

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
FACULDADE DE DIREITO



EDIÇÃO Nº 35
JUNHO 2019

AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA EM TEMPOS DE GUERRA CULTURAL

UNIVERSITY AUTONOMY IN TIME OF CULTURAL WAR

Ricardo Lodi Ribeiro.¹

Resumo: A reflexão sobre a autonomia universitária, em seus contornos didático-pedagógico, administrativo e financeiro, é fundamental em um momento de guerra cultural contra as universidades, seus professores e estudantes, a fim de que seja resgatada a democracia interna, o pluralismo de ideias e um ambiente adequado ao desenvolvimento da educação em nível de excelência e da pesquisa necessária ao desenvolvimento social, econômico e cultural do Brasil.

Palavras-chave: Autonomia universitária. Autonomia didático-científica. Autonomia financeira.

Abstract: The reflection on university autonomy in its didactic-pedagogical, administrative and financial profiles is fundamental in a time of cultural war against universities, their professors and students, in order to rescue internal democracy, plurality of ideas and an appropriate environment to the development of education in a level of excellence and of research required for the social, economic and cultural development of Brazil.

Keywords: University autonomy. Didactic-scientific autonomy. Financial autonomy.

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (1991), mestrado em Direito em Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes (2002) e doutorado em Direito pela Universidade Gama Filho (2007). É Professor Adjunto de Direito Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), desde 2008, onde leciona nos cursos de bacharelado, mestrado e doutorado, chefiou o Departamento de Direito do Estado (2010 - 2014) e coordenou o Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado (2011- 2015). Desde 2016, é Diretor da Faculdade de Direito da UERJ. Foi coordenador-geral e professor de Direito Tributário do Centro de Estudos Jurídicos 11 de Agosto -CEJ (1999-2013). Exerceu, por concurso público, os cargos de Procurador do Estado de São Paulo (1993) e de Procurador da Fazenda Nacional (1993-2003). Foi Subprocurador-Chefe da Procuradoria-Regional da Fazenda Nacional da 2ª Região (1999-2001), presidente do Sindicato Nacional dos Procuradores da Fazenda Nacional (1995-1997) e membro do Conselho Superior da Advocacia-Geral da União (2000-2002). Foi Conselheiro Secional da OAB/RJ (2010-2013), tendo presidido a Comissão de Infraestrutura e Desenvolvimento Econômico da OAB/RJ (2010-2013). É Sócio de Ricardo Lodi Advogados (2017 - ...). Foi sócio de Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça & Associados (2013 - 2017), Luís Roberto Barroso & Associados - Escritório de Advocacia (2013), Lodi & Lobo Advogados (2007-2013) e Siqueira Castro Advogados (2004-2006). É Editor-Chefe da Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento, vinculada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ. Membro do Conselho Editorial da Editora Lumen Juris, da Revista Fórum de Direito Tributário e do Jornal Mural. É Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Tributário - SBDT (2012 - ...). Membro da Academia Brasileira de Direito Financeiro - ABDF, da International Fiscal Association - IFA, do Instituto Brasileiro de Direito Tributário - IBDT e do Instituto Brasileiro de Estudos de Direito da Energia - IBDE. Tem experiência na área de Direito Público, com ênfase em Direito Tributário, Direito Financeiro e Direito Constitucional.

- Artigo convidado.

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, temos vivido a explosão do irracionalismo e do anti-intelectualismo que, saindo das mídias digitais onde ganharam maior visibilidade, conquistam importante espaço político e travam uma verdadeira guerra cultural contra a universidade e seus professores e alunos. Nesse cenário, três episódios recentes em nosso país trazem à pauta o tema da autonomia das universidades públicas, abrindo caminho para a reflexão sobre a importância, a atualidade e a efetividade do tema. O primeiro episódio se deu ao longo dos anos de 2016 e 2017 em que, diante da grave crise financeira do estado do Rio de Janeiro, o Governo do Estado deixou de repassar os recursos previstos em orçamento para as universidades estaduais, deixando-as vários meses sem o pagamento das suas despesas de custeio, folha de salários e sem qualquer investimento. Esse quadro, em sua fase mais aguda, levou ao fechamento da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) por vários meses, com prejuízo não só para toda a comunidade acadêmica, mas também para o desenvolvimento das pesquisas realizadas pela instituição e o atendimento à população em suas unidades de saúde.² Naquele momento, ficou aparente que a crise financeira tinha uma faceta mais aguda nas universidades estaduais do que nos outros setores da administração estadual, com a subversão da pauta de prioridades estabelecida constitucionalmente, o que levou à aprovação, em dezembro de 2017, de emenda à Constituição do estado instituindo a obrigatoriedade do pagamento mensal às universidades dos duodécimos orçamentários.

O segundo episódio ocorreu em outubro de 2018, às vésperas do segundo turno das eleições gerais no Brasil, quando diversas universidades públicas foram alvo de operações por parte da fiscalização da justiça eleitoral e das autoridades policiais, a fim de reprimir manifestações estudantis antifascistas, sob o argumento de coibir propaganda eleitoral,³ em violação à liberdade de expressão e à autonomia universitária.

Essa situação desaguou no histórico julgado do Supremo Tribunal Federal, relatado

² Sobre o quadro financeiro da UERJ naquele período, vide o nosso: RIBEIRO, Ricardo Lodi. É inconstitucional centralizar recursos da Uerj no Caixa Único do Tesouro fluminense. *Revista Consultor Jurídico*, [S.l.], 27 mar. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mar-27/inconstitucional-centralizarrecursos-uerj-tesouro-fluminense>>. Acesso em: 10 mai. 2019.

³ COTRIM, Jonathas; SILVA, Yuri. Universidades são alvo de operações por suposta propaganda eleitoral. *Jornal Estado de São Paulo*, [S.l.], 25 out. 2018. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,universidades-sao-alvo-operacoes-por-suposta-propaganda-eleitoral,70002564640>>. Acesso em: 25 out. 2018.

pela Ministra Cármen Lúcia, na ADPF nº 548, em que o Tribunal, por unanimidade, em decisão com efeitos vinculantes e eficácia contra todos, proibiu a entrada de agentes públicos nas universidades, o recolhimento de documentos, a interrupção de aulas, debates e manifestações docentes e discentes, e qualquer turbação à livre manifestação de ideias e à divulgação do pensamento nos ambientes universitários.⁴

Por fim, o terceiro episódio ainda se encontra em pleno curso, quando, a partir de abril de 2019, o Governo Federal, que já manifestara o descompromisso com as eleições universitárias para reitores das universidades federais, anunciou, no âmbito de intensa campanha contra professores e universidades públicas, a disposição de coibir o uso de recursos públicos para os cursos universitários de filosofia e sociologia, e o corte de despesas previstas em orçamento, na ordem de 30% para as universidades que, segundo palavras do ministro da educação, promovessem “balbúrdia” nos campi universitários, com eventos políticos e festas estudantis inadequadas.⁵ Poucas horas depois, a medida foi estendida a todas as universidades federais,⁶ com cortes de despesas orçadas que superam o patamar de 40%,⁷ o que, de acordo com as primeiras notícias, levará à inviabilidade da continuidade das atividades universitárias. Contra essas medidas já são ajuizadas as primeiras ações judiciais, dado o flagrante desvio de finalidade e violação das regras constitucionais financeiras que regem as universidades.⁸

E, pelo andar da carruagem, outros episódios virão, em tempo de guerra cultural contra a universidade pública, professores e estudantes, embalados pelo movimento *Escola Sem Partido*, que, por traz do discurso da neutralidade ideológica, parece querer impor sua

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). ADPF 548. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 31 de outubro de 2018. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=245&dataPublicacaoDj=20/11/2018&incidente=5576608&codCapitulo=2&numMateria=33&codMateria=3>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

⁵ MARQUES, Marília. UnB tem R\$ 38 milhões bloqueados; MEC fala em corte de verba por 'balbúrdia'; entenda. *Jornal O Globo*, [S.l.], 30 abr. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2019/04/30/unb-tem-r-38-milhoes-bloqueados-mec-fala-em-corte-de-verba-por-balburdia-entenda.ghtml>>. Acesso em: 30 abr. 2019.

