos para melhor compreensão das leis que regem os mercados econômicos e a ciranda humana que facilitam escolhas e resultados, porém deixam de agir enquanto há ocasião, faz-se urgente a procura por estratégias ou diálogos, da parte desses Golias senhores dos melhores lugares sociais, sob pena de, em algum momento futuro, enfrentarem os Davids representados por amontoados humanos presos em grilhões prestes a estourar.

## REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Artmed Editora, 2009.
- ARRUDA, Geraldo Clésio Maia; BERTOLINI, Adriana Rossas; CUNHA, Jânio Pereira. Desconstruindo a ineficácia dos direitos sociais: por uma reconstrução dos direitos sociais democrática, participativa e transnacional. **Revista Brasileira de Políticas**, Brasília, v. 6, n. 1, p. 271-292, 2016.
- BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta**. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2010.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Crise econômica e crise do Direito: a ineficácia dos direitos humanos e o modelo de desenvolvimento. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 105, p. 495-508, jan./dez. 2010.
- COSTA, Fernanda Doz. Pobreza e direitos humanos: da mera retórica às obrigações jurídicas: um estudo crítico sobre diferentes modelos conceituais. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 5, n. 9, dez. 2008.

- HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2015.
- JÁKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- LA FONTAINE, Jean. **La cigale et la fourmi**. [S. l.]: In Libro Veritas, 2014. Disponível em: <http://www.inlibroveritas.net/oeuvres/63/la-cigale-et-la-fourmi>. Acesso em: 16 abr. 2017.
- LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (org.). **Crime, polícia e justiça no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2014.
- MARX, Karl. **Teses sobre Feuerbach**. [S. l.]: RocketEdition, 1999. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/feuerbach.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2017.
- MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- OLIVEIRA, Anna Cynthia; HADDAD, Sérgio. As organizações da sociedade civil e as ONG's de educação. **Cadernos de Pesquisa**, São Paulo, n. 112, p. 61-83, mar. 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cp/n112/16101.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2017.
- PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.
- RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SALVADOR, Evilásio. Fundo Público e o financiamento das políticas sociais no Brasil. **Serviço Social em Revista**, Londrina, v. 14, n. 2, p. 4-22, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/ssrevista/article/view/12263/11632>. Acesso em: 28 abr. 2017.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- Como citar:** LEAL, Valteicino Eufrásio. Teoria das janelas fechadas e coculpabilidade: a fábula de Esopo na vida real. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 1, p. 46-60, abr. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n1p. 46. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 05/03/2018

Aprovado em: 17/02/2020

## ANÁLISE DAS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS À LUZ DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO

ANALYSIS OF CONSTITUTIONAL CHANGES FROM THE  
PERSPECTIVE OF HERMENUTICAL CRITICISM OF THE LAW

**Patrícia Spagnolo Parise Costa\***  
**Murilo Couto Lacerda\*\***  
**Estefânia Naiara da Silva Lino\*\*\***

\*Professora Adjunta na Universidade de Rio Verde - UNIRV/GO. Doutoranda em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - S.L./RS. Mestre em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP/SP. Especialista em Direito Tributário pela UCG - Goiânia/GO.

\*\*Advogado. Professor adjunto da Universidade Rio Verde (UNIRV) - GO. Doutorando em Direito pela UNICEUB. Bolsista CAPES/CNPq. Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela PUC-GO. E-mail: coutolacerda@hotmail.com

\*\*\*Advogada. Professora adjunta da Universidade Rio Verde (UNIRV) - GO. Doutora em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela Uniletoledo. E-mail: estefanialino@msn.com

**Como citar:** COSTA, Patrícia Spagnolo Parise; LACERDA, Murilo Couto; LINO, Estefânia Naiara da Silva. Análise das mutações constitucionais à luz da crítica hermenêutica do Direito. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 1, p. 61-84, abr. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n1p. 61. ISSN: 1980-511X

**Resumo:** Sob o argumento da busca pela efetividade das normas constitucionais, em especial, daquelas definidoras de direitos fundamentais, a prática interpretativa do Supremo Tribunal Federal tem produzido as chamadas mutações constitucionais, cujas raízes se encontram no direito alemão. No Brasil, contudo, em que, aparentemente, há carência de uma identidade própria em termos de teoria jurídica, mormente, da decisão, questionou-se se tal atuação tem caráter ativista, especialmente sob o prisma da Crítica Hermenêutica do Direito. Objetivou-se, com o estudo, analisar o instituto da mutação constitucional a partir de seus elementos históricos, de forma a pontuar sua legitimidade e adequação à prática jurídica brasileira, a partir dos fundamentos filosóficos que orientam a teoria Crítica Hermenêutica do Direito, em contraposição aos parâmetros interpretativos do Supremo Tribunal Federal. Para tanto, valeu-se pesquisa exploratória, envolvendo levantamento bibliográfico e do método histórico. Concluiu-se que a produção de mutações constitucionais decorre de uma postura decisionista/discricionária do Supremo Tribunal Federal, configurando ativismo e ferindo os preceitos do Estado Democrático de Direito. Sob o prisma da Crítica Hermenêutica do Direito não é um instituto legítimo.

**Palavras-chave:** Direitos. Supremo Tribunal Federal. Ativismo. Mutações constitucionais. Teoria Crítica do Direito.

**Abstract:** Under the argument of the search for the effectiveness of constitutional norms, especially those that define fundamental rights, the interpretative practice of the Federal Supreme

Court has produced many constitutional mutations, which can be traced back to German law. In Brazil, however, there is an apparent lack of identity in its own legal theory, especially in regards to judicial decisions. Many have questioned whether these decisions have an activist tendency, especially from the point of view of Hermeneutic Criticism of Law. Moreover, the purpose of this paper is to analyze the institute of constitutional mutation from its historical elements, in order to understand its legitimacy and adequacy in the Brazilian legal system from the philosophical foundations that guide the theory of Hermeneutic Criticism of Law, in opposition to the interpretative parameters of the Federal Supreme Court. Likewise, exploratory research and literature review was used for the same reason. This paper concludes that the production of constitutional mutations derives from a decisionist/discretionary posture of the Supreme Court, configuring activism and hurting the precepts of the Democratic State of Law. Moreover, from the point of view of Hermeneutic Criticism of Law, it is not a legitimate institute.

**Keywords:** Rights. Federal Court of Justice. Activism. Constitutional mutations. Critical Theory of Law.

## INTRODUÇÃO

A mutação constitucional tem sua origem no direito alemão e está inserida em diversas doutrinas de Direito Constitucional no País. Entendida como expressão do poder constituinte difuso, tem, em tese, o objetivo de compatibilizar a Constituição com o dinamismo dos fatos sociais, ou seja, trazer efetividade à Constituição a partir da alteração pela atividade jurisdicional do conteúdo da norma, sua significação e alcance, sem qualquer modificação no texto constitucional.

É algo que tem se tornado bastante comum na prática interpretativa dos ministros do Supremo Tribunal Federal brasileiro, a partir do argumento de que uma Constituição não pode ficar engessada diante da dinâmica social e mais, que não se pode ficar aquém dos fatores reais de poder que norteiam a sociedade (LASSALLE, 2013). Devem-se, então, buscar maneiras de manter o corpo constitucional atualizado, em uma realidade legislativa que nem sempre traz essa possibilidade. Tanto mais porque o modelo adotado pela Constituição brasileira se caracteriza pela presença de normas programáticas, o que relativiza a efetividade jurídica e social das normas constitucionais.

Entretanto, tais argumentos mostram que a atuação interpretativa do Supremo Tribunal Federal tem convergido para a visão positivista a qual tanto rebate. Aparentemente, a teoria jurídica brasileira, em especial, no que tange à decisão judicial se mostrado sem identidade própria, unindo aspectos do positivismo kelsiano e hartiano, e da teoria argumentativa alexyana, pautando-se pela discricionariedade e pela ponderação de valores, esta norteada pelo princípio da proporcionalidade, o que acaba levando a decisões que promovem insegurança jurídica e denotam uma atitude proativa da jurisdição.

Desta forma, tem emergido acirradas discussões no âmbito da ciência jurídica, já que não há um consenso sobre a legitimidade da corte constitucional brasileira em termos de interpretação de diversos casos que envolvam direitos fundamentais. Em especial, sob o prisma da teoria Crítica Hermenêutica do Direito, que pontua sérios problemas ao modelo de decisão judicial no Brasil, inclusive, no que diz respeito às mutações constitucionais decorrentes dessa prática.

Neste cenário, emergiram os seguintes questionamentos: sob o prisma da teoria Crítica Hermenêutica do Direito, a mutação constitucional seria um instrumento legítimo de modificação constitucional e apropriado para reafirmar a força normativa da Constituição brasileira, na busca de concretização de suas normas, em especial, daquelas definidoras de direitos fundamentais? Este tipo de reforma, decorrente do chamado Poder Constituinte Difuso, configuraria prática ativista?

A importância deste estudo repousa, como se observa, na atualidade do tema e na polêmica que o envolve. Não é assunto novo, contudo, ainda hoje sucinta discussão em nome de uma atuação legítima do Poder Judiciário, mormente do Supremo Tribunal Federal, de forma a preservar os preceitos do Estado Democrático de Direito. Ademais, há de se lembrar de que as decisões em âmbito de jurisdição constitucional têm um impacto em toda a sociedade e no próprio direito

brasileiro.

Objetiva-se, portanto, analisar criticamente o fenômeno da mutação constitucional, sua legitimidade no âmbito da interpretação feita em sede de jurisdição constitucional e se sua prática seria legítima ou denotaria ativismo judicial, de acordo com os fundamentos da Crítica Hermenêutica do Direito, em contraposição aos parâmetros adotados pelo Supremo Tribunal Federal para fins de interpretação constitucional e consequente produção de mutações. Para tanto, pretende-se verificar, brevemente, o contexto de nascimento da mutação constitucional, o percurso histórico da teoria da decisão desde o positivismo até o pós-positivismo, para que se possa tecer as devidas críticas ao instituto, na perspectiva da Crítica Hermenêutica do Direito.

Para a realização da pesquisa, o método de abordagem será o dedutivo. Em relação ao procedimento, será utilizado o método histórico. A técnica de pesquisa escolhida é a de documentação indireta, mais especificamente, a bibliográfica, abrangendo as fontes sobre a temática estudada (revistas científicas especializadas, livros, exemplos de casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, entrevistas, teses etc.).

## 1 DAS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS

Inicialmente, importa tratar sobre o conceito de mutação constitucional, bem como do contexto histórico em que emergiu tal instituto, além de alguns casos exemplificativos já julgados pelo Supremo Tribunal Federal para que se possam situar as críticas que envolvem a questão de sua legitimidade e adequação à teoria da decisão no Brasil, em especial, no âmbito da teoria Crítica Hermenêutica do Direito, delineada por Lenio Luiz Streck, a partir da análise da visão que predomina na corte constitucional brasileira, especialmente, a do ministro Luís Roberto Barroso.

### 1.1 CONCEITO, NOÇÕES HISTÓRICAS E CARACTERÍSTICAS DO FENÔMENO

Na doutrina pátria, Bulos (2015) ensina que mutação constitucional é o fenômeno por intermédio do qual o poder constituinte difuso se manifesta, ocorre na situação em que os textos constitucionais são alterados, sem revisões ou emendas constitucionais.

As constituições, como organismos vivos que são, acompanham o evoluir das circunstâncias sociais, políticas, econômicas, que, se não alteram o texto na letra e na forma, modificam-no na substância, no significado, no alcance e no sentido de seus dispositivos (BULOS, 2015, p. 120).

Não é fenômeno recente, tendo sido identificado já no final do século XIX pelos autores tedescos, passando a ser estudado na Espanha, na Itália, em Portugal e, também, na América Latina, pelo México, Venezuela e Brasil. A primeira vez que o termo foi utilizado na literatura jurídica foi na obra *Wandlungen der deutschen Reichsverfassungänderung*, de Paul Laband, escrita em 1895. Nesse livro foi introduzida a diferenciação entre reforma constitucional – *Verfassungänderung* - e

mutação constitucional – *Verfassungswandlung* (KUBLISCKAS, 2009).

Neste contexto, Sánchez Urrutia (2000, p. 105) explica que:

El problema de los cambios informales de la Constitución es destacado por la doctrina publicista alemana de finales del siglo XIX y principios del XX. En este contexto, se formula el término de «mutaciones constitucionales» (*verfassungswandlung*) para describir el cambio de significado o sentido de la Constitución sin que vea alterada su expresión escrita. Son autores de la Escuela Alemana de Derecho Público los primeros en tratar de forma directa este fenómeno. Los postulados de esta escuela, en cuanto propugna el estudio dogmático del derecho público, constituyen el punto de partida necesario para plantearse el problema de la mutación constitucional en cuanto cambio de la realidad constitucional al margen de los procedimientos formales de reforma.

A questão da mutação constitucional surgiu sob um prisma formalista, o que pode ser observado nas obras de Laband e também de Georg Jellinek, que a refutavam no contexto de um positivismo ainda legalista. Contudo, parte da doutrina alemã, de visão antiformalista, representada, entre outros, por Rudolf Smend, buscou integrar a mudança informal a um conceito mais complexo de Constituição, que passa a ser descrita como um corpo dinâmico que interage de maneira contínua com a realidade política (SÁNCHEZ URRUTIA, 2000).

Segundo Bonavides (2006, p. 180) “foi Smend dos mais agudos em assinalar a importância da mudança constitucional, ultimada fora dos processos formais explícitos e técnicos de reforma da Constituição.”

Vale abrir um parêntese para ressaltar que tal pensamento de Smend alinhava-se com a corrente chamada Jurisprudência dos Valores<sup>1</sup>, que tomou corpo na Alemanha após a Segunda Guerra. Neste mesmo cenário, Streck (2017a, p. 117) explica que: “na Alemanha a existência da jurisprudência dos valores encontra-se explicada na busca de uma fuga da legalidade estrita imposta por países vencedores da guerra”.

Veja-se que a mutação constitucional nasceu, portanto, em um contexto histórico específico, em consonância com a realidade alemã, que é bastante diferente da brasileira. Nas palavras de Streck (2017a, p. 117): “No Brasil, a Jurisprudência dos Valores, como tantas outras correntes, foi importada e recepcionada de forma equivocada, sem consideração de nosso contexto histórico.”

E a propósito da atuação da corte constitucional brasileira, no que tange à produção de mutações constitucionais, parte da doutrina pátria trata do instituto como um instrumento propiciador da efetividade das normas constitucionais, desde que respeitados certos limites, a exemplo de Kubliskas (2009), que em obra específica sobre o assunto, trata de seu conceito, características e balizes: a) informalidade: as modificações decorrem da interpretação das normas constitucionais, das práticas e costumes constitucionais; b) pluralidade de agentes: as mutações

---

1 Com a jurisprudência dos valores, sustentava-se um *ius* distinto da *lex* através da invocação de argumentos que permitissem ao tribunal recorrer a critérios decisórios que se encontravam fora da estrutura rígida da legalidade (STRECK, 2017a, p. 115).

podem ser realizadas pela atuação dos agentes estatais autorizados, bem como da sociedade civil, por meio da opinião pública, grupos de pressão, construções de juristas; c) distanciamento no tempo: a mutação pode acontecer por meio de lenta consolidação de um novo entendimento sobre um dispositivo constitucional, mediante a comparação entre a compreensão presente e a pretérita de determinado dispositivo, ou, ainda, de forma mais radical, como naquelas ocasiões em que um tribunal fixa novo entendimento sobre matéria já pacificada; d) manutenção do texto/modificação da norma: as mutações mudam a norma constitucional sem mudar o texto da Constituição; e) sujeição a limites: as mutações somente serão legítimas quando introduzidas com o objetivo de desenvolver, atualizar ou complementar as normas constitucionais escritas, não podendo contrariá-las.

Há de se analisar, ainda na perspectiva do autor, que o caráter de abertura e elasticidade de uma Constituição pode influenciar em uma maior ou menor prática mutacional. Ou seja, quanto maior for a natureza principiológica da Constituição, maior o número de situações em que ocorrerão as mutações constitucionais. Isso porque as normas que representam princípios podem oferecer várias opções de concretização, todas válidas. Além disso, os interesses constitucionalmente tutelados, estando em uma posição contraditória, levarão o intérprete a buscar a harmonização dos preceitos no caso concreto. E a existência de normas que admitem ou carecem de regulamentação é mais um fator que favorece a proliferação das mutações constitucionais (KUBLISCKAS, 2009).

Ainda justificando a produção de mutações constitucionais, Bulos (2015) pontua que outro fator que leva à produção das mutações constitucionais é a inércia legislativa. Este autor entende que, de acordo com jurisprudência do STF, esse é um perigoso fator de peso para o surgimento da reforma informal, porque se o legislador é incumbido pela Constituição de regulamentar determinada norma constitucional e não o faz, acaba transgredindo a própria manifestação do poder constituinte originário.

## **1.2 Situando o Problema das Mutações Constitucionais a partir de Casos Julgados pelo STF**

É claro que a inércia dos poderes políticos leva, fatalmente, à judicialização da política. Mas, será que, sob o manto da judicialização, pode o Judiciário proceder à interpretação como ato de vontade, impulsionado por fatores políticos e morais? Eis o grande problema que se coloca em termos de mutação constitucional no Brasil, em que se reforma a norma, muitas vezes, em sentido oposto ao próprio Texto Maior, contrariando os limites referidos por Kubliskas no tópico anterior, o que leva ao questionamento se, de fato, o positivismo ficou para trás.

Ora, para Kelsen, que distinguia direito de ciência do direito, a interpretação nada mais era do que o fruto de uma cisão: a) interpretação como ato de vontade, que levava à produção de normas no momento de sua aplicação e b) interpretação como ato de conhecimento, ou seja, a descrição das normas jurídicas de forma objetiva (STRECK, 2017a).

Apesar de o jusfilósofo austríaco não ter se dedicado propriamente à teoria da decisão

judicial em sua obra, o fato é que a interpretação como ato de vontade tem sido uma constante na prática judiciária brasileira, dita pós-positivista, conforme será visto no decorrer deste estudo.

Diversos são os exemplos ilustrativos do fenômeno no Brasil. Um deles foi o da Reclamação n. 4.335/AC, que acabou perdendo seu objeto com a criação da Lei n. 11.464/2007. Contudo, interessa pontuar os aspectos que fatalmente, caso a referida lei não tivesse sido editada, levaria à mutação constitucional, expressando prática claramente ativista. Streck (2014, p. 61-62) explica as particularidades do caso:

Com efeito, essa medida foi interposta pela Defensoria Pública do Estado do Acre no intuito de fazer valer entendimento do STF exarado em controle difuso de constitucionalidade (no caso, o problema da progressão de regime nos crimes hediondos). Como se sabe, a medida da reclamação é restrita para fazer cumprir decisões da corte que estejam revestidas de eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes, como ocorre no âmbito do controle concentrado. Nos casos de pronunciamento da corte em controle difuso, a Constituição, por força do art. 52, X, condiciona a suspensão da execução da lei declarada inconstitucional pelo STF à intervenção do Senado. Ocorre que parte dos Ministros entendeu que – em virtude de uma tendência à “concentração” do controle de constitucionalidade, visualizada nas mudanças operadas no texto da Constituição e nas várias leis infraconstitucionais – estaria ocorrendo uma *mutação constitucional* e que, por isso, no lugar em que a Constituição fala que ao Senado cabe *suspender a execução da lei*, deveria ser lido *dar publicidade à lei declarada, no todo ou em parte, inconstitucional pelo STF*.

Observe-se que neste caso, mais do que a mudança no sentido da interpretação do texto, pretendeu-se mudar a própria dicção do art. 52, X da Constituição brasileira.

Outra mutação constitucional se deu em 03/12/2008, quando o STF, no julgamento do RE 466.343, decidiu que não mais caberia prisão civil ao depositário infiel. Com o advento da referida decisão, foi editada a Súmula Vinculante n. 25/2009 com intuito de lhe atribuir o efeito *erga omnes*.

Mais um exemplo foi o julgamento da ADI 4.277 e da ADPF 132, em 05/05/2011. Na sede destas ações, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo, inclusive como entidade familiar (LENZA, 2016). Muito se discutiu, no âmbito das duas decisões, sobre a existência de legitimidade para tal atuação e, também, acerca de possível lesão ao princípio democrático e ao da separação dos poderes. E importa ressaltar, inclusive, que ambos os casos houve mutação constitucional sob a justificativa da inércia do Poder Legislativo.

Ademais, tem sido verificada a influência da opinião pública e dos grupos de pressão na produção das mutações constitucionais. Neste âmbito, vale trazer a lúmen um caso particular e bastante recente de mutação constitucional: a decisão polêmica proferida em 17 de fevereiro de 2016 e confirmada no dia 2 de setembro de 2016, no Habeas Corpus n. 126292, quando o Plenário, mudando sua jurisprudência anterior, admitiu a execução provisória da pena de prisão antes do trânsito em julgado, quando decisões de segundo grau confirmam condenações criminais (BRASIL,

2015b). A referida decisão contrariou, na literalidade, o preceito constitucional insculpido no inciso LVII do artigo 5º, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 2015a, p. 15).

Ainda sobre o caso, apesar de a decisão não ter gerado efeito vinculante, enquadrou-se na repercussão geral e abriu portas para discussões que perduram até o presente momento, em virtude da recente sentença de condenação do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Neste cenário, alguns dos ministros, dentre os quais Gilmar Mendes, tem se posicionado no sentido de se rever tal decisão, já que a presunção de inocência é um princípio constitucional.

Para o procurador de Justiça Rômulo de Andrade Moreira, membro do Ministério Público baiano, os membros do STF usaram a prerrogativa constitucional de intérpretes da Constituição contra o princípio democrático e questionou, há época, a referida decisão na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ligada à Organização dos Estados Americanos (OEA) (LUCHETE, 2016).

Veja-se, portanto, que se tem desenvolvido uma visão controversa acerca da mutação constitucional. A princípio, o que para muitos seria um instituto apto para buscar a efetividade das normas constitucionais, em especial daquelas que definem direitos fundamentais, acaba por criar, de fato, uma celeuma acerca da vertente adequada à própria teoria da decisão judicial, já que denota um viés discricionário por parte da atuação da corte constitucional brasileira.

Muitos são os críticos que se colocam contrários à produção das mutações constitucionais, dentre eles, Lenio Luiz Streck, criador da teoria Crítica Hermenêutica do Direito, conforme análise a ser realizada neste estudo em tópico específico. Um dos argumentos de tal teoria é que as decisões judiciais, uma vez que é produzida a partir de uma discricionariedade do julgador, passa a se revestir de um pesado conteúdo político e valorativo, levando a uma crença de que o Direito não tem autonomia suficiente para que se produzam decisões coerentes em âmbito de jurisdição constitucional (STRECK, 2014). Justamente, a mutação constitucional é produto dessa discricionariedade.

Toda a celeuma, de fato, emerge em um cenário de transformações nos ideários de cunho teórico, filosófico e ideológico do Direito, decorrentes do fracasso e insuficiência dos preceitos do positivismo e a conseqüente ascensão do chamado neopositivismo e as influências desse processo na teoria da decisão judicial, conforme se verá no próximo tópico.

## **2 A TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL NO PERCURSO ENTRE O POSITIVISMO E O PÓS-POSITIVISMO**

A teoria da decisão judicial é um dos aspectos da teoria do Direito que mais tem provocado discussões no cenário brasileiro nos últimos tempos. Como alude Luiz (2013, p. 126):

A falta de preocupação sobre a questão de como o direito é efetivamente aplicado faz qualquer teoria padecer da cisão entre a razão prática e a razão teórica, apostando-se nesta e expurgando aquela para fora do direito. [...] Se o juiz é aquele que decide sobre o caso, dando sentido ao Direito, então quais são as

condições de possibilidade do magistrado em assim agir? Aqui está o objetivo da construção de uma teoria da decisão judicial.

De fato, o aspecto da decisão judicial foi pouco abordado durante o desenvolvimento do próprio positivismo. E nesta esfera, que é a do exercício da interpretação pelo julgador, que se torna imperativo que a hermenêutica crie uma forma de constrangimento epistemológico sobre a interpretação (STRECK, 2017a). Entretanto, para que se possa compreender a exata dimensão do problema, que está intimamente ligada ao tema do trabalho – mutação constitucional – é preciso que se faça uma breve incursão histórica sobre o papel do juiz nas correntes positivistas, até que se chegue ao chamado “pós-positivismo”.

O positivismo científico, desenvolvido no século XIX, não distinguia lei de Direito. Na França, foi nomeado exegetismo, na Alemanha, pandectismo e na Inglaterra, jurisprudência analítica. Para esse pensamento, o papel do juiz reduzia-se à subsunção, sendo-lhe vedado fazer discursos de validade do Direito. Foi, assim, uma crença marcada por um Direito sem lacunas (STRECK, 2017a).

Importa mencionar que no século XX surgiram as teorias positivistas pós-exegéticas, dentre elas as de Hans Kelsen e de Herbert Hart, ambas tratadas neste trabalho, especificamente, sob o prisma da decisão judicial.

Kelsen foi um positivista normativista. Rompeu com o paradigma exegetico. Sua grande contribuição foi estabelecer a distinção entre Direito e Ciência do Direito. O Direito como linguagem-objeto, a Ciência do Direito, como a metalinguagem. Sua conhecida “teoria pura” tratava da pureza no âmbito da Ciência do Direito e não do seu objeto, o Direito, razão pela qual não separava Direito e Moral. Apesar de não haver em sua teoria uma preocupação com a interpretação nem com a aplicação do Direito, admitia que a interpretação do Direito encontrava-se eivada de subjetivismos advindos de uma razão prática solipsista, fato este que seria impossível de ser corrigido. A aplicação do Direito, assim, seria um ato de “política jurídica”, envolvendo moral, política, ideologia, ou seja, o juiz realizaria um ato de vontade (STRECK, 2017a).

Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ainda ter uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito Positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo de criação jurídica, podem ter sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc. (KELSEN, 2000, p. 393).

Streck (2017a) explica que Herbert Lionel Adolphus Hart foi o primeiro grande positivista pós-kelsiano, conhecido por suas teses de separação entre Direito Moral e pela sua teoria da discricionariedade judicial. Hart acreditava que sendo o direito identificado por uma prática social complexa (regra de reconhecimento), sua validade não decorreria de sua aceitação moral. Ademais, perante a indeterminação semântica da norma, haveria uma zona de textura aberta ao se tratar de

casos difíceis (*hard cases*), situação em que o juiz teria discricionariedade para decidir.

Hart (2009, p. 351) entendia que:

[...] sempre haverá, em qualquer sistema jurídico, casos não regulamentados juridicamente sobre os quais, em certos momentos, o direito não pode fundamentar uma decisão em nenhum sentido, mostrando-se o direito, portanto, parcialmente indeterminado ou incompleto. Para que possa proferir uma decisão em tais casos, o juiz não deverá declarar-se incompetente nem remeter os pontos não regulamentados ao poder legislativo para que este decida, como outrora defendia Bentham, mas terá de exercer sua discricionariedade e criar o direito referente àquele caso, em vez de simplesmente aplicar o direito estabelecido já existente. Assim, nesses casos não regulamentados juridicamente, o juiz ao mesmo tempo cria direito novo e aplica o direito estabelecido, o qual simultaneamente lhe outorga o poder de legislar e restringe esse poder.

Contudo, mesmo Hart (2009, p. 352) entendia haver limites ao poder de discricionariedade do juiz. Em suas palavras:

Assim, seus poderes são intersticiais, além de sujeitos a muitas restrições substantivas. Não obstante, haverá aspectos sobre os quais o direito existente não aponta nenhuma decisão como correta; e, para julgar essas causas, o juiz tem de exercer seu poder de criar o direito. Mas não deve fazê-lo arbitrariamente: isto é, deve ser sempre capaz de justificar sua decisão mediante algumas razões gerais e deve atuar como faria um legislador consciencioso, decidindo de acordo com suas próprias convicções e valores.

Pois bem. Os próximos capítulos da construção do pensamento jurídico contemporâneo acabaram por abranger diversas teses que buscaram refutar as ideias centrais do positivismo, especialmente, os modelos de Kelsen e Hart. Cristóvam (2016, p. 27) explica que “esse novo paradigma teórico pode ser designado simplesmente como pós-positivismo ou, a partir de uma expressão mais corrente, como neoconstitucionalismo”. E acrescenta: “O paradigma neoconstitucionalista da teoria do Direito propõe um amplo redimensionamento da noção de sistema jurídico, a partir da estreita relação entre direito e moral”. Streck (2017a, p. 211), neste cenário, esclarece que:

O pós-positivismo não se apresentava como uma corrente necessariamente contrária ao Positivismo. Seu objetivo era trazer a lume o que ficava escondido sob o véu da neutralidade, tal como a sujeição do conhecimento científico as contingências históricas e, como consequência, os problemas relativos aos métodos de investigação/experimentação. [...] O pós-positivismo no Direito pode ser compreendido com um amplo movimento (tentativa de) ruptura/superação do Positivismo Jurídico, evidenciando as limitações deste paradigma ante a complexidade do mundo hodierno.

Streck (2017a, p. 220) alerta que “a superação do positivismo implica o enfrentamento do problema da discricionariedade judicial, o que em termos filosóficos se apresenta como o problema

do solipsismo da razão prática”. Além disso, o autor chama a atenção para as ambiguidades que podem decorrer do termo neoconstitucionalismo:

Esse belo epíteto – cunhado por um grupo de constitucionalistas espanhóis – embora tenha representado um importante passo para a afirmação da força normativa da Constituição na Europa continental, no Brasil, acabou por incentivar/institucionalizar uma recepção acrítica da Jurisprudência dos Valores, da teoria da argumentação de Robert Alexy (que cunhou o procedimento da ponderação como instrumento pretensamente racionalizador da decisão judicial) e do ativismo judicial norte-americano (STRECK, 2014, p. 46).

Por esta razão, o autor optou pelo termo Constitucionalismo Contemporâneo ao invés de constitucionalismo, para referir-se ao movimento que tomou forma com o advento das constituições surgidas após a Segunda Guerra Mundial e que ainda está presente no cenário atual (STRECK, 2014). É justamente no contexto do Constitucionalismo Contemporâneo que a interpretação constitucional e a teoria da decisão passam a ser tratadas sob o enfoque de diferentes teorias, dentre as quais, duas delas interessam neste momento para que se possa, no tópico seguinte, compreender a Crítica Hermenêutica do Direito. São elas: a teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy (Alemanha) e a Teoria Interpretativa de Ronald Dworkin (Estados Unidos).

Dworkin iniciou um intenso debate com Hart, inclusive no que tange ao aspecto da discricionariedade judicial. Dworkin (2010) entende que se vive hoje em uma comunidade de princípios, cujos membros se reconhecem reciprocamente como livres e iguais, com respeito pelas diferenças. Isso significa que os direitos fundamentais – a igualdade e a liberdade reciprocamente reconhecidas a todos em uma comunidade – são compreendidos como princípios opostos e complementares entre si, capazes, por consequência, de gerar tensões. Todas as normas, até mesmo as regras, nada mais são do que densificações desses princípios. Nesse cenário, surge sua teoria interpretativa da única resposta correta: em havendo mais de uma possibilidade juridicamente defensável, decorrente de tensões, o direito sempre tem uma resposta. Durante a interpretação, deve-se buscar uma aplicação racional da norma, a partir da análise da situação individual específica, irrepetível e única sob o ponto de vista de todos os envolvidos, com vistas à garantia da integridade do direito, ou seja, a segurança de uma decisão fundada em uma norma previamente aprovada e na justiça no caso concreto.

Melhor explicando, o direito é um conceito de interpretação emanado pelas instituições jurídicas e “as questões a ele relativas encontram, necessariamente, respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador” (STRECK, 2013, p. 343-367).

A partir deste posicionamento, pode-se dizer que o direito, enquanto um sistema de regras e princípios, não se abre a um juízo discricionário, já que tem sempre uma história institucional a ser reconstruída e que indica a melhor decisão a ser tomada. Ademais, vale mencionar que Dworkin entendia a decisão judicial como ato de responsabilidade política: “nos campos da lógica, da filosofia da linguagem, da teoria da norma, da decisão judicial, da filosofia moral e política,

além da metaética.” (STRECK, 2017a, p. 253).

Por seu turno, Robert Alexy, que se autodenominou “não positivista inclusivo”<sup>2</sup> se apoiou em diversos aspectos da teoria hartiana, em especial, no que se refere à decisão judicial. Robert Alexy aceitou plenamente a visão de Herbert Hart acerca da textura aberta do direito, porta de entrada para elementos morais ou questões de justiça no âmbito do direito. Nessa perspectiva entende que os casos difíceis não podem ser resolvidos por elementos exclusivos do direito, e neste caso a moral deve prevalecer na tomada de decisão. Nestes termos, defendeu o papel corretivo da Moral.

Este aspecto, entretanto, foi rechaçado por Dworkin, no sentido de que, para ele, o conteúdo moral do Direito não o transforma em Moral. O direito continua a operar como tal, de forma que sua aplicação possa se dar dentro de um patamar de segurança jurídica, sem dar abertura a pretensões abusivas (DWORKIN, 2010).

Outro aspecto relevante na teoria alexyana, em especial no que diz respeito à sua teoria dos direitos fundamentais<sup>3</sup> é a colisão entre regras e princípios. Dalla Barba (2017, p. 101) explica que para Alexy:

[...] regras são normas que podem ser satisfeitas ou não satisfeitas de maneira definitiva, ou seja, se uma regra prevê determinada hipótese, a ocorrência fática daquilo que é previsto importa em sua aplicação exatamente naquilo que exige; os princípios, ao contrário, são normas que ordenam que algo deva ser realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas, consistindo em mandamentos de otimização, portanto. Assim, caso haja um conflito entre duas regras, a solução encontrada por Alexy é a introdução de uma cláusula de exceção que possa eliminar a controvérsia, eliminando a regra declarada inválida do ordenamento jurídico. Os princípios, ao contrário, quando entram em colisão não o fazem na dimensão da validade, mas na dimensão de peso e, dessa forma, aquele princípio que restar prejudicado não é extirpado do ordenamento jurídico justamente por sua característica (distinta da regra) de operar como mandamento de otimização.

Entretanto, nos chamados *hard cases*, em que as questões acabem transcendendo o plano das regras positivadas, ou seja, naquelas situações em que emerge um conflito entre direitos fundamentais, Alexy valeu-se da ideia do sopesamento dos princípios em colisão. Ainda de acordo com Dalla Barba (2017, p. 102):

Essa metodologia conduz Alexy a estabelecer uma máxima responsável por determinar a proporcionalidade dos pesos dos princípios colidentes, traduzindo-

2

No debate envolvendo separação ou não entre Direito e Moral, outros positivismos surgiram: o inclusivo e o exclusivo. O positivismo inclusivo, representado por Jules Coleman, mantém o apego às fontes sociais do Direito e recorre a Hart para dizer que a regra do reconhecimento, em casos explícitos, pode permitir que princípios morais possam ser aceitos como juridicamente obrigatórios. Aceita a discricionariedade de forma moderada e entende que os fatores morais incluídos no Direito limitariam a atuação dos juízes em suas decisões. Já o positivismo exclusivo, defendido por Joseph Raz defende a separação radical entre Moral e Direito. Admite a discricionariedade e entende que o Direito não é capaz de reivindicar autoridade se tiver princípios morais como critérios de validade (STRECK, 2014).

3 Esta explicação é fundamental para que se possa entender como o Supremo Tribunal Federal acatou esta teoria de forma distorcida. E esta distorção tornou-se um canal aberto para a produção de mutações constitucionais.

se em sua “lei do sopesamento” que pode ser exteriorizada através de fórmulas aritméticas. Entabuladas as possibilidades fáticas e jurídicas possíveis por meio da utilização da máxima da proporcionalidade, daquele princípio que atender da melhor maneira o impasse em questão será possível articular um preceito que, fundamentado procedimental e argumentativamente, será aplicado ao caso concreto silogisticamente, como no caso das regras. Entretanto, nos casos de equivalência entre os princípios em colisão surge um impasse epistemológico que leva Alexy a confirmar a existência daquilo que chamou de “discricionariedade estrutural”, permitindo ao legislador ou tribunal agir ou não agir.

Contudo, um dos aspectos apontados como falhos em termos da teoria alexyana, tanto sob o prisma da teoria de Dworkin quanto de Streck é que:

Esgotados os limites epistêmico-metodológicos da máxima proporcionalidade, a questão da discricionariedade é direcionada para a teoria da argumentação, cujos critérios discursivos ficam responsáveis por estabelecer uma espécie de filtro dos argumentos racionais aptos a alicerçar a decisão judicial (DALLA BARBA, 2017, p. 102).

Ou seja, estabelecer regras para a argumentação que venham a criar um controle da fundamentação das decisões judiciais, não significa eliminar as incertezas advindas da prática interpretativa e da própria norma. Isso recai, fatalmente, na discricionariedade.

Veja-se, então, que neste percurso histórico pode-se observar que, com exceção à teoria de Dworkin, todas as outras acabaram por desaguar na discricionariedade judicial.

## **2.1 O Neoconstitucionalismo e a Nova Hermenêutica: parâmetros de interpretação adotados pelo Supremo Tribunal Federal**

A visão voltada à necessidade de interpretação da constituição, em virtude de se considerá-la como norma suprema, só veio a ser consolidada na segunda metade do século XX, mais precisamente após os anos 50. O direito constitucional, até então, era um direito sem interpretação (PEREZ ROYO, 2014).

Até meados do século XX, os métodos tradicionais de interpretação jurídica buscavam a neutralidade em sua aplicação, afastando valores, inclusive, já que integrados em plena teoria positivista. Acontece que, em se tratando de interpretação das constituições, acabaram tornando-se insuficientes em muitas situações, já que prezavam pela simples subsunção do caso à norma (BARROSO, 2013).

No exercício interpretativo a partir da visão tradicional, portanto, percebe-se que a análise do caso concreto perante a norma converge para a subsunção. Este padrão interpretativo, típico do positivismo jurídico, perdurou até que a dinâmica social mostrou sua insuficiência diante dos novos fatos da vida. Barroso (2013, p. 334) ilustra bem este cenário: “a nova interpretação constitucional

surge para atender às demandas de uma sociedade que se tornou bem mais complexa e plural”.

No Brasil, os novos paradigmas hermenêuticos superaram os conceitos do pensamento jurídico clássico no final do século XX, com a finalidade de adotar uma postura mais lógica, criativa e justa quando da interpretação constitucional. Neste cenário, Barroso (2013) leciona que emergem três novos paradigmas hermenêuticos: a superação do formalismo jurídico, a nova cultura jurídica pós-positivista e a ascensão do direito público e a centralidade da Constituição.

A superação do formalismo jurídico ocorreu por meio do abandono da ideia clássica de que o Direito era a expressão máxima da razão e justiça, e que sempre haveria uma norma perfeita no ordenamento jurídico para que o juiz realizasse a subsunção. Com o advento do pensamento neopositivista, houve uma mudança de perspectiva no direito. A ciência, que classicamente era voltada para as relações privadas, passou a valorizar as normas de caráter público, o que resultou em uma visão de centralidade e primazia da Constituição. E atrelado a esta ideia, entendeu-se que qualquer interpretação jurídica deveria ser realizada nos parâmetros dos valores e princípios da Constituição (BARROSO, 2013).

Barroso (2013) aponta outros fatores que influenciaram a adoção de novos elementos de interpretação constitucional, alegando que esta não derrota a interpretação tradicional, mas emerge com vistas a suprir necessidades deficientemente supridas pelo modelo clássico. A nova interpretação surge, assim, para lidar com os casos difíceis, para os quais não existe solução pré-pronta no ordenamento.

Existem três situações que levam aos casos difíceis: a) ambiguidade da linguagem, ou seja, termos com múltiplos significados ou indeterminados, que só podem ser definidos junto ao caso concreto, como, por exemplo: servidor público, relevância e urgência; interesse social; b) desacordos morais razoáveis, típicos das sociedades plurais e complexas, nas quais se pensa de maneira diferente sobre temas moralmente controvertidos, como eutanásia, descriminalização das drogas leves; c) conflitos de normas constitucionais ou de direitos fundamentais, o que pode acarretar tensões (BARROSO, 2013).

Vale acrescentar que a importância da interpretação constitucional recai com maior ênfase no âmbito de possíveis tensões entre direitos fundamentais, perante casos concretos nos quais não há uma solução clara na lei. E Barroso (2013), neste contexto, acredita que a nova hermenêutica jurídica incorpora um modelo destinado justamente a lidar com casos complexos de uma sociedade cada vez mais dinâmica. Trata-se da normatividade dos princípios, do ajustamento das colisões de normas constitucionais e da ponderação e argumentação jurídica, elementos que derivam da teoria de Robert Alexy.

A norma não possui normatividade suficiente até que seja integrada pelos fatos, o problema se torna parte da norma e o intérprete torna-se coparticipante do processo de criação do direito relacionado ao caso concreto. Sua pré-compreensão, seus valores ganham importância. A norma é produzida, portanto, a partir do caso concreto (BARROSO, 2013).

Ainda nas palavras de Barroso (2013), assume papel de importância na prática interpretativa, a ponderação ou sopesamento, que na tradição alemã, consiste em um aspecto do

princípio da proporcionalidade. Neste cenário, vale ressaltar que, para Alexy (LIMA, 2008), a ponderação envolve a busca da solução ótima quando se depara com princípios concorrentes e o princípio da proporcionalidade é a chave para que se possa resolver a ponderação.

Tratando com mais detalhes sobre a ponderação proposta por Alexy, Barroso (2013) explica que é uma técnica interpretativa para dirimir conflito de normas constitucionais, mormente sobre direitos fundamentais. Exerce-se mediante concessões recíprocas, sendo realizada em três etapas: a) identificam-se as normas relevantes aplicadas ao caso; b) identificam-se os fatos relevantes; c) testam-se as soluções possíveis para ver a que melhor se coaduna com o conjunto da Constituição.

A argumentação jurídica é outro elemento integrante dos novos paradigmas da Hermenêutica da Constituição. Tendo em vista que a regra geral que legitima a função jurisdicional é a separação de poderes – o Legislativo faz as leis; o juiz não cria o direito, mas o aplica de acordo com as regras do representante que criou o direito - na hipótese de o juiz como coparticipante do processo de criação da norma, a legitimação da sua atuação não pode se fundar somente na separação dos poderes, pelo fato de ele estar criando o direito sem o batismo da representação popular (BARROSO, 2013).

Ademais, Barroso (2013) se pauta nas lições de Alexy sobre a superação da separação entre Direito e Moral, alegando que quando a norma não fornece a resposta, é necessário que o Direito se aproxime da filosofia moral. Como consequência do neopositivismo, a lei não perde sua importância, mas o Direito não cabe mais integralmente na norma jurídica, o valor justiça está além dela. E corroborando com este pensamento, Mendes e Branco (2014) enfatiza que é típica das constituições atuais a incorporação de valores morais ao domínio jurídico, não se limitando as Constituições a somente limitar a atuação do Estado e a discriminar competências. Para o autor, “as constituições contemporâneas absorvem noções de conteúdo axiológico e, com isso, trazem para a realidade do aplicador do direito, debates políticos e morais” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 81).

Importa, ainda, mencionar que Barroso (2017) defende que a atuação de uma corte constitucional deve se pautar em dois papéis: o contramajoritário e o representativo. No exercício do contramajoritário, o Supremo Tribunal Federal exerce o controle de constitucionalidade das normas, inclusive podendo invalidar aqueles emanados dos poderes Legislativo e do Executivo. Os fundamentos para isso, de acordo com o autor são: “a) a proteção dos direitos fundamentais; e b) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos.” (BARROSO, 2017, p. 48-49).

No que tange ao papel representativo, o Ministro pontua que este precisa ser pensado em um paradigma diferente de separação de poderes, ou seja, a partir do pensamento de que somente aqueles eleitos pelo voto podem atuar como representantes dos interesses da sociedade. Ainda mais, considerando a crise de representação da atualidade, em que se questiona, inclusive, se, de fato, os legisladores representam a vontade popular (BARROSO, 2017). E complementa: “não é incomum nem surpreendente que o Judiciário, em certos contextos, seja melhor intérprete do

sentimento majoritário.” (BARROSO, 2017, p. 55).

Vale ressaltar que, neste mesmo sentido, Urbinati (2006) defende que é possível, na contemporaneidade, construir uma representação democrática (ou *advocacy*, como prefere chamar) acoplando diferentes formatos, distintos da visão hegemônica predominante, ou seja, diferente daquela em que o Parlamento deve ser o cerne da vontade geral.

Depreende-se de tal pensamento, que a prática ativista/mutacional seria, portanto, decorrente do papel representativo do Supremo Tribunal Federal.

Pois bem. Controvérsias à parte, ainda que esse posicionamento represente um paradigma outro, e que possa, sim, ser capaz de propiciar a concretização de direitos de maneira mais efetiva, não há como negar que se trata de um *modus operandi* que converge, fatalmente, na discricionariedade judicial.

Mas, afinal, a prática ativista e mutacional é legítima ou constitui ação lesiva ao Estado Democrático de Direito? É o que será tratado nos próximos tópicos deste estudo, em especial, a partir dos fundamentos da teoria Crítica Hermenêutica do Direito.

## 2.2 A TEORIA DA DECISÃO NA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO

Na busca de respostas às indagações acerca da teoria do Direito, mormente, sobre a decisão judicial, de forma a pontuar a necessidade de se refutar a discricionariedade do juiz, o professor pós-doutor em Direito Lenio Luiz Streck construiu a chamada Crítica Hermenêutica do Direito (CHD).

Foi criada com a pretensão de fundar uma matriz teórica para o Direito, a partir dos aportes da filosofia, de forma a possibilitar uma análise crítica do direito. Baseou-se nas lições da filosofia hermenêutica de Martin Heidegger, Hans-Georg Gadamer, nas obras de Ernildo Stein e no pensamento de Luis Alberto Warat. Em um segundo momento, foram incorporados aportes de Ronald Dworkin para desenvolver sua teoria da decisão judicial (STRECK, 2017b).

Streck (2017b, p. 110) se vale da filosofia hermenêutica e da hermenêutica filosófica para superar o problema do solipsismo. Explica que:

Enquanto as múltiplas teorias que pretendem justificar o conhecimento buscam superar o sujeito solipsista, eliminando-o ou substituindo-o por estruturas comunicacionais, redes ou sistemas, e algumas, de forma mais radical, até mesmo por um realismo jurídico voluntarista (por todas, vale referir as teorias desconstrutivistas dos *critical legal studies*), a hermenêutica filosófica de Gadamer e a teoria integrativa de Dworkin, cada uma a seu modo, procuram controlar esse voluntarismo e essa subjetividade solipsista a partir da força da tradição, do círculo hermenêutico e da incindibilidade entre interpretação e aplicação. Por isso, a postura marcadamente antirrelativista, ponto comum nesses dois autores, é condição de possibilidade para superação do solipsismo e ponto a partir do qual se pode encontrar sempre decisões íntegras e coerentes em direito.

Ademais, a Crítica Hermenêutica do Direito, no que tange à decisão judicial, advogou

em favor da tese da necessidade de respostas corretas em Direito, ou seja, constitucionalmente adequadas. Contudo, tal tese não constituiu uma simples adesão à proposta de Dworkin, já que este desenvolveu sua teoria nos aportes de outro sistema jurídico – o *commom law*, ou seja, a possibilidade de obter respostas corretas neste prisma vincula-se nos precedentes judiciais. A Crítica Hermenêutica do Direito, desenvolvida no Brasil, cujo sistema jurídico é a *civil law*, apoia-se na fundamentação/justificação da síntese hermenêutica que só acontece durante a aplicação da norma (STRECK, 2017a). Na busca da resposta correta (adequada à Constituição), Streck (2017a, p. 259) estabelece cinco princípios fundantes para a decisão jurídica:

Princípio um: a preservação da autonomia do Direito; Princípio dois: o controle hermenêutico da interpretação constitucional – a superação da discricionariedade; Princípio três: o respeito à integridade e à coerência do Direito; Princípio quatro: o dever fundamental de justificar as decisões; Princípio cinco: o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada.