⁶ CALCAGNO, Luiz. Corte geral de 30% nos orçamentos das universidades federais. *Jornal Correio Braziliense*, [S.l.], 1º mai. 2019. Disponível em:

<https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2019/05/01/interna_politica,752508/corte-geral-de-30-nos-orcamentos-das-universidades-federais.shtml>. Acesso em: 1º mai. 2019.

⁷ A UFRJ, em nota oficial, informou que o Governo Federal bloqueou 41% das verbas destinadas à manutenção da instituição. Disponível em: <<https://ufrj.br/noticia/2019/05/03/nota-sobre-bloqueio-de-orcamento-da-ufrj>>. Acesso em: 03 mai. 2019.

⁸ REDE ENTRA COM AÇÃO NO STF CONTRA CORTES EM UNIVERSIDADES FEDERAIS. *Jornal Estado de São Paulo*, [S.l.], 3 mai. 2019. Disponível em:

<https://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2019/05/03/interna_nacional,1050943/rede-entra-com-acao-no-stf-contras-cortes-em-universidades-federais.shtml>. Acesso em: 03 mai. 2019.

cosmovisão a alunos e professores.⁹

Nesse cenário, é fundamental destacar a importância da autonomia universitária para o desenvolvimento cultural, econômico e social do país, dando os seus contornos didático-pedagógicos, administrativos e financeiro-patrimoniais, a fim de que o futuro do país não seja inviabilizado pelo comprometimento de nossas gerações futuras a partir do dismantelamento do sistema de educação, pesquisa e extensão universitários.

2 A IMPORTÂNCIA DAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS E DA SUA AUTONOMIA PARA O BRASIL

Desde a sua origem medieval, a universidade já nasceu autônoma em relação ao Estado, à Igreja e ao mercado. Modernamente, essa posição de relativa independência em relação ao aparelho do Estado, bem como à sua não subordinação aos recursos captados no mercado, conferem à universidade um papel singular no desenvolvimento do ensino, da pesquisa e da extensão, a partir de uma perspectiva pluralista, democrática e emancipatória, em favor dos interesses permanentes da sociedade em suas várias manifestações e matizes.

Em todo o mundo, não há exemplo de modelo de desenvolvimento econômico e social sem grandes investimentos em ciência e tecnologia e em educação. Como salienta François Bourguignon (2015, p. 34), que foi consultor da OCDE, FMI e Banco Mundial, os fatores que permitiram o crescimento econômico dos países, embora sejam variados de acordo com as características de cada um, guardam alguns aspectos comuns que estão associados às inovações organizacionais e tecnológicas, e, por outro lado, à acumulação dos fatores de produção, tanto materiais, como equipamentos e infraestrutura, quanto imateriais, como educação, formação profissional e *know-how* científico e tecnológico. Esses fatores fizeram os países desenvolvidos se descolarem dos demais e os países emergentes acabaram por seguir esses exemplos.

De maneira geral, as instituições que canalizam as ações e o investimento em ciência, tecnologia e inovação são as universidades. Apesar da variedade de modelos encontrados na sua estruturação e ao seu financiamento, em todo o mundo desenvolvido, o financiamento estatal tem uma importância decisiva. Tomemos, por exemplo, a questão quanto ao pagamento do ensino superior, em que se destacam a gratuidade adotada pelos países

⁹ Sobre o tema, vide Souza (2016).

nórdicos e pela Alemanha, a modicidade da tarifa anual, como na França e Portugal, e a cobrança de valores mais elevados, do que os Estados Unidos são o melhor exemplo. Em todo os casos, há maciços investimentos estatais nas universidades. No caso norte-americano, eles são francamente majoritários.¹⁰

A opção dos países desenvolvidos pelo investimento público nas universidades parte da compreensão do importante papel do Estado, como salientado por Joseph Stiglitz (2011, p. 180), Prêmio Nobel de Economia em 2001, não só na proteção social, mas também nos investimentos em infraestrutura, tecnologia, educação e saúde, cujas ausências tornará a economia frágil e crescerá mais vagarosamente.

No Brasil, as universidades públicas são responsáveis por 95% da pesquisa científica, de acordo com a Academia Brasileira de Ciências (ABC), a partir de dados publicados pela *Clarivate Analytics*, a pedido da CAPES, com fundamento nos números colhidos na base de dados *Web of Science*, em todas as áreas de conhecimento, entre 2011-2016. Segundo o presidente da ABC, Luiz Davidovich, essas publicações estão associadas à pesquisas que muito contribuem para a população brasileira e para o desenvolvimento nacional: como na área do petróleo explorado no Pré-sal, que hoje chega à metade da produção nacional; do agronegócio, com o incremento da produtividade da agricultura brasileira; no combate às epidemias, como o vírus da Zika; na concepção de novos remédios, fontes energéticas alternativas e novos materiais; e no avanço tecnológico da indústria brasileira em áreas como a dos cosméticos, compressores e equipamentos elétricos, fazendo com que as nossas empresas passem a ter um destaque maior no cenário econômico nacional.¹¹

Nesse contexto, a relevância do papel das pesquisas nas ciências humanas não é menor, pois é por meio delas que a sociedade atinge o grau de compreensão de sua realidade, necessária para assegurar governança e coesão social, pressupostos para o desenvolvimento social e econômico nacional.

Mas não é só na pesquisa que as universidades públicas prestam relevante serviço ao desenvolvimento nacional. No ensino – nos níveis de graduação, especialização, mestrado e

¹⁰ TUFFANI, Maurício. De onde vem o dinheiro para pesquisa das universidades dos EUA? *Direto da Ciência*, [S.l.], 27 jan. 2018. Disponível em: <<http://www.diretodaciencia.com/2018/01/27/de-onde-vem-o-dinheiro-para-pesquisa-das-universidades-dos-eua/>>. Acesso em: 04 mai. 2019.

¹¹ MOURA, Mariluce. Universidades públicas respondem por mais de 95% da produção científica do Brasil. *Academia Brasileira de Ciências*, [S.l.], 15 abr. 2019. Disponível em: <<http://www.abc.org.br/2019/04/15/universidades-publicas-respodem-por-mais-de-95-da-producao-cientifica-do-brasil/>>. Acesso em: 30 abr. 2019.

doutorado – as universidades públicas se apresentam como uma aposta no futuro dos jovens, a partir da qualificação em nível de excelência e na inclusão social. Se no século XX as vagas nas universidades eram majoritariamente preenchidas por egressos da rede particular de ensino, hoje é realidade bastante diversa com a implementação da política de cotas raciais e sociais. Atualmente, apenas 12,2% dos alunos que estão matriculados na rede pública possuem renda familiar superior a três salários mínimos (NIEROTKA; TREVISOL, 2016, p. 22-32). Não há mais dúvida de que o investimento intensivo que os países hoje desenvolvidos fizeram em educação, a partir do financiamento público, foi um dos principais fatores de sua equalização social e desenvolvimento econômico (MEADE, 2012, p. 33).

A falta de acesso da população à educação superior acaba também comprometendo a própria eficiência econômica, pois como adverte Branko Milanovic (2012, p. 24-27):

Se o acesso dos jovens a uma boa educação depende fortemente da riqueza dos seus pais, isto equivale a privar a sociedade das qualificações e conhecimentos de um segmento grande dos seus membros (os pobres) [...]. Em qualquer caso, a sociedade decide que as competências de um determinado grupo de pessoas não serão utilizadas. Economicamente, é pouco provável que tais sociedades tenham sucesso.

Por outro lado, para permitir que as pessoas saiam da pobreza a partir dos seus próprios esforços é necessário promover investimentos estatais, por meio da educação superior, caso não queiramos ser um país mero exportador de matérias-primas, e reduzir o caráter elitista do acesso das pessoas pobres ao topo da pirâmide (CHANG, 2015, p. 311). Deste modo, o papel dos investimentos em educação como fundamento do desenvolvimento econômico é destacado por Angus Deaton (2013, p. 164), vencedor do Prêmio Nobel de Economia, em 2015, para quem, nos países onde o poder é concentrado em poucas mãos, os ricos se opõem à emancipação da maioria e a educação é restrita à elite.