Há de se pontuar, ainda, alguns aspectos inerentes à ideia de resposta correta no âmbito da Crítica Hermenêutica do Direito:

Resposta correta está ligada à superação do objetivismo e do subjetivismo. Por isso a noção de resposta correta é incompatível com pragmaticismos, realismos e todas as formas de positivismo. Resposta correta quer dizer que esta – a resposta – nunca advirá antes das perguntas serem feitas. Perguntas implicam estabelecimento de critérios para encontrar respostas adequadas. (STRECK, 2017a, p. 258).

Streck (2017a), além disso, admite que a judicialização da política seja fator normal em uma sociedade, quanto mais plural como a brasileira, em que, em muitas situações os poderes políticos não conseguem concretizar os preceitos constitucionais. Contudo, não se pode, durante a decisão judicial, extrapolar os limites dessa judicialização, incorrendo no ativismo judicial, que, pode levar, fatalmente, à produção de mutações constitucionais, ferindo o princípio da separação dos poderes e, por consequência, o Estado Democrático de Direito. É a partir desta análise que o autor propõe três indagações fundamentais que um juiz deverá responder que poderão orientá-lo na prevenção das práticas ativistas:

Se está diante de um direito fundamental com exigibilidade, se o atendimento a esse pedido pode ser, em situações similares universalizado, quer dizer, concedido às demais pessoas e se, para atender aquele direito, está-se ou não fazendo uma transferência ilegal-constitucional de recursos, que fere a igualdade e a isonomia. [...] sendo uma das três perguntas respondidas negativamente, estar-se-á com razoável grau de certeza, em face de uma atitude ativista (STRECK, 2017a, p. 259).

Veja-se, portanto, que sob o prisma da Crítica Hermenêutica do Direito, a mutação constitucional emerge de uma atuação discricionária do Supremo Tribunal, decorrente de prática ativista, oferecendo risco de colapso ao Estado Democrático do Direito.

### 2.3 Mutações Constitucionais e Críticas à Atuação do Supremo Tribunal Federal à Luz da Teoria Crítica Hermenêutica do Direito

A respeito da prática judicial brasileira em âmbito de jurisdição constitucional, especialmente, Streck (2014) pontua que o Supremo Tribunal Federal, no desiderato de dirimir as tensões entre normas constitucionais, em especial, aquelas definidoras de direitos fundamentais, tem incorrido em três recepções equivocadas: a Jurisprudência dos Valores, o ativismo norte-americano e a ponderação alexyana. O autor explica que:

No caso alemão, a Jurisprudência dos Valores serviu para equalizar a tensão produzida depois da outorga da *Grundgesetz* pelos aliados em 1949. Com efeito, nos anos que sucederam à consagração da lei fundamental, houve um esforço considerável por parte do *Bundesverfassungsgericht* para legitimar uma Carta que não tinha sido constituída pela ampla participação do povo alemão. Daí a afirmação de um *jus* distinto da *lex*, ou seja, a invocação de argumentos que permitissem ao Tribunal recorrer a critérios decisórios que se encontravam fora da estrutura rígida da legalidade. A referência a valores aparece, assim, como mecanismo de abertura de uma legalidade extremamente fechada (STRECK, 2014, p. 58).

Observa-se que no Brasil, incorporou-se a ideia de uma Constituição como ordem de valores e de uma atuação interpretativa no sentido de se encontrar tais interesses. A esta visão, aparentemente, atrelou-se a teoria da argumentação de Alexy.

Veja-se que Alexy pretendeu racionalizar a ponderação de valores, mas no Brasil, esses pressupostos racionalizadores **não são levados em conta, acarretando, na verdade, um retorno à Jurisprudência dos Valores** (STRECK, 2014).

Ainda há se pontuar que a recepção equivocada da ideia de ponderação levou ao chamado *panprincipiologismo*, que de acordo com Streck (2014, p. 60), trata-se de “uma proliferação descontrolada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional”.

Lima (2008), no mesmo sentido, pontua que a teoria dos princípios de Alexy é aplicada de forma distorcida no Brasil. Para o autor, um dos problemas na atuação da corte constitucional brasileira repousa na insuficiência de uma argumentação jurídica objetiva e transparente. Justifica-se, exaustivamente, a existência da colisão entre os direitos envolvidos nos casos submetidos a julgamento, mas negligencia-se a consistente fundamentação na escolha do direito adequado.

Vigora na atuação do Supremo Tribunal Federal a teoria (jogo) da *Katchanga*<sup>4</sup>. Ou seja,

4 Para melhor compreensão, segue a anedota da “teoria da Katchanga”.

não é suficiente pensar que se aprendeu a jogar a *Katchanga*. O jogo é mais complexo do que se supõe, uma vez que a própria *Katchanga Real* representa um problema a ser decifrado. E aponta um exemplo ilustrativo deste pensamento, que foi o caso da pesagem dos botijões de gás, tratado pela ADI 855-2/DF, em que o Estado do Paraná havia criado uma lei que obrigava os revendedores de gás a pesarem os botijões na presença do consumidor. Tal lei seguiu os devidos preceitos do processo legislativo. Mas, o Supremo Tribunal Federal considerou a norma inconstitucional, irrazoável e não proporcional, sem, no entanto, explicar na decisão quais os aspectos da razoabilidade e da proporcionalidade foi violado.

Outra ideia recepcionada no Brasil de maneira equivocada foi a do ativismo judicial norte americano, que também se desenvolveu em um cenário histórico de necessidades específicas daquela realidade. Mas no País, tem decorrido de uma postura decisionista/discrecional dos magistrados (STRECK, 2014).

Streck (2014) rechaça de maneira enfática a postura adotada pela corte constitucional brasileira, fundada na discricionariedade e na ponderação de valores alexyana (à brasileira), pontuando para uma interpretação que venha a convergir no direito como integridade, buscando trazer elementos capazes de condicionar o processo decisório, na defesa de argumentos de princípios que sejam aplicados de maneira coerente, segundo prática jurídica, ou seja, uma aplicação condizente com a racionalidade jurídica.

Ora, se, ao fim e ao cabo, cabe ao intérprete hierarquizar (e escolher) o princípio aplicável, a pergunta inexorável é: qual a diferença entre o intérprete ponderador e o interprete do positivismo, que discricionariamente escolhe qual a melhor interpretação? (STRECK, 2013, p. 354).

Portanto, sob a perspectiva da Crítica Hermenêutica do Direito, o Supremo Tribunal Federal está longe de representar uma ruptura com o positivismo. Pelo contrário, suas decisões, em especial as que levam à produção das mudanças constitucionais, vêm sendo pautadas nos parâmetros da discricionariedade judicial. Tal postura, que para os julgadores, refletem no esforço de se trazer

---

Um rico senhor chega a um cassino e senta-se sozinho em uma mesa no canto do salão principal. O dono do cassino, percebendo que aquela seria uma ótima oportunidade de tirar um pouco do dinheiro do homem rico, perguntou se ele não desejaria jogar.

– Temos roleta, blackjack, texas holden’ e o que mais lhe interessar, disse o dono do Cassino.

– Nada disso me interessa, respondeu o cliente. Só jogo a *Katchanga*.

O dono do cassino perguntou para todos os crupiês lá presentes se algum deles conhecia a tal da *Katchanga*. Nada. Ninguém sabia que diabo de jogo era aquele.

Então, o dono do cassino teve uma idéia. Disse para os melhores crupiês jogarem a tal da *Katchanga* com o cliente mesmo sem conhecer as regras para tentar entender o jogo e assim que eles dominassem as técnicas básicas, tentariam extrair o máximo de dinheiro possível daquele “pote do ouro”.

E assim foi feito.

Na primeira mão, o cliente deu as cartas e, do nada, gritou: “*Katchanga!*” E levou todo o dinheiro que estava na mesa. Na segunda mão, a mesma coisa. *Katchanga!* E novamente o cliente limpou a mesa.

Assim foi durante a noite toda. Sempre o rico senhor dava o seu grito de *Katchanga* e ficava com o dinheiro dos incrédulos e confusos crupiês.

De repente, um dos crupiês teve uma idéia. Seria mais rápido do que o homem rico. Assim que as cartas foram distribuídas, o crupiê rapidamente gritou com ar de superioridade: “*Katchanga!*”

Já ia pegar o dinheiro da mesa quando o homem rico, com uma voz mansa mas segura, disse: “Espere aí. Eu tenho uma *Katchanga Real!*”. E mais uma vez levou todo o dinheiro da mesa...

Observa-se a partir da anedota que não é suficiente pensar que se aprendeu a jogar a *Katchanga*. O jogo é mais complexo do que se supõe, uma vez que a própria *Katchanga Real* representa um problema a ser decifrado. Eis a atuação da corte constitucional brasileira. Desconhecem-se as regras (LIMA, 2008).

efetividade às normas constitucionais, em especial, àquelas definidoras de direitos fundamentais, bem como agir quando há inércia dos poderes políticos em prol desta efetividade, na verdade, tem acarretado prejuízos ao princípio democrático e ao da separação dos poderes. Melhor dizendo, sob tal perspectiva, a mutação constitucional constitui, inexoravelmente, um mecanismo lesivo ao Estado Democrático de Direito.

Streck, Lima e Oliveira (2007, p. 61), acerca da mutação constitucional, pontuam que:

A tese da mutação constitucional advoga em última análise uma concepção decisionista da jurisdição e contribui para a compreensão das cortes constitucionais como poderes constituintes permanentes. Ora, um tribunal não pode mudar a constituição; um tribunal não pode “inventar” o direito: este não é seu legítimo papel como poder jurisdicional, numa democracia. A atividade jurisdicional, mesmo a das cortes constitucionais, não é legislativa, muito menos constituinte. De uma perspectiva interna ao direito, e que visa a reforçar a normatividade da constituição, o papel da jurisdição é o de levar adiante a tarefa de construir interpretativamente, com a participação da sociedade, o sentido normativo da constituição e do projeto de sociedade democrática a ela subjacente. Um tribunal não pode paradoxalmente subverter a constituição sob o argumento de a estar garantindo ou guardando. Há, portanto, uma diferença de princípio entre legislação e jurisdição (Dworkin). O “dizer em concreto” significa a não submissão dos destinatários – os cidadãos - a conceitos abstratizados. A Suprema Corte não legisla (muito embora as súmulas vinculantes, por exemplo, tenham adquirido explícito caráter normativo em *terrae brasilis*).

Em suma, para a Crítica Hermenêutica do Direito, a mutação constitucional decorre, de uma noção distorcida do papel do juiz enquanto coparticipante do processo de criação da norma, precipuamente no controle de constitucionalidade das leis - sua atribuição principal conferida pela Constituição no *caput* do artigo 102 da Constituição Federal (BRASIL, 2015a). É prática que configura ativismo judicial. Ora, na medida em que a discricionariedade é regra nas decisões do STF, difícil imaginar como isso não levaria à arbitrariedade. Neste cenário, Streck (2014, p. 64-65) ainda pontua que:

[...] a atuação ativista por parte do Supremo Tribunal Federal demonstra a falta de limites no processo interpretativo. Veja-se que sequer os limites semânticos do texto constitucional funcionam como bloqueio ao protagonismo judicial que vem sendo praticado em todas as esferas do Poder Judiciário em *terrae brasilis*.

Neste contexto, o autor levanta a necessidade de se propor uma interpretação pautada nos ensinamentos da Crítica Hermenêutica do Direito, no sentido de uma racionalidade jurídica, ou seja, de se proferir decisões que reconheçam os direitos efetivamente, não os criar com base em argumentos de natureza subjetiva ou política, impondo-se como limites os princípios da democracia e da separação dos poderes (STRECK, 2014).

Decidir é agir com responsabilidade política. Responsabilidade de meio, de construir a resposta correta a partir da melhor interpretação possível do material

jurídico básico (leis, códigos, precedentes etc.) e dos princípios que conformam esse empreendimento coletivo (que remetem, por sua vez, a dimensões da dignidade humana) (STRECK, 2017a, p. 268).

Por fim, cabe ressaltar a necessidade de uma reflexão séria sobre a postura judicial brasileira, reflexão esta que deve partir dos próprios julgadores, de forma a preservar o Estado Democrático de Direito e, por consequência, efetivem os direitos fundamentais. Por mais que o *modus operandi* dos ministros do Supremo Tribunal Federal atenda ao seu papel contramajoritário e tenha por objetivo à efetivação das normas constitucionais – o que é natural em decorrência da vasta judicialização da política e das relações sociais – o fato é que um agir discricionário pode se abrir a abusos. É neste contexto que o aporte fornecido pela Crítica Hermenêutica do Direito pode orientar a atuação do Judiciário de forma a atender aos preceitos do Estado Democrático de Direito.

Considerando, ademais, a importância de poderes políticos atuantes e atentos à dinâmica social. Este é um fator essencial para a redução da judicialização e, por consequência, das práticas ativistas/mutacionais.

## CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, concluiu-se que o aumento da judicialização das relações políticas e sociais, levou o Supremo Tribunal Federal a um papel de destaque no atual cenário brasileiro, de forma que cabe à Corte cumprir seu papel contramajoritário.

Observou-se, ainda, que existe uma visão sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal – dentre os próprios ministros, em especial, Luís Roberto Barroso – de que a corte constitucional também possui um papel representativo, dada a falência em termos de representação do parlamento. Em decorrência disso, a partir de um novo prisma de separação de poderes, a corte constitucional poderia ser melhor intérprete do sentimento majoritário do que os representantes eleitos. Neste cenário, então, ativismo e mutação constitucional seriam práticas corriqueiras, inerentes à própria judicialização.

Entretanto, por mais que uma atuação fundada neste pensamento possa levar a resultados positivos em termos de efetivação das normas constitucionais, especialmente, daquelas definidoras de direitos fundamentais, na medida em que o *modus operandi* interpretativo do Supremo Tribunal Federal converge, fatalmente, na discricionariedade judicial, não há como afastar o risco de abuso. O julgador não pode estar autorizado a decidir conforme a sua vontade ou a sua consciência. O julgar é um ato de responsabilidade que deve considerar a lei e a Constituição, de forma a evitar decisões lesivas ao Estado Democrático de Direito.

A Crítica Hermenêutica do Direito é uma teoria frutífera no sentido de orientar a teoria da decisão no Brasil, na medida em que advoga por uma ação julgadora pautada na ideia de intersubjetividade e sem perder de vista alguns princípios fulcrais: preservação da autonomia do Direito; controle hermenêutico da interpretação constitucional – a superação da discricionariedade;

respeito à integridade e à coerência do Direito; dever fundamental de justificar as decisões; o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada.

Por outro lado, por mais que sob o prisma da Crítica Hermenêutica do Direito, a produção de mutações constitucionais seja considerada prática ativista e, portanto, ilegítima, não se pode desconsiderar a importância do instituto mutacional como fator de atualização da Constituição, para fins de efetivação de suas normas.

Ademais, a sensibilização por parte dos poderes Legislativo e Executivo às novas demandas de uma sociedade plural, de maneira a atuarem de forma mais dinâmica, pode reduzir o grau de judicialização e, por consequência, de certa forma, limitar a atuação do Judiciário em questões que podem ser dirimidas pelos próprios poderes políticos.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. São Paulo: FGV, 2017. p. 22-77.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organizado por Alexandre de Moraes. São Paulo: Atlas, 2015a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus 126292**. Relator: Ministro Teori Zavascki. São Paulo, 2015b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 2 set. 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito constitucional ao alcance de todos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

DALLA BARBA, Rafael Giorgio. **Nas fronteiras da argumentação: a discricionariedade judicial na teoria discursiva de Robert Alexy**. Salvador: Juspodivm, 2017.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

HART, Herbert Lionel Adolphu. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e mutações constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Atlas, 2009.

- LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- LIMA, George Marmelstein. Alexy à brasileira ou a Teoria da Katchanga. *In*: LIMA, George Marmelstein. **Direitos Fundamentais.net**. [S. l.], 18 set. 2008. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2008/09/18/alex-y-a-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga/>. Acesso em: 29 abr. 2017.
- LUCHETE, Felipe. Membro do MP vai a comissão da OEA contra prisão antes de trânsito em julgado. **Consultor Jurídico**, [S. l.], 26 fev. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-26/membro-mp-corte-oea-prisao-antes-coisa-julgada>. Acesso em: 28 fev. 2016.
- LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da decisão judicial**: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- PEREZ ROYO, Javier. **Curso de derecho constitucional**. 14. ed. Madrid: Marcial Pons, 2014.
- SÁNCHEZ URRUTIA, Ana Victoria. Mutación constitucional y fuerza normativa de la constitución: una aproximación al origen del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, v. 20, n. 58, p. 105-135, enero/abr. 2000.
- STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017a.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e jurisdição**: diálogos com Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017b.
- STRECK, Lenio Luiz. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 343-367, 2013.
- STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho, n. 7, p. 45-68, 2007.
- URBINATI, Nadia. **Representative democracy**: principles and genealogy. Chicago: Chicago University Press, 2006.
- Como citar**: COSTA, Patrícia Spagnolo Parise; LACERDA, Murilo Couto; LINO, Estefânia Naiara da Silva. Análise das mutações constitucionais à luz da crítica hermenêutica do Direito. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 1, p. 61-84, abr. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n1p. 61. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 08/10/2018

Aprovado em: 28/02/2019

**DIREITO SEM LEI: UM MODO-DE-SER DO SER HUMANO**LAW WITHOUT RULES: A WAY OF BEING FOR THE HUMAN  
BEING**Lucas Daniel Vieira Mesquita\***  
**Alessandro Jacomini\*\***

**Como citar:** MESQUITA, Lucas Daniel Vieira; JACOMINI, Alessandro. Direito sem lei: um modo-de-ser do ser humano. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 1, p. 85-99, abr. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n1p. 85. ISSN: 1980-511X

\*\*Graduando em Direito pelo Centro Universitário Adventista de São Paulo (UNASP). E-mail: lucasmesquita97@yahoo.com.br

\*\*Professor do Centro Universitário Adventista de São Paulo (UNASP). Pós-doutor pela Università degli studi di Roma e Doutor pela PUC-SP. Mestre e graduado em Direito pela Universidade Metodista de Pircacicaba. E-mail: lucasmesquita97@yahoo.com.br

**Resumo:** O presente artigo tem como objetivo ressaltar a possibilidade de um direito sem lei, fazendo considerações por meio da análise fenomenológica. Nesse sentido, inicialmente, trata-se da ideia, com uma observação crítica ao perigo e ao cuidado. Após isso, contempla-se, no pensamento pré-socrático e de Martin Heidegger, o estudo do ente-ser e da verdade-liberdade em relação à abertura do ser. Em outro plano, adentra-se na pesquisa do círculo hermenêutico e da linguagem, sendo feito um empenho em busca de outras perspectivas do direito, destacando possibilidades distintas da justiça positivista, a qual limita os juristas contemporâneos.

**Palavras-chave:** Direito. Heidegger. Justiça. Lei. Ser.

**Abstract:** This scientific article highlights the possibility of law without rules or norms from a phenomenological model. In this sense, this paper analyzes it with critical observations of the dangers that it may present. In addition, this study explores “entity-being” and “truth-freedom” in relation to the individual from the context of pre-Socratic thought and of Martin Heidegger written works. On another level, this research explores the many intricacies of language in order to explore other perspectives of law, highlighting distinct possibilities of positivist justice, which limits contemporary jurists.

**Keywords:** Right. Heidegger. Justice. Law. Being.

## INTRODUÇÃO

O trabalho se atém às análises fenomenológicas, com a finalidade de se pensar em um olhar jurídico diferente da idealizada no Brasil e no Ocidente. O olhar citado é baseado no círculo hermenêutico e com fulcro no pensamento originário.

Em momento oportuno, é feita uma crítica ao sistema jurídico que despreza o ser. Também, são postas algumas premissas em relação ao pensamento meditante, com destaque ao pensamento pré-socrático e os seus desdobramentos característicos.

A filosofia de Martin Heidegger é utilizada em todo o trabalho. Nesse sentido, a verdade e a liberdade, como pertencentes ao pensamento citado, são abordadas com relação à abertura do ser. Todas as pontuações são acopladas ao direito, conectadas à linguagem e ao homem enquanto “existente”, possibilitando, assim, um direito sem lei. Neste sentido, faz-se a seguinte indagação: Em um sistema que se prende em ideias (leis), seria possível a liberdade de direitos do ser humano?

Sequencialmente, analisam-se a ideia, as proposições do pensamento meditante, a questão ente-ser, a abertura do ser, o método fenomenológico, as percepções relacionadas ao direito e, por fim, uma maneira diferente do habitual de pensar a Justiça, baseando-se nas abordagens filosóficas arroladas.

Em qualquer trabalho científico, a metodologia é fundamental para sua elaboração, porque, de modo geral, é a explicação minuciosa de toda ação desenvolvida a fim de se chegar a uma consideração final. A natureza desse trabalho é classificada como analítica descritiva, pois se fundamenta em outros trabalhos já existentes, fazendo apenas interligações entre ideias de vários doutrinadores, doutores e professores.

Quanto à fonte de dados, a pesquisa é classificada como sendo bibliográfica, pois se baseia em fontes secundárias, tais como livros, artigos e periódicos. Quanto ao seu teor, é descrita como pesquisa qualitativa, pois não lida com dados numéricos, mas com o aprofundamento da compreensão de aspecto relacionado ao ser humano.

O presente trabalho concentra-se na seguinte problemática: É possível um direito sem lei? Contudo, objetiva-se, de maneira mais específica, atentar-se aos direitos das pessoas, prescritos em legislações, e aos direitos humanos, a partir do próprio ser humano, possibilitando refletir a respeito de um direito com lei em comparação a um sem lei.

### 1 IDEIA

Ao analisar uma determinada coisa, conclui-se que ela é aquilo que pensa dela. Mas isso é um equívoco. A coisa pensada é o objeto criado como imagem, é uma representação do objeto. A coisa é o que ela é, não a ideia que se tem dela. Este pensamento se conecta com a posição dos operadores ao analisar determinada coisa, atribuindo determinadas premissas como verdades, sendo que não “é” a coisa, e sim a fotografia da coisa, ou seja, a ideia sobre ela. Contudo, essa realidade é perigosa e merece cuidado.

O pensar representativo só toma o existente como objético – ou seja, o ente só “é”, quanto está fora do homem, mas, ao mesmo tempo, apreendido pelo seu pensar calculador -, então o mundo, tomado como a totalidade dos entes, se transforma em imagem. Esta é muito mais que reprodução, quadro ou cópia (MICHELAZZO, 1999, p. 61).

A maneira de pensar mudou muito com o passar do tempo. O idealismo platônico ganhou espaço porque o homem faz o que acha ideal. O homem se sente o centro do mundo e é por isso que a maioria das pessoas se identificam com tal pensamento. O entendimento sobre humanismo, por exemplo, foi modificado. Ele busca os direitos humanos? Não, busca apenas as ideias sobre humanismo. Nesse contexto, ainda, as ideias superficiais são um perigo. Esse antropocentrismo está modificando essências e vem sendo aceito devido, simplesmente, à falta de reflexão a seu respeito.

Um conceito que se destaca no pensamento de Platão é *paidéia*. Michelazzo (1999, p. 44) afirma que, na visão de Heidegger, a mencionada palavra tem o significado de “acostumar”, “adaptar” e “familiarizar”, referindo-se ao empenho e esforço do homem. Entretanto, *paidéia* não ostenta uma tradução específica, aproximando-se, porém, de “formação” (*bildung*). Pode-se dizer, então, que é o ato orientador que marca o aceitar da coisa conforme uma visão ou retrato (espelho). Contudo, a ideia formada ao ver a coisa se torna o ponto destacável neste aspecto apresentado.

As coisas devem ser vistas com cuidado pelo homem, sem esquecer-se da essência delas. Suas características, então presentes como modos-de-ser, têm sido abandonadas. Jacomini (2012, p. 104) diz que “o problema do ser é um problema de ser, ou seja, existencial”. Nesse aspecto, destaca-se o *Dasein* (ser-aí) como “um fluxo de possibilidades” a partir do “cuidado” no qual ele habita. O cuidado possibilita ao homem apreender o *Dasein* em seus êxtases temporais (presente, passado e futuro). Assim, o “homem existe cuidando de seu existir, cuidando de existir.” (JACOMINI, 2012, p. 106).

É importante destacar aquilo que é existente/mostrável e aquilo que é oculto, ambos num processo de ocultação e desocultação do ser. A ideia é apenas uma representação que se tem do objeto, referindo-se somente ao ente e não ao ser. Já com o “cuidado”, o indivíduo é remetido ao ser, desocultando-o. O equívoco da interpretação do ser como ideia tem provocado consequências fundamentais nesta questão do pensamento.

A aparência se viu declarada simples aparência e assim rebaixada. Concomitantemente o Ser se desloca, como *idéa*, para um lugar supra-sensível. O hiato, chorismos, se abriu entre o ente apenas aparente aqui embaixo e o Ser real em algum lugar lá em cima (HEIDEGGER, 1969, p. 132).

Neste sentido, as escolhas são modeladoras, sendo de suma importante a atenção diante de qualquer possibilidade, inclusive no âmbito jurídico, na “criação” de uma lei, por exemplo. Questiona-se “o que é a lei?” e tem-se como resposta “a lei é uma ideia”. Mas, para que ela tenha

validade, os legitimados devem seguir alguns procedimentos de positivação. Assim, a realidade será moldada e os indivíduos terão seus direitos. Entretanto, seria correto permitir que o real se modifique por meio dessa ideia? Existe o direito apenas se positivado, ou seja, na lei?

A formatação, a idealização ou a entificação daquilo que é, acaba por moldar e limitar a abertura própria do ser. As coisas não são vistas como elas são, em seus modos-de-ser, mas apenas em sua representação ideal. A imagem da coisa trilha a ideia de benefício próprio, como ajuste do ego. Quanto às pessoas, Jacomini (2012, p. 24) afirma que a “massificação do homem se caracteriza de tal forma que, estando ele fora dos padrões estabelecidos, tem já a impressão de irrealidade, assim como um objeto em seu próprio mundo”.

A definição de tudo, em uma análise platônica, está no homem, e não como os pré-socráticos pensavam, na própria coisa. Quando se trata de ideia, deve-se ter cautela porque a ideia não tem limite e, assim, é possível tomar conclusões de coisas que não são reais. No direito, isso acontece corriqueiramente. Há uma formatação da maneira “correta”, o comportamento ideal, o ponto de vista adequado, dentre outros. A coisa à mostra é analisada de maneira satisfatória, pessoal, não como ela é. A situação é problemática.

Diante do conteúdo abordado, em saliência ao problema da ideia e a necessidade do cuidado, eis a crítica principal: é possível um direito sem lei?

## 2 OS PRÉ-SOCRÁTICOS E MARTIN HEIDEGGER

Para a plena compreensão do assunto tratado e os seus possíveis desdobramentos, é de suma importância entender os pensadores que dominam a principal base filosófica deste trabalho.

Ao abordar o pensamento de Martin Heidegger, busca-se, precisamente, o âmbito filosófico em destaque nos estudos contemporâneos. Um dos pontos interessantes é a caracterização como novidade e, além disso e justamente por isso, o apoio e a crítica são oferecidos de forma natural. Heidegger diz que “é, no entanto, mais salutar para o pensamento caminhar no estranho que instalar-se no óbvio” (apud MICHELAZZO, 1999, p. 13). Entretanto, por caminhar em um lugar desconhecido, a estranheza surge certamente. Sendo assim, a não aceitação ou o descrédito pelas pessoas é normal, até pela necessidade de utilizar como método, em um mundo que caminha ao pragmatismo, a instigação do pensamento ou reflexão.

Os meios de pensar ocidental, de acordo com Michelazzo (1999, p. 13), estão denominados como “pensamento metafísico e pensamento originário, ou ainda, pensamento que calcula ou pensamento que medita”. O pensamento que tem conexão com os pré-socráticos é o meditante, mas, em vários momentos, é colocado de lado, ou seja, é esquecido. O raciocínio em destaque, utilizado pelos pré-socráticos, é um estudo que visa a aproximação do real, visível pela chamada “dualidade”, inspirada na concomitância de ser e ente. Por mais que o presente estudo seja na linha heideggeriana, os pensamentos ocidentais mencionados, fomentam interessantes desdobramentos.

Heidegger é considerado e afamado como autor de difícil compreensão. Tem um tipo de abordagem fatigante e, nesse sentido, alguns conferem a impossibilidade de entendimento de

seus escritos. Entretanto, surgem a autonomia e o acolhimento, os quais fazem conexão ao que Heidegger (1979, p. 144) disserta sobre o “manso rigor” ou a “rigorosa mansidão”. Contudo, por mais dificultoso que possa parecer, independente da familiaridade, as percepções do autor fazem sentido se pensadas de maneira meditante.

De modo contrário ao cotidiano, o ser que Heidegger enumera não está, de maneira alguma, fora do pensamento. Michelazzo (1999, p. 18) afirma que este tal “pensar” é um modo de ser, ou seja, “um modo de estar na presença das coisas”. Assim, vê-se um fenômeno que, simploriamente, refere-se à unidade de ser e ente, a chamada ligação em um “horizonte de totalidade e unidade”. Sendo assim, o pensar e o ser se conectam e caminham na mesma trilha.

A filosofia ocidental, desde os gregos, busca e instiga a análise da essência daquilo que é, ou seja, a procura do ser. No entanto, essa busca ou investigação do ser é encontrada não no ser, mas no ente. Assim, como salienta Heidegger (2005, p. 17), a procura do ser do ente, do que faz o objeto ser o que “é”, é desprovida de apreciação, isto é, a dita procura do ser inexistente, não é investigado em seu sentido original.

A verdade também é analisada pelos gregos como próximo do ser, com dependência à fundamentação do ser. Os gregos são os precursores do pensamento em destaque e deles vêm as melhores referências sobre o tema, atentando-se à união entre “pensar” e “ser”. Tal unidade gera estranheza, mas, por dependência do homem enquanto ser, aos poucos se reorganiza por meio de um pensamento originário.

Alguns afirmam que o pensamento originário tem a finalidade de retornar à filosofia grega. Mas isso é um equívoco. Jacomini (2012, p. 41) diz que os pré-socráticos falavam a respeito do pensamento do ser, porém esse tal pensamento permanece hoje e há muito que refletir a seu respeito. Por mais que a maioria não dê o merecido reconhecimento, para a filosofia é o que detém maior dignidade.

### 3 ENTE E SER

O “ente” e o “ser” são atribuições existentes no pensamento de Heidegger, sendo imprescindível a distinção de seus âmbitos. O “ente” representa o âmbito ôntico e o “ser” o âmbito ontológico. O ôntico refere-se ao “existente, distinto do ontológico que se refere ao ser categorial, isto é, à essência ou natureza do existente” (ABBAGNANO, 1998, p. 727). Já a relação entre ente e ser, abordada no próprio título da obra de José Carlos Michelazzo, “Do um como princípio ao dois como unidade”, significa que eles não se conectam em locais diferentes do real, mas há uma duplicidade como um todo. Tornam-se “o mesmo” e, nesse sentido, eles “são” em conjunto, não individualmente, pertencente a uma unidade. Leciona Loparic (1995, p. 22) que “diferentes, ser e ente não são um, sem, contudo, serem dois”, mas são “o mesmo”.

O ser das coisas deve, naturalmente, ser buscado, mesmo com a dificuldade de concluir o que é ser. Sabendo que ser é aquilo que é e que está mais próximo do homem do que dos entes é preciso aceitá-lo de forma simples. O ser se mostra sempre no ente, sendo nele o lugar próprio de

sua abertura. “A essência do homem requer vir compreendida e fundada dentro da problemática do ser como o lugar que o ser reclama pela própria abertura”, salientando suas possibilidades mais próprias (JACOMINI, 2012, p. 136).

Nesse sentido, tendo por base a mencionada proximidade do homem ao ser, há de se destacar que “a essência do homem consiste naquilo que ele é” (JACOMINI, 2012, p. 135). Nela, ele deve agregar o pensamento sobre a verdade do ser em conexão ao seu “ser-lançado”, isto é, arremessado em direção ao existir do ser, por meio de seu reconhecimento. A ambiguidade entre ser e ente é, no mínimo, interessante. Não contém um tom negativo, porém relaciona-se ao modo de ser do homem. Jacomini (2012, p. 44) declara que essa questão “ente-ser” refere-se ao existir humano no aspecto daquilo que é (ente) e da “transposição do que “é” (ser).

Michelazzo (1999, p. 63) disserta que com o pensar metafísico e a aceleração da centralização do homem em meio real, surge, por consequência, o antropocentrismo. Entretanto, na análise moderna do ser, o nexos de relação entre a metafísica e o antropocentrismo faz sentido. O ponto central, iniciado por Platão, é o ser visto como *idéa* e, a partir disso, alguns elementos do pensamento, como precisão, cálculo e controle, usados no modo de apreensão do real, ou seja, do ente. Contudo, em qualquer lugar que o ente for colocado sob domínio da previsão e cálculo, o homem se põe em posição de destaque em relação ao real para, assim, diagnosticar a definição dos entes.

Já diante da análise fenomenológica, o estudo do “ser-no-mundo” pode ser direcionado à área jurídica, assim como para qualquer outra área, evidenciando não o jurista que somos, mas o jurista que queremos ser. Nesse sentido, Jacomini (2012, p. 98) diz:

Lançados no mundo, somos chamados, convocados e pressionados a sermos qualquer um dos outros. Durante toda a vida vivemos a impessoalidade como sendo quem nós mesmos somos. Vivendo querendo ser igual aos outros para podermos ser nós mesmos e, ao mesmo tempo, querendo ser diferentes para, também sermos nós mesmos. Essa identidade absoluta é insuportável e, quando aparece como alternativa ou desejo, desenvolve-se como uma doença, como um modo de ser deficiente. No máximo, o que é admitido como modo próprio de se cuidar do ser é um estilo pessoal, mas jamais um rompimento com os significados padrões.

Nesse aspecto, há uma necessidade de mudança no objeto de conhecimento, ou seja, deve dar um “passo de volta” ao ser e extinguir qualquer tentativa de formatação ou implantação de sua forma comportamental.

#### **4 ABERTURA DO SER: VERDADE E LIBERDADE**

A liberdade e a verdade, consoante Jacomini (2012, p. 68), fazem menção ao poder-ser do homem, ao poder-ser-no-mundo. Esse tal poder-ser é visualizado pelo Dasein (ser-aí) histórico no mundo, isto é, é a maneira pela qual o homem se corresponde com aquilo que vem ao seu encontro,

com o que está presente e com o que já é passado.

Para que o homem conceda a verdade, deve haver consciência; sem ela, não fará sentido e não será real. Mas deve acompanhá-la, também, a responsabilidade e autoconsciência. Assim, é neste âmbito que se apreende o direito, como modo de ser do homem, aberto no mundo e sem objetividade: é o direito sob a verdade do ser (JACOMINI, 2008, p. 129).

De acordo Jacomini (2012, p. 80), a liberdade refere-se ao “ser-livre-e-aberto” para uma “solicitação”. Esses termos, “livre” e “aberto”, dependem do espaço e a base dessas ligações é uma circunstância, diferente do aspecto da lógica que é, para muitos, a única possibilidade de provar a verdade de algo. O espaço tem, assim, o caráter de acolhedor, pois concede a uma coisa o seu lugar, já que a condição de sua abertura se dá sempre com a presença de um ente (JACOMINI, 2012, p. 76).

Com o liame de “ser-livre-e-aberto”, das delimitações do espaço pelo próprio acolhimento e do Dasein (ser-aí), fica evidente e necessário a análise dos fenômenos corporais, tendo o homem uma importância significativa na claridade do ser por ser seu guardião. O espaço implica nessa clareira, pertence a esse aberto que o homem mantém enquanto existente e que o ser se desoculta em sua verdade.

A “verdade”, dentro da história da filosofia ocidental, distanciou-se da concepção grega de “não-velamento” e, posteriormente, veio a causar a perda, também, da essência da *phýsis*. Com Platão, o ser tornou-se apenas aquilo que é, sendo este, na realidade, o ente. Nesse “conflito”, os gregos analisam a *phýsis* de maneira parcial, afetando diretamente a verdade do ser. Vale ressaltar, entretanto, que o fundamento da verdade é a liberdade (de abertura). Poggeler (1986, p. 193) diz que o pensamento grego se “obrigou” a mudar o olhar “e, por isso, se viram obrigados a esquecer, com uma determinada necessidade, a verdade de ser: a saber que o ser é antes de tudo o estar aberto e o ocultar”.

A essência da verdade “é expressa na própria raiz da palavra *alétheia* (não ocultação)”, afirma Jacomini (2012, p. 82). A “não ocultação” pode parecer ter um cunho negativo, mas refere-se apenas à aparição do ser. Essa definição implica, portanto, na origem do ser. Entretanto, cabe relatar a concepção de Platão a esse respeito, sendo ela diferente da heideggeriana ou da forma originária. Platão explicita sua concepção da verdade por meio do “mito da caverna”, fazendo “referências em torno do papel da luz (ideia)”, ou seja, semelhante ao que o sol faz na “constância de sua luminosidade” (vinculação), sendo importante que o homem dirija seu olhar naquilo que é iluminado e ele vê (JACOMINI, 2012, p. 82-83).

Já na visão mais originária, é entendido que o homem busque tal claridade no mostrar-se, no abrir-se da coisa. A verdade, juntamente com a liberdade de ser, faz parte dessa abertura.

O momento em que a verdade se rende fenomenologicamente explícita no conhecer é o momento em que se colhe a constituição da asserção como ser da própria coisa que é. Esta é verdadeira quando se verifica que é o próprio ente mesmo na afirmação. É a verificação da qual brota o ser-desocultante da asserção. Tal verificação consolida-se, assim, no ente, no qual o conhecer se justifica como

verdadeiro (JACOMINI, 2012, p. 128).

Um ponto considerável são os estados do ânimo que estão no âmbito dos sentidos. Por meio desses estados é que as coisas adentram à realidade, isto é, tudo tem realidade por meio dos estados de ânimo. A esse respeito, vale ressaltar que os estados de ânimo são diferentes de emoções que, por sinal, não devem intrometer-se nas informações em relação ao mundo. Os estados de ânimo dão liberdade às coisas a serem o que são, descobrindo-as, primeiramente, num mundo circundante. Quando as coisas são abertas, o indivíduo descobre-se, então, como um ente que existe de fato e entretido com o mesmo mundo.

O existir, a região aberta do homem, sua estada ou, ainda, o homem habitado é designado de morada (*ethos*: ética). Nesse aspecto e enquanto existente, o homem deve buscar a verdade do ser como elemento original. O ser é, então, caracterizado como fundamento e a ética como “projeção do ser”. Essa verdade originária do ser não é pensada no âmbito jurídico atual, pois o direito, como modo de ser do homem, há muito não é assim pensado (JACOMINI, 2012, p. 88-89).

Portanto, o ente homem, constituído de suas particularidades, se faz pertinente a tal análise. Com isso, a interpretação do eu (si mesmo) é um primeiro passo que deve ser dado pelo ser humano. Mas requer cuidado por ser meramente um passo inicial (ideológico). O cuidado já se faz necessário pelo corriqueiro fato do eu ser visto de uma forma pluralizada. No cotidiano, o homem não é visto em sua singularidade, mas pelas qualificações gerais, pelo padrão. Isso acontece, por exemplo, no campo jurídico, onde se preza pela justiça, por aquilo que é justo.

O direito, assim, na plenitude, não tem sua origem no desocultamento. Todo direito autêntico aparece, portanto, afeto de ser ainda não direito. A presença do não direito no direito deve afirmar-se na sua fase de existência, pois a salvação do homem não está na obra, mas sim na sua função de manter o homem na abertura da verdade do ser (JACOMINI, 2012, p. 122).

No mundo atual e a partir dessas pontuações, seria possível afirmar que a lei é capaz de definir o direito por meio da verdade do ser? É facilmente compreensível que não e, de forma semelhante, a justiça também não é. Ao contrário e apenas com o pensamento originário, possivelmente a “justiça” permitirá que a verdade, essencialmente, seja um resultado.

## 5 MÉTODO FENOMENOLÓGICO

A observação e a reflexão raramente existem de maneira profunda. Quando alguém procura refletir, em sua maior parte, é superficialmente. Com isso, o próprio mundo em que o ser humano está não é compreendido. Afinal, o homem sabe o que acontece no seu dia-a-dia? É pertinente destacar o método fenomenológico do direito, contemplando a importância do ouvir, falar e, principalmente, o pensar silencioso, que se conecta à corporeidade.

A compreensão, dentro da análise fenomenológica, é vista como possibilidade. Nesse

sentido, há uma coincidência entre ser e aparecer, ser-no-mundo e ser-com-os-outros. Diante dos modos-de-ser-no-mundo (existencial), como formas de ser e se manifestar, é preciso enfatizar a relação entre o ente e o ser (o mesmo), pois o ser não é dado como ente, no sentido definitivo, mas como um feixe de possibilidade. Contudo, o ser-no-mundo, por meio do ato humano, não compõe uma individualidade em seu desdobramento, pois o olhar humano não é meramente individual, mas coexistente (CRITELLI, 2006, p. 73).

Assim, a coexistência entre ser e ente é condição fundante de toda possibilidade de ser. Neste sentido, Jacomini (2012, p. 158) afirma:

É desde um certo e refletivo ser-no-mundo-com-os-outros que o fenômeno recebe sua possibilidade de ser, sua possibilidade de realidade. Com isso, quando o ente aparece, ele, de algum modo, já foi trabalhado como real, ou seja, o aparecer dos entes em seu ser supõe que aquilo que se mostra já tenha a sua realidade garantida e promulgada. A percepção de algo depende de esse algo ter sido resultado de um movimento de realização, movimento simultâneo temporal e existencial.

Pensar e ser é, também, uma unidade fenomenológica e implica no movimento de realização existencial. Trata-se de maneira de pensar circulante, como forma de pensar originariamente, ou seja, um recuo à origem. Seria, basicamente, um avanço à análise que caminha como um “movimento espiral descendente”. “O pensamento em círculo não desemboca propriamente em conclusões, mas em questões que abrem novas questões que se originam sucessivamente.” (JACOMINI, 2012, p. 143). Enfim, como visto anteriormente, trata-se do pensamento meditante, aquele pautado pela cautela, aquele que investiga o que as coisas são em sua essência. Pensar não é simplesmente o cálculo de ações com vistas a uma atualização da situação presente, mas o desocultamento com a liberdade de ser e a verdade reveladora. “Pensar e ser estão unidas no sentido do que tende a opor-se, isto é, são o mesmo como pertencentes um ao outro num único conjunto.” (HEIDEGGER, 1969, p. 162).

É possível, portanto, a seguinte indagação: de que maneira prática se pode efetivar o direito a partir desse pensamento? Por meio da hermenêutica se pode trabalhar pensamentos conectivos e essenciais, ou seja, meditantes. O ente e o ser habitam uma unidade e, somente assim, haverá a possibilidade de ver o que são e como são os seres enquanto seres. No campo jurídico, deve deixar o homem ver seu direito enquanto próprio modo-de-ser. Também requer “cuidado”, pois, para ser compreendido naquilo que ele é e como é, não depende, necessariamente, da existência de lei positiva. Porém, se ela existe, seja ela também tomada como ser, mas como um ente que orienta na busca pelo ser-direito.

Por meio do círculo hermenêutico é possível a apreensão do método fenomenológico, com fulcro no caminho investigativo que contempla o método e o objeto (HEIDEGGER, 2005, p. 56). Esse círculo demonstra o caminho percorrido pelo pensamento originário, ou seja, o caminho entre a borda e o centro. Aqui, salienta-se a necessidade do meditar do homem para aceitação da sua natureza contingente. Isso se faz razão de sua existência e faz surgir a ele mesmo o próprio

fundamento, principalmente no que se refere ao direito.

Portanto, não é possível evitar o círculo hermenêutico, motivo fundado pelo próprio pertencer do ser à aproximação do homem em sua angústia pelo direito. Frente às obscuridades, na maioria das vezes, o direito não é trazido à luz por um olhar compreensivo. Na análise atual do direito, o modo fenomênico é inutilizado, pois usa-se da metafísica platônica para confundir o modo-de-ser direito com o ente-lei. Com o modo originário, existiria a possibilidade de as coisas serem o que elas são e como são. Mas tal inutilização é existente pelo esquecimento do ser.

O homem, de modo geral, tem a condição de perceber a manifestação própria e seu desdobramento. Por exemplo, incomoda-nos os cães do vizinho porque admitimos o comportamento barulhento deles. Se deixássemos os cães serem, inclusive, cães que latem, eles não nos perturbariam e aborreceriam. Por não correspondermos ao ser dos cães, somos solicitados por ele. Já no caso de um criminoso, ele é o solicitado, é nele a falta de relação livre do ser humano com aquilo que o encontra, o apropriar-se destas relações e deixar-ser solicitado por elas (JACOMINI, 2012, p. 150).

Contudo, dada a importância da análise fenomenológica e os demais desdobramentos, atribui-se pertinência ao pensar e, simplesmente, ser. A relação entre o olhar e a própria coisa é trocada pela coisa em si mesma, gerando ideias inconsistentes e que beneficiam apenas alguns, como ocorrem em algumas leis, por exemplo.

## 6 LINGUAGEM

Filosoficamente, a linguagem é um dos âmbitos mais complexos por navegar nas águas do relacionamento entre o homem e as coisas. Nesse aspecto, o homem, por ter a linguagem, não é meramente algo com vida, mas um “ex-sistente”. Heidegger (2005, p. 42) diz que se homem for capaz de pensar a verdade do ser, o mesmo estará pensando a partir da “ex-sistência”.

Conotativamente, a linguagem faz parte de uma estrutura para construir a morada do ser. Nesse sentido, Jacomini (2012, p. 120) afirma que:

No ministério da linguagem, no qual se deve reunir toda a reflexão hermenêutica, resta o fenômeno mais digno de ser pensado e interrogado. A linguagem seria menos distópica se a gramática e a lógica não se lhe impusessem sempre, restringindo o que pode ser dito e pensado. Evitar esta restrição libertaria os seres humanos para outras possibilidades além das prescritas pelas relações técnicas.

Quando o direito é analisado em consonância com a questão da linguagem, a abertura do ser compõe um primeiro destaque, pois “o homem está cada vez mais distante de si mesmo”, afirma Jacomini (2012, p. 109). Com a linguagem e a essência do homem, o modo-de-ser-direito se abre e “a essência do edificar” aparece. Essa essência é, segundo Jacomini (2012, p. 115), o executar, no sentido de executar a relação do ser à essência do homem. Tal movimento implica na questão da verdade do ser, ou seja, na abertura e compreensão do ser. Contudo, a declaração da verdade não é

feita de modo lógico, metodológico e conceitual, mas por meio dos pontos abordados inicialmente pelo viés fenomenológico, como o habitar existencial e outros.

Na filosofia do direito, a condição do eu de reconhecer a si mesmo comporta a possibilidade do homem de retirar-se da habitualidade. Essa o envolve e o consoma entre leis e normas sem questionar sobre o sentido do modo-de-ser-direito e sem mostrar o direito do homem na sua irreducibilidade ao direito positivo. O conteúdo das normas que respeitam tal reconhecimento e sancionam sua inibição tem a estrutura da juridicidade. Pressupõe-se que é só do homem o poder de conceber a verdade e, portanto, adquirir o conhecimento daquilo que é justo, verdadeiro (JACOMINI, 2012, p. 116).

A linguagem pode mostrar informações singelas do homem, mas, ao mesmo tempo, velar a abertura do ser. É o paradoxo da linguagem, pois, no momento em que ela consegue expressar o ente, ela tende a ocultar o ser. Nesse sentido, essa linguagem vista como fenômeno é objeto da hermenêutica analítica.

## 7 O MODO-DE-SER-DIREITO E A LEI

Diante de conceitos e questionamentos naturais do pensamento, podemos chegar a determinadas proposições. Ao apresentar uma premissa que diz que é possível um direito sem lei, surge uma análise inicial teórica e, também, prática: como o estudo do ser faria sentido na sociedade ou na atividade jurídica? Sabe-se que todo o conteúdo é complexo e sempre contém algo que depende do cuidado e do olhar hermenêutico para ser compreendido. Entretanto, tal conhecimento não satisfaz o mencionado, pois ele não é teórico e nem prático, já que acontece e se realiza antes deste momento. Com base em Heidegger (2005, p. 76), o pensamento “é, na medida em que é, a lembrança do ser e nada além disso”.

Muitas vezes, no direito atual, o ditado “os meios explicam os fins” é utilizado, mas erroneamente. Existe um procedimento padrão para chegar a uma “solução justa”? Há procedimentos legais que acabam por prejudicar as pessoas, seja por não alcançar uma solução ou por determinar uma solução injusta. Será que a formalidade e o positivismo jurídico são as melhores opções para resolver as lides?

A filosofia do direito não surge com a finalidade de deixar as situações fáceis e imediatas, por mais que tenha fundamentos pela Justiça. Seria uma utopia dizer que a filosofia iria aprimorar a Justiça. Por outro lado, há uma noção de inutilidade da filosofia, infelizmente, porque o mundo atual quer respostas prontas e formatadas. Não sabe ter “paciência” diante da “angústia”, o que é questionável já que é exatamente essa angústia que colocará critérios de possibilidades para o futuro. Contudo, a intenção da filosofia é mostrar que tais possibilidades são complexas em uma totalidade e não facilitar as coisas com a observação apenas dos meios.

O direito, tema principal do trabalho, está incluído na análise dos fenômenos corporais. Nesse sentido, “o Dasein (ser-aí) deve ser visto sempre como ser-no-mundo [...], como um estar na

clareira [...], como desocultamento para aquilo que vem ao encontro.” (JACOMINI, 2012, p. 77). É preciso destacar que esses fenômenos não são explicáveis, visto a impossibilidade de se chegar à sua essência. “O direito, assim, deve ser tratado sempre a partir do ser-no-mundo e não apenas da legalidade de um fato.” (JACOMINI, 2012, p. 77).

Usar um pensamento que se limita a algo definido é um equívoco, pois o objeto se constitui desde a sua origem. O direito atual sugere esse equívoco ao utilizar-se de padrões e formatos calculados para identificar o “real”. Nesse sentido, o ser é esquecido e esse direito que se sustenta com um conceito ou noção está indo a um caminho perigoso.

Ao contrário, “o pensar essencial consiste em colocar a questão da origem e do nascer do ser.” (JACOMINI, 2012, p. 26). Com base na temporalidade que lhe é própria e a predisposição para sua verdade, o modo-de-ser-direito deve ser desocultado nos tribunais, por meio de um pensamento originário, sereno e meditante. A análise do modo-de-ser-direito advém de questionamentos ou indagações e, nesse sentido, essa investigação deve se guiar pelo próprio homem em seu estar-sendo-no-mundo. Assim, surge a possibilidade de desocultamento do direito, o que ele é e como é, pois, antes da sentença final, há que se ter uma percepção de que o direito “é”.

Por mais que o trabalho esteja sendo conduzido pela análise da possibilidade de um direito sem lei, não há que se confundir com eliminação ou condenação da lei. A lei tem a sua devida importância, porém não é ela que define o direito. A ideia normativa ou positivada não traz um olhar ao ser e, nesse sentido, a possibilidade de leis inautênticas. Contudo, espera-se que a lei tenha um olhar ao ser e, assim, a verdade do direito, afinal a Justiça preza por leis dessa natureza.

O direito é, certamente, um modo-de-ser, o qual garante o ser de outro modo-de-ser. A forma terrena da verdade é a qualidade da relação humana, possibilitando ao homem retirar-se da habitualidade que o envolve e o consoma, sem interrogar-se sobre o sentido do direito e sem mostrar o direito do homem na sua irredutibilidade às leis e às normas (JACOMINI, 2012, p. 47).

Heidegger (2005, p. 83) apresenta um questionamento que se conecta ao nosso principal assunto jurídico: “Qual a lei do seu agir?” Esse questionamento tem uma profundidade impressionante. É sabido que a nossa intenção é demonstrar a possibilidade de um direito sem lei, e esse questionamento apresentado é semelhante ao nosso viés jurídico: afinal, qual é a lei? Poderíamos falar algumas possibilidades, mas preferimos responder com o que nos conecta: simplesmente, pense. Heidegger (2005, p. 83) diz: que “na presente indigência do mundo, é necessário menos Filosofia, mas mais desvelo do pensar; menos literatura, e mais cultivo da letra”.

Jacomini (2012, p. 36) pontua um problema filosófico significativo: “[...] para determinadas linhas filosóficas, a experiência cotidiana e concreta já é aquilo que é o verdadeiro; para outras, a existência humana concreta e imediata é instável, confusa e superficial.”

Ao aprendermos as premissas estudadas, principalmente o modo de ser do homem e o modo de ser acolhido também ao direito, há uma indagação: Hoje, as leis são apoiadas em um modo de ser do homem no mundo? A resposta a esse questionamento é “não” e, em razão disso, há

motivação para a realização do presente trabalho e para lutar, com cuidado e atenção, a fim de que a mudança necessária seja, essencialmente, presente. Nesse aspecto, em um tom complementar à indagação, Jacomini (2012, p. 107) salienta:

A lei deve ter significado e ser originada de um modo-de-ser-no-mundo. E é à existência humana que sua significação pertence. Nunca às coisas nelas mesmas. Os significados das coisas apenas “são”, à medida que mantém e estabelecem a ligação dos homens entre si e com o mundo. O ser de tudo o que há está no estando-dos-homens-no-mundo.

Para que o objeto do pensamento seja real, “tudo depende do fato de a verdade do ser atingir a linguagem e de o pensar conseguir esta linguagem [...]. Se um dia o homem tivesse a sorte de realizar um tal pensar, não aconteceria uma desgraça” (HEIDEGGER, 2005, p. 53-54). No entanto, permanecemos em “silêncio”.

## 8 JUSTIÇA

Falar sobre justiça, no Brasil, evidencia a atuação do Poder Judiciário. Aliás, é, principalmente, aquele que se mantém distante da verdade do direito. Nesse sentido, pode-se dizer que a sociedade está acostumada com um mecanismo familiarizado no atalho do silêncio, calcando-se, ideologicamente, que apenas este sistema é justo.

Neste cerne, o próprio pensar fenomenológico traz uma possibilidade de justiça a se pensar, diferente da usual ou habitual. Sabe-se que o modelo positivista usado atualmente é deficiente e que, cada vez mais, sentencia injustiças. Diante deste cenário, é necessário refletir sobre a realidade humana porque, se persistir com a forma existente, aquela que não pensa no ser, haverá mais e mais problemas ao invés de soluções.

A Justiça que se preza pela busca da verdade do direito não se encerra apenas na lei. Afinal, direitos são garantidos por sermos humanos, não por existir direitos humanos prescritos em lei. Atualmente, o que mais se aproxima que conecta ao pensamento originário é a Mediação e a Arbitragem, instrumentos que independem de lei. Não se utilizam apenas da lei, mas também de princípios gerais do direito e de julgamento por equidade.

“Enquanto na Justiça comum o Juiz é obrigado a fundamentar sua decisão na lei, na Arbitragem, a critérios das partes, o julgamento pode ser por equidade, nos princípios gerais do direito, nos usos e costumes [...]” (CMABQ, [1996?]).

Vivemos um direito e uma justiça que se limitam em ideias e cálculos. Nestes, a jurisprudência confirma o já “formatado” para a definição da realidade e identificação do direito. O homem não é mais observado, pois é a razão posta que o enquadra. Contudo, inexistente a verdade jurídica nessa posição ideológica ou positivista.

No ordenamento pátrio, cuja visão é a positivista, os magistrados têm a função de julgar lides com base na lei. São esses magistrados que devem dizer o direito e serem justos. Essas ideias

são interessantes, mas divergentes do pensar fenomenológico. Diante da fenomenologia, Jacomini (2012, p. 131) mostra a relação jurídica que se constitui:

É dessa maneira, também, o modo-de-ser-direito na relação dialógica, na autêntica relação jurídica entre o “eu” (ente), o “outro-do-eu” (ser) e o juiz (testemunho). Aqui, o juiz é o testemunho qualificado do direito, ou seja, de um modo-de-ser que garante o ser dos outros-modos-de-ser.

O mundo sendo visto como ser comum a todos, é possível configurar o testemunho. Por meio disso, “o eu pode ser o que é e como é”. Tais modos, abertos no mundo, contemplam significados e a visão da singularidade (o eu) em sua realidade. Isso se faz presente por meio do testemunho do homem e não como é idealizado pela visão positivista.

No Direito Penal, por exemplo, deve-se indagar, primeiramente, a pessoa e o seu comportamento. Perguntas que indagam o “por quê” buscam pela abertura do ser e, portanto, devem ser feitas de primeiro plano. A ideia de penalizar alguém apenas por estar prescrito em lei não é um caminho adequado ao senso de Justiça. Enquanto o reconhecimento do ser não for priorizado pela justiça, existirão desgraças.

Por fim, a própria indagação do que é justiça nos faz refletir, mas, além disso, possivelmente, podemos concluir que métodos usados com formalismos em excesso e alongamentos não são essenciais. Ao contrário, a justiça constitui-se da obra do homem em menter-se aberto na relação de reconhecimento de si mesmo e do outro. Ela incide sobre esta obra e alimenta-se, em toda sua presença, da plenitude do direito, isto é, é um modo da projeção iluminadora da verdade, é um modo de revelar a verdade do modo-de-ser-direito do ser humano. Trata-se de um modo essencial de revelação no qual o indivíduo permite que o seu modo-de-ser-direito, original, torne-se manifesto e de forma explícita.

## CONCLUSÃO

Em face do exposto, fica evidenciado que a lei, por estar prescrita, não é um freio para que o direito seja indagado a uma pessoa. Há que se pensar em possibilidades cujo resultado gere a menor lesividade aos envolvidos, podendo-se afirmar que a melhor maneira de solucionar um conflito, por exemplo, é a existência de direitos por ser humano de direitos, e não por ter um livro ou documento que conste a respeito dos “Direitos Humanos”, ou seja, a busca ao mais próximo da origem e da essência do homem.

Dada a diferença ontológica entre o ser e o ente na busca pela verdade do modo-de-ser-direito, tem-se uma possibilidade de exploração de fronteiras desconhecidas da sapiência. Sabe-se que o direito e outros aspectos interpretativos, essencialmente, detém a complexidade. Nesse sentido, acredita-se que, com a análise fenomenológica e a serenidade, torna-se possível minimizar a angústia, nos aproximando destes âmbitos profundos e difíceis.

O direito é um modo-de-ser original, aberto no mundo sem precedentes, sem objetividade,

com importância própria, livre. Antes de ser um direito positivo, ele já é um modo-de-ser autêntico, verídico, justo, originado da verdade de ser do ser humano.

Portanto, todo o conteúdo apresentado anteriormente pode trazer benefícios insofismáveis ao ser humano e à sociedade, de maneira a constituirmos colaborativamente uma comunidade pensante e desprendendo-se de ideias que formatam o homem, o seu modo de ser e, conseqüentemente, seu existir.

## REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

CMABQ - CÂMARA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM DE BRUSQUE. **Como funciona uma câmara de mediação e arbitragem**. Brusque: CMABQ, [1996?]. Disponível em: <http://www.arbitragembrusque.com.br/arquivos/190>. Acesso em: 15 jul. 2018.

CRITELLI, Dulce Mara. **Analítica do sentido: uma aproximação e interpretação do real de orientação fenomenológica**. São Paulo: Malheiros, 2006.

HEIDEGGER, Martin. **Carta sobre o humanismo**. São Paulo: Centauro, 2005.

HEIDEGGER, Martin. **Introdução à metafísica**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1969.

HEIDEGGER, Martin. **Sobre a essência da verdade**. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Os Pensadores).

JACOMINI, Alessandro. **Hermenêutica do direito e o círculo da compreensão**. Jundiaí: Paco Editorial, 2012.

JACOMINI, Alessandro. **O direito sob a verdade do ser**. Curitiba: Juruá, 2008.

LOPARIC, Zeljko. **Ética e finitude**. São Paulo: EDUC, 1995.

MICHELAZZO, José Carlos. **Do um como princípio ao dois como unidade: Heidegger e a reconstrução ontológica do real**. São Paulo: FAPESP: Annablume, 1999.

POGGELER, Otto. **El camino del pensar de Martin Heidegger**. Madrid: Alianza Almedina, 1986.

**Como citar:** MESQUITA, Lucas Daniel Vieira; JACOMINI, Alessandro. Direito sem lei: um modo-de-ser do ser humano. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 1, p. 85-99, abr. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n1p. 85. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 09/12/2018

Aprovado em: 06/05/2019

**PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ORDEM  
ECONÔMICA COMO DIRETRIZES DO DESENVOLVIMENTO  
SOCIOECONÔMICO BRASILEIRO**

CONSTITUTIONAL PRINCIPLES OF THE ECONOMIC ORDER  
AS GUIDELINES FOR BRAZILIAN SOCIO-ECONOMIC  
DEVELOPMENT

**Jeferson Sousa Oliveira\***  
**Marcelo Benacchio\*\***

\*Doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Direito pela Universidade Nove de Julho - UNINOVE. Especialista em Direito Constitucional e Administrativo pela Universidade Estácio de Sá. Especialista em Direito Tributário pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU. E-mail: jeferson@joliveiraadv.com.br

\*\*Doutor e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor permanente do Mestrado em Direito e da Graduação da Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Professor Convidado da Pós Graduação lato sensu da PUC/COGEAE e da Escola Paulista da Magistratura. E-mail: benamarcelo@gmail.com

**Como citar:** OLIVEIRA, Jeferson Sousa; BENACCHIO, Marcelo. Princípios constitucionais da ordem econômica como diretrizes do desenvolvimento socioeconômico brasileiro. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 1, p. 100-113, abr. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n1p. 100. ISSN: 1980-511X

**Resumo:** Com a célere integração econômico-financeira propiciada pela globalização, as atividades desenvolvidas pelas empresas acabaram sendo transnacionalizadas, instigando diversos Estados não desenvolvidos a buscarem meios de atraí-las para seus territórios, almejando promover o desenvolvimento nacional. Entretanto, isso possibilitou a ocorrência de inúmeros abusos ao poder econômico, ensejando o ganho de poder político por parte das organizações empresariais, refletindo, inclusive, em uma gama de violações aos direitos sociais em diferentes Estados. Destarte, busca-se analisar os princípios constitucionais econômicos, notadamente sob uma vertente de delimitação das relações de mercado e um viés protetivo à dignidade humana, de maneira a contribuir com as discussões sobre o tema. Para tanto, utiliza-se o método hipotético-dedutivo, valendo-se de estudos bibliográficos. Conclui-se que o mercado interno possui significativa importância para o desenvolvimento do país, devendo contar com certo grau de dirigismo político a fim de impedir que o exercício da atividade econômica viole garantias públicas.

**Palavras-chave:** Globalização. Mercado. Desenvolvimento. Empresas transnacionais. Direito econômico.

**Abstract:** With the fast economic-financial integration brought about by globalization, activities developed by the companies were eventually transnationalized, instigating several developing states to seek ways of attracting them to their territories, as a way to promote national development. However, this has led

to numerous abuses of economic power, resulting in the gaining of political power by business organizations, reflecting a range of violations of social rights in different states. The purpose of this study is to analyze the constitutional economic principles, notably under a delimitation of market relations and a protective bias towards human dignity, in order to contribute to the discussions on this subject. Moreover, this paper used the hypothetical-deductive model and literature review. Furthermore, this research concludes that the internal market has significant importance for the development of emerging economies, and should have some measure of political leadership in order to prevent the violation of public rights and guarantees.

**Keywords:** Globalization; Marketplace; Development; Transnational Corporations; Economic Law.

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O processo de globalização tem moldado constantemente a forma com a qual o relacionamento comercial ocorre no mundo moderno. Fruto da evolução dos meios de comunicação, as relações comerciais adotaram um modelo de integração que foi capaz de vincular Estados e empresas na busca pela realização de seus anseios financeiros.

Assim, cada vez mais as empresas desejam ser capazes de utilizar os benefícios trazidos pela globalização, tornando-se transnacionais, mobilizando sua atividade e reduzindo seu custo operacional.

No entanto, a fim de atrair a presença dessas organizações, muitos Estados acabam por ceder à influência por elas exercida, sobrepondo seus interesses e mitigando direitos sob a crença de beneficiar toda a coletividade e aquecer o mercado interno.

Com isso, por vezes, garantias são mitigadas em proveito do capitalismo predatório, tornando o indivíduo mero insumo na cadeia produtiva, ainda que o lucro, embora importante, não deva ser buscado como um fim em si, mas como um instrumento para o desenvolvimento humano.

Nesse contexto, a Constituição Federal previu diversos princípios regentes da ordem econômica nacional, os quais visam ordenar o mercado interno de modo a promover o desenvolvimento pátrio, sem que disso resulte o sacrifício da dignidade do povo brasileiro, entendida como um dos fundamentos da República.

Deste modo, o presente trabalho possui caráter analítico, o qual se valerá do método hipotético-dedutivo e de estudos bibliográficos a fim de abordar a problemática proposta. Busca-se ainda, levantar questionamentos a respeito dos reflexos negativos da globalização atinentes à dignidade da pessoa humana, a partir da atuação das empresas transnacionais e sua relação com os Estados. Em outras palavras, questiona-se, dentro da relação Estado-Empresa-Sociedade, a possibilidade de conciliar o desenvolvimento econômico nacional a partir mercado globalizado, sem que disso resultem violações ao bem-estar do povo brasileiro.

Para tanto, adota-se como referencial teórico a doutrina de Joseph E. Stiglitz e John Gerand Ruggie, no que toca à globalização e seus reflexos socioeconômicos, bem como do posicionamento adotado por Eros Roberto Grau, relativamente à ordem econômica nacional e o desenvolvimento do país através do mercado.

## 1 GLOBALIZAÇÃO E EMPRESAS TRANSNACIONAIS

Atualmente, ante o ápice do desenvolvimento tecnológico e do aprimoramento dos meios de transporte e comunicação, informações que outrora levariam dias ou semanas para circularem pelo mundo passaram a se propagar em velocidade nunca antes testemunhada.

A expansão das relações comerciais entre diferentes povos, impulsionada pela vontade de descobrir o novo e ampliar os ganhos, fez com que a humanidade caminhasse em direção ao que hoje se entende por globalização.

Este processo de evolutiva integração entre povos possibilitou o estabelecimento de novos tipos de interação social, econômica e financeira, de modo a influir diretamente no exercício da atividade comercial e nas políticas de mercado adotadas em diversos países.

O movimento de globalização ressurgiu com uma promessa antiga do capitalismo, o desenvolvimento a todos os povos, tornando latente a crença na ascensão dos padrões de vida por todo o mundo moderno, entretanto, na realidade, o que ocorreu foi o aumento da pobreza nas duas últimas décadas (STIGLITZ, 2007), beneficiando apenas determinados grupos, especialmente aqueles detentores de vasto poder econômico, como as empresas.

O processo de desenvolvimento da globalização foi intensificado a partir da difusão do sistema capitalista pelo mundo, pois a mobilidade das companhias e a rápida realização de negócios, mais do que uma realidade, se tornou uma necessidade.

Assim, o capitalismo demonstrou ser o sistema mais adequado para atender os anseios humanos, sobrepondo-se ao decorrer dos anos ao sistema socialista, que, embora possua uma base ideológica de proteção social, não foi executado com toda sua pureza nos países que o adotaram, salvo a China e Cuba, os quais têm flexibilizado suas políticas econômicas a fim de receberem investimentos externos (TAVARES, 2011).

Com a ascensão dos agentes econômicos a nível internacional e o aumento dos casos de exploração desregulada do trabalho em muitos países, clamou-se pela presença estatal no cenário comercial, a fim de estabelecer limites à atuação daqueles que o integram, visando resguardar direitos tidos como necessários ao bem-estar de todos.

Diversas formas de intervencionismo foram criadas e aplicadas dentro do modelo capitalista, todos objetivando a busca pelo desenvolvimento econômico, e alguns deles, demonstrando certo grau de preocupação com os seres humanos, por exemplo, Estado do Bem-Estar Social<sup>1</sup>.

Embora as ideias trazidas por Adam Smith (2015) quanto ao liberalismo econômico visassem o desenvolvimento social a partir de um mercado autorregulado, isso não se mostrou totalmente eficaz, pois com o passar do tempo, discrepâncias econômicas se acentuaram na sociedade, definindo classes e ensejando constantes desrespeitos aos direitos individuais por parte daqueles que detinham a propriedade dos meios de produção. Em outras palavras, é possível afirmar que a sociedade passou a ser regida pelos desejos do mercado.

Com o advento do neoliberalismo, idealizado a partir da doutrina de John Maynard Keynes – na obra Teoria geral do emprego, dos juros e da moeda - como resposta à crise capitalista que ficou conhecida como a Grande Depressão (VASCONCELLLOS; GARCIA, 2008, p. 17), passou-se a admitir a intervenção<sup>2</sup> estatal na economia de forma mais ampla que os sistemas anteriores,

1 “[...] Os economistas clássicos e neoclássicos propõem uma separação mais sensível entre o Estado e o mercado. Teorias econômicas neoclássicas mais ortodoxas, como a de Adam Smith, em *A riqueza das nações*, sustentam que as funções básicas do Estado devem restringir-se à defesa, ao direito como regulador de alguns fatos sociais, como a propriedade privada, a estrutura da competição e da cooperação e, por fim, a ordem. As teorias estruturalistas, as quais defendem uma atuação mais extensiva do Estado na economia, defendem que as funções do Estado extrapolam a capacidade de determinação e garantia do sistema jurídico, devendo também criar condições materiais de produção, mais comumente conhecida como a infraestrutura, além de garantir a mediação entre salário e capital” (ARAGÃO, 2017, p. 30).

2 Ainda que se conheça a divergência doutrinária quanto ao emprego do termo “intervenção” para se falar em atuação do Estado na economia (ARAGÃO, 2017), opta-se por adotar o referido termo ante a sua usualidade, tanto para

agindo o Estado como agente regulador, a fim de que fosse mantido o equilíbrio do mercado necessário para o exercício da atividade econômica.<sup>3</sup>

Destarte, o modelo neoliberal passou a ser o mais adotado pelos Estados desde então, moldando o posicionamento do ente público em relação ao mercado, obrigando-o a estabelecer limites ao exercício da atividade negocial no mercado interno. Anos mais tarde, com o desenvolvimento das relações de mercado e a expansão da integração social, ao perceberem o potencial lucrativo da internacionalização de suas atividades, diversas empresas logo buscaram se adaptar ao novo cenário a fim de reduzir seus custos e ascender seus ganhos.

O atual dinamismo da atividade comercial no mundo e seu célere fluxo monetário fez com que a mobilidade da atividade econômica se tornasse um instrumento essencial para aqueles que desejam explorar novos mercados, vez que “[...] a imobilidade não é uma opção realista num mundo em permanente mudança” (BAUMAN, 1999, p. 8).

Tal fator contribuiu para o surgimento das chamadas empresas transnacionais, ou seja, organizações corporativas que passaram a possuir sua estrutura difundida em mais de um país.

As empresas transnacionais – que se caracterizam por possuir a matriz em um país e atuação em diversos outros –, destacaram-se no cenário da globalização desempenhando papel determinante nas relações internacionais, que ultrapassam o âmbito econômico. Questões sociais, ambientais, de garantia de direitos dos trabalhadores e de sua dignidade estão nesta pauta (RIBEIRO; OLIVEIRA, 2016, p. 30).

Dentre os diversos questionamentos que rodeiam a atuação das empresas transnacionais atualmente, está a preocupação com os Direitos Humanos, pois os poderes pertencentes a tais organizações “[...] se expandiram além do alcance de sistemas eficientes de governança pública, criando ambientes permissivos para atos abusivos por parte das companhias, sem sanções ou reparações adequadas” (RUGGIE, 2014, p. 26).

Assim, encontra-se dificuldade em submetê-las a um efetivo sistema normativo internacional<sup>4</sup>, visando coibir que condutas comerciais socialmente lesivas fiquem impunes em decorrência de sua força política<sup>5</sup>.

---

versar sobre a atuação do Estado *na* economia quanto *sobre* a mesma.

3 Nesse sentido, destaca-se que assegurar o correto equilíbrio do mercado não traz benefícios apenas para as relações negociais, mas também para a sociedade de modo geral, vez que impede que a coletividade se submeta a situações laborais que violem garantias legais previamente estabelecidas em decorrência de eventuais abusos do poder econômico.

4 “Empresas que operam globalmente, não são regulamentadas como tal. Em vez disso, cada uma das entidades que as compõem individualmente está sujeita à jurisdição nas quais ela atua. Mas, mesmo nos países em que as leis nacionais condenam a conduta abusiva, o que não pode ser sempre subestimando, os Estados muitas vezes deixam de implementá-las – devido à falta de capacidade, ao medo das consequências que podem ser geradas pela concorrência ou porque seus líderes colocam os ganhos particulares acima do bem-estar público.” (RUGGIE, 2014, p. 18).

5 A força política das transnacionais, por diversas vezes, ensejou danos sociais ao redor do planeta, podendo-se citar inúmeros casos. Por exemplo, “no Peru, uma mineradora chegou ao ponto de pressionar o governo a não examinar as crianças que viviam perto de suas minas para ver se haviam sido expostas a riscos de saúde. A certa altura, Papua-Nova Guiné aprovou uma lei que tornava ilegal processar companhias mineradoras internacionais fora do país, mesmo para fazer valer direitos legais, ambientais ou de saúde, temendo que esses processos desestimulassem os investimentos no país” (STIGLITZ, 2007, p. 313).

## 2 REFLEXOS SOCIAIS DA ATUAÇÃO DAS TRANSNACIONAIS

Em meio a Era da Informação, para que uma atividade comercial seja desenvolvida de maneira eficiente, faz-se imprescindível a existência de algum tipo de apoio advindo do Estado, principalmente no que tange a atuação das empresas nacionais, essenciais ao desenvolvimento do mercado interno.

Entretanto, benefícios são concedidos também a empresas estrangeiras. Diversos países reduzem as obrigações das transnacionais detentoras de notória influência no cenário internacional a fim de que estas se instalem em seu território, o que é feito, por vezes, através de subsídios e isenções fiscais.

O problema surge quando estas empresas migram para países periféricos não apenas em busca de mão de obra barata e incentivos fiscais, mas também de influência política, a qual é conquistada através de seu poder econômico<sup>6</sup>.

Possuir poder político enseja maior facilidade para a iniciativa privada em sobrepor seus interesses àqueles pertencentes ao Estado, o que pode comprometer a justiça social, restringindo a atuação do ente público quando do exercício do poder de polícia administrativa<sup>7</sup>, sujeitando a sociedade aos interesses do mercado. Nessa esteira, Daniela Menengoti Ribeiro e Jose Sebastiao de Oliveira (2016, p. 30), afirmam que “a grande inquietação quanto à atuação das empresas transnacionais é seu comprometimento com os direitos humanos em países onde há falhas legislativas para sua efetiva garantia.”<sup>8</sup>

O Estado, por seu turno, também é responsável pela mitigação e ausência de efetivação de direitos, pois cedendo aos interesses privados, o Poder Público opta por suprimir garantias ou adotar um posicionamento passivo na proteção de sua população, vulnerando seu povo à própria sorte.

A partir disso, é possível falar na precificação do meio ambiente e da vida humana, vez que “o dinheiro fala alto em todos os países, mas fala especialmente mais alto nos países em desenvolvimento.” (STIGLITZ, 2007, p. 315). Corroborando com tal assertiva, José Renato Nalini (2015, p. 11) dispõe que “o dinheiro anestesia a consciência. Em nome dele, tudo se legitima.”

Max Weber (2004, p. 46) traz que ante a inversão de valores causada pelo capitalismo, o ser humano vive “[...] em função do ganho como finalidade da vida, não mais o ganho em função

---

6 “[...] quando o empresário atua no mercado em busca de um determinado objetivo, se ele não consegue atingi-lo por via diplomática, ele vai tentar obtê-lo por vias, digamos, ‘violentas’, pelo *lobby*, pela captura de agências e assim por diante” (NUSDEO; MAGLIANO; FERRAZ JUNIOR, 2009, p. 6).

7 “A Microsoft tem tanto poder de mercado que ameaçou descaradamente se retirar da Coréia do Sul se o país continuasse com seu processo antitruste contra a empresa – em certo sentido, confirmando as alegações de poder de mercado arrogante, pois se isso não fosse verdade, sua ameaça de se retirar não faria sentido.” (STIGLITZ, 2007, p. 134).

8 A relação entre Direitos Humanos e atividade econômica é de significativa importância para muitos, o que resultou em diversas tentativas de conciliar ambos os interesses, no entanto, os agentes econômicos privados opuseram-se ao que eles entenderam como uma privatização de direitos, cabendo ao Estado e não ao mercado assegurá-los. Nessa linha, podendo-se citar, por exemplo, os chamados *Guiding Principles on Business and Human Rights*, que, em linhas gerais, traz que “[...] os Estados devem proteger; as companhias devem respeitar; e aqueles que foram prejudicados devem ser indenizados” (RUGGIE, 2014, p. 23).

do ser humano como meio destinado a satisfazer suas necessidades materiais.”<sup>9</sup>

Embora muito se acredite que a atividade econômica é exercida com o intuito exclusivo de gerar lucro, é errônea a adoção de tal posicionamento, pois como afirma Amartya Sen (2010, p. 28), “a riqueza evidentemente não é o bem que estamos buscando, sendo ela meramente útil e em proveito de alguma outra coisa”. O que se busca, na verdade, é o desenvolvimento social e a melhoria da qualidade de vida de cada indivíduo.

Ademais, a transnacionalização da atividade econômica não é de todo mal, vez que tem cumprido seu papel em propiciar a expansão da competitividade entre as empresas, o que também é benéfico aos consumidores, à medida que possibilita a transferência de tecnologia, redução dos preços e o aperfeiçoamento da educação nacional.

Entretanto, não se pode olvidar que a atuação das transnacionais ocorre com base nas determinações de investidores<sup>10</sup>. Embora possa haver organizações empresariais preocupadas com a opinião de seus *stakeholders* (empregados, fornecedores, clientes etc.), estas declarações, por muito tempo, foram consideradas irrelevantes ao versarem sobre a maneira como aquelas deveriam ser dirigidas. No entanto, a sociedade tem causando a mudança desse entendimento à medida que a difusão das informações enseja maior transparência e notoriedade dos fatos, influenciando diretamente a imagem social da empresa, e, conseqüentemente, seu desempenho no mercado.

Desta maneira, almejando evitar a aquisição de uma imagem comercial negativa, algumas empresas participam anualmente de programas sociais, os quais são apresentados à coletividade como um instrumento de propaganda, o qual se denomina *marketing* social (CUNHA; DOMINGOS, 2011).

Dentre as diversas formas de *marketing* social adotadas no mundo, inclusive no Brasil, comumente as empresas se valem daquelas medidas que visam preservar o meio ambiente. Entretanto, transmitir uma imagem ambientalmente correta não justifica incorrer em violações a outros direitos.

Não basta à empresa se autodenominar ecologicamente correta, se incide e reincide em más práticas ambientais e mostra que sua opção ecológica é mero marketing. Verdade, franqueza, transparência, são valores que nem as pessoas, nem as entidades formadas para os mais distintos objetivos podem descuidar (NALINI, 2011, p. 121).

Tornou-se moralmente inaceitável a atuação de companhias que desrespeitem direitos trabalhistas, ambientais, consumeristas, entre outros. No entanto, ao mesmo tempo em que

---

9 Segundo Fábio Konder Comparato (2014, p. 54), “em nenhuma civilização no passado, jamais se admitiu o acúmulo de bens materiais como finalidade última da vida. Ainda que no judaísmo, em certas igrejas cristãs, como a calvinista, e no islamismo a riqueza seja considerada uma recompensa divina, nem por isso ela deve ser procurada por si mesma.”

10 “No mundo contemporâneo, titular do poder capitalista não é uma pessoa determinada, mas um conjunto de pessoas ou organizações. Nesse conjunto, podem-se distinguir os empresários propriamente ditos, ou seja, aqueles que detêm o comando de empresas, e aqueles que, não possuindo o comando direto de empresa alguma, são, não obstante, detentores de grandes recursos monetários de investimento ou financiamento, ou seja, os capitalistas, no sentido próprio do vocábulo” (COMPARATO, 2014, p. 121).

muito se questiona sobre a mitigação de direitos sociais em países não desenvolvidos, diversos consumidores demonstram não se importar com a procedência dos bens postos à sua disposição do mercado local, ainda que sejam fruto de labor em condições desumanas.

Por outro lado, com o advento da especialização da mão de obra e o barateamento da produção de bens e da prestação de serviços, cada vez mais as grandes empresas tem migrado suas filiais para outros Estados.

A mobilidade possibilitada pela globalização, embora beneficie as empresas, permitindo-as buscar oportunidades resultantes na redução do custo operacional, enseja também graves danos sociais ao deixar uma onda de desempregados, pois conforme versa Bauman (1999), os efeitos dessa mudança guarnecem imóveis. Desta forma, o desemprego, a queda na arrecadação tributária e o aumento das prestações sociais financiadas pelo governo se tornam uma indesejada realidade.

Decorrente de todo o contexto aqui traçado é que as empresas são apontadas como as instituições vitoriosas do final da dicotomia real entre capitalismo-socialismo que ocorreu no final do século XX. E isso ocorre em função de tais empresas possuem poderio econômico, financeiro, técnico e informacional em muito superior ao do Estado-nação, o que permite que migrem partes de seu setor produtivo para países em desenvolvimento em busca de menores tributações, salários e, conseqüentemente, não propiciem condições para efetivar os Direitos Humanos em tais localidades. Tudo em busca do aumento do lucro de forma indiscriminada, independentemente da existência de um sistema global de proteção dos Direitos Humanos (BENACCHIO; VAILATTI, 2016, p. 17-18).

Cumprir destacar ainda que a adoção de políticas que vulneram a proteção aos Direitos Humanos viabiliza a ocorrência do *dumping* social, ou seja, passa a haver o desatendimento frequente às garantias laborais mínimas, prejudicando assim, todos aqueles que estão sujeitos às relações laborais.<sup>11</sup>

Destarte, deve-se salientar que embora exponham a sociedade a inúmeros problemas, as empresas transnacionais devem manter sua natureza econômica e buscar a acumulação de riquezas, mas como destaca Amartya Sen (2010, p. 28), “sem desconsiderar a importância do crescimento econômico, precisamos enxergar além dele.”

Por isso, não só as empresas, mas também o Estado e a sociedade devem se portar de maneira a respeitar todos os direitos inerentes à pessoa humana, não adotando o acúmulo de riqueza como um fim da atividade econômica.

### **3 ASPECTOS ECONÔMICO-CONSTITUCIONAIS DA PROTEÇÃO HUMANA E DO DESENVOLVIMENTO NO BRASIL**

Com o advento da globalização e a integração econômica mundial, muitas barreiras

---

<sup>11</sup> “Como o salário do trabalhador representa relevante obstáculo para o aumento do lucro, explora-se a mão-de-obra para a obtenção de menores custos de produção, o que permite também a diminuição do preço de venda, instigando, assim, a prática de *dumping* social [...]” (FRAHM; VILLATORE, 2004, p. 286).

comerciais desapareceram e diversos problemas sociais surgiram. Ao mesmo tempo em que vários povos começaram a interagir, passaram também a concorrer profissionalmente, chegando, em alguns casos, a fechar-se ao mundo moderno na tentativa de preservar suas tradições, as quais também ganharam um viés comercial no mercado moderno<sup>12</sup>.

Nessa linha, Eros Roberto Grau (2015) entende que a sociedade civil passou a ter sua liberdade comprometida pelo aumento da competição econômica global e pelo surgimento de novos tipos de exclusão social baseada em raça, nacionalidade, religião ou qualquer outra característica pessoal.

A exclusão social causada por características de determinado grupo pode acabar sendo perpetrada à medida que certos cargos e remunerações passam a ser ocupados por uma seleta classe dominante, consolidando todas as discrepâncias historicamente estabelecidas pelo modelo capitalista.

Embora a globalização tenha trazido a promessa de que os padrões de vida em todo o mundo seriam elevados, é possível perceber que a grande maioria dos países ainda não atingiu os padrões inicialmente imaginados, e um dos motivos que os impedem é o capital especulativo, o qual migra para o Estado e o deixa ao primeiro sinal de instabilidade política ou financeira (STIGLITZ, 2007).

Isso só contribuiu para o empobrecimento das populações pertencentes a Estados não desenvolvidos, e subsequentemente, à sua marginalização e discriminação se comparados com populações de países tidos como desenvolvidos.

Com isso, objetivando amenizar os efeitos negativos da globalização, muitos Estados passaram adotar normas e políticas públicas que visam amparar sua população, a fim de protegê-la dos reflexos gerados pela atividade econômica, o que nem sempre tem se mostrado eficaz<sup>13</sup>.

O Brasil, fundado em raízes neoliberais, visando conciliar o desenvolvimento econômico e a proteção de seu povo, dispôs em sua Constituição Federal uma gama de direitos e garantias individuais e coletivos, além de diversos princípios norteadores da atividade econômica, almejando impor limites ao exercício da atividade comercial no país.

Desta maneira, não é errado dizer que tais princípios visam assegurar o pleno desenvolvimento da atividade comercial no Brasil, resguardando a dignidade da pessoa humana no habito das relações econômicas, de modo seja possível propiciar uma existência digna a todos.

Sendo a proteção à dignidade da pessoa humana<sup>14</sup> um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF), tem-se que o Poder Público nacional deve buscar proteger o ser humano de todo tipo de ofensa e humilhação, garantindo ainda condições mínimas à sua

12 Para Sandel (2018, p. 16), “[...] em consequência, sem que nos déssemos conta, sem mesmo chegar a tomar uma decisão a respeito, fomos resvalando da situação de *ter* uma economia de mercado para a de *ser* uma sociedade de mercado.”

13 “Agravando o cenário econômico-jurídico, percebe-se, na atual conjuntura, que desde a década de 70 há o crescente esvaziamento da função estatal de executar políticas sociais em função da quebra do compromisso keynesiano, do debilitamento do estado do bem-estar, do aumento do poder econômico das empresas transnacionais nas decisões políticas e da constante influência neo-liberal.” (FRAHM; VILLATORE, 2004, p. 290).

14 Entende-se por dignidade da pessoa humana a existência de uma gama de elementos capazes de compor o mínimo necessário à vida e ao bem-estar de cada indivíduo - como moradia, saúde, trabalho -, sendo esta uma característica inata a todos, estando o Direito encarregado de declarar e assegurar tal condição (BRITTO, 2016).

subsistência (TAVARES, 2011).

A observância dos princípios da República, bem como dos princípios da ordem econômica, deve ser integrada, vez que tais elementos atuam de maneira conjunta a fim de propiciar o pleno desenvolvimento nacional (art. 3º, II da CF). Ademais, a interdependência entre princípios e objetivos constitucionais não deve se conter ao âmbito legal, sendo necessário efetivar esta integração com base na moral, na política e na cultura nacional (TAVARES, 2011), para que assim seja possível instituir políticas de gestão mais amplas e eficazes.

Em outras palavras, a proteção à dignidade humana, ao meio ambiente e a redução das desigualdades regionais e sociais não devem ser constituídas como um entrave para o incentivo à livre iniciativa e à livre concorrência, permitindo, uma efetiva valorização do trabalho e a busca do pleno emprego.

Ocorre que o desenvolvimento gerado pelo exercício da atividade econômica não beneficia apenas o Estado, mas também a sociedade, de maneira direta e indireta, pois além de melhor distribuir renda, aumentar os postos laborais e modernizar a tecnologia nacional, possibilita ainda ao Estado ascender sua arrecadação tributária, fortalecendo o mercado interno e possibilitando que empresas nacionais ganhem maior competitividade no cenário econômico internacional.

Nessa linha, entende Amartya Sen (2010, p. 61):

O crescimento econômico pode ajudar não só elevando rendas privadas, mas também possibilitando ao Estado financiar a seguridade social e a intervenção governamental ativa. Portanto, a contribuição do crescimento econômico tem de ser julgado não apenas pelo aumento de rendas privadas, mas também pela expansão dos serviços sociais (incluindo, em muitos casos, redes de segurança social) que o crescimento econômico pode possibilitar.

No entanto, não se pode olvidar que o desenvolvimento está diretamente atrelado ao domínio do conhecimento, o qual é adquirido com base na educação<sup>15</sup>. Com a evolução da humanidade, dominar o saber se tornou um diferencial capaz de ensejar a vitória ou derrota de muitos povos em meio a conflitos armados. Hoje, por outro lado, o conhecimento é constantemente explorado com fins negociais, não apenas no setor armamentista, mas comercial de modo geral.

Atualmente, investir na especialização a mão de obra é algo cada vez mais frequente em muitos Estados, normalmente através de políticas públicas de financiamento educacional, ou por necessidade da iniciativa privada, a qual acaba por custear cursos de capacitação para seus funcionários, a fim de que atendam suas necessidades operacionais.<sup>16</sup>

Ademais, é dever do Estado prover, através de suas políticas, meios para a correta distribuição de renda, pois nada adiantará instruir a pessoa individualmente considerada, sem

---

15 Para Stiglitz (2007, p. 95), “o que separa os países mais desenvolvidos dos outros não é apenas uma distância em recursos, mas um abismo em conhecimento, motivo pelo qual os investimentos em educação e tecnologia – em larga medida, do governo – são tão importantes.”

16 Stiglitz (2007, p. 118) entende que “os países que não investem amplamente em educação encontram dificuldades para atrair investimentos externos em negócios que dependem de uma força de trabalho especializada – e hoje cada vez mais negócios dependem desse tipo de mão-de-obra.”

educar a coletividade. Logo, o acesso à educação deve possibilitar que o povo seja capaz de assumir uma postura crítica na tomada de decisões de âmbito político, sob pena de haver graves violações às condições fundamentais da política participativa (SEN, 2010).

Destaca-se também a importância de impedir a prática de atos anticoncorrentiais, devendo haver um rígido combate à instituição de monopólios, oligopólios e a formação de cartéis, vez que a manipulação do mercado pela iniciativa privada gera incontáveis danos ao mercado interno e à coletividade, restringindo o número de concorrentes, impedindo a inovação e impossibilitando o barateamento dos produtos e serviços.

Ou seja, a adoção de uma postura ativa do Poder Público na regulação do mercado contribui para a manutenção a livre concorrência (art. 170, IV, CF), da proteção ao consumidor (art. 170, V, CF), além de colaborar para a o desenvolvimento das empresas nacionais.

Importante destacar que embora o consumismo tenha se tornado um modo de viver na modernidade, não se pode preterir o desenvolvimento econômico em detrimento do meio ambiente, nem a proteção do meio ambiente ao desenvolvimento econômico.

Mesmo no exercício da atividade econômica os seres humanos devem respeitar os limites regenerativos do planeta, pois todos dependem da biodiversidade existente para que haja o correto equilíbrio ecológico, além de tentar evitar a ocorrência de situações como o aquecimento global e o ingresso de animais silvestre em polos urbanos.

Desta forma, o inciso VI do artigo 170 da Constituição Federal elenca a proteção do meio ambiente como um dos princípios da ordem econômica na tentativa de resguardar esse bem tão importante à vida no planeta. Logo, a defesa do meio ambiente está intrinsecamente ligada ao desenvolvimento nacional, pleno emprego e valorização do trabalho, vez que estes são instrumentos capazes de embasar a existência digna do ser humano (GRAU, 2015).

Cabe destacar ainda que para conquistar a soberania nacional econômica, prevista no inciso I do artigo 170, faz-se necessário fomentar o mercado interno por meio do tratamento favorecido às empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País (art. 170, IX, CF), bem como possibilitar o acesso ao pleno emprego (art. 170, VIII, CF)<sup>17</sup>.

Como bem explica Eros Roberto Grau (2015), afirmar a soberania nacional econômica supõe a modernização da economia e não o seu isolamento, de modo a permitir uma ruptura na relação de dependência entre Estados desenvolvidos e em desenvolvimento.

A quebra da dependência econômica entre os Estados possibilita, dentre outras coisas, maior participação de empresas brasileiras no cenário comercial internacional. No entanto, para que esta participação seja efetiva, o Estado deve implementar mecanismos que viabilizem o surgimento de novas empresas em território nacional, bem como as resguarde dos abusos ao poder econômico praticados por agentes já consolidados no mercado nacional.

Embora as companhias com maior poder financeiro costumem tomar suas decisões com

---

<sup>17</sup> A partir do que defende Ignacy Sachs (2008), tem-se que tal princípio busca não o pleno emprego em seu sentido estrito, mas assegurar àquelas pessoas que possam e queiram trabalhar, o emprego digno ou o auto-emprego, de modo a conciliar o crescimento econômico com a sustentabilidade social.

base em estudos e avaliações de custo operacional e expectativas de lucro, o Estado não pode deixar que a instalação e operação dessas empresas viole os direitos inerentes à dignidade de seus cidadãos ou degrade o meio no qual estão alocadas, pois a dignidade humana e a valorização do trabalho devem ser tidos como parâmetro basilar para o exercício de qualquer atividade econômica.

Deste modo, buscando o desenvolvimento nacional e o aperfeiçoamento do mercado interno, percebe-se a necessidade da realização de um trabalho conjunto entre o Estado e aqueles que exercem a atividade econômica no país, almejando instituir uma ordem econômica nacional equilibrada, capaz de assegurar a todos uma existência digna.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo de globalização possibilitou a evolução das relações pelo mundo, integrando Estados, empresas e a sociedade de forma a tornar o exercício da atividade econômica uma questão internacional.

A fim de melhor aproveitar as benesses do modelo capitalista, muitas empresas passaram a ser consideradas transnacionais devido ao seu modelo operacional. Ocorre que devido à influência financeira dessas companhias, diversos países acreditam que a presença de empresas transnacionais em seu território gera um efeito benéfico ao desenvolvimento socioeconômico da região.

Entretanto, as transnacionais, visando ampliar o lucro e reduzir os custos, almejam utilizar mão-de-obra com baixos encargos, fator este que torna muitos Estados propensos a mitigarem direitos historicamente conquistados pelo respectivo povo, gerando assim, certa instabilidade em longo prazo.

Este anseio de lucratividade fez com que o sistema capitalista desenvolvesse suas relações comerciais em velocidade nunca antes vista, superando as morosas legislações protetivas da dignidade humana, tornando-as, em muitos casos, genéricas.

O acesso à informação ensejou uma inegável mudança nos valores comuns pelo mundo, declarando moralmente inaceitável o exercício de qualquer atividade capaz de ferir garantias sociais.

Embora o mercado seja um ambiente competitivo, o desenvolvimento nacional e o respeito à dignidade humana não podem ser deixadas de lado, pois as relações comerciais têm por fim assegurar uma existência digna de todos, compreendendo dentre outras coisas, a efetiva distribuição de renda.