No Brasil, a excelência das universidades públicas é atestada pelo MEC, por meio do Índice Geral de Cursos (IGC),¹² indicador de qualidade que avalia as instituições de educação superior, em seus cursos de graduação, mestrado e doutorado. Nesse ranking, considerando o triênio 2014-2016, dentre as 50 universidades melhor avaliadas, 48 são públicas, sendo as outras duas instituições privadas sem fins lucrativos. Entre as 20 primeiras, apenas uma não

¹² Sobre a metodologia do IGC, vide o portal do INPE/MEC: <<http://inep.gov.br/indice-geral-de-cursos-igc>>. Acesso em: 04 mai. 2019.

é pública. Entre as 10 primeiras, todas são públicas.¹³

Por outro lado, as universidades prestam relevantes serviços à população mais carente em suas diversas áreas de atuação como a da saúde, da assistência psicológica e jurídica, e em uma série de outras iniciativas relacionadas aos seus projetos de extensão, em que o diálogo entre as universidades e a comunidade se intensifica conferindo uma outra dimensão em iniciativas que nem sempre conseguem ser atendidas pelo Estado.

A associação entre o desenvolvimento científico e a autonomia das universidades é encontrada desde as origens medievais destas, a partir da necessidade de libertar a ciência dos limites impostos pelo Estado e pela Igreja. Hoje, os desafios da ciência não são muito diferentes, diante da apropriação de importantes espaços políticos pelo fundamentalismo religioso. Por essa perspectiva, consensos científicos são questionados a partir de ensinamentos bíblicos, como a teoria da evolução, por exemplo, além de visões religiosas buscarem disputar a escola com a ciência.¹⁴ A subordinação das universidades aos investimentos do setor privado na área de pesquisa, em um ambiente de compressão dos recursos públicos para a sua manutenção, leva ao direcionamento das pesquisas aos interesses imediatos das empresas, em detrimento dos interesses da sociedade, como tem ocorrido nos EUA, de acordo com o relato de Carl Elliot,¹⁵ professor de bioética na Universidade de Minnesota, na relação entre a indústria farmacêutica e as pesquisas sobre medicamentos.

Se em um cenário de fomento governamental e respeito às instituições universitárias essas situações parecem excepcionais, vivemos dias em que a preservação da autonomia é fundamental para o exercício da liberdade de expressão e para o desenvolvimento científico, cultural, social e econômico do Brasil. Como garantia do cumprimento desse papel atribuído às universidades, a Constituição de 1988 consagrou a sua autonomia, no artigo 207,¹⁶

¹³ GRANATO, Luísa. As melhores faculdades e universidades do Brasil, segundo o MEC. *Revista Exame*, [S.l.], 18 dez. 2018. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/carreira/as-melhores-faculdades-e-universidades-do-brasil-segundo-o-mec-2/>>. Acesso em: 18 dez. 2018.

¹⁴ DAMARES DISSE QUE IGREJA "PERDEU ESPAÇO" COM TEORIA DA EVOLUÇÃO NAS ESCOLAS. *Educação Uol*, São Paulo, 9 jan. 2019. Disponível em: <<https://educacao.uol.com.br/noticias/2019/01/09/damare-igreja-teoria-da-evolucao-escolas.htm>>. Acesso em: 9 jan. 2019.

¹⁵ COLLUCCI, Cláudia. Entrevista: Indústria farmacêutica tem controle total sobre pesquisas. *Comitê de Ética em Pesquisa com Seres Humanos*, São Paulo, 24 out. 2010. Disponível em: <<http://cep.ufsc.br/2010/11/05/entrevista-industria-farmaceutica-tem-controle-total-sobre-pesquisas/>>. Acesso em: 24 out. 2010.

¹⁶ Art. 207 – As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

desdobrando-a em três facetas indissolúveis: (i) didático-científica; (ii) administrativa; e (iii) de gestão financeira e patrimonial.

Deste modo, não se pode conceber a existência de uma autonomia sem as duas outras. A primeira delas tem o conteúdo material, sendo o objetivo almejado pelo constituinte a fim de garantir o atingimento das missões constitucionais da universidade. As duas últimas constituem salvaguardas da primeira, uma vez que, de acordo com o dispositivo constitucional, a autonomia didático-científica não pode ser alcançada sem a autonomia administrativa e a autonomia de gestão financeira e patrimonial. A penúltima destas assegura que as providências administrativas necessárias à autonomia didático-pedagógica sejam adotadas sem as amarras e imposições político-ideológicas do aparelho burocrático central do Estado. A última autonomia, por sua vez, garante que os recursos destinados pela Lei de Orçamento à educação superior e à ciência, tecnologia e inovação sejam empregados nessas finalidades constitucionais, e responsabilmente geridos pela universidade.

3 A AUTONOMIA DIDÁTICO-CIENTÍFICA E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Como vimos, a autonomia didático-científica é o cerne da autonomia universitária e pressuposto do cumprimento por estas instituições do seu papel institucional. De acordo com Nina Ranieri (2013, p. 147), a autonomia didática confere competência à universidade para definir a relevância do conhecimento a ser transmitido, bem como sua forma de transmissão. Daí decorre a sua capacidade de organizar o ensino, a pesquisa e a extensão, com a criação, modificação e extinção de cursos; a definição dos currículos e seus conteúdos, sem qualquer restrição de natureza filosófica, política ou ideológica, observadas as normas diretivo-basilares vigentes (Lei de Diretrizes e Bases da Educação – Lei nº 9.394/96); estabelecimento de critérios de avaliação e seleção de estudantes; a determinação de oferta de vagas em seus cursos; outorga de títulos correspondentes aos graus acadêmicos; a possibilidade de experimentar novos currículos e fazer experiências pedagógicas.

A autonomia científica se relaciona com a liberdade de pesquisar como garantia do processo de conhecimento e da transmissão do saber, assegurada pela liberdade de cátedra, com o direito do professor universitário, nas palavras de Nina Ranieri (op. cit., p. 160-161), de pesquisar e ensinar o que crê que seja verdade, com vistas ao bem público e ao progresso da ciência, voltando-se preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para

o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.

De acordo com essa configuração constitucional, não tem qualquer validade a intenção anunciada pelo governo federal de restringir os recursos para os cursos de filosofia e de sociologia, uma vez que cabe inteiramente a cada universidade decidir quais cursos serão oferecidos pelo seu corpo docente. Neste contexto normativo, afiguram-se como inconstitucionais as iniciativas intentadas pelo movimento *Escola Sem Partido*, que, no afã de tentar afastar uma suposta inclinação ideológica dos professores e alunos das universidades públicas, pretende impor uma censura à liberdade de ensinar e pesquisar, o que já encontrou a oposição do STF, com a concessão pelo Ministro Luís Roberto Barroso, da medida cautelar na ADI nº 5.537/AL,¹⁷ em que restou reconhecida a inconstitucionalidade de lei estadual que, em nome da neutralidade ideológica, viola a liberdade de ensinar e pesquisar.

Também não há espaço, em um ambiente constitucional que consagra a liberdade didático-científica, as restrições à liberdade de expressão de docentes, discentes e servidores no ambiente universitário, com o objetivo de fazer censura ideológica, religiosa ou política. É muito encontradiça nas práticas judiciais e administrativas a tentativa de caracterizar qualquer discussão política como atividade político-partidária, com o objetivo de vedá-la. Porém, a liberdade de expressão no ambiente universitário não se coaduna com a restrição a manifestações desta natureza, desde que os mesmos direitos sejam franqueados a todas as matizes do pensamento político.

É verdade que, em período eleitoral, é vedada a realização de propaganda da mesma natureza. Contudo, a restrição à liberdade de expressão é limitada à atividade de pedir voto para candidato, coligação ou partido.¹⁸ Todas as outras manifestações de pensamento são livres, mesmo em períodos eleitorais, sendo vedado o ingresso de agentes públicos que venham a restringir essa liberdade, conforme decidido pelo STF, na citada ADPF nº 5.548.¹⁹

Deve-se deixar bem claro que no ambiente universitário a liberdade de expressão para

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). ADI 5.537/AL – MC. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 30 de novembro de 2018.