Destarte, conclui-se que o exercício da atividade econômica no mundo globalizado é um fator essencial ao desenvolvimento social, a qual deve ser exercida em consonância com as diversas determinações normativas dos diversos Estados, evitando toda e qualquer condição prejudicial aos cidadãos.

Ainda que haja diversas discussões a respeito da proteção e aplicação dos Direitos Humanos nas relações de mercado, entende-se que tais direitos são limitares necessários da atividade exercida pelos diferentes agentes econômicos, visando impedir que o mero acúmulo de

capital vulnera a condição humana.

Nessa linha, a Constituição Federal brasileira elencou diversos princípios regentes da ordem econômica, os quais visam estabelecer limites para o mercado interno e auxiliar os agentes econômicos nele atuantes a contribuir com a consecução dos objetivos da República, observando seus fundamentos, vez que a promoção do bem estar social não compete apenas ao Estado, mas a todos aqueles que de um modo ou de outro possam ajudar a tornar dignidade humana uma realidade e não apenas uma abstração ideológica.

## REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista**. São Paulo: Forense, 2017.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: consequências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BENACCHIO, Marcelo; VAILATTI, Diogo Basilio. Empresas transnacionais, globalização e direitos humanos. *In*: BENACCHIO, Marcelo (coord.). **A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e direitos humanos**. Curitiba: CRV, 2016. p. 13-28.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 11 mar. 2019.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. **A civilização capitalista: para compreender o mundo em que vivemos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CUNHA, Leandro Reinaldo da; DOMINGOS, Terezinha de Oliveira. A responsabilidade da empresa como garantia do desenvolvimento econômico e social. *In*: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; MEZZARROBA, Orides (coord.). **Empresa, sustentabilidade e funcionalização do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 2.

FRAHM, Carina; VILLATORE, Marco Antônio César. *Dumping social e o Direito do trabalho*. *In*: GOMES, Eduardo Biacchi; REIS, Tarcísio Hardman (org.). **Globalização e o comércio internacional no Direito da Integração**. São Paulo: Aduaneiras, 2004. p. 285-323.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

NALINI, José Renato. **Ética ambiental**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NALINI, José Renato. Sustentabilidade e ética empresarial. *In*: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; MEZZARROBA, Orides (coord.). **Empresa, sustentabilidade e funcionalização do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 2, p. 119-143.

NUSDEO, Fabio; MAGLIANO, Raymundo; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Primeiro

encontro: poder econômico: o jogo e as regras. *In*: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; SALOMÃO FILHO, Calixto; NUSDEO, Fabio (org.). **Poder econômico**: direito, pobreza, violência, corrupção. Barueri: Manole, 2009. p. 1-42.

RIBEIRO, Daniela Menengoti; OLIVEIRA, Jose Sebastiao de. Promoção e tutela dos direitos da personalidade pelas empresas transnacionais. *In*: BENACCHIO, Marcelo (coord.). **A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e direitos humanos**. Curitiba: CRV, 2016. p. 29-52.

RUGGIE, John Gerard. **Quando os negócios são apenas negócios**: as corporações multinacionais e os Direitos Humanos. São Paulo: Planeta Sustentável, 2014.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento incluyente, sustentável, sustentado**. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra**: os limites morais do mercado. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2015.

STIGLITZ, Joseph Eugene. **Globalização**: como dar certo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.

VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; GARCIA, Manuel Enriquez. **Fundamentos de economia**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

WEBER, Max. **A ética protestante e o “espírito” do capitalismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

**Como citar**: OLIVEIRA, Jeferson Sousa; BENACCHIO, Marcelo. Princípios constitucionais da ordem econômica como diretrizes do desenvolvimento socioeconômico brasileiro. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 1, p. 100-113, abr. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n1p. 100. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 04/02/2019

Aprovado em: 08/04/2019

**ESTADO-NAÇÃO, BIOPOLÍTICA E FENÔMENO MIGRATÓRIO:  
O RECONHECIMENTO DO MIGRANTE FRENTE AO CENÁRIO  
BIOPOLÍTICO**

NATION-STATE, BIOPOLITICS AND MIGRATORY PHENOMENON:  
THE RECOGNITION OF THE MIGRANT AGAINST THE  
BIOPOLITICAL SCENARIO

**Fernando Hoffmam\***  
**Juciélle Flores Marques\*\***

\* Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS); Bolsista PROEX/CAPES no Mestrado e Doutorado; Membro do Grupo de Pesquisa Estado e Constituição e da Rede Interinstitucional de Pesquisa Estado e Constituição, vinculados a FDV/ES, a ESDHC/MG e ao CNPQ; Professor Adjunto I do Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM); Especialista em Direito: Temas Emergentes em Novas Tecnologias da Informação e Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA). E-mail: ferdhoffa@yahoo.com.br

\*\*Bacharel em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI/Câmpus Santiago). E-mail: jucielleflores@gmail.com

**Como citar:** HOFFMAM, Fernando; MARQUES, Juciélle Flores. Estado-nação, biopolítica e fenômeno migratório: o reconhecimento frente ao cenário biopolítico. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 1, p. 114-136, abr. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n1p. 114. ISSN: 1980-511X

**Resumo:** A presente pesquisa tem como objetivo o estudo sobre o reconhecimento do outro enquanto sujeito de direitos no Estado-nação, acerca do fenômeno migratório frente ao cenário biopolítico. Devido ao fato de a mobilidade humana transcender as fronteiras, o espaço de ação do migrante questiona os limites e funções do Estado, tanto no que concerne sua recepção ao corpo social, quanto aos requisitos para enquadrar-se enquanto detentor do direito a ter direitos. O espaço do migrante não é o espaço Estatal, mas nele produz diferentes formas de interação e demanda ampliação, redefinindo suas estruturas, o que pressupõe a compreensão da complexidade de relações que o fluxo migratório carrega. Assim, pretende-se analisar a compreensão do migrante enquanto sujeito de direitos perante o cenário biopolítico, e a concretização da universalidade dos Direitos Humanos, frente ao Estado nacionalista.

**Palavras-chave:** Estado. Nacionalismo. Biopolítica. Migração. Direitos humanos.

**Abstract:** This research studies the recognition of the other as a subject of rights in the nation-state and explores the phenomenon of migration in our biopolitical society. Due to the fact that humans are mobile and, therefore, naturally cross borders, migrants question the limits and functions of the State, both in regards to a countries willfulness to accept migrants and give them the right to have rights. The space of the migrant is not the same as the State's space, yielding different forms of subject interaction. Moreover, this phenomenon demands rigorous analysis, as a means for redefining its structures, which presupposes the understanding of

complex relationships of migratory flow patterns. Therefore, this paper analyzes migrants as subjects of rights in our biopolitical scenario, and the realization of the universality of Human Rights, before the nationalist State.

**Keywords:** State. Nationalism. Biopolitics. Migration. Human Rights.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como propósito analisar o reconhecimento do outro enquanto sujeito de direitos frente ao cenário biopolítico imposto pelo Estado-nação, observando os mecanismos de manutenção da soberania Estatal baseados na estratégia nacionalista, e a sua interferência no cenário de recepção ao fenômeno migratório.

Diante desse contexto, a compreensão do migrante enquanto sujeito de direitos é restringida, sendo que, a partir da ótica nacionalista, a constituição político-social Estatal ocorre de forma unitária, visando institucionalizar o medo do outro e o combate à diversidade. Assim, o migrante é enquadrado por um ordenamento jurídico no qual é incluído para definitivamente ser excluído. Frente a esse cenário, questiona-se: é possível a concretização da universalidade dos Direitos Humanos e a compreensão do migrante como sujeito de direitos, sendo os instrumentos jurídicos para tal fruto de um Estado nacionalista?

Perante o enquadramento biopolítico imposto pelo Estado-nação, fomenta-se a ideia de unidade, e também, a necessidade de proteger fronteiras, legitimando a restrição dos movimentos migratórios e violações de Direitos Humanos. Com isso, para que a universalidade dos Direitos Humanos seja concretizada, e o migrante reconhecido enquanto sujeito de direitos, faz-se necessário que a soberania Estatal seja exercida de forma internacionalista, respeitando o pluralismo humano.

Assim, o presente trabalho tem como objetivo estudar o fenômeno migratório a partir dos Direitos Humanos frente ao cenário de biopolítica, em que a condição humana é diluída pelo político e apropriada pelo Estado, ainda, visa compreender a influência do nacionalismo no exercício da soberania Estatal, e o reconhecimento do migrante como sujeito de direitos frente ao Estado nacionalista.

Dessa forma, analisa-se a constituição do Estado, sua conceituação, estruturação e suas funções, bem como, o controle sobre seu corpo social e sua transição para a instituição nacionalista, observando a interferência do nacionalismo nos mecanismos disciplinadores do sistema Estatal (Parte 1).

Em um segundo momento, será analisado o enquadramento biopolítico e a consequente politização da vida natural, que é absorvida pela estrutura político-Estatal, que se apropria de sua condição humana, a utilizando como estratégia de manutenção da soberania do Estado (Parte 2).

Nesse caminho, busca-se o estudo do fenômeno migratório tendo como foco a recepção do migrante e seu reconhecimento enquanto sujeito social e de direitos perante o corpo político-Estatal, analisando o paradigma da pertença e os requisitos necessários ao enquadramento enquanto cidadão, da mesma forma, observa-se a concretização da universalidade dos Direitos Humanos e a efetiva participação do migrante em sociedade (Parte 3).

O método de abordagem foi o dedutivo, uma vez que, de forma geral analisou-se a influência do nacionalismo na estruturação do Estado-nação; e de forma específica, se observou a sua interferência no que tange o reconhecimento do migrante como sujeito de direitos, e na concretização da universalidade dos Direitos Humanos. O método de procedimento foi o

monográfico, já que, a pesquisa foi baseada em obras de autores que se detém ao assunto objeto da pesquisa. Por fim, a técnica de pesquisa foi a de documentação indireta, pois a pesquisa embasou-se em livros, artigos científicos, revistas jurídicas e a legislação pertinente.

Pelo exposto, evidencia-se a relevância do presente tema pelas reflexões acerca do cenário biopolítico imposto pelo Estado nacionalista, e a sua interferência no que tange a concretização da universalidade dos Direitos Humanos. Destaca-se também, o exercício da soberania Estatal de forma unitária e seus reflexos no reconhecimento do outro enquanto sujeito de direitos frente ao fenômeno migratório.

## 1 A CONSTRUÇÃO DO ESTADO-NAÇÃO A PARTIR DO NACIONALISMO

O ente Estatal é reconhecido como um corpo político que exerce o poder soberano sobre sua coletividade social, em que a essência do seu domínio no exercício governamental reside em sua aptidão em persuadir seu corpo social, em reger as relações coletivas internas e, em sustentar e expandir o seu controle nas relações externas. Em virtude destes artifícios, a estrutura Estatal desempenha um controle autocentrado dos mecanismos disciplinadores perante a conjuntura político-social.

Nesse sentido, o Estado surge da necessidade de reconhecimento político e organização administrativa de um povo, gerando um pacto social em que o assegura liberdades e direitos. O processo de vinculação entre sujeito e órgão Estatal visa à constituição de um povo unitário, soberano e autossuficiente, embasando-se em métodos identitários, estabelecendo padrões de identificação, fomentando a institucionalização do paradigma da pertença, baseando-se nos interesses e liberdades individuais, originando um cenário coletivo interno de relações sociais privativas.

Diante deste contexto, a constituição do poder político Estatal se fez através de uma operação jurídica contratual, em que o povo cedeu, total ou parcialmente, o poder de autonomia que detinha, fundando uma soberania política. Desta forma, o Estado se autoinstitui, impõe sua figura perante o corpo social, dando origem a uma nova ordem política, em que o ente Estatal expressa a vontade geral, e o povo adquire característica de uniformidade, visando manter a estabilidade do arranjo segregatório de subordinação.

O Estado enquanto ente soberano detém o monopólio da decisão, nisto reside à essência da soberania Estatal, que, portanto, não é definida como monopólio do poder (AGAMBEN, 2014), mas sim, como monopólio da delimitação e determinação do produto da atividade humana que a ele está subordinado. Assim, ao reduzir o sujeito a um produto da relação político-jurídica, ignora-se sua personalidade, produzindo uma coletividade limitada à característica unitária, formando um povo homogêneo, que ao ter sua individualidade restringida, passa a conceber-se na totalidade do corpo Estatal.

Nesse passo, é importante delimitar o começo da forma estatal a partir das ideias de Thomas Hobbes. Hobbes aposta na radicalização do individualismo, ao mesmo tempo em que ele

aposta no surgimento de uma autoridade maior que faz com que os indivíduos abram mão de uma parte de sua liberdade para sujeitar-se ao poder soberano de uma pessoa que os representa de forma legítima por um comum acordo (HOBBS, 2014).

Eis que se forma a ideia hobbesiana do grande Leviatã, o Estado absolutista que toma nas suas mãos as rédeas da organização política, jurídica e social, retirando do estado de natureza os sujeitos e os organizando racionalmente sob um mesmo signo que os representa. Hobbes coloca a ideia de garantia da liberdade como central para a cessão de soberania a um terceiro, mas, ao mesmo tempo, relativiza essa liberdade individual ao cedê-la para o poder soberano.

O soberano criado pela via do pacto constituído entre todos, entre a multidão, nasce também com as características do direito natural e nos interesses do homem moderno e de sua racionalidade constitutiva de toda a sua humanidade. Nasce uma figura imanente que, embora sujeito todos os indivíduos sobre as suas regras, não se coloca sujeito às mesmas, pairando paradoxalmente como algo transcendente que garante a felicidade e os direitos de todos os súditos (DOUZINAS, 2009).

Desse modo, já na sua criação se mostra contraditório o Leviatã, haja vista que ao instituir-se enquanto poder supremo, o soberano acaba por desmoronar a construção jusnatural no que tange aos súditos que acabam por ficar sujeitos ao poder central do soberano constituído à imagem do indivíduo e tendente à sua racionalidade. Os súditos abrem mão de seu poder para a manutenção da vida e, com esse poder, permitir-se utilizar de qualquer meio para garantir o seu modo de vida – eis a liberdade de agir em consonância com o seu princípio de vida. “O reconhecimento e a proteção do direito natural prepara o seu desaparecimento. Nessa medida, o direito natural é sempre protelado, uma miragem ou mecanismo heurístico que explica a criação da política moderna” (DOUZINAS, 2009, p. 93).

O poder soberano aqui não sofre qualquer limitação e como fica explícito não se compatibiliza necessariamente – pelo menos – com a função de garante dos direitos naturais adquiridos pelos indivíduos a partir da razão que lhes confere autonomia. Os limites do Estado são demarcados pela ação em defesa da própria estatalidade que se absolutiza enquanto instituição central dessa recente modernidade (BOLZAN DE MORAIS, 2011).

No momento em que o povo passa a se conceber como parte integrante da constituição Estatal, entende-se como equivalente a ela, não reconhecendo sua potencialidade enquanto corpo político-comunitário. O Estado, ao constatar tamanha força e capacidade organizacional disposta no meio social, as absorve e manipula, obstruindo suas formas de articulação, impondo uma ficção de unicidade, visando neutralizar a possibilidade de qualquer forma de insubordinação.

A partir disso, instaurou-se um processo de homogeneização Estatal, que aniquilou a multiplicidade de características que compõem o sujeito, suprimiu as relações coletivas ao fomentar a constituição de um corpo social unitário, o transformando em um “certo número de individualidades separadas, que se encontram reunidas por certo número de elementos constitutivos do Estado” (FOUCAULT, 2008, p. 34). Desta forma, a conjuntura Estatal utiliza mecanismos advindos de movimentos totalitários, que são viáveis em qualquer lugar em que existam massas.

O poder soberano Estatal consiste no domínio em relação ao seu objeto-alvo, que

é a subordinação das massas, assim, o Estado possui em si uma espécie de força de expansão, constituindo um lugar-comum em que manipula a conduta humana, garantindo a manutenção da sua governabilidade (FOUCAULT, 2008). Para assegurar sua estabilidade no exercício do sistema político favorável à sua soberania, em regra, o Estado constitui-se de forma fixa, baseando-se em seu território.

A organização fixa e unitária do Estado permite a continuidade, e ao mesmo tempo, a inserção de novas camadas sob o seu domínio, sem que lhe altere a estrutura, por isso, é essencial para a estratégia separatista e autoritária Estatal, a institucionalização do sistema unitário social. Desta maneira, o modelo tradicional de Estado restringe o desenvolvimento das relações sociais, impondo a relação de dominação política em todas as esferas da vida humana.

Devido a esta dominação, ao Estado é “concedido o controle sobre o desenvolvimento social” (HARDT; NEGRI, 2001, p. 112), pois, ele representa a garantia de paz e segurança à sociedade. Desta forma, há o controle da expansão da coletividade, propiciando a absorção desse processo por seus mecanismos de poder, vinculado ao domínio territorial. Em vista disso, a soberania Estatal se torna fundamentalmente atrelada ao território, fazendo com que a massificação do sujeito seja substituída pelo processo de associação nacional.

A união do nacional com o Estado vinculou a nação ao território, tendo em vista uma estrutura Estatal essencialmente territorial. É essencial para a efetividade deste modelo unitário que o território seja inviolável e, controlado pelo Estado, assim, ele é tido como figura segura à nação, e detém a função de manter a estabilidade interna requerida pelos nacionais, reforçando a tríade soberania-nação-território. Desta forma, o território desempenha importante papel no processo de vinculação entre nação e Estado.

Em decorrência desse processo, origina-se um sistema político que almeja a efetivação do legítimo interesse do Estado, ou seja, espera que os movimentos nacionalistas sejam movimentos que visem à expansão e unificação nacional, isto é, fabrica-se a nação (HOBSBAWM, 2002). Por conseguinte, funda-se uma estrutura Estatal nacionalista, que é consolidada a partir da união do nacionalismo com o poder soberano do Estado, visando uma constituição interna, una e indivisa.

Essa relação homogênea assegura aos nacionais a garantia da defesa dos interesses comuns e, a sua manutenção enquanto comunidade soberana, resguardando seus laços identitários, ou seja, o Estado se encarrega de manter a unidade e orgulho da nação, reforçando a ideia de autossuficiência. Assim, a nação se consolida como um grupo subordinado, que desempenha uma função defensiva, utilizada na defesa do território Estatal contra a interferência externa, por meio de um fator de unicidade (HOBSBAWM, 2002).

“De todas as formas de governo e organização de povos, o Estado-nação é a que menos se presta ao crescimento ilimitado” (ARENDRT, 2017b, p. 194), já que, baseia-se no reconhecimento e consentimento da nação, logo, não se expande para além do próprio grupo nacional. Assim, a estrutura Estatal hesitou a se enquadrar no arranjo nacionalista, devido ao fato de sua condição ser imprevisível, pois, da mesma maneira que o nacional apoia sua constituição, ele pode se opor a ela.

Por isso, ao instituir o nacionalismo no plano governamental, gerou-se um processo de

vinculação entre nação e território, objetivando garantir sua imutabilidade e autossuficiência, formando a figura de um Estado autônomo, capaz de garantir e promover a harmonização dos interesses individuais, enquanto composição coletiva, ou seja, o nacional se sujeita ao domínio Estatal, a tal ponto, que o concebe como fonte de poder autêntica. Desta forma, sutilmente, instaura-se a tradição nacional inventada, que determina “certos valores e normas de comportamento através da repetição, o que implica, automaticamente, uma continuidade em relação ao passado” (HOBSBAWM; RANGER, 2008, p. 9). Através dessa repetição constante, a estrutura Estatal nacionalista se consolida como sendo advinda de uma ordem natural, o que legitima sua constituição e manutenção de seu domínio.

Contudo, essa tradição inventada, contrasta-se com as pluralidades das evoluções sociais, o que impossibilita a estruturação Estatal de forma invariável. Por isso, fez-se necessária a implementação de uma ideologia permanente, pois assim, independentemente de qualquer heterogeneidade e modificação interna, tem-se a automatização de práticas discursivas enraizadas no cotidiano social, que asseguram a materialidade da imprescindibilidade da instituição Estatal.

Desta maneira, promove-se a ideia da busca de um interesse único, concebendo o corpo social e o corpo Estatal como equivalentes. É crucial para a estratégia nacionalista o sentimento de unidade e pertencimento do sujeito, pois assim, o processo de dominação imposto, aparenta ser meramente a harmonização de interesses, fomentando-se uma tradição que se perpetua de forma unia e linear, reforçando o vínculo entre a conjuntura Estatal e o corpo social. Diante deste contexto, pode-se dizer que o propósito da estrutura nacionalista Estatal, é fazer com que os nacionais sejam vulneráveis no âmbito político-social, e acreditem no desenvolvimento de forças sociais unitárias, pois, desta maneira, formariam um povo soberano as questões externas, mas subordinados em relação as demandas internas.

Assim, o nacional acredita ser parte integrante ativa do corpo Estatal, já que, nele se reconhece e, concebe a sua legitimidade de agir como expressão de seu próprio interesse. Essa percepção de semelhança permite ao ente Estatal reger sua política governamental baseado em sua delimitação territorial, mantendo o engajamento do nacional em proteger as fronteiras, visando resguardar a composição social unitária, eliminando, tanto quanto possível, as heterogeneidades, idealizando um cenário de estabilidade interna.

Desta forma, “a política organiza, de antemão, as diversidades absolutas de acordo com uma igualdade relativa e em contrapartida às diferenças relativas” (ARENDDT, 2002, p. 7). O domínio territorial legitima o controle Estatal sobre o produto das relações sociais, mantém a relação entre dominador e dominado, assegurando este domínio com base em uma imposição velada, fazendo com que o nacional o conceba como detentor da vontade social expressa na política geral.

No momento em que esta política se torna imprescindível para a manutenção das relações sociais, verifica-se a incapacidade da coletividade em reger sua própria vinculação, ou seja, o Estado utiliza esta fragmentação e individualização para impor mecanismos de sujeição ao seu regime governamental. Por este motivo, o poder soberano Estatal delimita quem faz parte ou não da constituição do seu corpo social, valendo-se de uma presunção de superioridade desse seletor

grupo. Esse movimento é crucial para a base do Estado-nação, que ao exercer seu poder de forma absolutista, fomenta sua independência e autossuficiência, assim, sua soberania também pode ser entendida como o conjunto de capacidades, possibilidades e potências, que se tornam a unidade do poder político. Em decorrência da necessidade de manutenção deste poder unitário, a estratégia de proteção das fronteiras é incorporada a organização governamental.

Desse modo, consolida-se uma constituição soberana territorial, em que o ser humano é delimitado em desejável ou indesejável por intermédio das fronteiras, segregando o espaço público, e restringindo o reconhecimento do sujeito como ser político e social. Objetiva-se anular toda e qualquer interferência externa sob o domínio de seu território, consolidando uma estrutura unificada e segura em si, em que o ente Estatal transfere para sua extensão territorial uma função uniformizadora.

Frente a este cenário, as fronteiras figuram como um elemento inquietante à soberania nacional, pois ameaçam seu controle interno, obrigando o Estado, de certa forma, a flexibilizar seu mecanismo disciplinador, já que, o exercício de sua governabilidade se encontra restringido a este espaço delimitado, e ao mesmo tempo, sujeito a inserção de novos elementos sob seu domínio. Assim, visando fixar a legitimidade de seu poder, o ente Estatal institucionalizou o combate à diversidade, e a necessidade de proteger suas fronteiras.

Desta forma, se evidencia a possibilidade de variação estrutural Estatal, por isso, “o Estado é ao mesmo tempo o que existe e o que ainda não existe suficientemente” (FOUCAULT, 2008, p. 6), pois o seu caráter contínuo e fixo depende diretamente do consentimento de seus subordinados, ou seja, a expressividade política contida no corpo social detém a capacidade de modificar esta estrutura, no entanto, é alienada e aniquilada através do processo de absorção e uniformização Estatal.

A condição humana é diluída pelo político e apropriada pelo Estado, originando um sujeito territorializado, em que a nacionalidade é tida como forma de inscrição primária da vida na ordem Estatal, e sua personalidade é absorvida pelos mecanismos disciplinadores, devido ao sistema de exercício governamental. Este processo de apropriação rege as relações entre os sujeitos e simultaneamente a relação entre sujeito e Estado, ou seja, este domínio sobre a vida natural caracteriza o controle biopolítico exercido pela máquina estatal sobre os seus súditos.

Perante o exposto, pode-se observar que a constituição Estatal, apesar da evolução histórico-social, manteve-se fundada nos antagonismos de classes, frente a um cenário em que a individualidade institucionalizada se consolida, fomentando a perpetuação das relações entre dominador e dominado. Dessa forma, o seu corpo social tem sua vida natural politizada e reduzida ao corpo nacional, sendo o controle biopolítico enquadrado como estratégia de manutenção da soberania Estatal.

## **2 A POLITIZAÇÃO DA VIDA E O ENQUADRAMENTO BIOPOLÍTICO COMO ESTRATÉGIA DE MANUTENÇÃO DA SOBERANIA ESTATAL**

A essência do poder governamental consiste na sua capacidade de moldar a vida natural do sujeito, ou seja, produzir ou destruir seu corpo constituinte, o politizando e o dominando, o incorporando aos seus mecanismos estruturais, pois assim, impõe a supremacia de seus interesses. A estratégia de politização da vida enquadra o sujeito nos limites de dominação Estatal, absorvendo e se apropriando de sua personalidade, transformando a vida natural em um instrumento de poder e, simultaneamente, em uma forma de poder.

O sujeito, ao ser enquadrado pelo aparelho Estatal, é disciplinado pelo sistema de controle governamental, que desenvolve a organização do poder sobre a vida. “Tais processos são assumidos mediante toda uma série de intervenções e controles reguladores: uma bio-política da população” (FOUCAULT, 1999b, p. 131), assim, o sistema de dominação imposto pelo Estado reside em sua aptidão em manipular a conduta do seu corpo social, instituindo uma relação política em todas as esferas da vida humana.

Ao se analisar a relação entre Estado e corpo social, observa-se que o poder político não é algo absoluto, mas sim, uma potência que se desenvolve conforme as relações sociais, tendo a população como objeto-alvo. Essas relações de poder não são de ordem natural, ocorrem devido à intervenção disciplinadora Estatal, dessa forma, a relação entre os sujeitos constituintes desta estrutura é o que origina a figura do corpo subordinado e do ente soberano.

Michel Foucault definia como biopolítica as implicações da vida natural humana nos mecanismos e formas de poder (AGAMBEN, 2014), ou seja, é a interferência política sobre todos os aspectos da vida humana. Esse paradigma biopolítico transformou a vida natural em uma forma de poder, a tornando um objeto de domínio político, em que o sujeito é tanto alvo quanto instrumento em uma relação de dominação e subordinação à soberania Estatal.

No momento em que o sujeito tem sua vida natural absorvida pelos mecanismos de poder governamental, o poder não se aplica a ele, mas sim, passa por ele, ou seja, o sujeito não é mais o outro na relação de dominação, quando dominado transforma-se em um efeito dela. Dessa forma, a política geral baseia-se e fomenta a perspectiva biopolítica, visando abranger a totalidade das relações internas, tanto entre o próprio corpo social, quanto do corpo social com o ente Estatal.

Por conseguinte, as implicações da vida natural passam a ter valor político, reduzindo o sujeito a um mero objeto de produção e manipulação do Estado soberano, o que culmina na “crescente inscrição de suas vidas na ordem estatal, oferecendo assim uma nova e mais temível instância ao poder soberano do qual desejariam liberar-se” (AGAMBEN, 2014, p. 127). A estrutura biopolítica legitima a absorção da personalidade do sujeito por intermédio do mecanismo político Estatal, fabricando um sujeito apolítico, circunstância essa, que viabiliza a produção de um corpo social inerte e isento de autonomia. Desta maneira, o sujeito enquanto ser individual almeja se enquadrar na totalidade coletiva, com a finalidade de se autoconhecer, assim, a pluralidade de sujeitos se transforma em um corpo social uniforme e homogêneo.

Essa uniformidade é o mecanismo pelo qual o Estado reprime a potencialidade política contida no corpo social, sendo que, o paradigma biopolítico institui à vida natural expressiva capacidade política, gerando uma possível fonte de ameaça à soberania Estatal. Dessa forma,

visando à manutenção de seu poder, o Estado suprime e se apropria desta disposição, a imergindo e fragmentando em uma pluralidade, submetendo o sujeito a uma existência apenas valorada se em conformidade com a sistematização governamental.

Por isso, para além de tão somente um acontecimento passageiro, com Agamben (2004) pode-se entender o estado de exceção<sup>1</sup> como a forma de governo dominante na contemporaneidade. O estado de exceção torna-se a regra e, para além de uma forma de organização política, se estrutura como uma forma biopolítica de sujeição, de controle, de produção de sujeitos, de novos espaços e temporalidades.

O estado de exceção não é mais uma medida excepcional, pois, ele se mostra claramente como algo que atualmente é constitutivo da ordem jurídica, pois, passa a ser um mecanismo, uma técnica a serviço do Estado de Direito – no mais das vezes, paradoxalmente para garantir direitos (AGAMBEN, 2004). O estado de exceção aqui, se mostra como parte da regra, como constitutivo da própria regra, pode-se dizer até mesmo, como instituidor da suspensão da regra que confirma o estado de exceção.

Assim, ao mesmo tempo em que os instrumentos normativos são fundados pelas relações entre os sujeitos, eles moldam o ser do sujeito, ou seja, o ente Estatal utiliza esses instrumentos como meio de formar e reger a esfera do corpo social. De acordo com Agamben (2007, p. 34) “existe uma figura-limite da vida, um limiar em que ela está, simultaneamente, dentro e fora do ordenamento jurídico, e este limiar é o lugar da soberania”, isto é, o processo de apropriação do sujeito é legitimado por esse ordenamento, que fundamenta e, concomitantemente, fragmenta a sua existência<sup>2</sup>.

Esse sistema disciplinador é centrado “no corpo, produz efeitos individualizantes, manipula o corpo como foco de forças que é preciso tornar úteis e dóceis ao mesmo tempo” (FOUCAULT, 1999a, p. 297). O corpo individual é inserido no processo de inscrição da vida natural ao conjunto político, assim, a partir do controle individual objetiva-se a abrangência da totalidade social, instituindo-se o domínio sobre a coletividade, fomentando a estratégia biopolítica.

A soberania governamental do Estado-nação se potencializa através da vulnerabilidade do seu corpo social, fixa sua legitimidade baseando-se na necessidade de adequação do sujeito enquanto membro da nação, configurando uma espécie de pluralidade contida no sistema de unicidade. Assim, o processo disciplinador é articulado para reger a multiplicidade de corpos individuais que almejam se enquadrar nessa composição estrutural, visando proteção e eliminando, tanto quanto possível, as diferenças internas, fortalecendo uma instituição una.

---

1 “O estado de exceção separa, pois, a norma de sua aplicação para tornar possível a aplicação. Introduce no direito uma zona de anomia para tornar possível a normatização efetiva do real” (AGAMBEN, 2004, p. 58). A separação entre norma e normatividade, ou seja, entre a norma que é suspensa e a normatividade que é instituída no âmbito do estado de exceção, exerce o poder soberano de vida e morte sobre todos, a soberania não tem limites e cria uma ambiência em que os direitos e a condição humana – pelo menos de alguns – está suspensa.

2 A fragmentação do sujeito enquanto ser individual é essencial para a manutenção dessa sistemática de subordinação, já que, propicia o controle e eventual modificação da multiplicidade de sujeitos que formam o corpo social, viabilizando o exercício soberano Estatal, ordenando uma estratégia de extinção e expansão da estrutura instituída, legitimando um arranjo segregatório na conjuntura interna. Contudo, essa segmentação institucionaliza o isolamento e, simultaneamente, fortalece o vínculo entre o corpo subordinado, tornando essa multiplicidade unitária o objeto central do mecanismo disciplinador Estatal.

Entretanto, Foucault (1999a) observa que a disciplina do corpo individual não propicia o domínio sobre a totalidade do corpo social, que só é possível por intermédio do biopoder, que sistematiza o enquadramento biopolítico, apropriando-se da vida natural em todas as suas esferas, tanto de produção quanto reprodução, ou seja, absorve todas as questões relacionais sociais. Assim, toda a multiplicidade humana é abrangida, gerando um processo de reformulação da vida natural, em que a coletividade é administrada em sua integralidade.

Dessa forma, têm-se duas diferentes técnicas de governo e dominação, em que “uma figura não abole a outra; trata-se antes de uma modificação e de um novo ajustamento nas engrenagens do poder-saber” (GIACOIA JUNIOR, 2004, p. 10). Pode-se dizer que independentemente da forma de poder exercida pelo ente soberano, seja ela a técnica disciplinar ou por intermédio do biopoder, o objeto de dominação continua o mesmo, segue-se a estratégia de absorção da vida natural pelo corpo político Estatal.

No entanto, salienta-se que as técnicas de governo apresentam diferentes formas de se apropriar desse objeto; a tecnologia do biopoder não pode ser considerada disciplinar porque não se dirige aos corpos individuais, como o fazem as disciplinas. O biopoder apropria-se da espécie, do ser humano como ser vivo, da vida em seu aspecto natural e/ou político. Assim, o biopoder intervém para controlar, normatizar e regulamentar a capacidade de produção do sujeito na esfera coletiva (GIACOIA JUNIOR, 2004).

Sendo a disciplina do corpo unitário e a regulamentação da totalidade do corpo social dois diferentes mecanismos de controle governamental, ambas as formas de dominação são aderidas como forma de reger o poder sobre a vida, ou seja, elas não se anulam, se somam, ordenando uma sistemática em que o corpo individual é enquadrado na composição coletiva, e a personalidade do sujeito é dominada e fixada em sociedade. Assim, a manutenção do poder soberano Estatal se dá por uma estratégia em que a individualidade é absorvida pela coletividade e, a coletividade é atomizada em uma unicidade.

Desse modo, a vida natural se torna campo da decisão soberana, em que a imposição da biopolítica se faz por meio do exercício do poder normalizador, pela instituição de padrões de inclusão e exclusão de indivíduos e grupos nos processos de socialização e politização, que também incidem sobre as forças do corpo. “Todo esse grande agenciamento incluía tanto o corpo global da população como os corpos dos indivíduos, na forma de um bio-poder” (GIACOIA JUNIOR, 2004, p. 12), em que se tem o controle sobre a vida e a regulamentação do conjunto.

Nesse contexto, a instituição biopolítica condiciona a um exercício governamental baseado na integralidade do corpo social, não mais apenas no indivíduo em si, pois ao se atomizar essa individualidade, fomenta-se a existência de uma pluralidade desobrigada de uma existência ativa, legitimando um sistema hierárquico que determina as aspirações internas. Logo, tem-se uma existência passiva, em que o soberano impõe “a força natural de um único interesse comum e de uma opinião unânime” (ARENDDT, 2017a, p. 49).

A inserção da vida natural no corpo político do Estado (biopolítica) gera um pacto social em que a soberania é tida como expressão da vontade geral e, legitima o poder soberano Estatal,

institucionalizando a ficção de unicidade entre ente soberano e corpo subordinado. A constituição de uma estrutura homogênea é essencial para a manutenção da soberania Estatal, pois, desta forma, as heterogeneidades internas serão regidas e anuladas pela imposição de práticas políticas enraizadas na habitualidade social-estrutural.

Uma das características essenciais da biopolítica é a redefinição contínua da vida, que se transforma em uma linha em movimento que deve ser redesenhada (AGAMBEN, 2014). No entanto, essa redefinição da vida não ocorre em respeito à sua particularidade e evolução, mas sim, para sempre a manter adequada ao enquadramento favorável à soberania, ou seja, não pretende controlar o sujeito isoladamente considerado, mas sim, se preocupa em regular o equilíbrio das relações do sujeito enquanto ser coletivo.

Para manter a estrutura unitária estatal, impõe-se um único e comum objetivo, fomentando a individualização das multiplicidades, visando à conservação do *status quo*, em que o corpo social se submete ao domínio estatalista almejando qualificar-se como povo soberano. Essa unificação aniquila a particularidade do sujeito, que ao se enquadrar ao conjunto estrutural, rejeita a figura do “outro”, do diferente, ou seja, necessita se reconhecer enquanto semelhante para se autoaceitar, potencializando as barreiras para inclusão ao corpo político-social Estatal.

Por conseguinte, a expressão do poder biopolítico reside em o Estado se apoderar do sujeito, de tal maneira, que sua existência se encontra valorada apenas se em conformidade com os requisitos necessários ao enquadramento enquanto sujeito-cidadão, ou seja, desta forma, o ente Estatal decide o corpo legítimo de proteção e de garantia de direitos, privatizando o acesso a sua delimitação territorial, assegurando o controle sobre seu corpo social, restringindo o seu agir de forma autônoma.

Desse modo, o enquadramento biopolítico, no arranjo nacionalista Estatal, objetiva anular qualquer possibilidade de interferência externa sob o domínio de seu território, isolando o sujeito do mundo e o enquadrando em suas fronteiras, legitimando uma sistemática política de segurança, que dispõe de uma “atitude ativa e construtiva, tanto dentro quanto fora das fronteiras nacionais: da preservação da atual ordem social e política interna” (HARDT; NEGRI, 2005, p. 43), ou seja, esse enquadramento fomenta a estratégia de necessidade de proteção territorial.

Assim, transcende-se o mecanismo disciplinador baseado apenas na obediência, instigando na esfera social a sensação de incerteza e insegurança, legitimando a necessidade de proteção oriunda de um ente soberano. O Estado, ao se autoinstituir perante o corpo social, o concebe como um produto de perpetuação de seu controle, utilizando suas forças como forma de expansão, visando a ampliação da legitimidade de seu domínio, estabelecendo uma estratégia regulamentadora que institui a sistematização do medo.

Essa sistemática do medo institucionalizado, frente ao cenário biopolítico nacionalista, delimita e ao mesmo tempo possibilita o exercício da soberania Estatal, já que, o processo de homogeneização necessita da existência de heterogeneidades, para que o soberano institua o discurso separatista, fomentando a ideia de instabilidade interna. Ao difundir esse sentimento de insegurança, a constituição do Estado é propagada como sendo imprescindível à defesa dos

interesses do corpo social.

Por conseguinte, o espaço territorial deve representar a figura de um local seguro, que ofereça proteção às ameaças e causas de desequilíbrio interno que o exterior simboliza, reafirmando-se como fonte segura à nação, suscitando um cenário hostil e de recusa às diversidades. Assim, o poder soberano Estatal se consolida ao basear-se nas demandas de seu corpo social, por isso, o Estado é eficaz, mas não eficiente, visando a manutenção do seu objeto de dominação e controle de seu exercício governamental.

Essas circunstâncias, no cenário nacionalista, ordenam o controle de uma multiplicidade determinável de sujeitos, abrangendo tanto o seu corpo social, parcela integrante do arranjo político de sua delimitação territorial, quanto a parte privada dessas prerrogativas, “o outro”, que não pertence a estrutura Estatal nacional. Dessa forma, o Estado controla as manifestações que ocorrem em suas fronteiras, sejam elas do seu corpo social interno ou do conjunto excedente, que está fora desse limite territorial.

Concomitantemente com a capacidade de produzir o ser social, o ente Estatal dispõe o direito de destruir o mesmo, através de uma estratégia em que se interioriza a ideia de ameaça pela conjuntura externa, em que a estrutura e direitos internos estariam comprometidos. Dessa forma, legitima-se o corpo social a defender o Estado, ou seja, o ente estatal pode dispor do seu próprio corpo social, para manter a sua estrutura, exercendo indiretamente o poder sobre a vida e a morte, sendo lícito lhe expor a vida e, principalmente, escolher qual vida estará sujeita a esse enquadramento (AGAMBEN, 2014).

No entanto, ainda que o Estado detenha a maior força disponível em sociedade, ele não existe em si, para exercer seu poder soberano necessita formar e moldar um corpo social subordinado, e ao fazê-lo por intermédio do biopoder, obrigatoriamente classifica o corpo excedente como uma vida passível de eliminação, fomentando uma sistemática hegemônica, que fortalece o arranjo biológico-político interno, instituindo a ideia de autossuficiência, visando consolidar sua vinculação com seu corpo social.

Forma-se e exige-se um padrão de aceitabilidade, tanto para pertencer ao corpo social, quanto para ser excluído dele, ou seja, essa estratégia de fortalecer o biológico domina o corpo social através de um processo em que se institucionaliza um arranjo autocentrado, rejeitando e hostilizando as diversidades; ainda, o Estado institui e materializa sua soberania categorizando a vida natural, por intermédio de um processo que ordena a “simultânea possibilidade de autorizar a vida e de autorizar seu holocausto” (AGAMBEN, 2014, p. 11).

Esse poder sobre a vida estabelece um procedimento de sujeição centrado na legitimação dos seus mecanismos de controle, sendo essencial para dominar o corpo subordinado, pois concretiza sua vinculação através de uma estratégia em que visa manter seu poder baseado no medo, pois assim, o corpo social almeja se enquadrar em sua estrutura objetivando estabilidade, e para tanto, cede à manipulação, rejeita o outro a fim de reafirmar sua pertença. Nessa sistemática, o corpo social deve sentir medo e, simultaneamente, sentir-se seguro e se autoconhecer na figura estatal, ainda que não de forma natural.

“Encarado nestes termos, o direito de vida e morte já não é um privilégio absoluto: é condicionado à defesa do soberano e à sua sobrevivência enquanto tal” (FOUCAULT, 1999b, p. 12), ou seja, o poder sobre a vida não é uma forma absoluta de manutenção da soberania, entretanto, é a forma histórico-política de mais fácil adequação, já que, o poder soberano evolui, mas não na mesma medida que o conjunto social. Assim, quando a soberania está em crise, através do biopoder, é fácil manter o controle, baseando-se nas vulnerabilidades e individualidades do corpo social, instigando uma hostilidade às diferenças.

Essa hostilização às diversidades fomenta uma governabilidade em que a figura do migrante é concebida como objeto do plano governamental, pois representa a vida abjeta, que ocupa um espaço que não lhe pertence, ameaçando a estabilidade interna, ou seja, simboliza a vida que o Estado está autorizado a eliminar a fim de atestar seu poder. Assim, o fluxo migratório evidencia a limitação estatal em reger a esfera político-social-jurídica, gerando uma lacuna social, em que a dignidade humana e demais direitos e garantias, têm como preceito o paradigma da pertença, não mais a percepção de semelhança humana.

### **3 O REPENSAR DO ESTADO A PARTIR DA ABERTURA AOS (PELOS) DIREITOS HUMANOS COMO FORMA DE RECONHECIMENTO DO MIGRANTE COMO SUJEITO DE DIREITOS**

Nesse passo, a sujeição do pertencer ao espaço público de privação obstaculiza a compreensão do migrante como sujeito de direitos, tendo em vista, o cenário nacionalista, em que o vínculo do nacional com o Estado o transforma em cidadão e o legitima a gozar de toda a proteção dos instrumentos jurídicos, assim, ao migrante resta à lacuna do sistema jurídico-político que o aniquila e o reduz a vida nua. No sistema do Estado-nação, a aplicação dos Direitos Humanos encontra-se vinculada ao enquadramento biopolítico, em que o Estado decide o corpo legítimo de proteção e também o excluído de tal garantia.

O conceito de vida nua ganha contornos importantíssimos para entender-se a situação contemporânea. O traçado desse conceito para o autor, se inicia com a distinção entre *zoé e bíos*, onde a primeira é não mais que a vida natural que qualquer ser vivente desfruta e, a segunda é uma forma de vida que pode ser qualificada podendo adentrar à esfera da política e por isso o termo *bíos politicós* aristotélico (AGAMBEN, 2014). Nessa maré, *zoé* é uma vida desqualificada, uma vida que não se encontra adstrita à política, é uma vida não politizada. É a vida nua em seu estado bruto, e a produção dessa vida nua se dá exatamente pela não inserção dela na vida política. O “homem nu” está marcado por um limiar de indistinção entre poder viver e dever morrer, pois, a sua vida nua não tem significado para além da possibilidade latente de morte<sup>3</sup>.

---

3 Agamben aqui nos remete à tradição grega para tratar de *zoé e bíos*, onde *zoé* exprime a vida de qualquer ser natural, ou seja, uma vida desqualificada de qualquer predicado para além de ser simplesmente vivida, trata-se de uma vida comum a todos os seres vivos, seja aos homens, animais ou deuses, e *bíos*, indica “a forma ou maneira própria de um indivíduo ou de um grupo” (AGAMBEN, 2014, p. 9). Nesse sentido, não se tinha a noção de que a simples *zoé*, ou seja, o simples ato de viver era um privilégio, mas sim, centrava-se o privilégio da vida no viver politicamente. Na filosofia política de Giorgio Agamben, a *zoé* aparece intrinsecamente ligada à vida nua, há uma vida desqualificada

Para Agamben (2014), a (produção da) vida nua é o centro do projeto biopolítico da modernidade que é exacerbado pela experiência nazista no interior do campo. “A implicação da vida nua na esfera política constitui o núcleo originário – ainda que encoberto – do poder soberano” (AGAMBEN, 2014, p. 14). E o poder soberano, se manifesta de maneira mais bem acabada na forma do estado de exceção que tem como sua repercussão mais evidente o espaço-tempo – a-espacial e atemporal – do campo.

Quando o sujeito perde o seu status político, ele perde todas as qualidades que possibilitam aos outros tratá-lo como semelhante (ARENDETT, 2017b), dessa forma, a angústia do migrante não decorre do fato de ele ser privado da vida, da liberdade, nem da igualdade perante a lei ou da liberdade de opinião, mas do fato de já não pertencer a qualquer comunidade, de ter sua existência e humanidade invisibilizadas. Assim, a figura do migrante representa um sujeito que existe, mas não possui as características para tal, criando um não sujeito.

Por conseguinte, o migrante é isolado do mundo e enquadrado nas fronteiras do Estado-nação, fomentando-se uma violência velada que decorre da sua impossibilidade de ação, em razão de o Estado impor as condições para o reconhecimento ou não do sujeito, restringindo e legitimando quem tem direito ao direito, ou seja, o Estado detém em si os mecanismos de mobilização, o que reduz a capacidade de agir do migrante, o condicionando a necessitar do que lhe é negado, ou seja, a pertença lhe é oferecida, entretanto, de forma inacessível.

Dessa forma, o controle biopolítico age “como uma figura de separação e sequestro da vida no campo de decisão da soberania, conservando a memória da exclusão-includente que constitui assim a dimensão originária da política” (GIACOIA JUNIOR, 2008a, p. 39). Consequentemente, o direito reflete uma espécie de relação contratual entre soberano e corpo subordinado, ao invés de ser concretizado como um dos deveres do Estado, ou seja, o ente estatal se apropria de um objeto das relações sociais e o impõe como mecanismo de manutenção da sua soberania.

Nesse contexto, os Direitos Humanos passaram a ser aplicados somente sob a forma de direitos nacionais, e o próprio Estado passou a garantir ao sujeito, enquanto cidadão, esses direitos, ou seja, a figura da cidadania representa uma alma nacional, e sua própria existência está acima da lei. “Desde o momento em que os Direitos Humanos propriamente ditos se afirmaram e ganharam força política, tornaram-se também íntimos do Estado” (FERREIRA, 2009, p. 147), evidenciando que os Direitos Humanos estão vinculados ao Estado soberano, não ao sujeito.

Constatada a inseparabilidade dos Direitos Humanos da soberania Estatal, percebe-se sua condição de elemento constitutivo estrutural, sendo um dos fundamentos da instituição do corpo político social, baseando-se em uma estratégia reducionista, em que se institucionaliza a sua violação, não apenas de forma ativa, mas também em forma omissiva, interferindo diretamente na

---

que, para além de permitir-se o viver, pode atribuir-lhe a morte. A produção da vida nua no texto agambeniano é a produção indistinta da *zoé*, é o que se produziu no campo e é o que se produz atualmente no estado de guerra global. “O vivente possui o *lógos* tolhendo e conservando nele a própria voz, assim como ele habita a *pólis* deixando excluir dela a própria vida nua. A política se apresenta então como a estrutura, em sentido próprio fundamental, da metafísica ocidental, enquanto ocupa o limiar em que se realiza a articulação entre o ser vivente e o *lógos*. A “politização” na vida nua é a tarefa metafísica por excelência, na qual se decide da humanidade do vivente homem, e, assumindo esta tarefa, a modernidade não faz mais do que declarar a própria fidelidade à estrutura essencial da tradição metafísica. A dupla categorial fundamental da política ocidental não é aquela amigo-inimigo, mas vida nua-existência política, *zoé-bíos*, exclusão inclusão” (AGAMBEN, 2014, p. 15).

recepção do migrante, estabelecendo o nexo entre lei e vida, instituindo a necessidade de associação política para poder usufruir de tais garantias.

Desta maneira, o Estado condiciona o migrante a um cenário em que ele representa uma minoria que ocupa um espaço que não é seu, e não é passível de recepção, concebendo o seu direito de participação de forma hostil, no sentido em que lhe é privada a possibilidade de manifestação coletiva e política, pois a igualdade em direito não é dada, mas instituída a partir da constituição do corpo social. Assim, o sujeito é subordinado à adequação ao sistema do ente Estatal, que se baseia no processo de produção, ignorando a complexidade das relações políticas e a gama de diversidades trazidas pelos fluxos migratórios.

A formatação dos Direitos Humanos no arranjo nacionalista Estatal legitima a manutenção da hostilidade no exercício de sua governabilidade, aniquilando o reconhecimento do sujeito perante os instrumentos jurídicos. Dessa forma, o sujeito não está subordinado ao Estado devido à força bruta, mas sim, pela necessidade de ter sua existência enquanto sujeito de direitos reconhecida, sendo que, tal garantia é assegurada aos cidadãos, não à pessoa humana, ou seja, o migrante é o limite entre o ser e o não-ser social (REDIN, 2010).

Por conseguinte, o migrante representa a lacuna entre ser humano e cidadão, uma vez que, sua figura é a materialização da discricionariedade do ente Estatal no processo de humanização do sujeito, ou seja, é o mecanismo pelo qual se justifica a vinculação ou abandono do outro, evidenciando a desvinculação entre o humano e a proteção jurídico-política, sendo a valoração da vida baseada nos limites das fronteiras do Estado soberano, quantificando e criando um ideal de humanidade.

Se o modelo do campo no nazismo levou a consequências nunca antes vivenciadas pela história, ou seja, o projeto biopolítico ancorado no aparato de biopoder que negava a vida para protegê-la, a negação da vida no judeu é a mesma negação da vida no migrante, terrorista, no outro que é inimigo do Estado, e, que pode ser todo e qualquer um, mas essa negação é justamente para conservar a vida provocando terapêuticamente a morte (ESPOSITO, 2010). Esposito (2010) refere a biopolítica nazista, e a biopolítica como um todo, como um controle biológico da população que no caso específico na biopolítica nazista deve ser vista como um controle biológico eugênico da população.

---

#### Eis a união entre o campo e a biopolítica eugênica que resultam no paradigma imunitário<sup>4</sup>

4 A noção de imunização ou de paradigma imunitário trazida por Esposito repousa sobre ser a imunidade para o autor um conceito ao mesmo tempo político e biomédico, nesse sentido, no âmbito biomédico é a imunidade uma condição “imposta” ao sujeito seja natural ou induzida que o coloca imune à determinada doença, enquanto, jurídico-politicamente trata-se de uma isenção temporária ou definitiva concedida ao sujeito pelo ordenamento jurídico-político em relação à determinadas obrigações ou responsabilidades ou seja, nessa noção de imunidade *bios* e *nomos* se relacionam, vida e política comunicam-se. No entanto, este relacionar-se não se dá por sobreposição ou justaposição, como bem refere Esposito (2010, p. 74) “no paradigma imunitário, *bios* e *nomos*, vida e política, resultam ser os dois componentes de um único, incindível, conjunto que só adquire sentido a partir da relação entre eles. A imunidade não é apenas a relação que liga a vida ao poder, mas o poder de conservação da vida”. Esposito prossegue a sua construção acerca do paradigma imunitário afirmando que nele, há uma articulação para além da dualidade biopolítica, ou seja, para além de uma percepção de que o paradigma biopolítico – e o paradigma imunitário é um paradigma biopolítico – se mostra em uma dualidade positivo/negativo em que a vida ou é promovida ou é extirpada, num limiar entre proteger ou excluir, entre negar a vida ou promovê-la, entre violência e proteção. No paradigma biopolítico imunitário como construído por Esposito há uma articulação entre negativo e positivo que

construído por Roberto Esposito, numa tríade que para o autor constitui a modernidade e rompe com a biopolítica enquanto mera mediação entre *bios* e *nomos*, mas, sim, coloca a biopolítica como um paradigma de produção da vida e da morte que medeia as relações político-sociais da modernidade em diante. Esposito (2010) vê na sanha imunitária a peça chave para suprir as lacunas deixadas por Foucault na sua biopolítica, pois, para o autor a imunização constitui de maneira central a forma com o que o Estado se movimenta na garantia da soberania e na ação soberana.

Nesse cenário, a “igualdade e liberdade são ficções ideológicas que pertencem ao Estado, embora a realidade que sustentam seja de uma sociedade e existência diária de exploração, opressão e individualismo” (DOUZINAS, 2009, p. 172). A restrição de igualdade resulta na supressão de liberdade, tendo em vista que, o sujeito só se torna livre por meio da ação política, ou seja, constrói politicamente a sua existência, instituindo demandas que visam ampliar o seu espaço de ação.

Essa restrição de igualdade decorre, paradoxalmente, do desejo por unidade, que resulta em uma necessária forma de associação, que então, é utilizada como meio de exclusão. A lei institui a possibilidade de os sujeitos formarem um espaço público comum, em que a igualdade é normatizada, entretanto, derivando não da natureza humana, mas de uma convenção artificial, em que o Estado modela o corpo social a sua própria imagem, por intermédio dos instrumentos jurídicos. Desta maneira, o nacional recusa o migrante, objetivando não se associar ao outro, ao diferente, a fim de atingir sua máxima igualitária, negando acesso à participação política e social, ou seja, não lhe resta nenhuma instituição que os ampare, o que ordena a condição de vulnerabilidade do sujeito sem vínculo político com o Estado-nação.

Tem-se, então, um empecilho no que concerne a aplicação dos Direitos Humanos, pois, esses deveriam ser inerentes à pessoa humana, entretanto, o ente Estatal os utiliza como objeto direto de seu poder, evidenciando que a igualdade humana é apenas uma igualdade de direitos, ou seja, é uma igualdade de objetivo humano, moldada sob o prisma da soberania Estatal. A humanidade, ao contrário do ser humano, é uma, mas ao mesmo tempo diversa, é uma pluralidade unitária, que em certo contexto, foi convertida pela política, assim, o humanitário corresponde não apenas ao que concerne sua singularidade, mas também em benefício estatal. Este esvaziamento do humano é ordenado por um esquema normativo, que estabelece os parâmetros de aceitabilidade ao espaço Estatal, sendo que, a perda desse acesso é o que justifica a exclusão do migrante do corpo social, ou seja, o território se sobrepõe a concepção universalista dos Direitos Humanos.

Nesse ponto, o Estado-nação opera reforçando a vida natural, “discriminando em seu interior uma vida por assim dizer autêntica e uma vida nua privada de todo valor político” (AGAMBEN, 2007, p. 139). Com isso, evidencia-se que para além das fronteiras, resta apenas a privação de espaços e de direitos, não há possibilidade de manifestação política ou social, mas sim, apenas controle do ser, pondo em questão a constituição, funções e categorias fundamentais que estruturam o paradigma estatal, que ao absorver o ordenamento jurídico para si, depara-se com capacita a vida a partir da forma imunitária (ESPOSITO, 2010). “Isto significa que a negação não é uma forma de sujeição violenta que de fora o poder impõe à vida, mas o modo intrinsecamente antinômico em que a vida se conserva através do poder. Deste ponto de vista pode bem dizer-se que a imunização é uma *protecção negativa* da vida. Ela salva, assegura, conserva o organismo, individual ou colectivo, a que é inerente – mas não de uma maneira directa, imediata, fronta; submetendo-o, pelo contrário, a uma condição que ao mesmo tempo lhe nega, ou reduz, a força expansiva” (ESPOSITO, 2010, p. 74).

sua limitação enquanto garantidor e promotor de direitos, devido ao fato de a formação do sujeito-cidadão ter como requisito a nacionalidade.

A estrutura biopolítica Estatal institui a vinculação entre sujeito e Estado, mecanizando a vida natural, a transformando em um elemento de sua constituição, a inserindo em um espaço de inclusão/exclusão, em que subordina o sujeito, e a única forma de integração é por meio da sujeição. Diante desse cenário, o sujeito foi despido de sua humanidade, ou seja, é reconhecido enquanto tal apenas a partir de sua submissão ao enquadramento estrutural, que por sua vez, o torna objeto, obstaculizando a abrangência dos Direitos Humanos.

Por isso, o fato de ser pessoa humana não garante percepção de semelhança, em um cenário político em que há privação do acesso ao espaço público, devido ao modelo tradicional de Estado-nação, que institucionalizou o medo do outro. Ao desvincular o indivíduo na nação, as garantias humanas baseadas na suposta existência do ser humano em si, desmoronaram no momento em que se confrontou com seres que haviam perdido todas as outras qualidades e relações específicas, exceto que ainda eram humanos (ARENDR, 2017b).

Dessa maneira, o direito aos Direitos Humanos independe do reconhecimento Estatal, pois é inerente a condição humana, entretanto, quando aplicados pelo Estado, condicionam o sujeito a um enquadramento estrutural, caso contrário, lhe é restringido o acesso a tal garantia, ou seja, o cenário de recepção ao migrante lhe impõe uma impolítica vida natural, evidenciando que em meio à diversidade trazida pela mobilidade humana, a caracterização plural dos Direitos Humanos é imprescindível.

Quando fora do Estado de origem, o sujeito torna-se uma mera vida impolítica, que tem sua condição humana invisibilizada, e conseqüentemente perde o acesso aos seus direitos, em uma estrutura em que o Estado molda os instrumentos jurídicos a sua própria imagem. Desta forma, evidencia-se que o caráter universal dos Direitos Humanos é fundamental para o reconhecimento do outro enquanto sujeito, para a construção e manutenção de uma sociedade comunitária, baseada no internacionalismo<sup>5</sup>, superando a imposição das fronteiras.

No momento em que se contrapõe mobilidade humana e fronteiras, percebe-se que o corpo político-social e o ordenamento jurídico não são de ordem natural, mas sim, produtos do Estado e do direito, que agem como redutores da ação plural humana, e visando a manutenção dessa estrutura, o Estado é o único ente que possui legitimidade para agir com violência. Para tanto, atomiza o sujeito, fazendo com que o nacional sinta-se lesado pela presença do migrante e, simultaneamente, valorizado em relação a ele, fomentando um mecanismo incompatível com os fundamentos dos Direitos Humanos.

Assim, a concretização da universalidade dos Direitos Humanos vê-se desafiada ao ter que responder a nação, que objetiva restringir o ingresso do migrante, defendendo uma posição de fechamento das fronteiras, e ao mesmo tempo dar conta de uma agenda que impede tamanha discriminação de acesso (LUCAS; SANTOS, 2016). Tem-se assim, uma ambigüidade originada

---

<sup>5</sup> O termo internacionalista expressa o ideal de um mundo sem a divisão de fronteiras, e sem hierarquização em qualquer esfera, retrata a máxima igualitária humana, “com caráter universalista e humanista” (LÖWY, 1998, p. 2).

pelos instrumentos jurídicos, pois ao mesmo tempo em que garantem proteção ao nacional excluem o migrante, ou seja, ao nacional configura-se o Estado de Direito, enquanto ao migrante o Estado de Exceção.

Os Direitos Humanos pressupõem acessos e escolhas, que ao mesmo tempo demandam e possibilitam a participação do sujeito em espaço público, ou seja, é um ciclo inviável, pois quem o demanda não tem acesso, e sem acesso não é legitimado a demandar. Tendo em vista que a pluralidade humana é anterior à constituição Estatal, percebe-se que essa exclusão é uma técnica de governo, que a subordina e a anula, a transformando de regra em exceção, não comportando a complexidade de relações e demandas dos fluxos migratórios, não por falta de opção, mas por estratégia de governabilidade.

A universalidade dos Direitos Humanos, conduzida pela estratégia nacionalista, não comporta o avanço da mobilidade humana e a gama de diversidade que ela carrega consigo, fazendo-se necessária a criação de um arranjo jurídico-Estatal inclusivo, que permita considerar a diversidade como elemento essencial humano (LUCAS; SANTOS, 2016). O direito é objeto das relações sociais, por isso, as formas relacionais interferem diretamente em sua criação e aplicação, dessa forma, paradoxalmente, o mesmo direito que é instrumento de exclusão, pode ser de inclusão.

Os direitos humanos “embora fossem apresentados como absolutos, eles são instrumentos limitados e limitadores do Direito; embora fossem concebidos acima da política, eles são o produto da política do seu tempo” (DOUZINAS, 2009, p. 175). Visto que, os Direitos Humanos são inerentes à condição humana, mas sua aplicação depende da estrutura Estatal, pode-se dizer que a existência do ser humano se dá a partir da sua construção política, pois a mera vida natural representa a vida passível de exclusão, sem valor algum, que o Estado e seus integrantes estão autorizados a eliminar.

Assim, o direito de ser reconhecido enquanto sujeito está vinculado ao acesso ao espaço público, ou seja, ao pertencimento nacional, já que, a demanda por participação social ativa, ocorre no interior das fronteiras, por isso, ainda que a recepção dos migrantes seja tratada em torno dos Direitos Humanos, fica evidenciada a limitação estatal no que tange sua proteção territorial, evidenciando a precariedade e insuficiência desse sistema, porque se reduz as implicações da mobilidade humana ao interesse nacional.

Por isso, faz-se necessária a desvinculação entre ordenamento jurídico e o princípio da soberania, visando à instituição de “um direito não estatal, amparado numa insólita cidadania internacional fundada nos abusos do poder e na condição infeliz das vítimas desse abuso, quaisquer que sejam” (GIACCOIA JUNIOR, 2008b, p. 303). Dessa forma, o fluxo migratório fomenta a necessidade da concretização da função emancipatória dos Direitos Humanos, superando as barreiras fronteiriças.

Nesse contexto, o migrante rompe a seguridade das fronteiras, desafia a imposição fixa e autocentrada da constituição Estatal, por isso, o direito de migrar é um “direito humano de ação política dentro do espaço público” (REDIN, 2010, p. 186). Assim, sociologicamente e historicamente, o desafio da humanidade é desconstruir a ideia institucionalizada de individualidade,

para que assim, seja possível construir uma humanidade baseada na hospitalidade, em que as diversidades possam ser respeitadas e comunicadas.

Kant ressaltou que o direito a hospitalidade significa o direito a não ser tratado com hostilidade, devido ao fato de ninguém ter mais direito do que o outro a estar em um determinado lugar da Terra, por isso, as partes podem entre si estabelecer relações pacíficas, podendo assim aproximar cada vez mais o gênero humano de uma constituição internacionalista, em que o ser humano tenha valor em si, superando as delimitações fronteiriças, reconhecendo que o mundo é de todos (KANT, 1995).

Assim, acredita-se que a universalidade dos Direitos Humanos tem a função de tornar o mundo um lugar de acessos, que comporte a pluralidade das relações humanas, que transcenda a imposição de identidade política baseada no pertencimento, construindo uma noção de humanidade baseada na participação para além das fronteiras. Para a concretização destes direitos, faz-se necessário repensar a função e estrutura do Estado-nação, ordenando a constituição de um espaço internacionalista, em que as relações de poder não suprimam a humanidade do sujeito.

## CONCLUSÃO

Refletir sobre as questões suscitadas acerca do reconhecimento do outro enquanto sujeito de direitos frente ao fenômeno migratório, e a concretização da universalidade dos Direitos Humanos, exige que se questione a constituição e estruturação Estatal, tendo em vista que, é no limite de suas fronteiras que essas relações ocorrem.

A estrutura Estatal nacionalista permite reduzir a pluralidade e complexidade das relações humanas, categorizando a vida natural, e a enquadrando ao paradigma biopolítico, que ao politizar a vida, transforma o sujeito em um produto da soberania Estatal, impondo a influência política em toda e qualquer relação humana.

Nesse contexto, pode-se dizer que a vida humana é um produto político, independentemente da vontade do sujeito, pois suas ações e omissões são ordenadas pelo aparelho Estatal. Por conseguinte, a estratégia nacionalista não constitui apenas a estruturação do Estado, mas também fabrica o sujeito, influenciando diretamente suas formas relacionais.

Assim, tem-se a figura de um sujeito territorializado, isolado no interior das fronteiras do Estado, por isso, a soberania Estatal origina-se e se mantém através da unificação de seu corpo social, e o ordenamento jurídico legitima a violação de garantias ao sujeito não pertencente a esse corpo, fomentando a figura do “outro”, em um cenário de hostilização às diferenças.

O combate à diversidade é institucionalizado porque o outro representa causa de instabilidade interna, ou seja, o diferente ameaça a estrutura Estatal, é ela que se apresenta vulnerável, entretanto, persuade seu corpo social, e o faz acreditar que a vulnerabilidade lhe pertence, e que o meio eficaz de proteção é a partir da manutenção de sua soberania.

Por isso, o corpo social ao mesmo tempo em que assegura a estrutura Estatal, detém a capacidade de modificá-la, contanto que utilize toda a sua potencialidade política em benefício

próprio, superando sua visão vulnerável de si, percebendo que é ele que cria o poder soberano, logo, é ele que detém a maior capacidade política no conjunto Estatal.

Entretanto, o fato é que o Estado vinculou o sujeito de tal maneira a si, que ele apenas valora sua própria existência se em conformidade com a constituição Estatal. Dessa forma, o corpo social concebe as aspirações do ente governamental como se suas fossem, entendendo-se como parte ativa da instituição Estatal, não por sua capacidade política, mas pela sua subordinação e “fidelidade”.

Diante desse cenário de domínio do ente Estatal sobre o corpo social, é que os instrumentos jurídicos são sistematizados, ou seja, são moldados por uma ótica unitária, influenciada diretamente pelo Estado-nação, por isso, ainda que sejam objeto das relações e demandas sociais, se transformam em um produto da soberania Estatal, incorporados à estratégia de proteção do interesse nacional.

Assim, o direito figura como objeto regulador das relações humanas, e se tratando de fluxo migratório, a lacuna jurídico-social institui um cenário em que o migrante é incluído pelos instrumentos jurídicos, para definitivamente ser excluído, ou seja, sua exclusão é sua forma de inclusão. Dessa forma, o ordenamento jurídico e o enquadramento biopolítico são os meios pelos quais o Estado atinge o ápice do poder.

No contexto nacionalista, a função da biopolítica é fomentar o paradigma da pertença, fabricando uma nação que baste em si, fazendo com que ela rejeite o diferente, tendo na figura do migrante uma existência excedente, que ocupa um espaço que não é seu, por isso, o corpo social e os instrumentos jurídicos são autorizados a lhe excluir.

Consequentemente, tamanha hostilidade faz com que o migrante não tenha acesso fático ao espaço Estatal, ou seja, lhe é privada a esfera político-social, pois o Estado molda o seu espaço para atomizar o sujeito, e assim, manipular as condutas de seus subordinados, para mantê-las favoráveis aos seus interesses.

Diante desse cenário, o ordenamento jurídico institucionaliza a sistemática governamental restritiva, ou seja, o Estado é legitimado a restringir os movimentos migratórios e a isentar-se de sua função de garantidor e promotor de direitos. Ainda, ao incorporar a estratégia biopolítica, o Estado desvincula o migrante de sua existência política, justificando as violações de Direitos Humanos.

Por isso, atingir todos os povos e nações não é suficiente, a universalidade dos Direitos Humanos deve abranger toda a pessoa humana, superando o vínculo com a estrutura Estatal, ainda que ela seja responsável pela sua forma positivada, pois quem lhe dá origem e função, é o sujeito considerado em si.

Tendo em vista que, a mobilidade humana é de ordem natural, pois, desde que se tem conhecimento da existência da humanidade, se tem dela; e a constituição Estatal ocorreu de forma artificial e posterior, é o Estado que tem que se adaptar ao fluxo migratório, não o contrário. Dessa forma, migrar é um ato político, é fazer (re)pensar a estrutura social, política, jurídica e principalmente humana.

Portanto, para a concretização da universalidade dos Direitos Humanos e a compreensão

do migrante como sujeito de direitos, é fundamental a redefinição das funções do Estado, visando uma constituição desterritorializante, em que a soberania Estatal seja exercida de forma internacionalista, que o sujeito possa pertencer a ela e ao mesmo tempo ao mundo, respeitando a pluralidade humana.

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2014.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017a.

ARENDT, Hannah. **O que é política?** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2017b.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

ESPOSITO, Roberto. **Bios: biopolítica e filosofia**. Lisboa: Edições 70, 2010.

FERREIRA, Carlos Enrique Ruiz. **Direitos humanos e soberania: o projeto universal-cosmopolita versus o Estado-emuralhado-nacional**. 2009. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)**. São Paulo: Martins Fontes, 1999a.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1999b.

FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979)**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. Foucault. **Em Tempo**, Marília, v. 6, p. 9-20, ago. 2004.

GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. Notas sobre direito, violência e sacrifício. **Dois pontos**, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 33-47, out. 2008a.

GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. Sobre direitos humanos na era da bio-política. **Kriterion**, Belo Horizonte, n. 118, p. 267-308, dez. 2008b.

HARDT, Michel; NEGRI, Antonio. **Império**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

HARDT, Michel; NEGRI, Antonio. **Multidão**. Rio de Janeiro: Record, 2005.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou a matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução: Rosina D'Angina. São Paulo: Ícone, 2014.

HOBSBAWM, Eric J. **Nações e nacionalismo desde 1780**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.

HOBSBAWM, Eric J.; RANGER, Terence. **A invenção das tradições**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2008.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de; LUCAS, Douglas Cesar; SANTOS, André Leonardo Copetti. **Direitos Humanos, Imigração e Diversidade: Dilemas da vida em movimento na sociedade contemporânea**. Ijuí, RS: Unijuí, 2016.

KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 1995.

LÖWY, Michael. Por um novo internacionalismo. **Lutas Sociais**, São Paulo, n. 5, p. 97-106, 1998.

LUCAS, Douglas Cesar; SANTOS, André Leonardo Copetti. População e governamentalidade: a mobilidade humana (des)controlada. *In*: JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de; LUCAS, Douglas Cesar; SANTOS, André Leonardo Copetti. **Direitos humanos, imigração e diversidade: dilemas da vida em movimento na sociedade contemporânea**. Ijuí, RS: Unijuí, 2016.

REDIN, Giuliana. **Direito de imigrar: direitos humanos e espaço público na sociedade contemporânea**. 2010. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2010.

**Como citar:** HOFFMAM, Fernando; MARQUES, Jucielle Flores. Estado-nação, biopolítica e fenômeno migratório: o reconhecimento frente ao cenário biopolítico. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 1, p. 114-136, abr. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n1p. 114. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 04/02/2019

Aprovado em: 11/03/2019

## O CONSEQUENCIALISMO E A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

CONSEQUENTIALISM AND THE LEGAL ARGUMENTS IN  
BRAZILIAN COURTS DECISIONS

Ana Karina Mendes Chaves\*  
Martonio Mont'Alverne Barreto Lima\*\*

**Como citar:** CHAVES, Ana Karina Mendes; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. O consequencialismo e a argumentação jurídica nas decisões dos tribunais brasileiros. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 1, p. 137-152, abr. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n1p. 137. ISSN: 1980-511X

\* Advogada. Mestranda em Direito Constitucional Público e Teoria Política pelo Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR/CE. E-mail: anakarinamendeschaves@gmail.com

\*\*Doutor e Pós-doutor em Direito pela Johann Wolfgang Goethe-Frankfurt (Alemanha). Professor Titular da Universidade de Fortaleza – UNIFOR/CE. Procurador do Município de Fortaleza. E-mail: barreto@unifor.br

**Resumo:** O presente artigo procura realizar um estudo a respeito de distintas teorias da decisão judicial: a do consequencialismo, que traz a necessidade de observar as consequências existentes de uma determinada decisão; e a da argumentação jurídica, que traz critérios a serem observados para a construção de uma decisão. Ambas as teorias possuem aspectos de convergência a serem abordados nesta proposta de análise. As teorias foram recepcionadas no Brasil, embora sob perspectivas diferentes. No que pesem a complexidade e relevância das teorias, a recepção nacional por doutrina e jurisprudência traz sempre o elemento inovador, sinalando a capacidade de reformulação intelectual, no sentido de oferecer outros olhares. O texto se desenvolve neste sentido a fim de destacar a atenção intelectual brasileira sobre a reflexão internacional do Direito e da política democrática.

**Palavras-chave:** Consequencialismo. Argumentação jurídica. Teoria da decisão judicial. Hermenêutica constitucional. Pensamento jurídico brasileiro.

**Abstract:** This article seeks to carry out a study on different theories of the judicial decision: that of consequentialism, which brings the need to observe the existing consequences of a given decision; and that of legal argumentation, which brings criteria to be observed for the construction of a decision. Both these theories have their aspects of convergence that this paper will address. Moreover, these theories were received in Brazil although under different perspectives. In spite of the complexity and relevance of these theories, the national reception by doctrine and jurisprudence always brings an innovative element,

signaling the capacity for intellectual reformulation, in the sense of offering other perspectives. This paper highlights the Brazilian intellectual attention on the international reflection of Law and democratic policy.

**Keywords:** Consequentialism. Legal Argumentation. Judicial Decision Theory. Constitutional Hermeneutics. Brazilian Legal Thought.

## INTRODUÇÃO

O consequencialismo é uma teoria que tem a preocupação com o resultado que se venha a produzir, ou seja: quais as consequências que uma determinada ação desencadeará, podendo esta estar relacionada no âmbito de maior ou menor abrangência. O consequencialismo considera objeto de sua reflexão o impacto da decisão tomada em toda a população ou sociedade, e também sob perspectiva menor, a envolver apenas as partes diretas ao caso. Essa teoria pode ser observada nas mais diversas áreas do conhecimento. O presente artigo, porém, tratará especificamente do âmbito jurídico, onde o consequencialismo pode ser visto tanto a partir de decisões judiciais como também a partir do processo legislativo de criação de leis.

A teoria da argumentação traz critérios de desenvolvimento de uma decisão quando existe mais de uma resposta possível para o caso apresentado, ou seja, uma vez que se acham presentes mais de uma solução para as situações existentes, cria-se o compromisso de argumentar-se para que se possa garantir a observância dos cuidados minimamente necessários ao proferir uma sentença. Com isso, almeja-se evitar a armadilha do costume fácil de decidir conforme o “caso específico”<sup>1</sup>, cujo resultado é, em grande parte, de acordo com a “consciência e conveniência” do julgador, ao invés de se levarem em conta critérios da racionalidade aceitáveis no âmbito de um Estado Democrático de Direito<sup>2</sup>.

Com essa perspectiva há um considerável questionamento: O juiz, ao interpretar uma norma para proferir uma decisão, cria nova lei? Se sim, deverá observar as consequências da mesma forma que é necessária a observação no âmbito legislativo, inexistindo, assim, tal exigência?

É a partir dessa premissa que a teoria consequencialista será abordada, ou seja, o juiz, ao proferir uma sentença, deverá levar em consideração as consequências que possam ser geradas para as partes em litígio e também para a sociedade.

A elaboração do presente artigo, para fins didáticos, irá ocorrer em três seções, em cuja primeira será abordada a teoria consequencialista: em que consiste e quais seus pontos de convergência com outras teorias filosóficas existentes. Na segunda parte, será retratada a teoria supracitada juntamente com a teoria da argumentação jurídica, a fim de se destacarem os principais autores que abordam o tema. E, por fim, na terceira seção, será realizada uma análise do surgimento e do desenvolvimento deste debate no Brasil.

A pesquisa será de forma bibliográfica, por meio da utilização de livros jurídicos, nacionais e estrangeiros, ligados não só ao direito, mas também ao estudo da filosofia e da hermenêutica.

---

1 Um exemplo recente de frágil decisão, com elementos nitidamente pessoais, é aquele da proferida pelo STF, por sete votos a quatro, em 3 de maio de 2018, sobre foro privilegiado de parlamentares. A decisão foi tomada na questão de ordem formulada nos autos da Ação Penal nº 937, sob a relatoria do min. Luís Roberto Barroso. Nesta ocasião, o STF decidiu que “O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas” (BRASIL, 2018). Um dos ministros a votar favoravelmente a este entendimento foi Luiz Fux. Em 16 de janeiro de 2019, Fux deferiu pedido do Senador eleito em 2018 pelo Rio de Janeiro, Flávio Bolsonaro, para suspender investigação do Min. Público do Rio de Janeiro sobre escândalo de repasses do gabinete do Senador eleito; à época Deputado Estadual pelo mesmo Rio de Janeiro (BRASIL, 2019a). Ou seja, o relator Luiz Fux abandonou seu entendimento - e do STF - para aplicar outra compreensão. Em 1º de fevereiro de 2019, a decisão do relator Luiz Fux foi revogada pelo relator do caso, Marco Aurélio (BRASIL, 2019b).  
2 Cf. Lenio Luiz Streck (2010).

A análise de algumas decisões bem como algumas leis vigentes no país. A pesquisa será ainda qualitativa e exploratória, tendo como objetivo principal o estudo da teoria consequencialista, especificamente no âmbito jurídico.

## 1 A TEORIA CONSEQUENCIALISTA DO DIREITO

A teoria consequencialista surge como uma corrente filosófica ligada ao conceito de utilitarismo. Possui como fundamento minimizar o mal e maximizar o bem, ou seja, a preocupação com o resultado e com as consequências possíveis que ele venha a gerar para que o bem seja propagado, partindo de um ponto de vista moral. Como se vê, padece a teoria de um forte viés idealista, o que denuncia ainda a força do idealismo na Filosofia e no Direito.

O utilitarismo é uma corrente filosófica que tem como principal autor o inglês Stuart Mill, o qual, em seu livro “Utilitarismo”, ao definir essa teoria, estabelece a distinção desta com a teoria do consequencialismo<sup>3</sup>. Mill cita alguns exemplos e estabelece que o utilitarismo é, na realidade, uma teoria de perspectiva mais geral, ao passo que o consequencialismo seria uma subdivisão do Utilitarismo, como bem definido por Sen (2010, p. 84): “ao estabelecer que o utilitarismo pode ser dividido em três componentes, cita que o primeiro deles é o consequencialismo, onde as escolhas devem ser julgadas por suas consequências, avaliando quais os resultados gerados”. Tal ideia já está presente em Aristóteles que fazia referência à elevação do bem, quando aponta na “Ética à Nicômaco” tanto a busca do bem, como o fato de as ações humanas serem sempre voltadas a atingir um fim: “ser o bem a finalidade de todas as coisas” (ARISTÓTELES, 2014, p. 45).

Essa é a primeira ideia do consequencialismo atrelado à filosofia e que passou a ser utilizado pelas mais diversas ciências<sup>4</sup>. No presente trabalho, o consequencialismo será observado no âmbito jurídico, onde, a partir do século XX, a teoria consequencialista aplicada ao direito fora mencionada. A ponderação das consequências, também intitulada sinépica, é um estudo que possui o mecanismo de efetividade e segurança de uma decisão judicial, uma vez que o julgador deve pensar nos resultados que sua decisão venha a produzir. É dessa forma que a definição de sinépica apresentado por Nunes (2012, p. 26) é:

Sinépica é uma palavra de origem grega que pode ser traduzida como pensamento

---

3 Mill (2005, p. 12): “O seguinte exemplo ilustra a diferença entre o consequencialismo e o não consequencialismo. Suponhamos que um consequencialista e um não consequencialista têm a mesma teoria do bom. De acordo com essa teoria do bom, um estado de coisas em que dez pessoas são mortas é melhor do que um estado de coisas em que duas pessoas são mortas. O consequencialista e o não consequencialista deparam-se agora com uma situação em que a única maneira de evitar que dez pessoas morram é matar duas pessoas. O consequencialista dirá: se tivermos de escolher entre esses dois estados de coisas, então, dado que o correcto consiste em maximizar o bom, o correcto será matar essas duas pessoas. O não consequencialista, como não acredita que o correcto consista sempre em maximizar o bom, pode dizer que o correcto não consiste, nesse caso, em matar as duas pessoas, mas sim em deixar as outras dez pessoas morrer”.

4 No âmbito da política, Max Weber em seus estudos, traz um conceito que converge com os aspectos existentes na teoria consequencialista. É a abordagem dos termos ética da convicção e ética da responsabilidade. Um de uma perspectiva mais pessoal e o outro de uma perspectiva mais de compromisso com o todo, com o coletivo. Assim, para o universo jurídico, um juiz não pode proferir uma decisão com base na sua convicção pessoal sem respeitar outros preceitos necessários e exigidos ao proferir uma sentença.

consequencial, a sugerir que a decisão judicial seja tomada com base nas possíveis consequências práticas que ela pode produzir. Com efeito, o consequencialismo (ou sinépica) é o exercício prognóstico realizado pelo magistrado (ou que deve ser realizado) quanto às consequências da decisão proferida no mundo sensível, não só com relação às partes envolvidas na contenda, mas à sociedade como um todo. Segundo o consequencialismo, não basta o juiz dar uma decisão, uma solução normativa, que não tenha correspectividade no mundo social, que seja ineficaz.

Ante perspectiva do Direito, o objetivo da teoria consequencialista é buscar uma integração entre norma e realidade, saindo do plano abstrato da norma para alcançar o plano dos fatos, onde cada situação apresenta a sua particularidade, e, dessa forma, o julgador, muito mais que aplicar a norma ao caso concreto, deverá escolher a melhor decisão possível juridicamente. A questão é, ao aplicar a norma, existiria a criação de uma nova lei? Se se partir do pressuposto que sim, a análise das consequências deve existir também no âmbito do judiciário<sup>5</sup>, como bem cita Mathis (2011, p. 3):

If we accept that the application of law may involve an element of creating new law, and that the courts thus assume a legislative function in certain areas, there is no avoiding the question whether, in that case, they should not also consider the consequences of their decision during the deliberation process.<sup>6</sup>

Pode-se afirmar que isso existe em decorrência do fato de o juiz, ao fazer a aplicação da norma, recorrer à hermenêutica, ou seja, à “arte” da interpretação. E, todo sentido que é dado à norma, ao trazer características próprias do seu mundo e da sua história, deve ser feita também uma análise consequencial. Sendo assim, toda decisão que um juiz venha a proferir deve fazer uma análise consequencialista da decisão, apresentando argumentos fundamentados com os dispositivos legais e com uma análise do todo.

Desse modo, o consequencialismo será uma preocupação não só no âmbito legislativo, mas igualmente no judiciário, e não só as consequências econômicas e/ou ambientais, como alguns autores argumentam, mas todas as considerações que venham trazer prejuízos à sociedade devem ser levadas em consideração.

Conexa à teoria consequencialista, surge ainda a teoria da argumentação jurídica, em que o juiz deve desenvolver argumentos para solucionar conflitos e escolher a melhor decisão para o caso, considerando o contexto econômico e social, fazendo análise de decisão possível juridicamente. O juiz deve considerar o ambiente do réu, as circunstâncias em que ele está inserido.

---

5 O termo existe também na perspectiva do legislativo, ou seja, no processo de criação das leis, a análise de consequências é incontestável, bem cita Mathis (2011, p. 3): “Enquanto que o princípio de análise de impactos durante o processo regulatório é geralmente incontestável [...]”. No original: “Whereas the principle of impact analysis during the regulatory process is generally undisputed [...]”. Todas as traduções aqui apresentadas são de responsabilidade dos Autores.

6 “Se aceitarmos que a aplicação da lei pode envolver um elemento de criação de nova lei, e que os tribunais assumem, portanto, uma função legislativa em certas áreas, não há como evitar se, nesse caso, eles também não deveriam considerar as consequências da sua decisão durante o processo de deliberação”.

Trata-se de adequação jurídica da decisão às consequências a ela associadas, como bem define Sen (2010, p. 86), ao dizer que se pode considerar como o aspecto principal dessa corrente a importância de levar em consideração os resultados das disposições sociais, à medida que essas são julgadas.

É nesse sentido que Ávila dispõe (2016, p. 34):

É preciso substituir a convicção de que o dispositivo identifica-se com a norma, pela constatação de que o dispositivo é o ponto de partida da interpretação: é necessário ultrapassar a credence de que a função do intérprete é meramente descrever significados, em favor da compreensão de que o intérprete reconstrói sentidos, quer o cientista, pela construção de conexões sintáticas e semânticas, quer o aplicador, que soma àquelas conexões as circunstâncias do caso a julgar; importa deixar de lado a opinião de que o Poder Judiciário só exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto.

Apresentando uma situação específica, temos uma decisão da Justiça Federal no Ceará em que Chaves (2018) traz à baila casos emblemáticos. Recorramos a um em específico, a saber, “O Catador de Lixo” (CHAVES, 2018, p. 25-28). Nesse caso, o réu foi acusado pelo crime previsto no artigo 171 §3º do Código Penal Brasileiro, qual seja, obtenção fraudulenta de parcela do seguro desemprego, em detrimento da Caixa Econômica Federal. Confessado o crime, o réu se declarou paupérrimo, situação essa que veio a ser comprovada mediante uma notícia do jornal local, em que o mesmo réu se encontrava na foto. A matéria retratava o impedimento de acesso ao lixo, ordem proferida pelo Governador do Estado. E, na qualidade de catador, sendo essa sua única forma de sustento bem como a de sua família, veio a realizar essa prática delitativa, conforme confessou, mas somente por essa razão. Na reportagem, o acusado vem a declarar: “quem fez isso com nós (sic.) não sabe a vida que a gente leva nesse lixo para os filhos não morrer de fome”. O Juiz reconstruiu o sentido que era necessário para o caso. Desta forma, sustentou que a absolvição do réu foi, por ele mesmo, fundamentada, uma vez que o seu intuito era buscar uma forma de dar continuidade à sua existência, vinculado ao essencial: a garantia de uma alimentação. Assim, uma liberdade primária, que é necessário de ser observada, uma vez que, no caso apresentado, se existisse a positivação única e exclusiva, sem a análise mínima de consequências, o destino não só do réu, mas de uma família, seria outro.

Todas as considerações referentes ao caso são importantes de serem levadas em conta. Mas para que essas teorias possam se sobressair em seu melhor, evitando julgamentos arbitrários, o que deverá ser observado, como aspecto primeiro, são os preceitos dispostos em nossa Constituição.

## 2 O CONSEQUENCIALISMO E A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Cita Härbelle (apud PEREIRA, 2006, p. 58) que: “quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos a co-interpretá-la [...]”. Assim, “todo aquele que vive no contexto regulado por

uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente um intérprete dessa norma.”

É dessa forma que surge o consequencialismo: uma vez existindo o ato de interpretar, o julgador, ao construir sua decisão (PALMER, 2015, p. 19), traz sua percepção própria da circunstância, que é retratada a partir do seu ponto de vista, único e pessoal. Sendo assim, o juiz deve observar os efeitos consequenciais de sua sentença, uma vez que essa decisão gerará efeitos para toda a sociedade.

Uma interessante produção sobre o tema veio com artigo *consequentialism in law*, de Klaus Mathis (2011), Professor da Universidade de Lucerne/Suíça, que desenvolve a análise do consequencialismo a partir da decisão judicial, trazendo como referência a Alemanha, a Suíça e os países anglo-americanos. Aqui, o autor apresenta a ideia sobre o tema e menciona alguns autores que abordam a questão, expondo os argumentos contrários e favoráveis<sup>7</sup>.

Mathis (2011) cita, especialmente, dois principais teóricos que são a favoráveis à proposta consequencialista<sup>8</sup>: MacCormick e Kelsen. Para este, quando existe um sopesamento de interesses pelo juiz para realizar o julgamento em favor de uma das partes litigantes, há criação da lei, embora também exista uma limitação em face do legislador, como bem apresenta Klaus Mathis (2011, p. 13):

The opinion that only legislation but not the ‘real’ administration of justice is political is just as wrong as the opinion that only legislation is productive law-creation, whereas the judicial process is only reproductive application of law. [...] By empowering the judge within certain boundaries to weigh opposing interests and rule in favour of one or the other, the legislator confers on him an authority to create law, which is a power that gives the judicial function the same ‘political’ character of legislation and that of the administration of justice there is only a quantitative, not a qualitative difference.<sup>9</sup>

Para MacCormick as consequências possuem um certo papel para desempenhar, uma vez

7 Para argumentos contrários, o autor traz a ideia de Niklas Luhmann, sendo esse o maior opositor do consequencialismo na aplicação da lei, quando o jurista não deve ser responsabilizado pelas consequências decorrentes do julgamento. Um outro autor a que Mathis também faz referência é Dworkin, que argumenta que o juiz não é parte legítima para a feitura de uma nova lei, uma vez que não são eleitos e não possuem discricionariedade. Dessa forma, a corte deve decidir unicamente quem tem direitos, mas deve abster-se de considerar as reais consequências de seu julgamento para as partes afetadas e para a sociedade. Nessa perspectiva é que se insere a ideia do determinismo metodológico e ainda do decisionismo metodológico, ou seja, para o primeiro as decisões jurídicas não precisam de justificção uma vez que são proferidas por autoridades legítimas (juiz) e/ou são resultados de simples aplicação da norma ao caso concreto. Já para a segunda possibilidade, as decisões não são justificadas uma vez que são puros atos de vontade (ATIENZA, 2016a, p. 8).

8 Além de Neil MacCormick e Kelsen, o autor cita ainda Hart, segundo o qual novos casos podem demandar aplicações de princípios que no passado geraram decisões diversas – a demanda por uma única decisão correta em face de uma única interpretação possível não condiz com a realidade da ambiguidade da maioria das normas legais. Sambuc, que esclarece que a análise de impactos pode contribuir para as metas regulatórias. Rhinow, o qual determina que a o estudo dos impactos é necessário, uma vez que é ausente outro meio de legitimação do juiz. Cita ainda outros, como Esser, Dewey e Biaggini.

9 “A opinião de que apenas a legislação, mas não a ‘real’ administração da justiça é política, é tão errada quanto a opinião de que apenas a legislação é criação de leis produtivas, enquanto o processo judicial é apenas uma aplicação reprodutiva da lei. [...] Ao capacitar o juiz dentro de certos limites para pesar interesses opostos e decidir em favor de um ou outro, o legislador lhe confere uma autoridade para criar lei, que é um poder que dá à função judicial o mesmo caráter ‘político’ da legislação e da administração da justiça, há apenas uma diferença quantitativa, não qualitativa”.

que ele propõe uma decisão intermediária, que rejeite extremos, como bem é disposto em Mathis (2011, p. 19):

More recently, Neil MacCormick is another who refers to the necessity of considering consequences. He rejects any one-sided mode of deliberation, whether it be informed only by consequence or only by the ‘correctness’ of the decision. Instead he favours a middle way, in which consequences have a certain role to play. “So I reject both extremes and entertain only the middle view that some kinds and some ranges of consequences must be relevant to the justification of decision [...] I conclude that some element of consequentialist reasoning must be present in any sound decisionmaking process, in any satisfactory mode of practical deliberation”.<sup>10</sup>

Como já disposto, juntamente com o consequencialismo, os autores compartilham também uma outra teoria, a da argumentação jurídica, teoria que tem como função primordial a justificação da decisão judicial, oportunidade em que o julgador deve estabelecer parâmetros coerentes para fundamentação da sua decisão e não somente os aspectos jurídicos tradicionais. Dessa forma, a teoria da argumentação jurídica e a do consequencialismo andam lado a lado.

Dois doutrinadores abordam o tema da argumentação jurídica, o espanhol Manuel Atienza e o escocês Neil MacCormick. Ambos possuem teorias que, em algum momento, convergem. Mas para a continuação do desenvolvimento do artigo, será utilizada a teoria desse último.

Para MacCormick a argumentação jurídica se concretizaria, pelo menos em alguns casos, a partir de um raciocínio dedutivo. E, para justificar tal assertiva, ele cita um caso concreto (ATIENZA, 2016a, p. 136) em que uma pessoa que comprou uma limonada num bar, a qual estava contaminada, ocasionando danos à saúde do comprador. Parece razoável supor que, ao realizar esse tipo de venda, entende-se que, implicitamente, a mercadoria vendida deve possuir uma qualidade desejada. Sendo assim, quem descumpra essa condição é obrigado a responder pelos danos causados.

Os pressupostos defendidos por MacCormick de justificação dedutiva passam por uma divisão, a depender do caso concreto, se é um caso fácil ou se é um caso difícil. Para os casos fáceis, os pressupostos delimitados são dois: o primeiro é que os juízes têm o dever de aplicar as regras do direito válido; e o segundo é que os juízes podem identificar quais normas são válidas, o que implica aceitar critérios de reconhecimento que podem ser partilhados (ATIENZA, 2016a, p. 139-140).

Já para os casos difíceis (ATIENZA, 2016a, p. 143-163), a justificação de uma decisão precisa cumprir um outro requisito, que é o da universalidade, que existe a partir de uma expressão

---

<sup>10</sup> “Mais recentemente, Neil MacCormick é outro que se refere à necessidade de considerar as consequências. Ele rejeita qualquer modo de deliberação unilateral, seja ele informado apenas por consequência ou apenas pela ‘correção’ da decisão. Em vez disso, ele prefere um meio termo, no qual as consequências têm um certo papel a desempenhar. ‘Assim, rejeito os dois extremos e considero apenas a visão intermediária de que alguns tipos e algumas consequências devem ser relevantes para a justificação da decisão [...] Concluo que algum elemento do raciocínio consequencialista deve estar presente em qualquer processo de tomada de decisões modo satisfatório de deliberação prática’”. Para MacCormick, o argumento do consequencialismo parece estar mais relacionado às consequências normativas, às repercussões de um julgamento sobre juízos posteriores e sobre outras regras legais.

de uma norma geral ou de um princípio. Uma significativa indagação surge: como justificar a escolha de uma ou outra norma geral? É nessa oportunidade que a decisão, também, deve ter sentido em relação ao sistema, ou seja, cumpra os requisitos de consistência e coerência<sup>11</sup> e deve ter sentido em relação ao mundo, ou seja, a análise das consequências das decisões.