¹⁸ No site do TSE, existe a definição do que é propaganda eleitoral: “É a propaganda em que partidos políticos e candidatos divulgam, por meio de mensagens dirigidas aos eleitores, suas candidaturas e propostas políticas, a fim de se mostrarem os mais aptos a assumir os cargos eletivos que disputam, conquistando, assim, o voto dos eleitores.” Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/o-tse/escola-judiciaria-eleitoral/publicacoes/revistas-da-eje/artigos/propaganda-politico-eleitoral>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). ADPF 548. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 31 de outubro de 2018. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=245&dataPublicacaoDj=20/11/2018&incidente=5576608&codCapitulo=2&numMateria=33&codMateria=3>>. Acesso em: 5 fev. 2019.

a realização de cursos, palestras e eventos é a regra, sujeita aos princípios da impessoalidade, do pluralismo de ideias e da igualdade de oportunidades a todos. Nesse sentido, tais objetivos não devem ser perseguidos por qualquer controle administrativo quanto ao conteúdo dos eventos, ainda que este pretenda se justificar pela preocupação de se estabelecer um contraditório de ideias em cada uma das atividades desenvolvidas. Ao contrário, o pluralismo é bem melhor atingido pela liberdade para docentes e grupos de discentes realizarem os seus eventos, expondo os seus pontos de vista sobre os mais variados assuntos de interesse da comunidade acadêmica.

4 A AUTONOMIA ADMINISTRATIVA E A GESTÃO DEMOCRÁTICA

Como já visto acima, os objetivos constitucionais relacionados com a autonomia didático-científica não podem ser efetivados sem a autonomia administrativa das universidades, igualmente assegurada pela Constituição. Para Nina Ranieri (2013, p. 162-164), a autonomia administrativa consiste no direito de elaborar suas próprias normas de organização interna, seja em matéria didático-científica, seja na administração de seus recursos humanos e materiais, seja na escolha dos seus dirigentes, dentro dos limites que a Constituição estabelece. Assim, decorrendo a autonomia administrativa da própria Constituição, as normas universitárias integram o ordenamento jurídico como preceitos de valor jurídico idêntico ao da lei em sentido formal, afastando a incidência de normas exógenas que não tenham natureza diretivo-basilar.

Como bem assinala Nina Ranieri (op. cit., p. 205), não se trata de ser autônomo em relação ao Estado, imune a qualquer controle, mas em ser autônomo dentro dos limites fixados pelo ordenamento constitucional. Desta maneira, não há relação de subordinação entre as universidades e os ministérios e secretarias aos quais aquelas estão vinculadas. No entanto, estão as universidades submetidas ao controle interno dessas pastas e ao controle externo do tribunal de contas. Vale dizer que, como já estabelecido pelo STF,²⁰ tais controles são feitos *a posteriori*, não sendo lícito exigir autorização prévia da administração direta para que a universidade possa realizar suas despesas ordinariamente previstas no orçamento.

Nesse contexto, no que tange às matérias constitucionalmente reservadas às leis em

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Ag. Reg. em RE nº 613.818-PR. Agravante: Estado do Paraná. Agravado: Universidade Estadual de Londrina. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 09 de agosto de 2018.

sentido formal, são dos órgãos universitários a iniciativa de leis que tratem dos cargos e salários dos seus servidores docentes ou não, observadas as respectivas dotações orçamentárias, bem como as referentes a concursos, admissão, demissão, promoção e transferência, sempre observadas as regras constitucionais vigentes. Decorre ainda dessa moldura constitucional garantidora da autonomia administrativa a fixação de regras pelas universidades públicas na definição da forma de escolha dos seus dirigentes, observadas as normas constitucionais aplicáveis, que determinam a gestão democrática da educação. Nina Ranieri (2013, p. 166) destaca a importância fundamental deste aspecto da escolha dos dirigentes universitários para a autonomia universitária administrativa:

Este é outro ponto de relevância da autonomia administrativa porque reflete o grau de independência e a forma de relacionamento da universidade com os interesses de grupos político-partidários, econômicos, religiosos e outros alheios à sua natureza específica, e também porque revela o caráter democrático ou autoritário do governo da universidade.

Determinada na Constituição Federal, a gestão democrática nas entidades de educação, no artigo 56 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/96), estabelece o princípio da gestão democrática, assegurada a existência de órgãos colegiados deliberativos, com a participação de segmentos da comunidade institucional, local e regional. Nesses órgãos colegiados, os docentes ocuparão pelo menos 70% das vagas. Não trata a Lei de Diretrizes e Bases da Educação sobre a forma específica pela qual as universidades escolherão seus dirigentes, uma vez que a matéria não tem a natureza diretiva-basilar, cabendo a cada entidade federativa, por meio das regras reguladoras do sistema de ensino, definir tal escolha.

A União Federal estabeleceu, para as suas universidades, por meio da Lei nº 9.192/96, que deu nova redação ao artigo 16 da Lei nº 5.540/68, a escolha dos reitores e vice-reitores pelo presidente da república, a partir de lista tríplice organizada pelo órgão colegiado superior da universidade, ou órgão criado para esta finalidade, que tenha a composição de pelo menos 70% de docentes. Tais conselhos podem ser informados por consulta à comunidade acadêmica, em que o peso dos docentes também deve ser de 70%.

Se esta regulação pareceu atender aos contornos constitucionais da autonomia universitária em um ambiente democrático, introduzido após a promulgação da Constituição de 1988, onde praticamente todas as escolhas recaíram sobre o candidato mais votado pelas

comunidades acadêmicas, com pequenas exceções no início da consolidação desse processo, hoje a situação é bem diversa. Em um cenário, como o atual, em que há a concreta ameaça de que as escolhas comunitárias só serão respeitadas se estiverem ideologicamente alinhadas com o atual governo federal,²¹ fica evidenciado que o modelo federal está muito aquém da autonomia administrativa prevista constitucionalmente, devendo tais dispositivos serem interpretados conforme a Constituição Federal, de modo a garantir a gestão democrática e o direito das universidades federais escolherem os seus próprios dirigentes.

No âmbito das universidades estaduais, o regramento federal para escolha dos reitores não tem qualquer aplicação. Isso se dá não só por essas regras tratarem exclusivamente das instituições federais, como também por não ser da competência da União dispor sobre o grau de autonomia na relação da administração direta estadual com as suas autarquias e fundações, matéria que extrapola o conteúdo das diretrizes e bases da educação. Como vimos, a LDB não trata do tema. Nem mesmo no parágrafo único do seu artigo 56 que reserva aos docentes 70% dos assentos dos órgãos colegiados, inclusive os destinados à escolha de dirigentes, uma vez que essa referência se aplica especificamente à disciplina, já comentada, que a Lei nº 9.192/95 dá aos órgãos colegiados das universidades federais que elaborarão lista tríplice a partir de consulta feita à comunidade acadêmica. Adotando os estados modelo que se afaste de escolha por órgão superior colegiado, não há base fática para a disciplina. Ademais, como vimos, não pode a União invadir a competência estadual para regular a forma pela qual os Estados disciplinarão a relação de autonomia entre a administração direta e a indireta.

Deste modo, estão livres os estados, no âmbito do experimentalismo federativo, para disciplinar a autonomia administrativa das universidades estaduais, bem como a escolha de seus dirigentes de modo a dar uma maior efetividade à disposição constitucional que garante a autonomia universitária administrativa. Exemplo bem-sucedido de cumprimento da autonomia administrativa estabelecida pela Constituição Federal é dado pelo Estado do Rio de Janeiro, onde a Constituição Estadual, no seu artigo 310, estabelece eleição direta e secreta, com a participação da comunidade universitária nos termos dos seus estatutos, para a escolha dos reitores das universidades públicas, comando que vem sendo cumprido desde a

²¹ ROTHENBURG, Denise. Equipe de Bolsonaro mapeia universidades para tentar influir na escolha de reitores. *Correio Brasiliense*, Brasília, 30 out. 2018. Disponível em: <<http://blogs.correiobrasiliense.com.br/denise/bolsonaro-escolha-reitores-universidades/>>. Acesso em: 30 out. 2018.

promulgação da carta estadual.