Esses pressupostos definidos por MacCormick são, em poucas linhas, apresentados por Atienza (2016b, p. 518):

Para MacCormick, los problemas interpretativos constituyen un subtipo de los problemas argumentativos. Siguiendo a Hart, él parte de una distinción entre casos fáciles y casos difíciles. En los casos fáciles, la justificación de una decisión por parte de un juez es tan sólo una cuestión de deducción. [...]. Ahora bien, además de casos fáciles, en el Derecho existen también casos difíciles en los que se trata de problemas de relevancia, de interpretaciones, de prueba o de calificación. Y para justificar esas decisiones, los criterios de carácter lógico son insuficientes; se hace necesario recurrir también a criterios de la racionalidad práctica, esto es, al uso de argumentos no estrictamente lógicos que apelan a nociones como la de coherencia o de la consecuencia.<sup>12</sup>

A utilização da argumentação jurídica reforça a necessidade de análise das consequências, e, uma vez que o julgador se utiliza dessas teorias e faz uma análise hermenêutica de uma lei, haverá a criação de uma nova lei, o que corrobora para a observação das consequências das decisões proferidas. É nesse sentido que Atienza (2016b, p. 515) cita ainda Kelsen:

Según Kelsen, el Derecho aplicable a un caso se encuentra indeterminado, en cuanto las normas jurídicas tan sólo establecen marcos que deben <determinarse> en uno u otro de los varios sentidos posibles: em eso consiste precisamente la interpretación. Cuando el establecimiento del sentido de una norma lo lleva a cabo el órgano jurídico encargado de la aplicación del Derecho, se tratará de una interpretación auténtica, la cual consiste en un acto de voluntad que tiene como resultado la producción de nuevo Derecho (una norma individual).<sup>13</sup>

Importante lembrar que toda e qualquer lei existente em nosso ordenamento jurídico deve ser interpretada a partir do que prevê a Constituição Federal, ou seja, a hermenêutica deverá respeitar

11 No livro de Atienza (2016a, p. 146-153) é possível encontrar o que seriam esses requisitos de consistência e de coerência. A consistência é quando uma decisão se baseia em premissas normativas, ou seja, não infringe o direito vigente. Já a coerência pode ser de duas espécies, normativa e narrativa. Aquela é um mecanismo de justificação, uma vez que as normas não podem ser consideradas isoladamente, mas como um todo, um conjunto, que é dotado de sentido. Já a coerência narrativa fornece um teste quanto às questões de fato quando não é possível uma observação direta e imediata e uma prova direta de tais questões.

12 “Para MacCormick, os problemas interpretativos são um subtipo de problemas argumentativos. Seguindo Hart, ele parte de uma distinção entre casos fáceis e casos difíceis. Em casos fáceis, a justificação de uma decisão por um juiz é apenas uma questão de dedução. [...]. Agora bem, além dos casos fáceis, no Direito também há casos difíceis, em que há problemas de relevância, de interpretação, de prova ou de qualificação. E para justificar essas decisões, os critérios lógicos são insuficientes; é necessário recorrer a critérios de racionalidade prática, isto é, ao uso de argumentos que não são estritamente lógicos, que apenam para noções como coerência ou consequência”.

13 “Segundo Kelsen, a lei aplicável a um caso é indeterminada, na medida em que as normas jurídicas apenas estabelecem quadros que devem ser “determinados” em um ou outro dos vários sentidos possíveis: é precisamente nisso que consiste a interpretação. Quando a escolha do significado de uma regra é realizada pelo órgão legal encarregado da aplicação da lei, ela será uma interpretação autêntica, que consiste em um ato de vontade que resulta na produção de uma nova lei (um padrão individual)”.

e propagar as disposições constitucionais<sup>14</sup>. Dessa forma, essas teorias só podem ser consideradas positivas à medida que priorizam a Constituição, caso contrário o risco de ingressar em regimes fora das constituições e da democracia estará sempre presente, haja visto que a “Constituição, para articular-se com uma visão discursiva da Democracia, deverá ser compreendida fundamentalmente como interpretação” (OLIVEIRA, 2004, p. 295).

No âmbito do direito penal essa necessidade é ainda mais destacada<sup>15</sup>, dado que o direito que pode vir a ser ameaçado seja um direito muito sensível, isto é, um dos direitos e garantias fundamentais, como liberdade do homem. Não pode existir somente uma subsunção, ou seja, a aplicação daquela norma penal para aquele caso concreto. Existe, nesses casos, a necessidade de observância dos valores constitucionais, um entendimento do que é um Estado Democrático de Direitos e qual o objetivo da pena que vem a restringir uma liberdade.

A partir dessas observações e analisando a sentença proferida no caso apresentado, pode-se considerá-lo um caso difícil por se tratar da garantia de liberdade de um ser humano. E, como apresentado pelo próprio Juiz, a liberdade de um homem somente deve ser objeto de privação quando demonstrar riscos concretos ao todo, ao social, porquanto o objetivo do direito penal em um Estado Democrático de Direitos deve ser outro:

Nosso sistema jurídico exige do juiz uma justificativa para impor uma condenação criminal, para infligir ao cidadão uma pena que encarcera (em horrendos cárceres), privando-o do bem maior; e, na aplicação de outras penas, nominadas de substitutivas, subsiste a ameaça de privação de liberdade, colocando o cidadão a um passo mais próxima dessa aterradora hipótese. Para suprimir – ou admoestar – o valor liberdade há que se contrapor um valor significativo, ofensivo, proporcional ao valor a ser suprimido; a sanção penal, portanto, exigem, além da subsunção ao tipo objetivo e subjetivo, para além desse momento de constatação, um segundo momento, a saber: a ofensa ao bem jurídico, a relevância, a existência enquanto ato agressivo à sociedade (CHAVES, 2018, p. 124).

É possível depreender que o Juiz se orientou nos preceitos normativos constitucionais, obedecendo o requisito da universalidade. Já os aspectos de consistência (não infringiu o direito vigente) e de coerência, tanto normativa, pois o direito penal não foi considerado isoladamente,

---

14 MacCormick (2010), em sua teoria, cita os tipos de argumentos interpretativos que devem ser utilizados, sendo pré-determinando três: linguísticos, sistêmicos e teleológicos, que devem ser levados em consideração nessa ordem de preferência, a chamada “regra de ouro”. O primeiro traz uma interpretação a partir do dispositivo legal, ou seja, as expressões linguísticas utilizadas na lei. Já os argumentos sistêmicos objetivam encontrar um melhor sentido da norma em relação ao sistema jurídico que ela se encontra inserida, e se subdividem argumentos de harmonização contextual, argumentos de precedentes, argumentos de analogia, argumentos lógico-conceitual, argumentos de princípios gerais do direito e, argumentos históricos. E, por fim, os argumentos teleológicos, que dizem respeito a finalidade do dispositivo legal.

15 No âmbito penal é possível encontra na teoria garantista justamente essa forma de aplicação. Essa teoria significa, como bem define o maior doutrinador nesse aspecto, Luigi Ferrajoli (2015, p. 29): “Por ‘garantismo’ se entende, pues, en esta acepción más amplia, un modelo de derecho baseado en la rígida subordinación a la ley de todos los poderes y en los vínculos impuestos a estos en garantía de los derechos, con preferéncia de los derechos fundamentales sancionados por la constitución. En este sentido, el garantismo es sinónimo de ‘estado constitucional de derecho’”. Tradução da autora: Por garantismo entende-se, então, em sentido mais amplo, como um modelo de direito baseado na subordinação rígida à lei de todos os poderes e os vínculos impostos à garantia de direitos, com preferência por direitos fundamentais sancionados pela Constituição. Nesse sentido, a garantia é sinônimo de Estado Constitucional de Direito.

como narrativa, pois se perceberam as condições, neste caso, inexistentes, do autor para a prática do crime, são também possíveis de serem claramente apreendidas.

O último dos requisitos – o sentido em relação ao mundo, ou seja, as consequências da decisão – que podem ser alcançadas, uma vez que se aquele réu fosse preso, sua família entraria em uma situação mais precária do que a que já se encontrava. Sendo assim, é possível observar que todos as condições foram atingidas.

Tais requisitos de argumentação são alguns aspectos aplicados por MacCormick para que se alcance o ideal da teoria, qual seja, um julgamento que obedeça aos direitos e garantias fundamentais dispostos na Constituição Federal. E que o juiz, através do bom senso normativo, possa proferir uma decisão que alcance o que se postula teoricamente.

Não se trata de por vezes se observar necessariamente um cálculo, ou uma subsunção de uma teoria a uma sentença. O desafio aqui consiste na conjugação da legalidade constitucional e seus nexos com a política democrática e humanista, como é o caso do dirigismo constitucional brasileiro, e jamais o capricho pessoal da convicção do julgador. O consequencialismo não se confunde com a “razão solipsista”, tão bem estudada por Lenio Streck, e há anos: “Esse ativismo, com ou sem aspas, demonstra também que a sua *ratio* possui uma origem solipsista, o que se torna problemático, porque a democracia e os avanços passam a depender das posições individuais da suprema corte” (STRECK, 2010, p. 23). Não se trata de um monólogo judicial; está-se diante de uma inovação discursiva dialógica que obriga o aplicador do Direito ao recurso à Constituição – vale dizer ao momento cultural, econômico e político da sociedade onde atua – independente de sua convicção.

A recepção do consequencialismo decorre de algumas decisões que passaram a não obedecer (e/ou prevalecer) mais a esses ideais existentes em nosso ordenamento jurídico, sendo possível perceber decisões arbitrárias, o que não condizia com o modelo de Estado que se deseja alcançar. A sentença apresentada da Justiça Federal no Ceará, por exemplo, deu-se no ano de 2002, momento esse em que, no Brasil, não existia sequer sinal dessa teoria ou mesmo de sua aplicação, ou seja, esse controle com os ideais constitucionais já era observado e garantido independentemente de teoria. Pensar e raciocinar o Direito exige que se entenda o outro e se coloque no lugar desse outro, respeitando, necessariamente, os limites previstos na Constituição e nas leis. As teorias, tanto do consequencialismo como da argumentação jurídica, surgem para estabelecer meios para o desenvolvimento de uma sentença judicial – que no Brasil passaram a atingir um número alto de arbitrariedade –, meios esses que só poderão ser considerados com base no disposto na principal lei do País, a Constituição, caso contrário, um risco também existirá, uma vez que as decisões não podem ser proferidas através de um cálculo.

### 3 CONSEQUENCIALISMO NO DIREITO BRASILEIRO

A teoria consequencialista na perspectiva jurídica, é observada tanto na elaboração das normas como na aplicação do direito (adjudicação), mas, em ambas, de uma forma incipiente,

como será observado. Na perspectiva de elaboração das leis, é necessário observar a análise de um exame prévio, como bem argumenta Scalcon (2017, p. 3), onde as normas, antes de entrarem no ordenamento jurídico brasileiro, devem passar por um estudo, denominado de legística, fazendo, dessa forma, uma análise das consequências.

Desse modo, a legística ocupa-se dos resultados concretos da aplicação de uma lei em dado contexto social. Ela quer antecipar (avaliar preventivamente) ou elucidar (avaliar retrospectivamente) as possíveis razões de um déficit de realização dos fins intencionados, ou seja, da não confirmação da prognose do legislador sobre os reais efeitos da lei. Noutras palavras, intenta-se analisar os atos legislativos à luz da sua capacidade de produzir ambicionadas mudanças na realidade social, as quais teriam servido de justificativa para a própria emanção da lei.

Apesar de existir essa análise na elaboração das normas, essa ainda não se dá de uma forma integrativa (SCALCON, 2017, p. 15), não havendo sua obrigatoriedade, seja no Poder Executivo, seja no Poder Legislativo. Dessa forma, a verificação de impactos pode existir, mas ainda pode ser vista de uma maneira dispensável.

Já no Poder judiciário, essa análise de consequências também não possuía uma obrigatoriedade – não obstante já existir casos que observavam esse cuidado, principalmente os relativos ao direito à saúde<sup>16</sup> e ao direito ambiental.

A partir de alterações em dez artigos à já existente Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942) (BRASIL, 1942), a nova Lei nº 13.665, de 25 de abril de 2018, consagrou mudança e, com ela, uma transformação de paradigma, visto que acrescentou a necessidade de se observarem as consequências, ou seja, analisar as consequências práticas das decisões, e não só valores jurídicos abstratos que devem ser levados em consideração<sup>17</sup>. Referida Lei tem a função de fixar alguns preceitos básicos e iniciais no âmbito normativo, como vigência, a eficácia, aplicação, a revogação e, recentemente, veio a regular também os critérios de decisão, fundamentados na teoria consequencialista, na qual o juiz deverá levar em conta, obrigatoriamente, os efeitos, os resultados, os prejuízos que a decisão irá

16 A questão do direito a saúde é o contraponto que existe quando uma única pessoa precisa de um tratamento de saúde caro, que não tem tanta possibilidade de sobrevivência e o recurso utilizado nesse tratamento em específico prejudicaria inúmeras pessoas que precisam de tratamentos mais simples. Ou então o caso das decisões judiciais que interrompem as filas das centrais de regulação de leitos Brasil afora. Se o juiz manda que se ponha aquele paciente/autor na UTI, ou quando determina fornecimento de medicamentos caros, acaba de algum modo interferindo no orçamento para medicação e tratamentos que é gerenciada pelos Estados e Municípios. Há juízes que entendem que se deve garantir a saúde a todo custo. Por outro lado, há juízes que entendem que ao se valer dessa máxima, será ferido o orçamento público. Interessante percebe que, no âmbito da produção científica e intelectual da área da saúde, não se vê uma voz a favor da judicialização da saúde hoje tão em voga no Brasil. Ao leitor mais curioso, sugerimos uma rápida busca dos seguintes nomes da rede mundial, que são cientistas com estudos fortemente baseados em pesquisas por suas equipes e publicados em excelentes periódicos, como a Revista Saúde Pública, Cadernos de Saúde Coletiva, Ciência & Saúde Coletiva: Ana Luiza Chieffi, Cláudia Garcia Serpa, Daniel Wang, Eli Iola Gurgel Rodrigues, Felipe Ferré, Fernanda Loureiro de Vasconcelos Barbosa, Fco. de Assis Acúrcio, Luciana Simas, Miriam Ventura, Octavio Ferraz, Orosimbo Henrique Campos Neto, Rita de Cássia Barradas Barata (uma das maiores autoridades em saúde coletiva do mundo), Vera Lúcia Edais, Tatiana Aragão Figueiredo e muitos, muitos outros. O que se sobressai ainda diante deste cenário é a substituição do debate econômico, político e social por decisões do mesmo Judiciário. Assim, as reformas necessárias a qualquer sociedade no sentido de sua emancipação e conquistas sociais decorreriam não da atividade da política democrática; porém do espaço do Poder Judiciário

17 Importante ressaltar que essa mudança de paradigma é visível não só no âmbito judicial, pois a alteração legislativa incorpora a análise de consequências também nas esferas administrativas e controladora, como bem dispõe o artigo 20 da já citada lei.

gerar, seja ela de uma perspectiva micro como de uma perspectiva macro<sup>18</sup>.

Assim, uma lei que sirva de parâmetro para um determinado caso concreto será uma lei interpretada, e, ao interpretar, o juiz tem que pensar através do conjunto. Esta tarefa pode ser alcançada quando é possível observar o direito a partir dos participantes, combinado-se isso com a existência de uma norma jurídica válida, e que, no caso, a prevalência deve ser da Constituição, por tratar-se da principal norma existente no País, a qual estabelece o suporte para todas as outras.

No momento em que se abandona a perspectiva externa do Positivismo (que tenta construir uma teoria do Direito da perspectiva do observador, preocupada apenas em descrever o sistema jurídico tal como ele é) e se passa a assumir uma perspectiva interna que vise a estudar o Direito do ponto de vista dos próprios participantes do processo de produção de normas e decisões legítimas, percebe-se com clareza que a justificação do Direito como prática social e a justificação das decisões particulares tomadas com base no Direito não podem prescindir de uma metodologia, um processo racional para conciliar essa tensão entre *ratio* e *auctoritas*, haja visto que o problema fundamental enfrentado pelos juízes na sua atividade prática é justamente como construir uma solução bem ordenada do ponto de vista moral e, ao mesmo tempo, juridicamente válida (BUSTAMANTE, 2012, p. 118).

Assim, as teorias vistas ao longo desse artigo poderão ser boas teorias, se a sua prática fortalecer a Constituição. É importante que, ao proferir uma sentença, esteja-se atento a esses aspectos, a fim de evitar que o magistrado simplesmente se utilize de todo o poder que tem para julgar o caso sem tecer qualquer consideração sobre o todo. É a partir da necessidade de segurança jurídica de que o processo será julgado sem a existência de danos para as partes, que isso se dará de forma célere<sup>19</sup> e, claro, que serão observados todos os aspectos importantes de um Estado Democrático de Direitos, que se estabelecem direitos e garantias fundamentais para todos os homens, com a intenção de que sejam realmente efetivados. É nesse sentido que a teoria consequencialista – e da argumentação jurídica – passa a surgir no direito brasileiro, agora albergando todas as áreas jurídicas, objetivando a integração da norma, do sistema e também do mundo, com a finalidade de garantir uma melhor decisão possível. Mas essa melhor decisão possível, através dessa teoria, só realmente existirá se primeiramente existir um olhar para as garantias constitucionais.

---

18 Necessário destacar a função contramajoritária dos direitos fundamentais, qual seja, os direitos fundamentais são contrapeso à vontade da maioria. Dessa forma, não é válido pensar esse nível macro como sinônimo de maioria, para não incorrer em um erro.

19 O termo “consequências” pode ser de várias formas empregado, mesmo no Judiciário. Traz-se outro ponto de debate: as consequências dos atos dos juristas, uma vez que uma atitude arbitrária de um dos sujeitos processuais traz consequências para a sociedade. Novamente, foi o caso, por exemplo, previsto no livro “Os olhos do Coração”. Noutro caso em questão, uma pessoa passou cinco dias presos por tentar furtar da biblioteca da Universidade Federal do Ceará cinco livros. Dessa forma, o Juiz não aceitou a denúncia, alegando não só haver necessidade, pois o sistema repressivo já havia funcionando, mas fundamentando que “em termo de zelo pelas nossas instituições, em termos de vantagem social, de acesso, de modernização, seria um desserviço gastar energia, seguindo aquele cansado roteiro”. O Ministério Público Federal, entretanto, recorreu da decisão, que veio a percorrer todas as instâncias do judiciário brasileiro, sendo julgado pelo Supremo, sete anos depois, oportunidade em que os Ministros vieram, por unanimidade, a acolher a decisão do Juiz de primeira instância.

## CONCLUSÃO

As duas teorias abordadas neste trabalho, a do consequencialismo jurídico e a da argumentação jurídica, são teorias que possuem pontos de convergência, uma vez que aquela procura definir as consequências de uma decisão, esta estabelece argumentos que devem ser utilizados pelo Juiz ao proferir uma sentença. Ambas surgiram recentemente no ordenamento jurídico brasileiro, visando estabelecer parâmetros para evitar que venham a existir decisões arbitrárias.

Dessa forma, o Juiz, ao proferir uma decisão judicial, deve realizar uma reflexão de quais efeitos essa decisão proferida gerará, dado que essa sentença pode mudar não só a vida das pessoas envolvidas no processo, mas de toda uma coletividade, a qual pode ser atingida das mais diversas formas – mesmo que exista na estrutura do Poder Judiciário brasileiro a possibilidade de mudança, ou seja, de se recorrer da decisão –, sabendo-se os efeitos danosos são rapidamente materializados e, até que se defina o contrário, a parte e até mesmo a sociedade, de alguma forma, já podem ter sido prejudicadas.

Essas teorias não excluem, de forma alguma, a necessidade do julgador de estabelecer o respaldo nas normas do direito brasileiro, uma vez que o juiz não pode solucionar um caso com base somente nas suas convicções pessoais, sem apontar os parâmetros legais de sua decisão. Nesse ponto, a principal norma que é o fundamento para todas as demais leis do nosso ordenamento é a Constituição Federal.

Essa análise das consequências é importante não só na esfera judicial, mas também na esfera legislativa, oportunidade em que é feito um estudo prévio de uma lei, buscando perceber como ela refletirá no ordenamento jurídico e na sociedade. E, dentre essas normas, é possível destacar aquela que hoje é considerada como um dos pontos máximos de resguardo por todos, as normas que abordam sobre o direito ambiental.

Tais teorias desenvolvidas só conseguirão realmente atingir uma finalidade coerente se se alcançar o comando normativo concreto do Estado Democrático de Direito, ou seja, se a decisão buscar consagrar os direitos e garantias fundamentais dispostos na Constituição.

## REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. São Paulo: EDIPRO, 2014.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016a.

ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. Madrid: Editorial Trotta, 2016b.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de introdução às normas do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1942. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm). Acesso em: 9 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Reclamação 32.989 Rio de Janeiro**. Relator: Min. Marco Aurélio, 16 de janeiro de 2019a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RCL32989liminar.pdf>. Acesso em: 3 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Processo n. 937 do STF**. Relator: Min. Roberto Barroso, 3 de maio de 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/37930884/processo-n-937-do-stf>. Acesso em: 3 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RCL 32989**. Relator: Min. Marco Aurélio, 16 de janeiro de 2019b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5619174>. Acesso em: 3 fev. 2019.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

CHAVES, Augustino Lima. **Os olhos do coração**. Fortaleza: Editora UFC, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos**: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Madrid: Editorial Trotta, 2015.

MACCORMICK, Neil. Argumentación e interpretación en el Derecho. **DOXA**: Cuadernos de Filosofía del Derecho, San Vicente del Raspeig, n. 33, p. 65-78, 2010.

MATHIS, Klaus. Consequentialism in law. *In*: MATHIS, Klaus (org.). **Efficiency, sustainability, and justice to future generations**. Dordrecht: Springer, 2011. p. 3-29.

MILL, John Stuart. **Utilitarismo**. Lisboa: Gradiva, 2005.

NUNES, Tatiana do Couto. A sinéptica como mecanismo de eficácia das decisões judiciais. *In*: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (org.). **A eficácia das decisões judiciais com foco nas decisões da jurisdição constitucional STF**. Brasília: IDP, 2012. p. 17-37.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Devido processo legislativo e Estado democrático de direito: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. *In*: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coord.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamento, 2004. p. 259-300.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 2015.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. São Paulo: Renovar, 2006.

SCALCON, Raquel Lima. Avaliação de impacto legislativo: a prática europeia e suas lições para

o Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 54, n. 214, p. 113-130, abr./jun. 2017. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril\\_v54\\_n214\\_p113.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p113.pdf). Acesso em: 10 jun. 2018.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

**Como citar:** CHAVES, Ana Karina Mendes; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. O consequentialismo e a argumentação jurídica nas decisões dos tribunais brasileiros. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 1, p. 137-152, abr. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n1p. 137. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 10/02/2019

Aprovado em: 02/09/2019

**DIÁLOGOS ENTRE CORTES: O ESTADO DE COISAS  
INCONSTITUCIONAL NA COLÔMBIA E NO BRASIL (ADPF  
347/DF)**

DIALOGUES BETWEEN COURTS: THE UNCONSTITUTIONAL  
STATE OF AFFAIRS IN COLOMBIA AND BRAZIL (ADPF 347/  
DF)

**Flávia Danielle Santiago Lima\***  
**Gabriella Caldas Clementino\*\***

**Como citar:** LIMA, Flávia Danielle Santiago; CLEMENTINO, Gabriella Caldas. Diálogos entre cortes: o estado de coisas inconstitucional na Colômbia e no Brasil (ADPF 347/DF). **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 1, p. 153-173, abr. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n1p. 153. ISSN: 1980-511X

\* Doutora em Direito (UFPE). Professora da Universidade de Pernambuco (UPE) e do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) da Faculdade Damas. Advogada da União. E-mail: flavia-santiago@uol.com.br

\*\*Bacharel em Direito pela Universidade de Pernambuco (UPE) E-mail: gabriellacaldasc@gmail.com

**Resumo:** Como os tribunais podem responder às omissões dos poderes majoritários na formulação e execução de políticas públicas? Partindo desta pergunta de pesquisa, o artigo aborda o Estado de Coisas Inconstitucional, instituto desenvolvido na Colômbia e incorporado pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº347/DF, amparado em considerações quanto ao diálogo entre cortes sul-americanas. A pesquisa adota o método indutivo, na análise das decisões proferidas pelos tribunais colombiano e brasileiro, para exposição dos pressupostos de incidência e limites impostos à aplicação da construção jurisprudencial. Discute-se, assim, a viabilidade de ativismo judicial legitimado pela proteção dos direitos fundamentais, à luz do princípio da separação dos poderes, pelos tribunais encarregados pela revisão judicial.

**Palavras-chave:** Estado de coisas inconstitucional. Diálogos entre cortes. Corte Constitucional da Colômbia. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 347/DF.

**Abstract:** How can courts respond to the omissions by majority powers in the formulation and implementation of public policy? Based on this question, this paper addresses the State of Unconstitutional Affairs, an institute developed in Colombia and incorporated by the Federal Supreme Court in ADPF nº347/DF, based on the many dialogues between South American courts. This research adopts the inductive method, in the analysis of

the many decisions rendered by Colombian and Brazilian courts, in order to expose the incidental assumptions and limits imposed on the application of jurisprudential construction. This study, therefore, discusses the feasibility of judicial activism legitimized by the protection of fundamental rights, in light of the principle of the separation of powers, by the courts responsible for judicial review.

**Keywords:** Unconstitutional State Of Affairs. Dialogues between courts. Constitutional Court of Colombia. Brazilian Supreme Court. ADPF nº 347/DF.

## INTRODUÇÃO

Os direitos e garantias fundamentais constituem os elementos materiais das democracias, positivados nas normas constitucionais, cuja concretização depende da estruturação de programas de ação governamental, coordenados no âmbito dos poderes legislativo e executivo, cuja implementação – via de regra – compete às agências administrativas.

Contudo, em virtude da inércia dos poderes majoritários em estabelecer medidas para suprir lacunas, decorrente do desinteresse político e da omissão prolongada das autoridades públicas, há situações em que resta caracterizada a violação massiva e generalizada destes direitos. A teoria jurídica se esmera na criação de instrumentos que possam articular ações para assegurar a efetividade destes direitos, com especial atenção aos controles quanto ao desempenho das funções pela Administração Pública, que possui o aparato burocrático para lidar com estas pautas. Mais recentemente, construções jurídicas como o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), criação da Corte Constitucional Colombiana, privilegiam a tomada de medidas específicas pelo próprio Poder Judiciário (YEPES, 2007).

Toma-se em conta, em tempos de “transconstitucionalismo” (NEVES, 2014), o estabelecimento de uma “comunidade global de cortes” (SLAUGHTER, 2013, p. 193-195), em que são reconhecidas as influências recíprocas entre tribunais ao redor do mundo, com constantes invocações ao direito transnacional, conceitos e teorias nas decisões locais, em uma troca de experiências (WALDRON, 2005, p. 129).

Neste particular, o engajamento em um diálogo (ou integração) com a Corte Constitucional da Colômbia, por parte do Supremo Tribunal Federal (STF), mostra uma nova faceta deste fenômeno: a aproximação entre ordens jurídicas sul-americanas, numa ruptura com a tradição de “quase total ausência de migração de ideias constitucionais na região”, como já apontado por Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 522).

Deste modo, o trabalho questiona, sob a luz de uma concepção democrática e organizacional da separação dos poderes, se “em caso de omissões dos poderes majoritários na execução de políticas públicas, cabe ao Poder Judiciário atuar como um garantidor dos direitos fundamentais sociais quando caracterizada uma tutela estatal deficiente?”

Para responder à pergunta de pesquisa, o objetivo geral é analisar a viabilidade da aplicação do ECI no Brasil, a partir da experiência colombiana, como forma de assegurar direitos pela via judicial, quando caracterizadas omissões estruturais dos outros poderes.

Inicialmente, propõe-se a abordagem do ECI no contexto constitucional colombiano, diante dos desafios para a construção deste instituto. Num segundo momento, expõe os caracteres de sua aplicação pelo STF, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF, quando foi transplantado o ECI para a realidade brasileira, para tutelar os direitos dos presos diante das omissões dos poderes públicos. A recepção do instituto pelo STF foi objeto de profícuo

debate entre os constitucionalistas brasileiros, sobretudo nas obras de Carlos Alexandre Campos, Dirley da Cunha e Lenio Streck, cujos argumentos oscilam em torno da viabilidade de intervenção judicial em situações semelhantes, a caracterizar ou não ativismo judicial por parte do Tribunal. Ao final questiona-se a aplicação do instituto pelo STF, na avaliação da ocorrência de um efetivo diálogo entre o Tribunal brasileiro e a Corte Colombiana.

O desenvolvimento da pesquisa parte de abordagem teórica, com o método indutivo, com o estudo de casos particulares por meio de análise exploratório-descritiva, para a organização das premissas em torno da construção do “estado de coisas inconstitucional” na jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia, e estabelecimento das proposições gerais do instituto, numa comparação com sua aplicação pelo STF. Para tal fim, utiliza-se primordialmente pesquisa documental (decisões judiciais) e bibliográfica, com literatura constitucional de ambos os países.

## 1 ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: UMA CRIAÇÃO DA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA?

O termo “Estado de Coisas Inconstitucional” foi utilizado pela primeira vez na Corte Constitucional da Colômbia, porém é certo que os elementos essenciais dessa técnica decisória já foram aplicados pelos poderes judiciários de outros sistemas jurídicos (BALDI, 2013, p. 54). Este modelo inspirou-se na controvérsia jurisprudencial ocorrida nos Estados Unidos da América, tendo raízes na teoria dos *structural remedies*, que defendiam a possibilidade de garantia da dimensão objetiva dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário, mesmo que isso implicasse intervenção em políticas públicas. Como julgado paradigmático, aponta-se o célebre caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, de 1955 (PEREIRA; GONÇALVES, 2015, p. 149), em que foi julgada a inconstitucionalidade da política de segregação racial nas escolas, marco na garantia das liberdades civis e amplamente referenciado como exemplo do potencial da revisão judicial para a proteção de minorias (BAUM, 2010, p. 23).

Ao analisar o referido caso, dois argumentos evidenciam que a Corte Warren, a despeito de não ter se valido da nomenclatura, aplicou técnica decisória equivalente ao Estado de Coisas Inconstitucional. Em primeiro lugar, constatou violação massiva e generalizada dos direitos apontados no caso, a atingir expressivo contingente de cidadãos estadunidenses, de sorte que a decisão deveria ser estendida a todos os afrodescendentes. Na mesma decisão, os *Justices* determinaram a realização de um conjunto de medidas concretas pelos órgãos e agentes públicos, com vistas à superação do *estado de inconstitucionalidade*.

Espelhando-se no modelo norte-americano, em 1997 a Corte Constitucional Colombiana declarou, pela primeira vez, o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), na *Sentencia de Unificacion* - SU 559/97, que questionava a perda de direitos sociais (previdência e saúde) garantidos aos professores da educação pública. A partir de então, o tribunal colombiano utiliza-se deste instrumento para “aproximar a realidade social concreta das promessas de direitos ‘no papel’ e acaba atuando como agente de transformação social” (CAMPOS, 2016, p. 98).

Todavia, o recurso ao ECI não deve ser interpretado apenas como uma manifestação isolada de maior protagonismo da Corte Colombiana, mas num contexto de fortalecimento do Poder Judiciário entre os países latino-americanos na transição entre os anos 1980 e 1990, através de reformas ou estabelecimento de novas constituições, característico do cenário de transição à democracia (HIRSCHL, 2004, p. 6-12). Trata-se de uma resposta à histórica configuração institucional de hegemonia do executivo, legislativo frágil e afastado da sociedade e judiciário de pouca relevância, comum na região (BARROSO, 2015).

Em relação a outros países da América do Sul, a Corte Constitucional Colombiana é considerada paradigma do ativismo judicial. De acordo com Rodrigo Uprimny Yepes (2007), dentre outros fatores, a transferência ao Poder Judiciário de decisões típicas da arena política seria consequência da incredulidade popular quanto aos agentes políticos eleitos, diante da massiva corrupção vivenciada pelo país. E nesse contexto foi promulgada a Constituição da Colômbia em 1991, que instituiu a Corte Constitucional, garantindo-lhe significativas competências e poderes de controle sobre os atos governamentais. Nos termos do art. 241 da Constituição Colombiana, a Corte tem função de garantir a supremacia e a integridade do seu texto. Para tal fim, exerce um controle misto de controle de constitucionalidade (difuso e concentrado), de forma repressiva ou preventiva, de sorte que possui um monopólio relativo da revisão judicial de legislação, eis que ela pode ser exercida por todos os membros do Poder Judiciário (LOSING, 2002, p. 284). Assegurado, ainda, amplo acesso à sua jurisdição. Desde então, a Corte exerce papel incisivo na promoção dos direitos fundamentais e controle das práticas dos poderes (CAMPOS, 2016, p. 100).

Fortalecida institucionalmente, popular e ativista no controle das decisões políticas relevantes do Executivo e do Legislativo, o intervencionismo da Corte Colombiana consubstanciava uma *práxis* casuística, desprovida de contornos concretos. Outrossim, as expressões jurisprudenciais anteriores respaldam o comportamento da Corte quando declara e estabelece o ECI, afirmando para si mesma a legitimidade para interferir no processo de implementação das políticas públicas devido aos quadros de violação de direitos fundamentais decorrentes de falhas estruturais do Estado (VILLALOBOS; MACHADO, 2014, p. 69-77).

As bases teóricas do ECI e sua efetividade como um instrumento capaz de minimizar as violações aos direitos fundamentais foram estabelecidas em três julgados mais proeminentes sobre a temática. A *Sentencia de Unificacion – 559/1997* teve como principal consequência a extensão dos efeitos de decisões que englobassem um número indeterminado de pessoas. A *Sentencia de Tutela – 153/1998* explorou eventuais falhas na implementação do ECI. Por fim, a *Sentencia de Tutela – 025/2004* é uma das mais importantes decisões da Corte Colombiana, pois trouxe a definição dos pressupostos necessários para o reconhecimento deste instituto. Dessa forma, passa-se a analisar detalhadamente cada uma delas.

### **1.1 Extensão Coletiva dos Efeitos da Coisa Julgada: a *Sentencia de Unificacion* (SU) 559/1997**

Na sentença precursora, quarenta e cinco professores dos municípios de *María La Baja*

e *Zambrano* alegavam descumprimento de seus direitos previdenciários. A Corte Colombiana passou a analisar, em sede de recurso, acumuladas ações de tutela propostas por esses docentes, que alegavam violação do direito fundamental à saúde por parte dos prefeitos locais, pois contribuíam para o fundo previdenciário denominado *Fundo de Prestación Social*, mas não recebiam a contrapartida de direitos sociais básicos (COLÔMBIA, 1997).

Ao analisar o caso, a Corte verificou que a política dos subsídios educacionais possuía uma estrutura desigual, levando algumas entidades territoriais destituídas de recursos ao descumprimento das normas previdenciárias, diante da distorção distributiva verificada no governo central. Os juízes constitucionais observaram que referida situação não se restringia aos docentes que ingressaram com a demanda. Constatada, ainda, a omissão de diversos órgãos e agentes na concretização dos comandos constitucionais.

Concluiu-se que a multiplicação de processos e a reiteração da jurisprudência não seriam suficientes para solucionar possíveis demandas que poderiam surgir, visto que havia descumprimento dos direitos fundamentais de um número amplo e indeterminado de pessoas.

Desta forma, a Corte Constitucional entendeu por criar um instrumento jurisprudencial que implicasse na extensão coletiva dos efeitos da coisa julgada. A partir desse ponto, a Corte: (1) declarou o ECI; (2) determinou que os municípios que se encontrassem em situação similar corrigissem a inconstitucionalidade em prazo razoável; (3) ordenou o envio de cópias da sentença aos Ministros da Educação e da Fazenda e do Crédito Público, ao Diretor do Departamento Nacional de Planejamento, aos membros do CONPES social, aos Governadores e Assembleias, aos Prefeitos e aos Conselhos Municipais, para a tomada de providências (CAMPOS, 2016, p. 122).

Diante disso, além de garantir os direitos subjetivos dos litigantes, a Corte deliberou pela proteção da dimensão objetiva dos direitos fundamentais postos em jogo. Essa dimensão objetiva da sentença, voltada a superar o ECI a partir da identificação de contexto amplo e estrutural de causas e efeitos, é evidenciada nesta passagem:

O Tribunal Constitucional tem o dever de colaborar harmoniosamente com os outros órgãos do Estado para a realização dos seus propósitos. O fato de que o estado de coisas não só serve como o suporte causal do prejuízo fundamental examinado, mas também, em relação a situações semelhantes, não pode restringir o alcance do requisito formulado<sup>1</sup> (COLÔMBIA, 1997, tradução nossa).

Com a prolatação do julgado, passou-se a admitir a extensão dos efeitos de decisões que interessassem a um número indeterminado de pessoas àqueles que dela pudessem se beneficiar; ou seja, garantiu-se efeito *erga omnes* às decisões judiciais.

Germán Santiago Montenegro (2015, p. 23, tradução nossa), também aponta outras

---

<sup>1</sup> *La Corte Constitucional tiene el deber de colaborar de manera armónica con los restantes órganos del Estado para la realización de sus fines. [...]La circunstancia de que el estado de cosas no solamente sirva de soporte causal de la lesión iusfundamental examinada, sino que, además, lo sea en relación con situaciones semejantes, no puede restringir el alcance del requerimiento que se formule.*

características que tornam a referida *sentencia* de vital importância para o ECI:

Neste julgamento, o tribunal toma como apoio legal o art. 113 da Constituição Política Colombiana onde ordena a atividade harmônica dos ramos do poder público, pelo qual o Tribunal é obrigado a notificar as autoridades públicas da existência de certos fatos que atacam a Constituição. [...] outro elemento de grande importância em que o Tribunal fundamentou para a implementação desta figura e serve como um pilar para o seu apoio é o “princípio da progressividade” C. Const., em diferentes julgamentos, invocou argumentar o requisito de cumprimento efetivo dos direitos fundamentais.<sup>2</sup>

## 1.2 A *Sentencia de Tutela* (T) 153/1998: da Necessidade de um Sistema de Monitoramento das Medidas Estruturantes

O segundo caso emblemático de declaração do Estado de Coisas Inconstitucional abordou o quadro de superlotação das penitenciárias colombianas, tema semelhante ao posteriormente versado na ADPF nº 347/DF, quando o STF brasileiro tratou do instituto. Segundo a magistrada Clara Inés Vargas Hernández (2003) é “*uno de los fallos más importantes proferidos por la Corte Constitucional colombiana*”.

A superlotação dos presídios de *Bogotá* e de *Bellavista de Medellín* ensejou a propositura da ação originária do feito, tendo a Corte Constitucional observado que as precárias condições dos dois presídios se repetiam na maior parte dos estabelecimentos prisionais do país. Os juízes constataram que todos os elementos ensejadores para a declaração do ECI estavam presentes e que o sistema prisional não estava servindo para a ressocialização dos presos (COLÔMBIA, 1998).

A “tragédia diária dos cárceres” foi tida como um produto da omissão permanente do Estado e da sociedade, com destaque para a ausência de provimentos legislativos destinados à melhoria das condições penitenciárias e para a inexistência de políticas públicas voltadas a este fim. Ao considerar que a questão não seria apenas de ordem pública, mas um grave problema social, outra alternativa não vislumbrou a Corte que não a prolação de uma sentença estrutural, porquanto presentes os pressupostos de incidência desta técnica decisória.

Para findar o caso, os juízes constitucionais decidiram por elaborar um plano nacional de reparação e construção dos presídios por parte do governo. Também determinaram a movimentação de recursos para que fossem executados projetos e criadas unidades carcerárias nas entidades territoriais. Por fim, encaminharam medidas a serem adotadas pelo Presidente da República, com a finalidade de encerrar as violações massivas à dignidade e à integridade física dos apenados.

Contudo, apesar das inúmeras ordens dirigidas a várias instituições para solução do problema geral da superlotação carcerária, a decisão não se revelou útil. A Corte teria se equivocado

---

<sup>2</sup> *En esta sentencia la corte toma como sustento jurídico el Art 113 de la Constitucional Política Colombiana donde ordena la actividad armónica de las ramas del poder público, por lo que la Corte está en la obligación de notificar a las autoridades públicas la existencia de ciertos hechos que agreden la Constitución. [...] otro elemento de gran importancia en el cual la Corte se fundamentó para la implementación de esta figura y sirve como pilar para su sustentación es el “principio de progresividad” La C. Const., en distintas sentencias, lo ha invocado para argumentar la exigencia del cumplimiento efectivo de los derechos fundamentales.*

ao proferir ordens estruturais sem estabelecer procedimentos adequados de monitoramento durante a fase de implementação. Para Libardo José Ariza (2013, p. 132-133, tradução nossa), “a decisão faz contribuições substanciais para a proteção dos direitos, mas tem um impacto mínimo sobre a situação abordada [...] isso se deve principalmente à ausência de sistemas de monitoramento para verificar a implementação da decisão”<sup>3</sup>.

Logo, a grande contribuição desse caso foi a constatação da ineficácia de sentenças estruturais e, portanto, dos pronunciamentos jurisdicionais, sem um sistema institucional de controle de seu cumprimento. Por isso, nas suas últimas decisões, a Corte vem determinando que a *Defensoria del Pueblo* crie um grupo de monitoramento do cumprimento das ordens estruturais, devendo informar o andamento das medidas estabelecidas (CARVALHO; OLIVEIRA; SANTOS, 2017, p. 312).

### 1.3 A Conformação do ECI na *Sentencia de Tutela* (T) 025/2004: Cautela na Fixação dos Pressupostos e Cuidados na Fiscalização da Implementação

A Sentença de Tutela (T) – 025/2004 é considerada o julgado mais relevante proferido pela Corte Constitucional colombiana referente à construção do Estado de Coisas Inconstitucional. A decisão teve origem em 108 ações de tutela propostas por 1.150 famílias refugiadas, “*desplazadas*”, em razão da guerra do narcotráfico, especialmente pela atuação das FARC (Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia). A situação reclamava a adoção de providências por parte dos diversos órgãos e agentes políticos no sentido de se estabelecer uma política nacional de acomodação e atendimento às famílias deslocadas, pondo fim às graves e persistentes violações aos direitos fundamentais de seus membros (GARAVITO; FRANCO, 2010, p. 79).

O grande diferencial deste caso deu-se porque a Corte reteve jurisdição sobre o litígio para assegurar a implementação total de suas ordens. Assim, além de determinar as políticas públicas dirigidas à tutela de direitos em jogo, também supervisionou o cumprimento da decisão, realizou audiências públicas para debater as soluções formuladas e proferiu novas decisões e ordens. Não obstante, dispensou a atuação de advogados, de modo a facilitar a interposição dos recursos, admitindo que estes fossem elaborados diretamente pelas pessoas prejudicadas (CAMPOS, 2016, p. 142-ss).

A Corte teve a cautela de não exercer diretamente as competências dos outros poderes, mas exigiu que estes tomassem providências para assegurar os direitos das pessoas deslocadas (COLÔMBIA, 2004). E, mais uma vez, prezou pela proteção da dimensão objetiva dos direitos fundamentais envolvidos.

Ao examinar a ordem jurídica colombiana e a atuação dos poderes constituídos no tocante à matéria, a Corte observou que o debate político nacional se mostrava alheio às precárias condições existenciais dos refugiados, assim como inexistiam programas governamentais operantes

3 *Among those who focus on the implementation phase of USoA rulings it is agreed that the ruling makes substantial contributions to the protection of rights but has a minimal impact on the state of affairs it sought to address. This is due principally to the absence of monitoring systems to verify the ruling's implementation.*

direcionados à sua assistência.

O julgado identificou que a violação massiva dos direitos fundamentais das pessoas deslocadas não era consequência apenas da ineficácia das políticas públicas, mas também da inaplicabilidade da matéria legislativa nesse campo – o que configurava omissão legislativa inconstitucional, como expõe Carlos Alexandre Campos<sup>4</sup>. A soma desses problemas demonstra a existência de falhas estruturais.

As alegações dos demandantes eram de que o Estado não cumpriu sua obrigação de proteger a população deslocada e responder efetivamente aos seus pedidos. Como ficou claro com os fatos do acórdão, quando as vítimas do deslocamento solicitaram a assistência a que tinham direito nos termos da Lei 387 de 1997, receberam em resposta todos os tipos de desculpas por parte das autoridades<sup>5</sup> (GARAVITO; FRANCO, 2010, p. 81, tradução nossa).

Por essa razão, os juízes colombianos concluíram que estavam presentes os elementos caracterizadores do ECI, dissertando, para tanto, sobre os pressupostos teóricos de incidência para decretação do instituto, assim explicitados na sentença:

Dentre os fatores valorados pela Corte para definir se existe um estado de coisas inconstitucional, cabe destacar os seguintes: (i) a violação massiva e generalizada de vários direitos constitucionais que afeta um número significativo de pessoas; (ii) a omissão prolongada das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantir tais direitos; (iii) a adoção de práticas inconstitucionais, como a incorporação da via judicial como parte do procedimento para garantir o direito violado; (iv) a não expedição de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias necessárias para evitar a violação dos direitos; (v) a existência de um problema social cuja solução reclama a intervenção de vários órgãos e agentes públicos, requer a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações e exige um nível de recursos que demanda um esforço orçamentário adicional relevante; (vi) se todas as pessoas afetadas pelo mesmo problema recorressem à justiça para obter a proteção de seus direitos, isso produziria um abarrotamento de processos no Poder Judiciário<sup>6</sup> (COLÔMBIA, 2004, tradução nossa).

---

4 Para o autor, a omissão normativa inconstitucional não é decorrente somente da inércia ou atuação falha do legislativo, não se restringindo as normas de eficácia limitada, mas também de órgãos administrativos e até mesmo esta omissão pode-se dar pela atuação descoordenada dos poderes públicos (CAMPOS, 2016, p. 55-94).

5 *La raíz de los reclamos de los demandantes era el incumplimiento del Estado de su deber de protección a la población desplazada y respuestas efectivas a sus solicitudes. Como quedó claro en los hechos de la sentencia, cuando las víctimas del desplazamiento solicitaban la ayuda a la que tenían derecho em virtude de la Ley 387 de 1997, recibían como respuesta todo tipo de excusas por parte de las autoridades.*

6 *Dentro de los factores valorados por la Corte para definir si existe un estado de cosas inconstitucional, cabe destacar los siguientes: (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (v) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (vi) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.*

Pode-se afirmar que a *Sentencia T-025/2004* é a mais completa, por sistematizar e unificar os critérios para a incidência do ECI e, ainda, ao estabelecer o mais complexo conjunto de ordens dirigidas ao poder público, para assegurar a superação da situação declarada. Além disso, a Corte colombiana implementou a prática do monitoramento, ausente na sentença relativa ao sistema carcerário, o que culminou em seu fracasso, mostrando preocupação com a efetividade de sua decisão.

Esse momento agregou efetividade ao ECI em casos verdadeiramente dramáticos. Ainda que não se possa falar em uma “doutrina acabada”, a *Sentencia T-025/2004*, na sua formulação e execução, revela um estágio bastante avançado de uma prática a ser descrita e testada criticamente pelo que se pode entender como sendo uma “doutrina do ECI” (CAMPOS, 2016, p. 166).

É possível perceber que em suas últimas decisões a Corte Constitucional da Colômbia adotou a prática do monitoramento para superar as falhas antes cometidas no tocante ao sistema penitenciário. Nas recentes *Sentencia T-388/2013* e *Sentencia T-762/2015*, a Corte voltou a declarar o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário e, como já exposto, determinou que a *Defensoría del Pueblo* criasse um grupo de monitoramento do cumprimento das novas ordens estruturais.

## 2 DA CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL AO INSTITUTO JURÍDICO: REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

*A priori*, cumpre reforçar que o principal aspecto do ECI é a intervenção do judiciário no ciclo das políticas públicas, ou seja, quando a Corte declara sua existência, afirma para si a legitimidade para interferir na forma, na implementação e na agenda das políticas públicas, quando há uma violação massiva e sistemática de direitos fundamentais.

O ECI está presente não apenas quando há o descumprimento de enunciados constitucionais específicos, mas quando constatadas falhas estruturais decorrentes da deficiência institucional e estrutural do Estado. Isto é, está-se diante de um quadro real, atual e objetivo de tutela estatal deficiente de direitos fundamentais e sociais, no qual esses direitos não estão sendo efetivados. São situações nas quais, a despeito de leis que resguardem direitos, não há estrutura apta a tornar realidade os comandos normativos.

Para Samuel de Jesus Vieira (2016), o Estado de Coisas Inconstitucional presta-se a criar “soluções estruturais ao Estado para extirpar situações de inconstitucionalidade que violem, grave e continuamente, os princípios fundamentais [...] frente às populações mais vulneráveis, em face das falhas ou omissões do poder público em cumprir suas disposições”<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Já Carlos Alexandre Campos (2016, p. 187) define o ECI como “A técnica de decisão por meio da qual cortes e juízes constitucionais, quando rigorosamente identificam um quadro de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais decorrente de falhas estruturais do Estado, declaram a absoluta contradição entre os comandos normativos constitucionais e a realidade social, e expedem ordens estruturais dirigidas a instar um amplo conjunto de órgãos e autoridades a formularem e a implementarem políticas públicas voltadas à superação dessa realidade

A Corte Colombiana na *Sentencia T-025/2004*, como demonstrado no tópico anterior, agrupou elementos definidos em outras decisões e determinou que seriam seis os fatores necessários para declarar a vigência de um Estado de Coisas Inconstitucional. A partir destes elementos da construção jurisprudencial, a doutrina colombiana identifica condições para a aplicação do instituto:

Estes seis elementos podem ser resumidos em dois fatores principais denominados pelo Dr. Cesar Rodríguez Garavito, como condições de processo (falhas estruturais de políticas públicas no país) e condições de resultado (violação massiva e sistematizada de direitos fundamentais de um número indeterminado de pessoas). E um terceiro fator seria a necessidade primordial do trabalho conjunto de várias autoridades públicas com a finalidade de uma realidade contrária à Constituição (QUINTERO LYONS; NAVARRO MONTERROZA; IRINA MEZA, 2011, p. 73, tradução nossa).<sup>8</sup>

A necessidade de identificação destes pressupostos é condição essencial para o uso do ECI, de modo a evitar decisões arbitrárias e ilegítimas. Assim, será reconhecido o ECI para a superação de violações de direitos fundamentais, exigindo-se a implementação de ordens dirigidas a uma pluralidade de órgãos, de modo que todos sejam responsáveis pela solução da questão. É possível atentar para a conexão entre ECI e sentenças estruturais, caracterizada pelo alcance a número amplo de pessoas, várias entidades e por implicar ordens de execução complexa.

O alcance estrutural do ECI está vinculado à fixação de *structural remedies*, pela qual os juízes devem interferir nas escolhas orçamentárias e nos ciclos de formulação, implementação e avaliação de políticas públicas, lançando mão de ordens que, ao mesmo tempo, redimensionem esses ciclos e permitam melhor coordenação estrutural.

Assim, é inegável que o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional pressupõe uma atuação ativista do Tribunal (uma espécie de ativismo judicial estrutural), na medida em que as decisões judiciais vão indubitavelmente interferir nas funções executivas e legislativas, com repercussões, sobretudo, orçamentárias (CUNHA JUNIOR, 2015).

A legitimidade do ativismo empregado no ECI se dá na apreciação de cada caso concreto, na qual se analisa a conformidade do exercício do poder judiciário aos limites institucionais impostos pela constituição. Assim, o ativismo estrutural, utilizado nas decisões do ECI, ocorre nas oportunidades em que juízes atuam diante da inércia dos outros poderes, pois entende-se que todas as decisões e omissões estatais sujeitam-se ao controle de legitimidade constitucional.

Sendo assim, o Estado de Coisas Inconstitucional é resultado de situações concretas de paralisia parlamentar ou administrativa sobre determinadas matérias. Há nesses casos falhas estruturais e omissões legislativas e administrativas e, por isso, surge necessidade da atuação ativista das cortes como um meio, ainda que longe do ideal em uma democracia, para superar inconstitucional”.

<sup>8</sup> *Estos seis elementos, pueden ser resumidos en dos factores principales que son denominados por el doctor Cesar Rodríguez Garavito, como condiciones de proceso (fallas estructurales de las políticas públicas en el país) y condiciones de resultado (violación masiva y sistematizada de los derechos fundamentales de un número indeterminado de personas). Y un tercer factor sería la necesidad imperiosa del trabajo en conjunto de diversas autoridades públicas para la modificación de una realidad que resulta contraria a la Constitución.*

os desacordos políticos e institucionais, a falta de coordenação entre órgãos públicos, temores de custos políticos, *legislative blindspots*<sup>9</sup>, sub-representação de grupos sociais minoritários ou marginalizados (CAMPOS, 2015).

### 3 RUMO A UM DIÁLOGO ENTRE CORTES NA AMÉRICA DO SUL? A APLICAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL PELO STF NA ADPF 347/DF

No ordenamento jurídico brasileiro, a partir do arranjo institucional e dispositivos materiais da Constituição Federal de 1988, há diversos mecanismos que legitimam a intervenção judicial e permitem ao Supremo Tribunal Federal influenciar no ciclo de políticas públicas. O fortalecimento das instituições judiciais, sobretudo do STF, é objeto de relativo consenso entre juristas e cientistas políticos<sup>10</sup>. Neste sentido, os meios processuais para a implementação do ECI pelo Tribunal estão presentes, de sorte que as dúvidas se referem aos mecanismos da separação de poderes, como se verá mais adiante.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) é, hoje, o principal mecanismo para concretizar o ECI na realidade brasileira. Prevê a Lei 9.882/99 em seu art. 1º que: “a arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público” (BRASIL, 1999).

Através desse dispositivo, percebe-se que a ADPF possui os requisitos necessários para a implantação do ECI, pois sob o conceito de “ato do Poder Público”, pode-se encaixar perfeitamente a noção de falha estrutural. Enquanto o termo “lesão a preceito fundamental” satisfaz adequadamente a necessidade de que haja uma violação reiterada de direitos para configuração do instituto.

A figura do Estado de Coisas Inconstitucional, responsável por legitimar uma atuação mais incisiva do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas e na alocação de recursos orçamentários, passou a ser debatida e ganhou relevo com o julgamento, no STF, do RE nº 592.581 (BRASIL, 2015c) e da ADPF nº 347 (BRASIL, 2015a). Nessa oportunidade, foi decidido pelo Plenário do Tribunal, no dia 13 de agosto de 2015, que o Poder Judiciário poderia determinar que a Administração Pública realizasse reformas e obras emergenciais nos presídios, com o objetivo de garantir os direitos fundamentais dos encarcerados, nos seguintes parâmetros:

É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não

<sup>9</sup> *Legislative blindspots* seriam os chamados pontos cegos legislativos, configurados pela falta de interesse político

dos poderes representativos em tutelar os direitos de uma minoria.

<sup>10</sup> Oscar Vilhena Vieira (2008) afirma que o STF seria “responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos, outras vezes substituindo as escolhas majoritárias, até pelo reconhecimento doutrinário de temas judicializáveis”. O autor salienta, especialmente, a ausência de constrangimentos do Tribunal para julgar as mais diversas questões.

sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes (BRASIL, 2015c, p. 72, grifo nosso).

De acordo com a decisão, é clara a tentativa do STF de resguardar os direitos e princípios constitucionais tutelados, ao passo que afastou os princípios da separação dos Poderes e da reserva do possível, quando impôs ao Poder Executivo a obrigação de dar efetividade ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral (BRASIL, 2015c, p. 3).

Nesse contexto, a posição do Tribunal no RE nº 592.581 foi reforçada no julgamento da Medida Cautelar na ADPF nº 347, em 8 de setembro de 2015, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Nessa medida, a organização partidária arguiu pelo reconhecimento da violação generalizada dos direitos fundamentais dos presos, além de solicitar que fossem determinadas medidas para implementação de providências no sistema carcerário do País. Ainda, o partido pugnou que fosse reconhecido, expressamente, o ECI relativo ao sistema penitenciário brasileiro, legitimando, portanto, atuação enfática do Poder Judiciário.

Também, a ADPF nº 347 (BRASIL, 2015a) sustenta que a situação calamitosa dos presídios nacionais viola o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CRFB/1988), bem como uma vasta gama de direitos e garantias fundamentais, quais sejam: a vedação de tortura e tratamento desumano ou degradante (art. 5º, inc. III), a proibição de penas cruéis (art. 5º, inc. XLVII, alínea “e”), a garantia de respeito à integridade física e moral do preso (art. 5º, inc. XLIX), o direito de acesso à justiça (art. 5º, inc. XXXV), o devido processo legal (art. 5º, inc. LIV e LV), a presunção de inocência (art. 5º, inc. LVII) e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança (art. 6º).

Foi demonstrado na petição inicial que o número atual de presos no Brasil ultrapassava as 560.000 pessoas, ao passo que há 350.000 vagas existentes, estatística que corrobora a realidade de superlotação dos presídios brasileiros. Além disso, muitos desses detentos estavam sob custódia provisória. Estimou-se que 41% dos presos brasileiros eram provisórios, não possuindo contra si sentença penal condenatória.<sup>11</sup>

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2014), ao fazer inspeções em vários presídios, observou a existência de celas superlotadas, com detentos amontoados, sem camas ou colchões. Outra pesquisa referenciada na exordial, empreendida pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), verificou que, entre 1.589 estabelecimentos prisionais visitados, 780 não possuíam camas e 365 não ofereciam colchões para todos os detentos. A esses fatos, somam-se a ausência da separação entre presos definitivos e provisórios, a inexistência de assistência jurídica aos reclusos e de prestação de serviços de saúde e de alimentação adequada.

Dado o quadro caótico do sistema carcerário brasileiro, o Partido Socialismo e Liberdade requereu o deferimento de um conjunto de medidas cautelares para minimizar a violação atual, como o objetivo de evitar prisões demasiadas a partir da realização de audiências de custódias, da

<sup>11</sup> Dados extraídos do voto proferido pelo Min. Marco Aurélio Mello, relator da Arguição de Descumprimento Fundamental (ADPF) nº 347 no Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2015a).

motivação expressa das razões que impossibilitam a aplicação das medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, de mutirões carcerários e do imediato descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, além de outras arguições.

A medida cautelar foi deferida parcialmente, para determinar que os juízes e os tribunais realizassem, em até 90 dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas e à União que liberasse o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para a finalidade para a qual foi criado. Porém, a maioria indeferiu as medidas quanto aos pedidos de interpretação da lei processual penal para restringir a aplicação de prisões preventivas, medida considerada necessária para acabar com o problema da superlotação.

O ECI foi declarado expressamente pela maioria dos ministros, assim como atestada a sua vigência. O Ministro Relator apontou a violação reiterada dos direitos fundamentais dos presos, as falhas estruturais e a falência das políticas públicas, bem como reconheceu a necessidade do Tribunal tomar medidas estruturais, sendo estes os pressupostos necessários para o seu reconhecimento.<sup>12</sup>

Dessa forma, a atuação da jurisdição constitucional na promoção da democracia é legítima, não como o único, mas como um dos caminhos possíveis em direção a uma real e efetiva democracia, conforme pode ser observado no julgamento.

#### **4 ENTRE EFETIVIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E ATIVISMO JUDICIAL: O DILEMA BRASILEIRO**

O caso acima retratado traz uma semelhança com o caso colombiano estudado na *Sentencia de Tutela (T) – 153/1998*, no qual existiam problemas de superlotação carcerária, condições precárias de higiene, entres outros, que implicavam tratamento desumano. Deve-se ressaltar que as graves deficiências e violações de direitos, presentes em todas as unidades da Federação brasileira, são de responsabilidade dos três poderes. Portanto, há um quadro massivo de violação de diferentes direitos fundamentais, o que evidencia o caráter estrutural de omissões estatais. Assim, sendo possível constatar problemas de agenda política, de formulação e de implementação de políticas públicas, como também de aplicação da lei penal.

Para Carlos Alexandre Campos (2016, p. 271-276) não há dúvidas que os presídios brasileiros violam os direitos fundamentais dos presos. De acordo com o autor, “o sistema carcerário brasileiro é um ECI”. Nesse caso, vislumbra-se a possibilidade de que o Tribunal atue em decisões primariamente políticas sem que se possa cogitar afronta ao princípio constitucional da separação de poderes. A intervenção judicial mostra-se aceitável, presente o padrão elevado de omissão estatal frente à situação de violação generalizada de direitos fundamentais. Além disso o Tribunal não chega a elaborar políticas públicas, mas coordena-las.

Entretanto, durante o julgamento da medida cautelar, em Plenário, foram expostas algumas divergências em relação à incorporação do instituto em análise.

12 Tais informações podem ser extraídas do Site de Noticiais do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2015b).

Ao se manifestar, o Advogado-Geral da União reconheceu a falta de capacidade de execução dos projetos pelos Estados e má aplicação das diretrizes normativas por esses, mas asseverou que tais problemas não decorrem da falta de recursos. Aduziu o Ministro que a solução para a crise dos presídios brasileiros estava sendo gestada por todos poderes, mas faltaria diálogo entre eles. Já a Vice-Procuradora-Geral da República expôs que as medidas cautelares requeridas seriam “abrangentes e generalizadas.”<sup>13</sup>

A doutrina jurídica acompanha as críticas à implementação do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil, por suas consequências para o próprio arranjo constitucional. De acordo com De Giorgi, Faria e Campilongo (2015), “se assim estão as ‘coisas’ – e, por isso, a ordem jurídica é ineficaz e o acesso à Justiça não se concretiza –, por que não decretar a inconstitucionalidade da Constituição e determinar o fechamento dos tribunais?”

Para Lênio Luis Streck (2015), um Estado Social não pode ser construído por decisões judiciais, tampouco cabe ao Poder Judiciário a implementação de políticas públicas, embora reconheça a importância da instituição para a efetivação da Constituição:

O que quero dizer é que, em sendo factível/correta a tese do ECI, a palavra “estruturante” poderá ser um guarda-chuva debaixo do qual será colocado tudo o que o ativismo quiser, desde os presídios ao salário mínimo. Mas, *qual será a estrutura a ser inconstitucionalizada?* Sabemos que, em uma democracia, quem faz escolhas é o Executivo, eleito para fazer políticas públicas. Judiciário não escolhe [...]. Não necessitamos de uma análise consequencialista para entender o problema dos efeitos colaterais de uma decisão da Suprema Corte (STRECK, 2015).

Dessa forma, Streck (2015) aduz que o ECI é uma evidente ameaça à separação dos poderes, pois o instituto permite a invocação de razões extrajurídicas para que o Poder Judiciário opere, além de pontuar a desnecessidade de “lançar mão desse ‘argumento de teoria colombiana’ para tratar do que a legislação processual penal brasileira já prevê”. Isto porque:

Ora o Poder Legislativo estabeleceu exigências para o uso republicano e destinação dos fundos penitenciários a cargo da administração judicial e do Departamento Penitenciário Nacional. São, portanto, exigências legais, estabelecidas pelo Poder Legislativo. E não pelo Poder Judiciário. Além do mais o Fundo Penitenciário Nacional, gerido pelo Departamento Penitenciário Nacional, foi criado por Lei Complementar (LC 79/94 e regulamentada pelo Decreto 1093/94) (STRECK, 2015).

Apesar das críticas, Dirley da Cunha Junior (2016) argumenta que o Estado de Coisas Inconstitucional veio, na realidade brasileira, para fortalecer e resguardar as garantias dos direitos fundamentais, frente ao descaso dos órgãos estatais.

---

<sup>13</sup> Tais informações podem ser extraídas do Site de Noticiais do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2015b).

Apesar das conhecidas críticas ao ativismo judicial, o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional pode reforçar o sistema de garantias dos Direitos Fundamentais, sobretudo de segmentos populacionais mais vulneráveis e afetados pelo estado de inércia e indiferença dos poderes públicos. Não vejo, entretanto, o ECI como um remédio milagroso a estimular ilusões. Mas pode servir pedagogicamente para (a) estimular a adoção de medidas reais e efetivas; (b) provocar um sério e sincero debate a respeito da falta ou insuficiência de políticas públicas em determinados setores sensíveis (não apenas no sistema penitenciário, mas também nos caóticos sistemas públicos de saúde, de ensino e de segurança pública); e (c) proporcionar a construção de soluções estruturais dialogadas e concertadas entre os poderes públicos, a sociedade e as comunidades atingidas (CUNHA JUNIOR, 2016).

Nessa mesma perspectiva, Carlos Alexandre Campos (2015) aduz que, devido à inércia parlamentar e administrativa, o ECI torna-se necessário, pois neste caso, o ativismo judicial evidenciar-se-ia como um meio, mesmo que seja esse distante do ideal democrático, para evitar a contínua violação dos direitos fundamentais e omissão dos poderes responsáveis.

Na verdade, o ECI prestar-se-ia a mobilizar os titulares de poder, de sorte que os “responsáveis assumam as rédeas de suas atribuições e adotem as medidas, dentro de sua esfera de competência, para solucionar o problema” (LIMA, 2015). Isto porque todas as medidas a serem tomadas devem respeitar a discricionariedade dos legisladores e administradores, considerando que, num primeiro momento, as autoridades são comunicadas do quadro geral. Posteriormente, os órgãos devem elaborar um plano de solução, com o estabelecimento de prazo para sua conclusão. Também compete aos poderes indicar órgãos de monitoramento e fiscalização para acompanhamento das medidas pelo Poder Judiciário.

A partir dessas posições, conclui-se que, apesar das divergências, o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional é visualizado como uma alternativa para minimizar a situação do sistema carcerário nacional, visto que foi através dessa decisão que o STF determinou a adoção de medidas administrativas e destinou os recursos orçamentários para tentar solucionar o problema da realidade penitenciária brasileira.

Porém, não há como negar que essa guinada jurisprudencial deve ser implementada com cautela, com claro estabelecimento de limites normativos, de forma a evitar a usurpação das competências dos demais Poderes pelo órgão Judiciário.

## CONCLUSÃO

Com o Estado Democrático de Direito, o Judiciário passou a deter um imprescindível papel na tutela dos direitos fundamentais. A inconstitucionalidade rebatida pelo ECI é fruto de falhas estruturais na implementação de políticas públicas, na qual um grande número de pessoas tem seus direitos transgredidos, e para reverter esse quadro é necessário a intervenção de várias autoridades e poderes estatais.

No Brasil, a tentativa de implantação do ECI se deu há pouco tempo, com o julgamento da ADPF nº 347/DF, pugnando-se pelo reconhecimento do estado de barbárie em que se encontra o sistema carcerário brasileiro, no qual há violação massiva e generalizada dos direitos fundamentais dos presos. Nesse julgamento, é possível perceber a tentativa de balancear os direitos que devem ser resguardados aos presos e os princípios constitucionais democráticos. Porém, com a tentativa de reconhecimento do ECI no Brasil surgiram diversas críticas quanto à legitimidade e ao grau de interferência do Poder Judiciário na agenda de políticas públicas e no orçamento dos demais poderes.

Parte da doutrina defende que a decisão do STF viola a separação e a harmonia dos poderes, bem como a cláusula da reserva do possível. De outro lado, é sustentada a legitimidade do ativismo judicial, de caráter estrutural, como forma de proteger os direitos fundamentais diante da omissão legislativa e administrativa inconstitucional.

Com efeito, reconhece-se que o ativismo judicial, no seu aspecto institucional, implica numa disposição em anular atos dos demais poderes estatais ou estabelecer uma pauta de atuação, interferindo no exercício de atividades; contudo, somente merece rechaço quando em desconformidade com a garantia de direitos, no exercício do papel de guarda da Constituição (LIMA, 2014, p. 328).

Deste modo, os argumentos de respeito ao princípio da separação de poderes não se prestam a respaldar a omissão dos Poderes Executivo e Legislativo na concretização dos direitos fundamentais. Referido princípio, em sua concepção hodierna, não se restringe a uma perspectiva rígida e organicista, mas permanece como ideia racionalizadora do aparato estatal ou, ao menos, uma técnica de estruturação do poder para a garantia das liberdades (CLÈVE, 2000, p. 44). A funcionalização do poder hoje é dominada pelos critérios de eficácia, eficiência e legitimação na prossecução do interesse público. Assim, há uma conexão entre as características estruturais de cada órgão, suas funções e a auto-responsabilidade no seu desempenho, aptas a obter a melhor consecução das suas exigências. Segue-se um esquema racional de organização do trabalho, que garantiria uma estrutura funcionalmente adequada à realização das múltiplas tarefas do estado (NOVAIS, 1997, p. 38).

Neste sentido, o ativismo judicial estrutural, presente na declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, pode ser considerado legítimo se, além de observados os seus rigorosos pressupostos, permitir ou catalisar o diálogo entre poderes e destes com a sociedade. Assim, o ECI é visualizado como um instrumento capaz de minimizar a paralisia parlamentar e administrativa sobre determinadas matérias. Na Colômbia, a experiência mostrou-se positiva, justamente pelo emprego destas cautelas, sob a noção de que as expectativas em torno de uma interpretação adequada do princípio da separação de poderes hoje tendem a beneficiar a integração e colaboração entre os ramos de governo. Assim, a migração de um instituto jurídico cujos contornos foram estabelecidos num país vizinho, que enfrenta desafios de efetivação de direitos similares aos brasileiros, mostra as vantagens do engajamento em um profícuo diálogo entre cortes na América do Sul.

## REFERÊNCIAS

ARIZA, Libardo José. The economic and social rights of prisoners and constitutional court intervention in the penitentiary system in Colombia. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitutionalism of the Global South: the activist tribunals of India, South Africa and Colombia**. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 129-159.

BALDI, Cesar. Del constitucionalismo moderno al nuevo constitucionalismo latinoamericano descolonizador. **Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales**, Sevilla, v. 5, n. 9, p. 51-72, enero/jun. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das Cortes Constitucionais nas democracias contemporâneas. In: BARROSO, Luís Roberto. **Jurisdição Constitucional e Debates Públicos**. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2015/12/O-papel-das-cortes-constitucionais.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2017.

BAUM, Lawrence. **The Supreme Court**. Ohio: CQ Press, 2010.

BRASIL. **Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília: Presidência da República, 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm). Acesso em: 5 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal**. Relator: Min. Marco Aurélio, 9 de setembro de 2015a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 15 nov. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Portal do Supremo Tribunal Federal**. Brasília, 27 ago. 2015b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600&caixaBusca=N>. Acesso em: 20 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 592.581/RS**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 13 de agosto de 2015c. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2015.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. **Consultor Jurídico**, [S. l.], 1 set. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em: 14 abr. 2017.

CARVALHO, Gustavo Ferreira de; OLIVEIRA, Fábio de Souza; SANTOS, Júlio Edstron S. O Estado de Coisas Inconstitucional: é possível sua efetivação no Brasil? **Revista Acadêmica Conecta FASF**, Luz, v. 1, n. 2, p. 307-332, 2017.

CLÈVE, Clemerson Merlin. **A atividade legislativa do Poder Executivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CNJ divulga dados sobre nova população carcerária brasileira. *In*: CNJ. **Portal do CNJ**. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/28746-cnj-divulga-dados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileira>. Acesso em: 18 ago. 2017.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia SU-559/97**. Bogotá: Corte Constitucional de Colombia, 1997. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em: 2 abr. 2017.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia T-025/04**. Bogotá: Corte Constitucional de Colombia, 2004. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-025-04.htm>. Acesso em: 2 abr. 2017.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia T-153/98**. Bogotá: Corte Constitucional de Colombia, 1998. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm>. Acesso em: 2 abr. 2017.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. Estado de Coisas Inconstitucional como garantia de direitos fundamentais. *In*: JUS. [S. l.], mar. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/47193/o-estado-de-coisas-inconstitucional-como-garantia-de-direitos-fundamentais>. Acesso em: 16 out. 2017.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. Estado de Coisas Inconstitucional. *In*: BRASIL JURÍDICO. **Ensino de Alta Performance**. Salvador, 10 dez. 2015. Disponível em: <https://www.brasiljuridico.com.br/artigos/estado-de-coisas-inconstitucional>. Acesso em: 24 jul. 2017.

DE GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. Estado de Coisas Inconstitucional. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 19 set. 2015. Disponível em: <http://opinio.estado.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>. Acesso em: 16 out. 2017.

GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. El contexto: el desplazamiento forzado y la intervención de la Corte Constitucional. *In*: GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: De Justicia, 2010.

HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. La Garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano em sede de acción de tutela: el llamado “estado de cosas inconstitucional”. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, Talca, v. 1, n. 1, p. 203-228, 2003.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014.

LIMA, George Marmelstein. O Estado de Coisas Inconstitucional - ECI: apenas uma nova onda do verão constitucional? *In*: LIMA, George Marmelstein. **Direitos Fundamentais.net**. [S. l.], 2 out. 2015. Disponível em: <http://direitosfundamentais.net/2015/10/02/o-estado-de-coisas-incons>

titucional-eci- apenas- uma- nova- onda- do- verao- constitucional/. Acesso em: 30 out. 2017.

LOSING, Norbert. **La jurisdiccionalidad constitucional em Latinoamérica**. Madrid: Dykson, 2002.

MONTENEGRO, Germán Santiago. **Las incidencias del Estado de Cosas Inconstitucional en la jurisprudencia colombiana**: el desplazamiento de los resguardos nuple medio y gran sábalo de la comunidad indígena Awá. 2015. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 2015.

NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 51, n. 201, p. 193-214, jan./mar. 2014.

NOVAIS, Jorge Reis. **Separação de poderes e limites da competência legislativa da Assembleia da República**: simultaneamente um comentário ao Acórdão nº 1/97 do Tribunal Constitucional. Lisboa: Lex, 1997.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição. **Juris Poiesis**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 18, p. 130-159, jan./dez. 2015.

QUINTERO LYONS, Josefina; NAVARRO MONTERROZA, Angélica Matilde; IRINA MEZA, Malka. La figura del Estado de Cosas Inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable en Colombia. **Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo**, Cartagena, v. 3, n. 1, p. 69-80, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. *In*: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (org.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 515-530.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A global community of courts. **Harvard International Law Journal**, Cambridge, v. 44, p. 191-219, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo. **Consultor Jurídico**, [S. l.], 24 out. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>. Acesso em: 20 out. 2017.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez. 2008.

VIEIRA, Samuel de Jesus. O estado de coisa inconstitucional e a necessidade brasileira de se adotar o ativismo dialógico e a ordem de desbloqueio nas atividades da administração pública. **Âmbito Jurídico**, São Paulo, v. 19, n. 149, jun. 2016. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=17354&revista\\_caderno=9](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17354&revista_caderno=9). Acesso em: 18 jul. 2017.

VILLALOBOS, Carlos José Lasprilla; MACHADO, Daniela Sanclemente. El Estado de Cosas Inconstitucional como la maxima expresion del activismo del juez de tutela. *In*: VILLALOBOS, Carlos José Lasprilla; MACHADO, Daniela Sanclemente. **El juez de tutela como arquitecto**

**del Estado Social de Derecho.** Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2014.

WALDRON, Jeremy. Foreign law and the modern *Ius Gentium*. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 129, p. 119-135, 2005.

YEPES, Rodrigo Uprimny. Judicialization of politics in Colombia: cases, merits and risks. **Sur: Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 4, n. 6, p. 52-69, 2007.

**Como citar:** LIMA, Flávia Danielle Santiago; CLEMENTINO, Gabriella Caldas. Diálogos entre cortes: o estado de coisas inconstitucional na Colômbia e no Brasil (ADPF 347/DF). **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 1, p. 153-173, abr. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n1p. 153. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 23/01/2019

Aprovado em: 24/06/2019

**DOS TOTENS ÀS VESTES TALARES:  
OS ATORES PROCESSUAIS (DES)CONHECEM O QUE É  
DEMOCRACIA?**

OF THE TOTES TO THE TOGA:  
DO THE PROCESSING ACTORS KNOW WHAT IS DEMOCRACY?

**Claudia Aguiar Silva Britto\***

**Como citar:** BRITTO, Cláudia Aguiar Silva. Dos totens às vestes talares: os atores processuais (des)conhecem o que é democracia?. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 15, n. 1, p. 174-192, abr. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15 n1p. 174. ISSN: 1980-511X

\*Doutora em Direito Público e Evolução Social. Processo Penal (UNESA/2014). Estágio Pós-Doutoral em Democracia e Direitos Humanos na Universidade de Coimbra (Portugal). Mestre em Ciências Penais -Criminologia (UCAM/2003). Diplomada em Direito Internacional Humanitário pelo International Institute of humanitarian Law. (IIHL- 2014). Especialista em Direito Penal Militar (UCAM). Possui graduação em Direito (USU/1993). Tem experiência na área do Direito Penal com ênfase no Processo Penal, Criminologia e Direito Internacional Humanitário, tendo como base de pesquisa a filosofia contemporânea de Jürgen Habermas. Diretora de Ensino, Pesquisa e Eventos da Fundação Instituto Brasileiro de Direito Militar e Humanitário - IBDMH; Advogada especializada na área Criminal. Professora de Direito e Processo Penal IBMEC. E-mail: claudiaaguiar@uol.com.br

**Resumo:** O presente artigo tem por escopo apresentar algumas perspectivas pragmáticas a respeito dos possíveis (des)conhecimentos, por parte dos atores processuais, no que diz respeito ao sentido de democracia no universo da práxis jurídico-penal, seus papéis e responsabilidades diante desse cenário, como esses fenômenos podem ser percebidos no ambiente forense cotidiano e, de uma forma bastante própria, no Brasil. Por fim, o que eles acarretam ou acarretariam para o futuro da democracia do país. Para tanto, como referencial fático, considerações realistas da dinâmica do Processo Penal são apresentadas. Como referencial teórico, as digressões estão calcadas na filosofia contemporânea, especificamente ligadas à democracia e ação comunicativa de Habermas.

**Palavras-chave:** Democracia. Responsabilidades. Ação comunicativa. Processo penal.

**Abstract:** This paper aims to present some pragmatic perspectives concerning the possible knowledge from procedural actors regarding the direction of democracy in the world of the criminal legal practice, their roles and responsibilities towards this matter, as these phenomena can be noticed in our everyday forensic environment, and in such a unique way in Brazil. Finally, this paper investigates what it would do to the future of democracy in this country. Furthermore, as a phatic referential, realistic considerations of the dynamics of the Criminal Procedure are presented. With a theoretical reference, digressions utilize contemporary philosophy, specifically linked to Habermas' democracy and communicative action.

**Keywords:** Democracy; Responsibilities; Communicative Action; Criminal Procedure.

## INTRODUÇÃO

Neste trabalho serão abordados, de maneira inicial e muito breve, as raízes ritualísticas e o desenvolvimento dos grupos para a construção da democracia e as diferentes “roupagens” e “linguagens” que demarcariam o espaço do outro até a era atual. Após, serão revisados alguns dados filosóficos sobre as experiências democráticas ligadas à linguagem. Na terceira parte do texto, procura-se focar a problemática no funcionalismo da justiça e os erros judiciários no Estado de Direito, apresentando algumas circunstâncias concretas aliadas às reflexões teóricas em torno do assunto, sobretudo a partir da análise das convenções internacionais de direitos humanos, cuja perspectiva racional e normativa está alicerçada na ideia de um processo justo. A quarta e última parte foi destinada à práxis jurídica e à paralaxe cognitiva, a fim de demonstrar alguns sorvedouros que merecem maior atenção dentro do sistema de administração da justiça. Como referencial fático, considerações realistas da dinâmica do Processo Penal serão apresentadas. Como referencial teórico, o texto está calcado na filosofia, especificamente ligada à democracia e o agir comunicativo de Habermas.

### 1 INTRODUÇÃO HISTÓRICA: TOTENS, CLASSES E CLÃS NA DIVISÃO DO PODER

As raízes históricas da humanidade explicavam o universo em bases práticas. A crença na existência de um elo místico e próximo entre os seres humanos e os elementos da natureza, como as plantas e os animais, demarcava o ponto de partida para compreender as origens e as metas da vida, seus propósitos e suas interações. As formas de noção do “Eu” (MAUSS, 2007, p. 382).<sup>1</sup> É nesse sentido que Mauss (2007, p. 371) afirma que nunca houve ser humano que não tenha tido o senso, não apenas de seu corpo, mas também de sua individualidade espiritual e corporal ao mesmo tempo. Porém, de que maneira as numerosas sociedades foram elaborando lentamente o conceito que os homens das diversas épocas criaram a seu próprio respeito? Nos índios *Pueblos de Zuñi*, a existência de um número determinado de prenomes por clã definiria o papel exato que cada um desempenharia. Qualquer totem, por exemplo, o braço direito ou a perna de um animal, corresponderia ao norte e seria o primeiro em honra do clã; então, o nome referente a outro membro, como a perna ou o braço esquerdo e seus poderes pertenceria ao oeste e seria o segundo em honra, e assim sucessivamente. Pelos estudos desenvolvidos a partir dos povos agora localizados no noroeste americano, Mauss (2007) afirma ser possível ver muito nitidamente como, a partir das classes e dos clãs, ordenam-se as “pessoas humanas” e como, a partir dessas, ordenam-se os gestos dos atores num drama. Aqui, todos os seres humanos são teoricamente todos os homens livres. Mas, desta vez, o drama é mais do que estético. É religioso e, ao mesmo tempo,

---

1 O clã, de modo algum, é representado como um ser inteiramente impessoal. Coletivo, o totem é representado pela espécie animal, e não pelos indivíduos – homem de um lado, animais de outro. Os índios *Pueblos de Zuñi* pertencem à divisão ocidental do sudoeste dos Estados Unidos. “A noção de pessoa, do indivíduo confundido com seu clã, mas já destacado dele no cerimonial pela máscara, por seu título, sua posição, seu papel, sua propriedade, sua sobrevivência e seu reaparecimento na terra num de seus descendentes dotados das mesmas posições, prenomes, títulos, direitos e funções.” (MAUSS, 2007, p. 382).

cósmico, mitológico, social e pessoal. Os fatos mais primitivos estudados pelo antropólogo francês dizem respeito à Austrália, onde o clã, de modo algum, é representado como um ser impessoal, coletivo. Mas entre uma pintura facial ou corporal e uma vestimenta e uma máscara, há somente uma diferença de grau, nenhuma de função. A presença ou ausência da máscara, ressalta o autor, são antes traços de arbitrariedade social, histórica e cultural, mais do que traços fundamentais. Com um giro topográfico é de se registrar que a Índia é a mais antiga das civilizações que adquiriram a noção do indivíduo, de sua consciência, do “Eu”.

Por muito tempo, a humanidade passou acreditando que tudo sofria a interferência divina. As máscaras, as vestimentas, os rituais e os símbolos totêmicos, ora significavam poder, ora submissão à vontade mística. As dúvidas sobre todas as causas do universo começaram a surgir. À medida que a percepção humana se intrigava com os fenômenos e com o fato de que estes não se manifestavam em razão de forças “superiores” ou sobrenaturais, o trabalho humano passou a caminhar em outra trilha, a filosófica, procurando conhecer quais as leis que regeriam o mundo. É dizer: a filosofia quis romper com esse estado de coisas etéreas respondendo que existiam leis naturais regendo o universo e que o único caminho era conhecê-las.

O reconhecimento dos esforços dos filósofos gregos na Antiguidade, ao concluírem que os deuses eram “invenção humana com finalidades políticas e que o povo não podia ficar sujeito a governantes que decidiam por livre vontade”, possibilita-nos perceber o longo e árduo caminhar em torno do conhecimento do sentido da democracia. A história conta que o “rito de passagem” da divindade à metafísica filosófica, especificamente quanto ao desenvolvimento no âmbito das sociedades e da política, não foi estabelecido em águas calmas, na medida em que se entendia que na política e na sociedade existiam interlocuções que permitiriam a algumas pessoas terem poderes mais amplos que as demais (BRITTO, 2014, p. 82).

Circunstância importante, destacada por Mauss (2007), quanto à construção da cidadania na Roma Antiga, onde a condição de que todos os homens livres fossem cidadãos romanos, todos tiveram assim a *persona* civil. Alguns se tornaram *personas* religiosas; algumas máscaras e rituais permaneceram ligados a algumas famílias privilegiadas dos colégios religiosos (MAUSS, 2007, p. 389).<sup>2</sup> Mas a partir da linguagem corporal à linguagem da fala, entre consensos e dissensões, os indivíduos construía aquilo que, mais tarde, foi cunhado de democracia.

Não é de se estranhar que, nos longevos períodos da civilização humana, a palavra sempre representou a força motriz que determinava e conduzia a sociedade, seja unindo-a, popularizando-a ou até mesmo evitando conflitos de interesses. A palavra tinha grande valor na resolução dos assuntos, muitas vezes, mesmo com sacrifício do acerto, da justiça, da prudência (CROISSET apud FRANCA, 1936, p. 19).

Nas civilizações antigas, a palavra utilizada nos tribunais, nas decisões submetidas às cortes julgadoras, possuía força incomum. Nos tribunais atenienses, onde se debatiam negócios públicos, todos os meios injuriosos eram utilizados para desestabilizar o adversário. No Fórum

<sup>2</sup> Paralelamente à palavra *persona*, personagem artificial, máscara e papel de comédia e de tragédia representando o embuste, a hipocrisia - o estranho ao “Eu” - prosseguia seu caminho. Mas o caráter pessoal do direito estava fundado e *persona* também havia se tornado sinônimo da verdadeira natureza do indivíduo.

Romano, os discursos eloquentes e até desrespeitosos denunciavam que a palavra já não possuía a força do consenso, mas era propulsora de conflitos. Entretanto, em nossa era, a linguagem passou a constituir a “ferramenta indispensável por meio da qual as interações se interligam e as formas de vida se estruturam.” HABERMAS, 2003, p. 20). Os mecanismos postos à disposição das sociedades menos remotas propiciaram um ambiente mais dialogal no qual passaríamos a buscar “processos de entendimentos não violentos”.

É importante destacar que os fatos ora demarcados neste breve histórico tiveram como base uma rápida análise das linguagens sentidas no âmbito da civilização ocidental, lugar onde os discursos cosmológicos se transmutam para os discursos políticos. A partir daí se estabelece um novo período denominado antropológico, que irá coincidir com o ponto central da democracia greco-romana.

## 2 AS FORMULAÇÕES DEMOCRÁTICAS ATRAVÉS DA LINGUAGEM

A proposta do presente ensaio não tem o objetivo de analisar o vasto caminho histórico para a democracia, mas apresentar alguns elementos a respeito dos possíveis (des)conhecimentos dos personagens processuais em relação ao sentido democrático de seus papéis atuais no cenário jurídico. E como esses fenômenos podem ser percebidos no ambiente forense cotidiano e, de uma forma bastante própria, no Brasil.

Para tanto, as categorias da linguagem alcançadas por Habermas oferecem um primoroso estudo. A essência é garantir a gênese da democracia do direito. Ainda que seus estudos estejam relacionados especificamente às esferas germânica e estadunidense, a proposta comunicacional do filósofo não parece incompatibilizar-se com a perspectiva de uma teoria da constituição dirigente, cuja função é propor um plano realizável para a sociedade, melhoria das condições econômicas e bem estar para todos. Idealiza-se um programa racional que dê conta, não só de garantir os princípios jurídicos, mas efetivá-los também. Daí porque a Constituinte Brasileira de 1988, definidora de normas programáticas, é reconhecida como dirigente. Mas nessa perspectiva, como assegurar a autonomia dos cidadãos diante do problema da exclusão? (NASCIMENTO, 2005, p. 421-437). Como superar os paradigmas anteriores para que esse programa futuro para a sociedade possa realmente efetivar-se, sobretudo no âmbito do funcionamento da justiça? Como assegurar a efetividade dos direitos fundamentais dos acusados, qualquer que seja o réu? Estas são algumas perguntas que permanecem no plano teórico, mas que devem vir à tona no plano prático.

A partir da profundidade das reflexões de Jürgen Habermas, especialmente no que se refere à sua visão de democracia do século XXI, é possível compreender como a comunicação é parte fundamental na construção democrática. A proposta discursiva de Habermas encontra apoio, mas também dissensões. A divergência flutua tanto sob o argumento de que a teoria procedimentalista Habermasiana desconsideraria as exigências substantivas para o real exercício de direitos fundamentais, bem como o argumento de que “não haveria propriamente uma teoria

da constituição vista como fenômeno universal.” (OLIVEIRA, 2011, s/p).<sup>3</sup> Nascimento (2005) diz que o debate brasileiro do pensamento inspirado no filósofo costuma ressentir-se de certo reducionismo, ao limitar a visão procedimental da ética discursiva a uma concepção sobre a função da jurisdição constitucional concentrada.

É inspiradora a desenvoltura de Habermas na construção da sua filosofia comunicacional. Para superar as suas próprias dificuldades comunicativas, decorrentes de uma fenda labial e rejeições sociais, o filósofo decidiu se aprofundar nos estudos da linguagem como forma de “acesso ao mundo”. Todos os seus trabalhos passaram a receber a face da razão discursiva. E é nesse contexto que “interpretar e criticar o modelo institucional de forma a abrir as fronteiras a todos e também justamente àqueles que são estranhos um ao outro – e querem continuar sendo” (HABERMAS, 2007, p. 8) sugere o ponto firme da teoria comunicacional de Habermas. O filósofo inclui o “Outro” como partícipe da linguagem. Habermas não sugere um novo ideal democrático; ele procura demonstrar o que já está posto nas atuais instituições políticas de alguns organismos internacionais.

A inspiração de Habermas, de fonte kantiana, baseia-se na interpenetração do livre arbítrio e da razão prática que permitiria conceber a comunidade moral como uma comunidade abrangente que faz suas próprias leis, isto é, “uma comunidade de indivíduos livres e iguais que se sentem obrigados a tratar uns aos outros como fins em si mesmos.” (HABERMAS, 2007b, p. 17). Sob a ótica do constitucionalismo contemporâneo, essa ideia fornecida por Habermas robustece o argumento de que tratamentos diferenciados aos personagens processuais não podem mais subsistir no cenário jurídico criminal (GARCIA AMADO, 2003).

Nos atos de fala, dentro do círculo comunicacional habermasiano, são concebidas quatro bases para o consenso: as pretensões de validade se iniciam a partir de uma fala inteligível, clara, acessível. Em sequência, o conteúdo que se quer transmitir deve ser verossímil. Em terceiro plano, as intenções devem ser sinceras. E, quarto e último ponto, a manifestação do falante deve estar pautada nas regras e nos valores vigentes. Embora a linguagem tenha função especial no consenso, ela pode ser desvirtuada dentro da “ação estratégica” quando for manipulada e utilizada para dominação. Daí porque essa ideia do discurso processual deve estar livre de dominação.

Na dinâmica do processo no modelo *adversarial system*, argumentos e contra-argumentos devem ser postos e propostos pelas partes com base nas pressuposições da comunicação. Neste modelo, o juiz criminal não controla o processo, não é gestor da produção probatória. O julgador permanece neutro e passivo diante das provas colhidas e produzidas pelas partes.

Analisando a teoria da argumentação, Bal (1996, p. 86-87, tradução nossa) sublinha que não importa o número de participantes do diálogo, mas se estão ou não engajados na tarefa de transmitir argumentos claros e abrangentes:

---

3 “[...] As objeções de Lenio Streck, em *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, vão desde a simples afirmação de que a teoria habermasiana não se apresentaria adequada à realidade brasileira, de terceiro mundo, já que desenvolvida no primeiro mundo, até a objeção mais profunda, segundo a qual não haveria propriamente uma Teoria da Constituição para o constitucionalismo visto como fenômeno universal, já que assim se estaria desconsiderando, mais uma vez, a específica realidade social, econômica e política de Estados que não teriam vencido as mesmas etapas históricas europeias e norte-americanas. [...]” (OLIVEIRA, 2011).

[...] A tarefa de trabalhar um argumento pode ser feita por uma ou algumas pessoas. Dessa forma nós distinguimos entre argumentos individuais e coletivos. Essa distinção não depende do número de participantes na interação verbal, mas se uma ou algumas estão engajadas na solução da tarefa. No curso de argumentação coletiva as pessoas envolvidas podem defender o mesmo ou diferentes respostas à questão. Dessa forma nos distinguimos entre estágios antagônicos e unânimes das argumentações. Uma argumentação pode ser privada, tal como disputas espontâneas durante uma festa, ou pública, tal como jurídica, política, ou científica, que lida com numerosas restrições institucionais na tomada de posições, questões admissíveis, candidatos aptos à argumentação [...].<sup>4</sup>

No trâmite de um processo criminal, a força dos argumentos tem relevância para o consenso.

### 3 FUNCIONALISMO E ERROS JUDICIÁRIOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO

As mudanças sociais, sobretudo as relacionadas à aplicação das normas processuais na justiça penal, firmaram o princípio acusatório e público. Fruto de uma conquista do liberalismo, que o tornou livre das amarras do inquisitorialismo, o sistema acusatório foi abraçado por várias Constituições.

O direito a um processo justo (*right to a fair trial*) constitui um condição essencial do Estado democrático e do sistema acusatório, reforçado por correntes liberais as quais alimentaram a defesa dos direitos humanos nos últimos séculos. Esse direito pressupõe uma paridade de “armas”. Atores processuais devem receber o mesmo tratamento, igualdade de condições e oportunidades na defesa de seus argumentos e contra-argumentos. Entretanto, nem sempre se visualiza a igualdade de tratamento no ambiente do processo criminal. Daí a expressão de Hassemer quando se refere ao processo penal como uma “cerimônia perigosa”, onde os atores processuais e suas vestes talares, que remontam às máscaras rituais da civilização medieval, formam seus clãs aparelhados contra o “estranho”.

Em diferentes países e nas últimas décadas, os erros judiciários têm sido objeto incessante de estudo e reflexão. A justiça canadense, por exemplo, vem estudando com afincos os erros de sua Corte, os quais demandam condenações e prisões injustificadas, bem como diferentes tratamentos em torno do acusado (CAMPBELL; DENOV, 2008). Nos últimos anos o problema de condenações injustas se tornou uma realidade aceita na maioria dos países. Casos que são objeto de extensa cobertura midiática, não só são importantes para chamar a atenção sobre os efeitos nocivos das

---

4 Cf. “[...] *The task of working out an argument may be undertaken by one or by several people; accordingly, we distinguish between individual and collective argumentations; this distinction does not hinge on the number of participants in verbal interaction, but on whether one or several people are engaged in solving the task. In the course of a collective argumentation, the people engaged may advocate the same or different answers to the question; accordingly, we distinguish between unanimous and antagonistic stages of argumentations. An argumentation may be private, such as a spontaneous disputes during a party, or public, such as juridical, political or scientific ones, which underly numerous institutional restrictions on turn-taking, admissible questions, admissible candidates for arguments, etc.[...]*” (BAL, 1996, p. 86-87).

injustas condenações, mas também para identificar falhas nos processos de justiça criminal. As pesquisas têm demonstrado vários fatores para as condenações e encarceramentos injustificados, provenientes de erros judiciários. Em relatório publicado pelo Ministério da Justiça do Canadá sobre a prevenção de erros judiciários (CANADA, 2005), uma série completa de recomendações mostra o grau de práticas equivocadas, com o fim de evitar a reiteração de erros. O relatório descreve atividades preventivas projetadas para atender aos fatores que contribuem regularmente para condenações injustas, inclusive os relacionados a ideias preconcebidas, depoimentos de testemunhas, falsas confissões etc. Essas recomendações de política foram consideradas como um primeiro passo importante no sentido de um processo mais transparente e justo de justiça criminal. O entendimento é que a partir disso se deve considerar de forma mais aprofundada as modalidades de implementação dessas recomendações em práticas cotidianas na justiça criminal, bem como o seu impacto sobre as pessoas presas injustamente. Em razão do impacto profundo e duradouro de natureza psicológica, social e econômica proveniente de condenações injustas (condenados e respectivas famílias), a justiça canadense tem procurado dar maior atenção às necessidades de prevenção e satisfação às pessoas envolvidas, fator essencial para garantir justiça para todos.