5 A AUTONOMIA FINANCEIRA E PATRIMONIAL E OS DUODÉCIMOS ORÇAMENTÁRIOS

Para conferir viabilidade às autonomias didático-científica e administrativa são necessários recursos financeiros. Por isso, como instrumento assecuratório dessas facetas da autonomia universitária, a Constituição Federal estabelece a autonomia de gestão financeira e patrimonial, assim entendida como a possibilidade de as universidades sugerirem seus próprios orçamentos, efetivar os seus pagamentos e gerir o seu próprio patrimônio. Tal ideia encontra como um dos seus núcleos essenciais a garantia de recebimento dos recursos previstos na Lei de orçamento, e a execução deste, a partir da gestão financeira desses valores. Evidentemente que a autonomia orçamentária das universidades públicas, longe de se traduzir em afastamento dos deveres de submissão a todos os princípios que regem a administração fiscal responsável, confere a essas entidades, em momentos de escassez de recursos, a decisão sobre a eleição das suas prioridades.

A Constituição Federal garante, como vimos, a autonomia financeira e patrimonial das universidades públicas. Para atingir tal objetivo, a transferência das dotações orçamentárias por meio dos duodécimos mensais é o instrumento mais adequado. Aliás, não se conhece outro mecanismo no direito positivo brasileiro para que se dê execução à aludida determinação constitucional. A Constituição confere autonomia financeira a cinco entidades ou órgãos públicos:

- a) Poder Legislativo – art. 51, IV (Câmara dos Deputados) e art. 52, IV (Senado Federal);
- b) Poder Judiciário – artigo 99, CF;
- c) Ministério Público – artigo 127, §§ 2º e 3º, CF;
- d) Defensoria Pública – artigo 134, §2º;
- e) Universidade Pública – artigo 207.

Com o exame comparativo da redação dos cinco grupos de dispositivos constitucionais, verifica-se que, do ponto de vista da literalidade do texto, são autônomos financeiramente o Poder Judiciário e a universidade. O Ministério Público e a Defensoria Pública têm, de acordo com o texto constitucional, assegurados um dos principais aspectos da autonomia financeira, que é a iniciativa da sua proposta orçamentária, nos termos da Lei

de diretrizes orçamentárias. À Câmara dos Deputados e ao Senado Federal é conferida a autonomia para disporem sobre sua própria organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Na redação de todos esses dispositivos constitucionais é encontrada a autonomia administrativa, que está associada à auto-organização do órgão ou entidade, com a criação de regras que disciplinem o seu regular funcionamento. Porém, no que se refere aos aspectos financeiros dessa autonomia, por vezes a Constituição faz referência ao gênero *autonomia financeira*, como no caso do Poder Judiciário e da universidade pública. Em outras faz menção apenas a um ou mais dos elementos constitutivos dessa autonomia financeira. Quanto ao Ministério Público e à Defensoria Pública, a Constituição garante a iniciativa da elaboração da proposta orçamentária. No caso da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, assegura a iniciativa da lei para a fixação da remuneração dos seus agentes, bem como a criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços.

Deve-se destacar que a autonomia orçamentária é uma das manifestações, talvez a mais importante, da autonomia financeira. É determinação constitucional que vai além da mera iniciativa de propor seu próprio orçamento, englobando também todas as etapas da sua execução, incluindo a efetiva realização de despesa, com o empenho, liquidação e pagamento. No caso do Poder Judiciário, a autonomia orçamentária é garantida pela própria previsão constitucional da autonomia financeira, não necessitando de dispositivo constitucional autônomo. Porém, no caso da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, do Ministério Público e da Defensoria Pública, instituições em que a Constituição só previu alguns dos elementos da autonomia orçamentária, como a iniciativa da proposta, a efetividade da gestão financeira autônoma depende de outros mecanismos constitucionais.

Porém, qualquer que seja a sua configuração, não há que se cogitar em autonomia financeira sem o repasse regular de recursos orçamentários para o ente autônomo. Nesse sentido, a Constituição confere efetividade à autonomia financeira, e, como uma das suas principais manifestações, a autonomia orçamentária, por meio de um mecanismo contido no artigo 168: a transferência dos montantes referentes às rubricas orçamentárias destinadas às entidades financeiramente autônomas por meio dos duodécimos orçamentários, em dispositivo que inclui os poderes Legislativo e Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria

Pública.

Assim, o instrumento que o direito positivo concebeu para conferir efetividade à autonomia financeira foi a transferência dos recursos previstos no orçamento por meio dos duodécimos mensais. Com tal previsão, essas instituições podem fazer frente aos seus relevantes misteres constitucionais, independentemente da discricionariedade exercida pelo Poder Executivo na execução do orçamento. Deste modo, em nosso direito positivo, a autonomia orçamentária e a transferência dos duodécimos mensais orçamentários são duas realidades indissolúveis. É claro que o legislador poderia prever outros mecanismos diversos para efetivar a autonomia orçamentária, mas na ausência de uma sistemática específica para cada situação, a aplicação analógica dos duodécimos é remédio bem mais adequado do que a inexistência de efetividade da autonomia conferida pela Constituição.

Estando a autonomia financeira umbilicalmente ligada ao pagamento dos duodécimos mensais, a ponto de entidades como o Ministério Público e a Defensoria Pública serem dotadas da primeira com base na previsão constitucional que lhes garante a segunda, resta evidenciado que as universidades públicas têm direito aos duodécimos independentemente do comando do art. 168 da CF/88, já que este é elemento integrante da autonomia financeira que lhes é expressamente assegurada pelo art. 207 da CF/88.

Por outro lado, a autonomia financeira não significa que os órgãos e entidades que a detêm estejam imunes às crises financeiras. Ao contrário, em caso de frustração da arrecadação, há necessidade de limitação de empenho e movimentação financeira, o chamado contingenciamento orçamentário, que deve ser feito quando os balancetes bimestrais de acompanhamento da evolução da receita verificam que esta não foi realizada em montante capaz de suportar o cumprimento da meta primária fixada pela Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), nos termos do artigo 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000).

No entanto, é vedado ao Poder Executivo promover diretamente o contingenciamento das despesas dos órgãos e entidades dotados de autonomia financeira. Deverá, de acordo com o referido dispositivo legal, instar que a instituição autônoma promova, por ato próprio, o contingenciamento, a partir do indicativo por ele apresentado. Apenas diante da inexistência de contingenciamento pela entidade autônoma, quando instada a fazê-lo pelo Poder Executivo, é que poderia este último promover a limitação de empenho e movimentação financeira, nos termos que eram autorizados pelo § 3º do art. 9º da LRF. No

entanto, o referido parágrafo teve a sua vigência suspensa por decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 2.238-5 MC/DF,²² que preserva a competência exclusiva dos entes autônomos para promover o contingenciamento dessas próprias despesas.

A necessidade do contingenciamento promovido pelo próprio ente autônomo não é apenas uma decorrência formal da autonomia financeira. É mecanismo que preserva a sua própria essência quando esta se faz mais necessária. Nos momentos de crise financeira e de frustração de arrecadação, as instituições financeiramente autônomas preservam a possibilidade de eleger as suas prioridades, cortando o possível e preservando aquilo que lhe é essencial, em juízo que, por ser exclusivo da entidade autônoma, não pode ser exercido pelos órgãos do Poder Executivo, por se traduzir em decisão que reside no núcleo essencial da autonomia orçamentária.

Por outro lado, quando se refere às entidades dotadas de autonomia orçamentária, a discricionariedade empregada no exercício do contingenciamento é limitada, só podendo ser efetivada diante da frustração de arrecadação, em procedimento previsto pelo § 2º do art. 9º da LRF, que estabelece parâmetros formais e materiais ao seu exercício. De acordo com essas regras, o contingenciamento, seja exercido pelo Poder Executivo, seja pela própria entidade autônoma, encontra como limitação formal a sua adequação aos critérios fixados pela Lei de Diretrizes Orçamentárias. Do ponto de vista material, o contingenciamento não poderá atingir as despesas obrigatórias, assim entendida as que são as previstas na Constituição e nas leis. Em relação às entidades orçamentariamente autônomas, como as universidades públicas, o contingenciamento encontra ainda como limite quantitativo máximo o percentual de frustração da arrecadação indicado nos balancetes bimestrais de acompanhamento da evolução da receita. Contingenciar em patamares superiores ao da frustração de arrecadação devidamente comprovada se traduz em discricionariedade violadora da autonomia financeira das universidades públicas.

Dessa maneira, as universidades públicas, por gozarem de autonomia financeira conferida pelo art. 207 da CF/88 têm direito a receber as receitas previstas nas dotações que lhes são atribuídas pela Lei Orçamentária Anual. Apenas em caso de não obtenção da meta primária prevista na Lei de Diretrizes Orçamentárias, poderá haver contingenciamento, por ato próprio da universidade, de suas despesas discricionárias, de acordo com os parâmetros

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). ADI 2.238 MC/DF. Relator: Min. Ilmar Galvão. Brasília, 12 de setembro de 2008.

previstos na própria Lei de Diretrizes Orçamentárias e observado como limite máximo o percentual de frustração da arrecadação revelado pelos balancetes bimestrais de acompanhamento da evolução da receita, a fim de que sejam mantidos os recursos necessários para o cumprimento dos objetivos constitucionais da universidade como a preservação do ensino público gratuito nos estabelecimentos oficiais de ensino, assegurado pelo art. 206, IV da CF/88.

A preservação do ensino superior gratuito depende do pagamento da remuneração de seus servidores, bem como para o pagamento das demais despesas correntes, que são indispensáveis ao funcionamento das universidades. Dentro desse critério, podem ser contingenciadas por ato da própria universidade, de acordo com as suas prioridades e com os limites apresentados pelos órgãos de administração financeira do Estado, as despesas discricionárias, notadamente de investimentos, inversões financeiras e as transferências de capital, de acordo com a categorização apresentada pela Lei nº 4.320/64, que estabelece normas gerais de direito financeiro.

A continuidade do serviço público de educação superior, assegurado o seu caráter gratuito, depende da garantia do pagamento da remuneração dos servidores da universidade, bem como das suas demais despesas correntes, como as relativas à manutenção dos prédios afetados às suas atividades. A preservação desses recursos, a partir da gestão do contingenciamento pela própria universidade, constitui o conteúdo mínimo da autonomia universitária que não pode deixar de ser tutelada.

Deste modo, as universidades públicas, independentemente de disposição expressa como a estabelecida pela Constituição do Estado do Rio de Janeiro,²³ têm, em decorrência da sua autonomia financeira, direito ao pagamento dos valores correspondentes às suas despesas previstas no orçamento, por meio da transferência dos duodécimos mensais. Em caso de frustração da arrecadação, o poder executivo instará todos os órgãos financeiramente autônomos, inclusive as universidades públicas, a promover, por ato próprio, o contingenciamento de despesas discricionárias, limitado ao percentual de frustração da arrecadação, sendo preservadas as despesas correntes, incluindo o pagamento de seus servidores e a sua manutenção, uma vez que são indispensáveis à manutenção do ensino público e gratuito a que estão constitucionalmente obrigadas a fornecer, respeitados os

²³ Em dezembro de 2017, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 71/2017 à Constituição do Estado do Rio de Janeiro, determinando que as dotações orçamentárias destinadas às universidades estaduais sejam repassadas por meio de duodécimos mensais.

parâmetros definidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Por essas razões, não tem validade os contingenciamentos efetivados recentemente pelo governo central nas receitas destinadas às universidades e institutos de pesquisa federais (i) por não se basearem em qualquer demonstrativo de frustração de arrecadação, elaborados com base no artigo 9º, §2º, da LRF; (ii) por não terem sido efetivados pelas próprias universidades; (iii) por envolverem despesas obrigatórias. Na verdade, a violação à Constituição ainda fica mais flagrante quando tais violações à autonomia financeira das universidades públicas vêm acompanhada de uma discricionariedade baseada em critérios político-ideológicas que não chegam sequer a serem disfarçados pelas autoridades federais, o que revela que, por detrás da violação à autonomia financeira, exsurge o objetivo de desrespeitar a autonomia didático-científica.

6 CONCLUSÃO

Vivemos em nosso país um período histórico marcado pelo irracionalismo anti-intelectual que procura negar o valor do saber científico em nome de ideias preconceituosas de cunho religioso e de tendências políticas radicais. Nesse cenário, alguns setores do mundo político se lançam ruidosamente em uma guerra cultural contra as universidades públicas, seus professores e alunos.

Demonstrada a importância das universidades públicas para o ensino, a pesquisa e a extensão, e a conexão dessas atividades à consolidação da democracia, à liberdade de expressão e ao desenvolvimento científico, cultural, social e econômico do país, é imperioso ressaltar a necessidade de preservar a autonomia universitária consagrada constitucionalmente em suas três facetas: didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial.

A autonomia didático-científica garante a liberdade de cátedra, de ensinar, aprender e pesquisar, protegendo o ambiente universitário, marcado pelo pluralismo de ideias, de restrição à liberdade de expressão. Com isso, são fadadas ao fracasso as ameaças aos cursos de ciências humanas, bem como à intimidação aos professores por movimentos como o *Escola Sem Partido*, que, avesso, ao pluralismo de ideias, sob o pretexto da neutralidade ideológica, arvora-se em impor sua própria cosmovisão sobre todos. Também restam rechaçadas as intervenções de agentes estatais que, sobre o pretexto de coibir a atividade

político-partidária, acabam por se imiscuir no conteúdo de aulas, palestras e cursos.

No campo administrativo, a autonomia universitária é ameaçada pela perspectiva de abandono das eleições acadêmicas para escolha dos dirigentes, como medida destinada a inserir reitores alinhados com os objetivos políticos do governo federal. Aqui, a manutenção do modelo democrático das eleições diretas e secretas é a maior salvaguarda da autonomia universitária definida constitucionalmente.

Na seara da gestão financeira e patrimonial, a ausência de repasse de recursos orçamentários tem provocado gravíssimo embaraço ao desenvolvimento das atividades universitárias, sendo imperiosa a adoção do modelo dos duodécimos orçamentários, que coibirão o desvio de finalidade na execução do orçamento. Em passado recente, tivemos o caso do Estado do Rio de Janeiro, que ficou vários meses sem repassar qualquer recurso para as suas universidades, condenando-as à paralisação. Na esfera federal, o atual quadro de contingenciamento arbitrário e com fins políticos para atingir universidades que não adiram às concepções ideológicas do governo constituem a principal ameaça às universidades públicas. Caberá, no âmbito de ações judiciais que já estão sendo ajuizadas, ao Poder Judiciário garantir a autonomia orçamentária das universidades públicas, por meio da adoção dos duodécimos orçamentários, a exemplo do que o legislador fluminense efetivou em passado recente.

Não se constrói o futuro de um país próspero sem investimento na educação e na ciência, tecnologia e inovação, searas em que o papel da universidade pública e seus professores, servidores e alunos é central. Assim, embora as universidades não sejam agentes de governo, mas do Estado, não têm o direito de se condenar ao isolamento, uma vez que os governos e as universidades públicas têm o compromisso com o futuro do nosso país, devendo ser aliados na busca pelo desenvolvimento científico, cultural, econômico e social. Melhor agem os governos que mantêm com as universidades uma relação de parceria institucional capaz de gerar projetos científicos, nos vários campos do conhecimento, que permitam à nossa sociedade trilhar o caminho do desenvolvimento nacional e regional. E melhor agem as universidades quando se abrem a essa parceria institucional. Dessa forma, é hora de superar a guerra cultural e, respeitando a autonomia universitária e a soberania popular que elegeu os nossos governantes, construir pontes entre a ciência e a política para tirar o nosso país da crise em que se encontra.