Como resultado de uma investigação na França sobre o sistema judicial, em 1997 e 2001, estudos de opinião foram divulgados e demonstraram que a instituição judiciária daquele país sofre déficit de confiança por parte da população. Em maio de 2008, por iniciativa do Conselho Superior da Magistratura, nova pesquisa foi realizada, mas revelou pouca evolução no quadro de confiança da população no Poder judiciário. Entender as razões da crise de confiabilidade, ouvir as críticas e de onde elas se originam parece ser o objetivo adotado pela justiça francesa desde então (CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA MAGISTRATURE, 2008). Uma das causas apontadas nas pesquisas promovidas refere-se à dificuldade da opinião pública em compreender corretamente a organização judiciária. Falta clareza.

A outra questão está situada no fato de que “a justiça não é a mesma para todos, é injusta e não se adapta à evolução social”. Ou seja: a justiça francesa se depara com um verdadeiro problema de comunicação.

A falta de clareza das decisões, bem como a falta de compreensão sobre o funcionamento da justiça são fatores que incomodam significativamente os franceses.<sup>5</sup>

Garapon, jurista francês, observa que: entre a “idealização e a diabolização”, a justiça é o último lugar de visibilidade da democracia. *La justice étant un des derniers lieux de visibilité de la démocratie.*

E o simbolismo da ordem, diz Garapon, é construído a partir da sala de audiência,

[...] Recriando e reorganizando um mundo, como fazem no interior de uma sala de audiências, os homens repetem o ato inaugural da cultura. Organizam o caos e lhes dão uma estrutura, forma e normas. Essa relação entre a forma e a norma é essencial para a experiência da justiça. O aprendizado da norma no processo começa através da visibilidade da sala de audiência. Ao organizar o espaço

judicial, o grupo social representa o ato de insubordinação em relação ao destino e à morte [...]”<sup>6</sup> (GARAPON, 2001, p. 44, tradução nossa).

Essa sacralização da ordem, explica o jurista, compreende a relação que justifica o processo: “ela exorciza a vulnerabilidade do grupo social que a infração ou conflito revela” (GARAPON, 2001, p. 44, tradução livre).<sup>7</sup> Estava certo Garapon quando bem descreveu a justiça francesa e também Hassemer, quando classificou de “cerimônia perigosa” a ritualística judicial.

Em muitos episódios a “beligerância” processual se faz presente:

[...] Inicialmente representada pela estrutura física de caráter dominatório das salas de audiências, onde a relação triangular se escamoteia diante do paralelismo cênico, porém real, entre Estado-juiz e Estado-acusação. [...] (BRITTO, 2014, p. 64)

Um ao lado do outro: julgador e acusador. E a defesa distante e estrategicamente posta em posição inferior à cena dominatória. Todo simbolismo cênico alcança até mesmo o comportamento, as atitudes de linguagem manifestadas pelos representantes dos órgãos do Estado.

O formalismo processual, do modo como é posto e empregado, tão observado nas investigações antropológicas e sociológicas, evidentemente contribui para prolongar a arbitrariedade e perenizar a desconfiança nos ambientes judiciais.

Sobre a libertação de presos inocentes nos EUA, a organização National Registry of Exonerations (2014) (Universidade de Michigan), concluiu, em 2013, que das 87 condenações equivocadas, quase um terço dos fatos imputados não existiram. Dentro desse cômputo, 17% dos erros judiciários ocorreram em razão de confissões falsas precedidas de coação (MELO, 2014).

No Brasil, quase setecentas mil pessoas cumprem pena no sistema carcerário; cerca de 30% dos presos esperam julgamento. Os erros judiciários são muitos, mas não há números ou estatísticas oficiais. No episódio relacionado à chacina de Vigário Geral, no Rio de Janeiro, um dos acusados foi impronunciado por manifesta inexistência de autoria, mas permaneceu 741 dias preso cautelarmente, em expressivo excesso de prazo que se traduziu em 10 vezes mais do que autoriza a lei processual penal.<sup>8</sup> O art. 5º inciso LXXV da Constituição brasileira dispõe que o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como aquele que ficar preso além do tempo fixado na sentença. Neste caso, o STJ, por maioria, concedeu ao recorrente, em decorrência do sofrimento e da humilhação impingidos, indenização por responsabilidade objetiva do Estado, porquanto demonstrada causalidade “*faute du service*”.

6 Cf. Garapon (2001, p. 43): [...] *En créant un monde, en réorganisant le monde, comme ils le font dans une salle d'audience, les hommes répètent l'acte inaugural de la culture. Ils réorganisent le chaos en lui donnant une structure, des formes et des normes. Cette relation entre la forme et la norme est essentielle à l'expérience de la justice, L'apprentissage de la norme vécue dans le procès commence par la vision de la salle d'audience. En organisant ainsi l'espace judiciaire, le groupe social pose un acte d'insubordination à l'égard de la fatalité et de la mort. [...] ] [...] la salle d'audience, où chacun passe sous le contrôle direct des professionnels, à commencer par les avocats. L'espace renforce leur statut aux yeux du client [...] ]*

7 Cf. Garapon (2001, p. 44) [...] *Cette sacralisation de l'ordre est à comprendre en relation avec l'infraction qui a justifié le procès: elle exorcise la vulnérabilité du groupe social que l'infraction ou le conflit ont révélé*” [...].

8 RE-STF 872.630 (2006.0132.523-1)

O processo legal, especialmente o criminal, ainda deixa a desejar em vários sentidos, especialmente naquele no qual se busca uma condição ideal de fala. Ademais, a necessidade premente de se finalizar rápido o procedimento gera erros, equívocos dos mais variados e, muitas vezes, teratológicos.<sup>9</sup>

[...] Como instituição social e mais especificamente como instituição jurídica, o processo penal tem funções que também precisa cumprir a custo de elementos comunicativos; se eles não as cumprem, então o sistema social corre o risco de que continue a não cumprir as funções, ou até mesmo de que elas sejam assumidas e efetivadas por outros representantes (por exemplo, por particulares), uma vez que elas representam necessidades fundamentais e mais amplas da nossa cultura jurídica. [...] (HASSEMER, 2005, p. 189-190).

Não menos problemática é a questão do imediatismo, a pressão para se alcançar uma decisão dentro de um curto espaço de tempo. Sem dúvida, uma duração razoável do processo criminal fortalece a ideia do processo justo. A resposta estatal deve ser dada dentro do tempo adequado para que o regular processo se desenvolva até o final, evitando incertezas e inseguranças. Entretanto, não se pode confundir duração razoável (art. 5º LXXVIII) com imediatismo ou “acelerador” de feitos processuais. O processo penal precisa de um tempo. O tempo do assentamento das provas, o tempo dos argumentos e contra-argumentos, das aceitação e das dissensões. O tempo do processo penal não é equivalente a nenhum outro mecanismo processual. Isso porque há uma real exigência no que diz respeito à maturação da prova penal. O conjunto probatório pujante acerca dos fatos e da autoria só advém a partir de um procedimento dialético escorreito, insofismável.

Segundo a filosofia comunicacional, a linguagem comum é resultado de uma interação entre sujeitos capazes de falar e agir e que se comunicam com o objetivo de se entenderem. Mas alcançar um entendimento é um conceito normativo que supõe não coercitividade.

Assim, dentro da perspectiva do processo penal, pode-se extrair que os participantes precisam explorar suas competências argumentativas, circunstância indissociável ao processo comunicacional. Sem esse nivelamento de habilidade de debate, de argumentos, de tempo igual e suficiente entre os envolvidos, o consenso não acontece. E se o consenso não ocorre, pode significar que a duração do processo não foi razoável ou satisfatória.

[...] Podemos falar em consenso racional na medida em que nossa convicção tenha sido realmente alcançada de maneira comunitária. Daí poder parecer que todo consenso racional tenha que ser também verdadeiro. Mas ele é visto deste modo só na perspectiva interna dos indivíduos respectivamente envolvidos; o fato de eu ter razões para dar meu consentimento quer dizer que há uma pretensão de validade que julgo verdadeira; [...] (WELMER apud DUSSEL, 2012, p. 204).

Desse modo, é curial que o processo penal, como “cerimônia perigosa”, deve privar o

---

9 Cf.: 2012.08.03. [www.justice.gc.ca/canada](http://www.justice.gc.ca/canada). (<http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/jr/jr13/p5a.html>). «**Aucours des dernier esannées, leux**».

juiz, o Ministério Público e a opinião pública da liberdade de disposição. Não se pode permitir que sirva como instrumento ou arma lançada por particulares ou grupos concretos: “[...] *Deben crearse en él los presupuestos para la serenidad, el distanciamiento y la reserva (y, si es posible, también para el respeto de los derechos de los demás participantes [...])*” (HASSEMER, 1984, p.169-170).

A Convenção Europeia de Direitos Humanos dispõe sobre o direito de todas as pessoas a um processo equitativo e público, examinado em um prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos direitos e obrigações de caráter civil das pessoas, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra elas. Não obstante, como estabelece a Corte Europeia de Direitos Humanos, a Convenção deve ser interpretada de forma a assegurar os direitos concretos e eficazes em oposição ‘ao teórico e ilusório’, de modo a se aplicar os direitos consagrados no artigo 6º, mormente aqueles destinados a garantir que “Qualquer pessoa acusada de uma infração será considerada presumidamente inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada” (6. § 2) (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1950).

O Tribunal Europeu tem afirmado que o princípio da presunção de inocência não se limita a uma garantia procedimental em matéria penal: o seu alcance possui dimensão ampliada e exige que nenhum representante do Estado declare alguém culpado de uma infração antes que a sua culpabilidade tenha sido estabelecida por um tribunal.<sup>10</sup>

A Convenção Americana de Direitos Humanos (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969), ao ditar e incorporar os Direitos Cíveis e Políticos concernentes à comunidade interamericana, dispôs, nos arts. 7º e 8º, garantias que delineiam o respeito concreto aos direitos fundamentais no âmbito penal e processual. Esse esforço empreendido para concentrar num mesmo estamento jurídico as premissas relativas à liberdade pessoal e as garantias judiciais foi benfazejo para o sistema de justiça criminal. As disposições normativas refletem os anseios e as necessidades jurídicas do continente interamericano.

No tocante ao Sistema Africano constituído pelos Estados-Partes, membros da Organização para a Unidade Africana, os direitos fundamentais expressamente reconhecidos e garantidos pelas demais Convenções Internacionais encontram guarida na Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos. E o postulado de maior envergadura para o processo penal assenta-se no art. 7º, no qual reafirma a importância de se promover um procedimento justo, de se garantir que toda e qualquer pessoa possa ter a sua causa apreciada. E essa garantia compreende: o direito de buscar amparo nos tribunais nacionais competentes de qualquer ato que viole as normas legais internas; assegurar a presunção de sua inocência até que a culpabilidade do sujeito seja estabelecida por um tribunal competente; o direito de ser julgado num prazo razoável por um tribunal imparcial (BRITTO, 2017, p. 167).

---

10 (*Allenet de Ribemont c. France, 10 février 1995, §§ 35-36, série A n° 308* p. 16, § 35). *Quant au fond, la Cour rappelle que le principe de la présomption d’innocence ne se limite pas à une garantie procédurale en matière pénale : sa portée est plus étendue et exige qu’aucun représentant de l’État ne déclare qu’une personne est coupable d’une infraction avant que sa culpabilité ait été établie par un tribunal.*

Com efeito, também é necessário que a comunicação dentro do processo penal se revista de um discurso livre de dominação, a fim de que se extraia dele a verdade perseguida. Hassemer enfoca a questão sublinhando a exigência de que o processo penal se norteie de acordo com as ideias de compreensão e comunicação, da necessidade de que o Tribunal desça de seu pedestal e discuta e delibere de igual para igual com os demais participantes do processo. E essa verdade, diz Hassemer (1984, p. 163), surge mediante o discurso, o diálogo: “[...] Posibilitar y asegurar la comprensión cênica garantizando al tiempo los derechos de todos los intervinientes puede denominarse sintéticamente ‘formalización’ del proceso [...].”<sup>11</sup>

#### 4 PRÁXIS, PARALAXE E OS CASOS PENAIS

Deslocando o objeto de estudo para a práxis, cada caso penal se desenvolve a partir de um procedimento criminal ou rito (comum, dividindo-se em ordinário, sumário, sumaríssimo ou os especiais). Uma série de atos coordenados, organizados e que objetivam a prestação jurisdicional. Esse procedimento que se teoriza no processo civil é, na concepção de Fazzalari, um procedimento em contraditório. No agir comunicativo *habermasiano*, os processos de entendimento também podem ser compreendidos como uma série encadeada de atos de fala, cuja finalidade é o consenso, que, por sua vez, deve satisfazer as condições de aceitação racional. Esta aceitação extraída da razão de cada personagem processual se concretiza no conteúdo de cada proferimento:

[...] Segue-se assim com a ideia de que o primeiro falante (ator processual), ao levantar uma pretensão de validade, somente terá sucesso na estrutura comunicacional se o segundo falante (ou demais participantes processuais) reconhecerem ou rejeitarem a pretensão do primeiro ator, sustentando suas teses ou decisões em algum tipo de razão ou argumento. Por isso, que se persegue aqui a via do agir comunicativo no campo do processo penal. E tais premissas devem ser - verdadeiramente - instaladas no ambiente da práxis jurídica. Sob o véu da via comunicativa não há espaço para subterfúgios; ou se proporciona acesso à fala e à discussão, ou não se proporciona [...] (BRITTO, 2014, p. 223).

A diferença entre a teoria e a prática pode ser observada nos meandros da cena jurídica. No dia a dia forense não é difícil achar quem conte uma história que remeta aos desalinhos da ritualística procedimental. Inobservância às “regras do jogo”, desrespeito às normas e aos prazos, arbitrariedades e abusos. Se de um lado, reforçam-se as penas e os aparatos punitivos, de outro, as garantias do processo são reduzidas, conforme destaca Prado (2010, p. 189):

11 *La exigencia de que el proceso penal se sigue las ideas de “comprensión y de comunicación”, de que el Tribunal baje de su pedestal y discuta y delibere de igual para igual junto a los demás participantes do proceso, son exigencias que no solo se corresponden con la tradición europea que viene desde el Siglo XVIII, sino que también se alimentan de una fuente moderna: la doctrina el discurso libre de dominación elaborada por la teoría crítica de la Escuela de Frankfurt”. Dicha doctrina toma como punto de partida la idea de que la observación no son la verdad. No existe una teoría de la correspondencia sobre la verdad como ha estimado la ontología clásica y la teoría del conocimiento, en el entendido de que la verdad era la correspondencia correcta entre objeto y objeto del conocimiento: *adequatio rei et intellectus*.*

[...] São reduzidas as garantias do processo penal e endurecidas as regras de aplicação do direito penal material, incluindo aí, paradoxalmente, a flexibilização dos direitos fundamentais que regulam a incidência do direito punitivo em caráter excepcional e os limites do estritamente necessário. A concepção do agente do delito – e do suspeito de ser agente de delito – como inimigo social parece autorizar o emprego de todo tipo de recursos [...].

Inúmeras vezes as práxis cotidianas penais parecem ser diametralmente opostas à lei. É a paralaxe cognitiva que nos faz repensar sobre o sistema de administração da justiça criminal. Não é surpresa o fato de as condutas “do jeitinho” permanecerem como cifras ocultas diante do sistema legal, porque a conivência entre as pessoas envolvidas é fator considerável. O incremento diário de situações praticadas pelos representantes do Estado, em que juízes subscrevem falsamente declarações como prestadas em sua presença e às quais jamais estiveram presentes; promotores que assinam atas sem que tenham estado na audiência, assim como serventuários da justiça que certificam diariamente várias dessas falsidades ideológicas são exemplos produtores descritos por Zaffaroni (2000, p. 58) e que corroboraram com os argumentos até aqui declinados. A retenção dos autos do processo criminal, por tempo superior, pelo membro do Parquet, quando a lei estipula prazo (para a sua manifestação), também é um fator estimulante para um ambiente opressivo. Por outra vertente, e embora legalmente justificável, nem sempre o acusado pretende basear a sua defesa arguindo a prescrição, a fim de ver extinta a punibilidade, porque há outras questões e argumentos relevantes e necessários que devem ser expostos, e nem sempre são de conhecimento dos órgãos do Estado. Ainda nessa linha, o excesso de prazo de posse dos autos nas mãos de uma das partes, nos casos em que figure mais de um acusado, também contribui para desigualar a relação processual, tornando-se, portanto, arbitrária. Por esse motivo, a responsabilidade no cumprimento estrito e na fiscalização da lei processual de base constitucional é imprescindível, e isso não é favor; antes, porém, um dever. “[...] Dever de lealdade e responsabilidade dos representantes dos órgãos públicos para com a sociedade, fidelidade do juiz à lei penal. [...]” (BRITTO, 2014. p. 291).

O exame crítico desses fenômenos é necessário. É possível notar, por exemplo, posturas antidemocráticas de magistrados na condução dos depoimentos de testemunhas ou interrogatório do réu, procurando transformar suas percepções e impressões pessoais nas falas dos que ali estão para prestar esclarecimentos. A própria defesa técnica, ao se insurgir contra atitudes desse estilo, também passa a ser alvo de retaliações; quando não é surpreendida com “voz de prisão” por suposto desacato. E esse tipo de vilania acaba causando grave prejuízo para o acusado, a parte mais frágil dessa relação processual.

Os desajustes no sistema de administração da justiça podem ser observados também pelo uso utilitarista do direito penal por meio de cartazes e avisos afixados nas instituições públicas, os quais ameaçam de sanção aqueles que vierem a ofender ou desobedecer servidores e agentes públicos do Estado. Será que já não é tempo de retirar as comunicações ameaçadoras que se realizam com o uso da linguagem penal? Embora a norma penal seja considerada como um

instrumento de comunicação, da forma como é empregada, ela não funciona como um mecanismo cognitivo de comunicação, pelo menos nos moldes informativos; não é uma forma exatamente de aconselhamento ou de troca. Neste caso, e em inúmeros outros, ela é voltada exclusivamente aos cidadãos comuns, cuja mensagem penal (*Strafbotschaft*) é alimentada por dois elementos instrumentais: a intimidação e o adestramento (HASSEMER, 2001, p. 1009-1011). Através da imposição da lei e de um código a ser aplicado e executado sobre o violador da norma penal, é que se exerce o convencimento. A mensagem é enviada na expectativa de que as pessoas cumpram as regras, se intimidem com elas e se mantenham exatamente de acordo com o “treinamento” recebido a partir da ameaça e da intimidação, e não exatamente que as conheçam, com elas concordem ou delas discordem.

Em facticidade e democracia, Habermas (2003, p. 249) não crê que a instrumentalização do processo transcorra de maneira exata ao que prescreve a lei, na medida em que o resultado de um processo pode ser explicado pelos interesses, socialização e pela pertença a determinadas camadas, além da estrutura e personalidade dos juízes por questões ideológicas e de poder ou por outros fatores dentro e fora do sistema jurídico. Nesse contexto, a prática de decisão já não é mais estabelecida internamente através de procedimentos do caso e do fundamento do direito, diz o filósofo.

Em relação às infrações de menor potencial ofensivo, de competência do juizado especial criminal, a denominada justiça consensual é produtora e procura atender o apelo da resolução do conflito; mas, na realidade, essa prática pode ser bem perigosa, em razão do próprio mecanismo do sistema legal, que permite, automaticamente, a remessa de peças da polícia para a justiça criminal sem que ninguém, em regra, possa frear isso. Ademais, as formas empregadas em face do autor do fato para que aceite logo a proposta de transação penal não obedecem exatamente ao objetivo específico de pôr fim ao conflito ou buscar o consenso, mas são fincadas na “produtividade”, na redução do espaço/custo financeiro de trabalho e nas estatísticas promissoras. Nessas infrações consideradas de baixa ofensividade, o *onus probandi*, por parte do órgão acusador, também parece ser mera circunstância; em nome do princípio da celeridade, muitos fatos deixam de merecer suficiente investigação. Com isso, restringem-se direitos e a democracia perde espaço (BRITTO, 2014, p.189). Assim, não é de se estranhar que mecanismos de garantia presentes na legislação processual penal e na Constituição sejam rejeitados. Todos esses sintomas são fenômenos comuns, cotidianos, mas contrários à lógica do direito.

A observação feita por Klaus Günter (2004, p. 18) sobre o problema da responsabilidade pelo viés da teoria do discurso, embora limitada à problemática da imputação, pode ser aqui utilizada como reflexão e contexto da democracia atuante no sistema de justiça criminal. A ideia de “responsabilidade” como um conceito-chave ajuda a compreender as mudanças na sociedade moderna e assim a estender o modelo que deve ser assumido por todos os atores processuais. Pessoas representantes do Estado, investidas das atividades públicas, devem se conduzir e atuar de modo responsável e ético. Sob este prisma, para que se alcance a figura da defesa, é preciso que o passo da “responsabilidade” processual seja dado pelos representantes públicos.

[...] O Estado, investido do monopólio dos meios de coerção autorizados, se autolimita pelas garantias do devido processo e, por isso, e somente nessas circunstâncias, quer dizer, quando o processo está organizado de forma democrática, pode esperar lealdade de defesa. [...] (NASCIMENTO, 2011, p. 227).

Por todos esses aspectos, é de se afirmar que as máscaras e os rituais do passado se transmutam em vestes talares. O controle do poder penal, embora imperceptível para a maioria, se faz presente nitidamente, na proporção em que os mecanismos de proteção colocados à disposição dos indivíduos pela Constituinte de 1988 são violados. Isso acontece, muitas vezes, pela complacência de um judicialismo passivo diante dos abusos percebidos em âmbito processual, seja pela própria ação arbitrária e dominatória encoberta pela toga ou pela máscara do juiz “inquisidor”.

Ademais, a doutrina processualista penal vem, há tempos, respondendo com veemência à prática judicial na qual o magistrado permanece inquirindo as testemunhas no modelo inquisitivo, mesmo após a alteração do art. 212 do CPP. A eleição brasileira pelo modelo acusatório implica o afastamento da gerência e busca da prova penal pelo juiz. Em razão disso, diferentes juristas têm enfatizado que o processo será acusatório se a gestão da prova não couber ao juiz.<sup>12</sup>

[...] A produção da prova é tarefa desses sujeitos processuais. Não parece que a nova redação do art. 212 do CPP seja inconstitucional. Logo, se não for inconstitucional ou não estiver em antinomia com outro dispositivo que o afaste, parece razoável que se possa não apenas requerer, mas, sim, “exigir” que o Poder Judiciário aplique a lei processual, uma vez que o cidadão tem um direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição [...] (STRECK; TRINDADE, 2010).

Dentre todos esses aspectos está entrelaçado outro ponto absolutamente significativo: muitos magistrados não se sentem obrigados a fundamentar suas decisões. Ainda há muita discussão, de variados matizes, em torno da exigência da fundamentação na decisão que recebe a inicial acusatória, por exemplo. Por outra vertente, alguns magistrados deixam de enfrentar argumentos levantados pela defesa técnica do réu. Em diferentes circunstâncias, os chamados “*easy cases*” são objetivados e simplificados por uma decisão “conforme a sua consciência”, assegurada por

---

12 Por todos: “[...] Ocorre que, quando o juiz não sai à busca da prova – e nem deve sair! –, ao Ministério Público caberá fazer a prova da acusação, o que é o óbvio diante dos dispositivos constitucionais e – agora – do Código de Processo Penal (art. 212). [...] Desse modo, neste caminho rumo à concretização do sistema acusatório, o Ministério Público não pode restar inerte e permanecer confinado na mediocridade que o sistema inquisitorial lhe reservava, ou seja, de coadjuvante do juiz. Não importa, aqui, a vontade do legislador ou a sua intenção, discussão essa já superada há muito. O que importa é que ficou estabelecido que o juiz não pode mais inquirir as testemunhas nos moldes como vinha procedendo. Se assim o fizer, o processo é nulo! Chegou o momento de o Ministério Público e a advocacia dizerem a que vieram. A produção da prova é tarefa desses sujeitos processuais [...]” (STRECK; TRINDADE, 2010).

uma espécie de “salvo conduto”, que os desobrigaria dos discursos de fundamentação. Não sem razão são as reflexões de Streck, quando faz severas críticas ao dizer que, em plena vigência da Constituição de 1988, o próprio resultado do processo dependerá do que a consciência do juiz indicar, pois a gestão da prova não se dá por critérios intersubjetivos, devidamente filtrados e pelo devido processo legal, e sim pelo critério inquisitivo do julgador (STRECK, 2010a, p. 26).

A posição assumida por Streck certifica que é desarrazoado que os acusados fiquem à mercê da consciência dos juízes; o direito, diz o autor, não é (e não pode ser) aquilo que o intérprete quer que ele seja. Portanto, o direito não é aquilo que o Tribunal, no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes, diz que é (STRECK, 2010a, p. 25).

## CONCLUSÃO

O judiciário, como arquétipo da veste talar, sem as suas máscaras e rituais, parece ainda não ter descoberto inteiramente o sentido da democracia. Atores processuais, arrogando-se o papel de legisladores, ou travestindo-se de inquisidores à caça ao “herege”, ou contentando-se com o figurino “talar” na *persecutio* ao “estranho”, também incorrem em posturas incompatíveis com o modelo acusatório. A atitude passiva de muitos atores públicos do sistema de administração da justiça diante das irregularidades e abusos observados na tramitação dos feitos criminais desqualifica o Estado de Direito e compromete a confiabilidade das instituições públicas. A crise de confiança que abarca os diferentes Poderes no Brasil tece a sua teia exatamente na falha ética dos atores públicos em relação aos papéis que desempenham. Por isso, as reflexões teóricas precisam passar para o plano da efetividade dos direitos e garantias constitucionais jungidos na busca de um procedimento criminal justo. Essa perspectiva do direito ao processo equitativo plasmada pelo fenômeno da linguagem é a gênese da democracia. A obtenção desse grau de justeza procedimental só alcançará níveis aceitáveis se a linguagem agir; se a proposta do argumento e contra-argumento, numa posição dialógica do processo, puder ir à frente. Canotilho (1998), ao declinar que procedimento justo é aquele que tende a “densificar-se como procedimento comunicativamente justo”, aponta para a órbita da força do argumento e dos mecanismos do diálogo. A centralidade do pensamento está fincada na necessidade inadiável de se descortinar a via do diálogo como forma de proporcionar um procedimento justo.

Por certo, as digressões levantadas no presente artigo não se esvaem nestas linhas, porque o assunto ainda demanda discussão. Há muitos sorvedouros que precisam ser pensados e repensados, sobretudo na construção de uma teoria do processo penal que dê conta de responder a todos esses anseios. Entretanto, não é desarrazoado enfatizar que a Constituição brasileira deve ser interpretada de forma a assegurar os direitos concretos e eficazes consagrados no art. 5º, em oposição ‘ao teórico e ilusório’. Numa concepção mais arejada contemporaneamente, processo justo (*fair trial*) é aquele que se estabelece ou se incorpora com supedâneo comunicacional. Segue-se assim que a perspectiva dessa busca pelo processo justo estreita íntima relação com a forma dialogal, motivo pelo qual as engrenagens do sistema e os atores jurídicos precisam operar nesse

sentido.

## REFERÊNCIAS

BAL, Peter. Discourse ethics and human rights in criminal procedure. *In*: HABERMAS, Jürgen. **Modernity and law**. London: Mathieu Deflen, 1996. p. 71-100.

BRITTO, Cláudia Aguiar Silva. O direito à assistência criminal nos países lusófonos. *In*: ROCHA, Maria Elizabeth; COSTA, Marli M. Moraes da; HERNANY, Ricardo (org.). **O alcance dos direitos humanos nos estados lusófonos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2017. p. 158-179.

BRITTO, Cláudia Aguiar Silva. **Processo penal comunicativo**: comunicação processual à luz da filosofia de Jürgen Habermas. Curitiba: Juruá. 2014.

CAMPBELL, Kathryn; DENOV, Myriam. Erreurs judiciaires: les répercussions d'un emprisonnement injustifié. **Juste Recherche**, Ottawa, n. 13, 2012.

CANADA. Ministère de la Justice. **Erreurs judiciaires**: les répercussions d'un emprisonnement injustifié. 2015. Disponível em: <http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/jr/jr13/p5a.html>. Acesso em: 15 set. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA MAGISTRATURE. **Les français et leur justice**. Restaurer la confiance. Paris: Conseil Supérieur de La Magistrature, 2008.

DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação**: na idade da globalização e da exclusão. Tradução de Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Convenção Europeia de direitos humanos. Council of Europe F-67075 Strasbourg cedex. 1950. Disponível em: [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int). Acesso em: 28 dez. 2018.

FRANCA, Geminiano. **A imprensa e a lei**. Rio de Janeiro: C. B. F., Jur. Bras. 1936.

GARAPON, Antoine. **Bien juger**. Essai sur le rituel judiciaire. Paris: Odile Jacob, 2001.

GARAPON, Antoine. **Le gardien des promesses**: justice et démocratie. Paris: Odile Jacob, 1996.

GARCIA AMADO, Juan Antonio. **La filosofía del derecho de Habermas e Luhman**. Bogotá: University Externado de Colombia, 2003.

GÜNTER, Klaus (org.). **Teoria da responsabilidade no estado de democrático de direito**. Rio de Janeiro. Saraiva. 2004.

HABERMAS, Jürgen. **A ética da discussão e a questão da verdade**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2007b.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudo de teoria política. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2007a.

HABERMAS, Jürgen: **Direito e democracia entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Siebeneicher. 2. ed. Rio de Janeiro: BTU, 2010. v. I.

HASSEMER, Winfried. Das Symbolische am symbolischen Straf recht. *In*: SCHÜNEMANN Bernd *et al.* **Festschrift für Claus Roxin**. **Zun 70**. Berlin; New York: Walter de Gruyter, 2001. p. 1001-1020.

HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**. Buenos Aires: Bosch, 1984.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris: 2005. Título original: Einführung in die Grundlagen des Strafrechts.

MAUSS, Marcel: **Sociologia e antropologia**. São Paulo: Cosac Naify, 2007.

MELO, João Ozorio de. Estudo mostra porque inocentes são condenados à prisão. **Boletim Notícias Conjur**, São Paulo, 16 fev. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-fev-16/estudo-mostra-porque-tantos-inocentes-sao-condenados-prisao-eua>. Acesso em: 24 jan. 2018.

NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares. Contribuindo para uma doutrina constitucional adequada: dialogando com a teoria da constituição dirigente. **Juris Poiesis**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 8, p. 421-437, 2005.

NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares. **Lealdade processual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NATIONAL REGISTRY OF EXONERATIONS. **Exonerations in 2013**: The National Registry of Exonerations. 4 Feb. 2014. Disponível em : [http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Documents/Exonerations\\_in\\_2013\\_Report](http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Documents/Exonerations_in_2013_Report). Acesso em: 4 abr. 2018.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. **A teoria discursiva no debate constitucional brasileiro**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 4 abr. 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos. 1969. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em: 28 dez. 2018.

PRADO, Geraldo. **Em torno da jurisdição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

STRECK, Lênio. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010a.

STRECK, Lênio. **Verdade e consenso.** Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010b.

STRECK, Lênio; TRINDADE, André Karam. **Produção de prova cabe ao MP e à defesa.** 2010. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-jan-11/producao-prova-processo-penal-cabe-mp-defesa?pagina=6>. Acesso em: 10 maio 2018.

ZAFFARONI, **Manual de direito penal brasileiro: parte geral.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

**Como citar:** BRITTO, Cláudia Aguiar Silva. Dos totens às vestes talares: os atores processuais (des)conhecem o que é democracia?. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 1, p. 174-192, abr. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n1p. 174. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 28.01.2019

Aprovado em: 17.02.2020

## RESENHAS/REVIEWS

## TEORIA GERAL DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS, DE PAULA FORGIONI

## GENERAL THEORY OF BUSINESS CONTRACTS, BY PAULA FORGIONI

FORGIONI, Paula. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª, 2011, p. 23 -54.

**Luciano Do Nascimento Costa<sup>1</sup>**

A presente obra trata, inicialmente, acerca dos contratos empresariais no âmbito da ordem jurídica do mercado. A autora afirma que os entes que atuam no mercado são desenvolvidos através de suas próprias relações. Nesse sentido, as empresas atuam, essencialmente, por meio dos contratos, os quais têm por função principal a de impulsionar a circulação de bens e de serviços no mercado, além da função de fomentar a circulação de valores.

De acordo com João Pedro Barroso, o elemento da empresarialidade é fundamental, considerando-se a organização dos elementos de produção é direcionada para a produção e a circulação de bens ou de serviços através de empresas que procurem o lucro. Nesse sentido, o elemento empresarial enseja características próprias aos contratos empresariais, distinguindo-os os demais contratos no ramo do Direito.

Nesse contexto, o tráfico mercantil é efetuado através dos contratos, fazendo a autora um questionamento a respeito do papel do Direito nesse panorama. Assim, refere a autora que a empresa estabelece contratos com os mais distintos agentes econômicos, sendo eles trabalhadores, o Estado, os consumidores ou afins.

Ocorre que, para cada assunto específico, existirá um determinado tratamento jurídico, que dependerá de diferentes fatores. Os contratos empresariais, de um modo bem específico, caracterizam-se como aqueles em que os polos da relação jurídica priorizam a obtenção de lucro.

Dependendo da natureza do contrato, conforme mencionado por João Pedro Barroso, algumas regras eram adotadas para demonstrar a condição das partes contratantes. Dentre essas regras estão as seguintes: a) as partes têm conhecimento a respeito das problemáticas econômico-

---

1 Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia-UFBA e Bacharel Interdisciplinar em Humanidades com ênfase em Estudos Jurídicos pelo Instituto de Humanidades, Artes e Ciências da Universidade Federal da Bahia - UFBA. Aprovado nas Especializações Gestão de Projetos, pela Universidade Estadual de São Paulo- USP, pela ESAQ e na Especialização em Direito Público pela Universidade Católica de Minas Gerais-PUC-MG. Integrante permanente do Grupo de Pesquisa, Controle de Constitucionalidade da Universidade Federal da Bahia. Coordenador de Informações Fiscais da Prefeitura Municipal de Camaçari e mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Salvador-BA. Email: lucianocostasefaz@gmail.com

financeiras, com capacidade para analisar o negócio jurídico objeto do contrato; b) as partes estão bem assessoradas, com pessoas competentes; c) geralmente as partes já efetuaram investigações independentes sobre o negócio que pretendem realizar.

Contudo, essa visão do mercado acaba por desembaralhar um ponto de vista jurídico pouco comum, uma vez que considera somente os contratos estabelecidos entre as empresas como contratos objeto do direito comercial e que põe em destaque a necessidade de uma teoria geral que analise as peculiaridades dos contratos dentro de um mercado.

Forgioni afirma que os contratos dos consumidores não fazem mais parte do direito comercial, posto que o Direito do Consumidor passou a ser um ramo autônomo do Direito Civil. Atualmente, o contrato empresarial necessita que o vínculo jurídico seja estabelecido entre as empresas. Assim, por se tratar de um vínculo relacionado à atividade empresarial, não pode ser submetido à lógica consumerista.

Em uma diferenciação entre contrato civil e contrato empresarial, menciona Rita Ellert que aquele é celebrado com qualquer pessoa que tenha capacidade civil para tanto, sendo este celebrado entre empresários dentro de suas atividades empresariais. Por esse motivo, os contratos empresariais incitam a industrialização, a produção, a comercialização e a intermediação de produtos e de serviços no mercado.

Nesse contexto, afirma Forgoni que os comercialistas focam suas atenções para os contratos interempresariais, que correspondem aos instrumentos jurídicos celebrados entre as empresas, o que vincula um viés particular aos negócios estabelecidos entre os empresários.

De qualquer modo, nos contratos empresariais devem constar, como referido por Rita Ellert, os elementos essenciais presentes no artigo 104 do Código Civil, quais sejam, o agente capaz, o objeto lícito, possível e determinado ou determinável e a forma prescrita ou não defesa em lei. Ademais, são também elementos desse tipo de contrato a vontade das partes, a eventual intervenção estatal e a determinação dos regimes de direito privado nos contratos. Contudo, o próprio Superior Tribunal de Justiça já determinou que os contratos empresariais não sejam tratados da mesma maneira com que são considerados os contratos civis.

Andreza Baggio menciona que, a par do Código Civil, o ordenamento jurídico brasileiro aplica os princípios da função social do contrato, da boa-fé objetiva e da confiança no Código de Defesa do Consumidor, sendo, nesse âmbito, muito debatida a questão da aplicação do CDC às relações jurídicas estabelecidas entre os empresários.

Diante desse contexto, afirma Forgoni que a doutrina está dividida entre os finalistas e os maximalistas. Para os finalistas, não podem ser considerados consumidores aqueles que obtêm bens ou serviços usados em sua atividade profissional. Andreza Baggio pondera que, para a corrente finalista, o consumidor será considerado o destinatário final do produto ou do serviço.

Conforme Andreza Baggio, a corrente maximalista defende que o conceito de consumidor necessita ser interpretado de forma extensiva, sendo o Código de Defesa do Consumidor a norma responsável por tutelar as relações de consumo. Nesse diapasão, os maximalistas consideram, conforme Forgoni, o CDC como a norma geral aplicável ao mercado financeiro, com a finalidade

de tutelar o adquirente e disciplinar a realidade de uma maneira mais ampla.

Existe, ainda, uma terceira corrente doutrinária, como referido por Andreza Baggio, que corresponde à chamada teoria finalista mitigada, para a qual a interpretação acerca do conceito de consumidor por equiparação deverá ser estendida quando houver vulnerabilidade. Nesse sentido, o conceito de consumidor, conforme referido pelo próprio código consumerista, pode ultrapassar os limites estabelecidos pelo artigo 2º do mencionado diploma legal, o qual considera como consumidor qualquer pessoa que intervenha na relação de consumo, além das vítimas de acidentes de consumo e as pessoas que, de alguma maneira, estejam dispostas a efetuar práticas comerciais e contratuais.

Como exemplo mencionado por Ricardo Lupion, houve julgamento do Superior Tribunal de Justiça que, em sua maioria, decidiu por rechaçar uma interpretação de um contrato empresarial que pudesse ocasionar representações negativas a respeito da realidade empresarial. A decisão optou por prestigiar um exercício empresarial e efetivou o fim de um contrato empresarial que já estava sendo renovado de forma automática.

Como mencionado por Forgioni, a proteção dos agentes econômicos que passam por situações abusivas opera a favor do interesse geral do comércio, impedindo comportamentos oportunistas dos agentes, afetando o andamento das relações econômicas.

Pedro Pinto menciona que são diferentes os contratos celebrados entre empresários individuais ou sociedades empresárias, havendo quatro âmbitos nos quais estão relacionadas as atividades empresárias, sendo eles a atividade capital, correspondente aos contratos bancários de financiamentos, a atividade de insumos, que relaciona-se aos contratos de aquisição de matérias-primas e de insumos, a atividade de trabalho, relativa aos contratos de trabalhos, e, por fim, a atividade de tecnologia, correspondente aos contratos de transferência de tecnologia, de assistência e de knowhow.

Depois da entrada em vigor do Código Civil de 2002, os contratos mercantis passaram a ser classificados em dois diferentes tipos, sendo eles civis ou consumeristas. Os contratos serão regulados pelo Código Civil quando as partes contratantes forem iguais do ponto de vista econômico e não fizerem parte de uma relação de consumo, mas de uma relação empresarial. Outrossim, quando existir o uso de produtos ou de serviços como destinatário final, os contratos serão regidos sob o prisma do Código de Defesa do Consumidor. Assim, com a vigência do Código Civil de 2002, que unificou o Direito Privado, não mais existem diferenças nos regulamentos que regem os contratos civis e os contratos mercantis, estando todos sob a égide do Código Civil.

Diante desse panorama, ainda conforme Pedro Pinto, os contratos empresariais correspondem aos contratos que possuem em seus dois polos empresários, sendo obrigatório que ambas atuem profissionalmente em uma atividade empresarial. São, assim, características dos contratos empresariais a não formalidade, como regra geral, tendo em vista a prática extremamente ágil das relações mercantis, a consensualidade entre as partes, a onerosidade e a necessidade de participação de empresários nos dois polos da relação jurídica contratual.

Os contratos empresariais, conforme Ricardo Lupion, podem ter um importante papel

dentro das companhias porque caracterizam-se como instrumentos de livre exercício das relações entre as empresas, necessitando-se observar a liberdade existente na autonomia negocial quando se tratar de relações patrimoniais.

Em relação à vinculação das partes contratantes ao que está contido no próprio contrato empresarial, essa problemática corresponde ao acerto ou ao erro das decisões dentro das companhias, no sentido de observar as regras fundamentais da competição nos negócios empresariais. Nesse contexto, a intervenção judicial não pode corresponder à neutralização dos resultados de qualquer decisão empresarial errônea da parte contratante.

Em virtude da interpretação dos contratos empresariais, necessita predominar a autodeterminação do contratante. O direito precisa exigir, assim, um esforço por parte dos empresários, eis que ele é quem tem acesso às informações sobre o conteúdo do contrato.

Cumprе referir que o empresário, por ter como uma de suas funções a contratação, pode efetuar deliberações a respeito do contrato, considerando-se, contudo, que cada empresa tem o seu próprio setor especializado, com profissionais treinados e capacitados para resolver determinados problemas.

Os contratos mercantis são direcionados pelos princípios fundamentais presentes no Direito Contratual, destacando-se o princípio da autonomia da vontade, também conhecido como *pacta sunt servanda*. Através desse princípio, as partes podem deliberar a respeito do contrato, assumindo-o como uma obrigação apenas em virtude de sua própria vontade.

Existe, contudo, uma limitação ao princípio da força vinculante dos contratos, que corresponde à ocorrência de caso fortuito ou de força maior. Também constitui-se como uma limitação à liberdade de contratar a cláusula *rebus sic stantibus*, conhecida principalmente como teoria da imprevisão, havendo, portanto, a possibilidade de ser resolvido o contrato quando existir oneração excessiva das prestações contratuais, por uma das partes envolvidas, em virtude de eventos imprevisíveis e extraordinários, que causem benefício em demasia para apenas uma das partes.

Alega Forgioni que a organização do mercado exige uma tutela específica aos consumidores, havendo para os contratos consumeristas uma lógica distinta a ser observada. De uma maneira geral, as combinações estabelecidas são efetuadas de acordo com o status das partes envolvidas na relação jurídica. Os contratos mercantis são, assim, desprendidos do direito comum.

## RESENHAS / REVIEWS

## O QUE É ISTO – O SENSO INCOMUM?

## WHAT IS THIS - UNUSUAL SENSE?

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto** – o senso incomum? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

Lara Caxico Martins Miranda<sup>1</sup>

O autor inicia a obra indicando a influência advinda da produção de Luis Alberto Warat relativa ao senso comum teórico dos juristas. Nesse viés, afirma que Warat aponta funções do senso comum, quais sejam: função normativa, ideológica, retórica e política. A função normativa refere-se aos significados que os juristas atribuem ao texto legal, enquanto que a função ideológica se consubstancia na formação do papel social e histórico do direito. A função retórica é vista como a efetivação da função ideológica e a função política como o saber voltado para assegurar as relações de poder (STRECK, 2017, p. 09).

A partir dessa consideração o autor destaca que o Senso Incomum tem o objetivo de combater esses elementos que compõem o senso comum teórico-jurídico. Isso porque, segundo ele, o senso comum não tem a pretensão de tornar os textos jurídicos mais democráticos, mas sim criar conceitos para além ou aquém desses. Para ilustrar tal afirmação o autor pontua a máxima apregoada de que “princípios são valores” e afirma que para a fixação desse mantra sequer foi discutido o que são princípios e o que são valores (STRECK, 2017, p. 10).

Premissas equivocadas como essa são aplicadas o âmbito da dogmática jurídica, mesmo que se constituam, em verdade, em um subproduto ideológico. Esse fato coloca em risco institutos do direito e mesmo o aprofundamento doutrinário, já que possuem pretensões normativas e vinculantes (STRECK, 2017, p. 10).

Ressalta Streck (STRECK, 2017, p. 11) que “um fator que colabora para o desenvolvimento desse tipo de fragilização do direito é o ensino jurídico, ainda dominado (...) por uma cultura estandardizada. Leituras superficiais, livros que buscam simplificar questões absolutamente complexas”. A partir desse cenário o Senso Incomum se apresenta “como uma trincheira contra as simplificações e facilitações do e no direito (STRECK, 2017, p. 11)”.

Para construí-lo – construir o Senso Incomum – o autor destaca ser imprescindível analisar a doutrina e a jurisprudência brasileiras, país que ele, crítica e comicamente, chama de “Pindorama” (STRECK, 2017, p. 11). Ademais, segundo Streck (STRECK, 2017, p. 11) cabe ao

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Norte do Paraná. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina, [laracaxico@hotmail.com](mailto:laracaxico@hotmail.com)

professor, responsável em grande parte pelo conhecimento jurídico, realizar “crítica à literatura jurídica, passando pela crítica ao solipsismo na aplicação do direito”. Isso porque, ainda que o senso comum seja necessário para o desenvolvimento cotidiano, que exige sentidos compartilhados, é o Senso Incomum que será capaz de livrar juristas das amarras do conhecimento trivial e equivocado (STRECK, 2017, p. 12).

Na abertura da obra o autor procura responder qual seria o protótipo do professor ideal para combater o senso comum teórico-jurídico. Na construção dessa resposta propõem-se, inicialmente, a pontuar a forma como as sociedades modernas buscam soluções rápidas para problemas complexos e como que os indivíduos não estão mais interessados com o conteúdo das coisas, pessoas e institutos, mas apenas com que o eles transparecem ou representam. A crítica ganha contornos de um *fast food* moderno, onde atitudes impulsivas, poucos minutos, imagens e falsas seguranças são os astros da atualidade (STRECK, 2017, p. 14).

As mesmas características podem ser encontradas no ensino jurídico e na construção do seu conteúdo. O que se tem buscado são livros “facilitadores-simplificadores-resumos”, em que assuntos complexos são tratados no modo “*fast food jurídico*”, sem qualquer debate e aprofundamento. A crítica do autor a isso é severa: “a preparação de alunos passa pela pesquisa” e para que isso ocorra é preciso que o professor seja um pesquisador, caso contrário não terá nada para passar além do trivial e do que pode ser encontrado rapidamente em uma pesquisa na internet (STRECK, 2017, p. 14-15).

É certo que o professor ideal não se constrói sem uma instituição interessada no desenvolvimento integral do aluno e sem a fixação de um verdadeiro crivo às bibliografias apresentadas em sala de aula. Segundo Streck (p. 15) é preciso “ler os clássicos” e é preciso que os alunos leiam a obra do seu professor, mas que de antemão ele possua uma. Nessa toada, responde à pergunta inicial da seguinte forma:

Não há fórmulas para o professor ideal. Professor não faz milagres com grades curriculares como as que vicejam nas centenas das faculdades de leis (e não de direito). Posso acrescentar ao protótipo do aluno ideal - e às necessárias mudanças curriculares - um conjunto de ideias para a formação de um professor que tenha condições de encarar um ensino jurídico de qualidade (STRECK, 2017, p. 15-16).

É necessário conhecer conceitos e dispositivos legais, mas mais do que isso é necessário ir além. O que está estabelecido assim só está porque perguntas já foram feitas para se chegar a essas respostas. É necessário conhecer o processo de resposta para que seja possível preparar alunos e professores para novas perguntas (STRECK, 2017, p. 20).

Em uma análise e crítica final a respeito da pergunta inicialmente formulada e da resposta dada pelo autor ele mesmo conclui dizendo que “sei que é um trabalho de longo prazo. Talvez o ideal seria a lentidão como método (*La lentitud como método*). *Fast Food* só é bom na fotografia» (STRECK, 2017, p. 20).