BORQUIGNON, François. *The Globalization of Inequality*. Trad. Thomas Scott-Railton. Nova Jersey: Princeton University Press, 2015.

CHANG, Ha-Joon. *Economia: modo de usar – um guia básico dos principais conceitos econômicos*. Trad. Isa Mara Lando e Rogério Galindo. São Paulo: Schwarcz, 2015.

DEATON, Angus. *The Great Escape: Health, Wealth, and the Origins of Inequality*. Nova Jersey: Princeton University Press, 2013.

NIEROTKA, Rosileia Lucia; TREVISOL, Joviles Vitório. Os jovens das camadas populares na universidade pública: acesso e permanência. *R. Katál.*, Florianópolis, v. 19, n. 1, p. 22-32, jan./jun. 2016.

MEADE, James E. *Efficiency, Equality and The Ownership Property*. Nova York: Routledge, 2012.

MILANOVIC, Branko. *Ter ou não ter: uma breve história da desigualdade*. Trad. Francisco Liz. Lisboa: Bertrand, 2012.

RANIERI, Nina. *A autonomia universitária: as universidades públicas e a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Imprensa Oficial, 2013.

SOUZA, Ana Lúcia (Org.). *A ideologia do Movimento Escola Sem Partido*. São Paulo: Ação Afirmativa, 2016.

STIGLITZ, Joseph. E. Of the 1%, by the 1%, for the 1%. *Vanity Fair News*, mai. 2011. Disponível em: <<http://www.vanityfair.com/news/2011/05/top-one-percent-201105>>. Acesso em: 20 mai. 2019.

UMA INTERLOCUÇÃO ENTRE O DIREITO E A PSICANÁLISE:
FAMÍLIAS MONOPARENTAIS PODEM PROPICIAR UMA CONVIVÊNCIA FAMILIAR E SEREM
ESTRUTURANTES PARA A FORMAÇÃO DO PSIQUISMO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES?

*AN INTERCONNECTION BETWEEN THE RIGHT AND PSYCHOANALYSIS:
MONOPARENT FAMILIES CAN ENCOURAGE FAMILY COEXISTENCE AND BE
STRUCTURING FOR THE FORMATION OF CHILDREN AND ADOLESCENT PSYCHISM?*

Gita Wladimirski Goldenberg;¹

Catarina Ramos².

Resumo: O ordenamento jurídico brasileiro tem passado por mudanças no que concerne à importância dada à afetividade. Se antes o Código Civil de 1916 dava ênfase às relações patrimoniais e ao casamento entre homem e mulher, o mesmo não se pode dizer do Código Civil de 2002. Isso é corroborado pelo Direito Civil-Constitucional e o efeito normativo dado aos princípios positivados pela Constituição de 1988, que versam sobre afetividade e igualdade. A psicanálise, por sua vez, exerce papel crucial nessa forma de interpretar o Direito, uma vez que tem estudos bem desenvolvidos sobre relações interpessoais e o convívio profundo e continuado. A interdisciplinaridade torna factível um conhecimento mais aprofundado de diversas áreas jurídicas e, em consequência disso, um resultado prático positivo para uma ciência que trata com pessoas e suas relações com a sociedade e o Estado. Após estudo aprofundado sobre o afeto e a sua relevância para o desenvolvimento e respeito da dignidade humana em famílias monoparentais – aquelas compostas por apenas um genitor e seus descendentes –, fica claro como esse diálogo com a psicanálise pode ajudar o Direito, conhecidamente conservador, a evoluir para superar paradigmas. Assim, é possível afirmar que as famílias monoparentais estão igualmente aptas a propiciar um ambiente saudável para o desenvolvimento do psiquismo da criança ou do adolescente, bem como podem proporcionar uma estrutura familiar capaz de observar os princípios da Constituição e do Estatuto da Criança e do Adolescente. Ante o exposto, fica claro que a interdisciplinaridade só traz benefícios para todas as áreas envolvidas.

¹ Prof.^a de Psicanálise e Direito da Faculdade de Direito da UERJ, lotada no Departamento de Direito Civil. Doutora em Psicologia pela FGV, psicanalista pela SPRJ (filiação à International Psychoanalytic Association). Psicanalista de crianças, adolescentes e adultos. Realiza dinâmica familiar e orientação das novas configurações familiares entre pais separados e a relação destes com os novos parceiros heteros e homoafetivos. Pesquisadora perita, assistente técnica e mediadora extrajudicial em Vara de Família e da Justiça de Infância e Juventude. Mediadora judicial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro pelo NUPEMEC – Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos. Atualmente coordenadora do curso de extensão “Direito e Psicanálise: com ênfase em casos judiciais complexos à luz dos novos paradigmas da Lei”, da Faculdade de Direito da UERJ.

² Pesquisadora com bolsa de Iniciação Científica da UERJ e graduanda da Faculdade de Direito da UERJ.

Palavras-chaves: Direito. Psicanálise. Famílias monoparentais. Interdisciplinaridade. Crianças e adolescentes.

Abstract: Brazilian's legal order has undergone many changes regarding the importance given to affectation. Brazilian's 1916 Civil Code emphasized the patrimonial and formal aspects of marriage between man and woman, but the same cannot be applied 2002 Civil Code. Such fact is corroborated by Civil-Constitutional Rights and by the normative effect of principles positivized by 1988 Constitution aiming equality and affectation. Since studies about interpersonal relationships and deep and continued living were developed, psychoanalysis leads to a new crucial contribution to interpret the Law. The interdisciplinary approach makes feasible a more thorough knowledge of several juridical areas. As a result, a positive and practical outcome for science that deals mostly with people and their relations with society and State. A more specific research on the affection and its relevance to the best development and respect for human dignity in monoparental families – those families constituted by only a parent and their descendants –, becomes clear how psychoanalysis is able to help the Law, notoriously conservative, overcome paradigms and pre-established concepts. Thus it became possible to assert that monoparental families are able to provide a healthy environment for the development of the child or adolescent's psyche. Similarly, they also provide a family structure able to follow the principles established by Brazilian Constitution and Statute of Children and Adolescents. As shown, it is evidenced that the interdisciplinary takes to benefits and progress for all involved areas.

Keywords: Law. Psychoanalysis. Monoparental families. Interdisciplinarity. Children and adolescents.

O presente artigo tem como objetivo estudar a importância da interdisciplinaridade entre o Direito e a Psicanálise nas famílias monoparentais. Nesse sentido, enfocaremos a importância da afetividade, bem como o princípio do melhor interesse da criança e a dignidade da pessoa humana. Foi realizado não somente um estudo teórico, mas também de campo, entrevistando profissionais de ambas as áreas, tanto juristas quanto psicanalistas.

Em termos jurídicos, enfocaremos principalmente a Constituição de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, e o Código Civil de 2002, assim como a doutrina defendida por juristas como Eduardo de Oliveira Leite e Maria Berenice Dias. No âmbito da Psicanálise, teceremos comentários da importância das primeiras relações afetivas “mãe-bebê” com ênfase na leitura de Winnicott, e da Lei simbólica segundo Lacan. De igual modo, enfatizaremos dois psicanalistas em especial, Lisette Weissmann e Nazir Hamad, que abordam com maior ênfase as famílias monoparentais.

A Constituição de 1988 ampliou o conceito de família, não estando mais restrito ao casamento, enfocando conforme explícito nos §§ 3 e 4 do artigo 226 a importância da união

estável e das famílias monoparentais. A Carta Magna abandona, portanto, uma visão institucionalizada, e ganha espaço como núcleo privilegiado para desenvolver a personalidade de seus membros.

O jurista Luís Roberto Barroso defendeu a equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis entre homem e mulher, em prol da superação do preconceito e o tratamento igualitário entre formas de afeto diferentes. Todas as novas entidades familiares merecem proteção do Estado, em uma relação tricotômica entre família, Estado e sociedade civil.

É de extrema importância ressaltar que, com o abandono de uma visão utilitária da ideia de família, antes considerada como unidade econômica e de reprodução, foi possível reconhecer o afeto como fundamental para o desenvolvimento saudável dos seres humanos, constituindo uma entidade familiar baseada na socioafetividade. Esse fato, que gera a substituição de uma estruturação matrimonializada e patriarcal por uma democratizada e igualitária, deu liberdade para o reconhecimento de novos arranjos familiares, que visem desenvolver a dignidade da pessoa humana.

O Código Civil de 2002, apesar de não prever expressamente o arranjo familiar monoparental, dá proteção a famílias desse tipo no caso de separação, em que só um dos pais cuida, em casos de viuvez, e quando um dos pais perde o poder familiar. Em seu artigo 1.631, inova ao determinar que o antigo poder pátrio, chamado agora de poder familiar, não será só do pai, instituindo também a igualdade entre homem e mulher em direitos e deveres, já contemplada na Constituição Federal, artigo 5º, I. Vale ressaltar que a evolução no reconhecimento da mulher incentiva a formação de famílias monoparentais.

Entendemos que o artigo 1.633 do Código Civil contempla uma forma de família monoparental, no caso de viuvez ou de abandono. Esse referido dispositivo pode ser interpretado como um vestígio do pensamento de formação desse arranjo familiar, presente no Código Civil de 1916, em que as famílias monoparentais ainda eram vistas com certo preconceito, como uma alternativa ao modelo tradicional. Com relação aos pais viúvos, pode-se afirmar que tal tipo de família monoparental é a mais antiga, pois era o único caso de monoparentalidade aceito pelo Direito, decorrente da eventualidade de morte de um dos cônjuges.

Vale enfatizar a possibilidade de formação de famílias monoparentais por inseminação, que pode ocorrer tanto *in vitro* quanto no corpo da mulher. O Código Civil aborda a inseminação no artigo 1.597, apesar de não regulamentar o seu exercício de forma

aprofundada, servindo apenas para reconhecer os filhos da inseminação. Esse fato também representa uma conquista na luta pela igualdade entre gêneros. O reconhecimento de igualdade não admite negar a uma mulher o uso de técnicas de procriação assistida somente pelo fato de ser solteira, podendo dessa maneira formar uma família monoparental.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90, representou um avanço jurídico quanto à questão da proteção integral da criança e do adolescente, e a relevância da convivência familiar. A referida lei prevê expressamente a importância da colocação em família substituta, em especial a adoção, em que deve ser levado em consideração não só o parentesco e afinidade, mas também a afetividade.

O advento do estatuto supracitado reafirmou integrar as relações monoparentais quando, em seu artigo 42, expressou a possibilidade de adoção independente de estado civil, ou seja, enfatizando que a pessoa solteira pode adotar e formar uma família, independentemente de ser homem ou mulher. Nesse sentido, houve uma grande evolução em relação ao código de menores anterior, que só aceitava adoção em famílias monoparentais em caso de viuvez.

O referido Estatuto apresenta seu texto baseado em princípios constitucionais, dando ênfase ao melhor interesse da criança e do adolescente, o que, portanto, reforça a ideia de que as famílias compostas por um ou mais filhos e um de seus pais pode atingir os objetivos previstos nesse princípio com plenitude. Este, formulado na Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (adotada pela ONU em 1989), adquiriu caráter de direito fundamental e serviu de base para a defesa de princípios basilares previstos na Constituição Federal de 1988, além de reger as relações no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Para ilustrar uma interpretação restritiva, vale mencionar o jurista Jorge Pereira da Silva que diz que a família monoparental não é aquela derivada da viuvez ou separação/divórcio, mas a que nasce monoparental, ou seja, com a criança registrada apenas no nome da mãe ou do pai. O jurista não enfatiza a questão de quem detém a guarda de fato e de direito, mas se restringe à questão registral da certidão, somente, e não aborda questões como afetividade, saúde e convivência familiar.

O conceito de família monoparental ainda não encontra uma unanimidade doutrinária. Em nosso entendimento, optamos por uma interpretação mais extensiva da letra da lei, ou seja, abrangendo mais formas de famílias. Dessa forma, estas poderiam ser formadas até

mesmo por um irmão mais velho cuidando do mais novo, ou de uma avó cuidando de seu neto, dentre outros.

Vários juristas, em posições mais progressistas, já consideram famílias monoparentais de forma mais abrangente, em especial Maria Berenice Dias, Eduardo de Oliveira Leite e Guilherme Calmon Nogueira da Gama.

De acordo com a jurista Maria Berenice Dias, as famílias monoparentais sempre sofreram algum preconceito no âmbito social e jurídico e, por isso, não tinham proteção do Estado por não terem a mesma composição das famílias ditas tradicionais. A referida desembargadora, porém, enfatiza a presença da importância do afeto nessas famílias. Por isso, adota uma interpretação extensiva na conceituação desse arranjo familiar, podendo ser qualquer pessoa que more junto e tenha a guarda, mesmo que não sejam parentes e ainda que não tenham vínculo de consanguinidade. Ela afirma:

A monoparentalidade tem origem na viuvez, quando da morte de um dos genitores, ou na separação ou no divórcio dos pais. A adoção por pessoa solteira também faz surgir um vínculo monoparental. A inseminação artificial por mulher solteira, ou a fecundação homóloga após a morte do marido são outros exemplos. A entidade familiar chefiada por algum parente que não um dos genitores, igualmente, constitui vínculo monoparental. Mesmo as estruturas de convívio, constituídas por quem não seja parente, mas que tenha crianças ou adolescentes sob sua guarda, podem receber a mesma denominação. Basta haver diferença de gerações entre um de seus membros e os demais e que não haja relacionamento de ordem sexual entre eles para se ter configurada uma família monoparental[...]

O jurista Eduardo de Oliveira Leite também ressalta que a família monoparental sempre existiu, porém era marginalizada. A discriminação com novos arranjos familiares ainda é grande, mas vem diminuindo gradativamente.

Um fator que contribuiu para a diminuição da discriminação com as famílias monoparentais seria o princípio da igualdade entre gêneros, previsto no artigo 5º da CF/88. Assim, independente dessas famílias serem compostas por pai solteiro e seus descendentes ou mãe solteira e seus descendentes, não deve haver estigmatização ou preconceito, visto que ambos têm os mesmos direitos perante a lei.

O referido jurista também disserta sobre a importância da interdisciplinaridade para o estudo de casos e o respeito ao melhor interesse da criança:

Para evitar qualquer tendenciosidade, melhor é o juiz recorrer à “equipe interprofissional”, como prevê o texto do Estatuto da Criança e do Adolescente [artigo 151], de modo de que apresenta de outros especialistas (psicólogos,

psiquiatras, médicos etc.) lhe dê toda a segurança na determinação do interesse do menor, ou, no mínimo, de modo a que possa determinar qual das soluções jurídicas é a menos ruim ao desenvolvimento normal da criança.

Guilherme Calmon, por sua vez, ressalta a importância da convivência familiar, que consiste em um direito constitucional. Também valoriza a pluralidade de famílias e entidades familiares, englobando assim as monoparentais. O jurista, inclusive, cita Maria Berenice para corroborar a defesa do emprego da afetividade como elemento estrutural das relações interpessoais:

A monoparentalidade, tal como reconhecida no texto constitucional, pode decorrer não apenas da vontade unilateral da pessoa no sentido de assumir sozinha a paternidade ou a maternidade de seu filho, mas também pode resultar de circunstâncias alheias à vontade humana, como nos casos de morte, de separação de fato ou judicial, de divórcio. [...]

Dentro do contexto da família monoparental, o direito à convivência familiar, expressamente reconhecido no texto constitucional em favor da criança e do adolescente, é exercitável contra o próprio genitor, em primeiro plano, e a sociedade e o Estado, subsidiariamente, observando sempre o melhor interesse do titular da posição jurídica ativa, ou seja, a criança ou o adolescente.

A maioria dos juristas com uma visão progressista sobre famílias monoparentais, que vai ao encontro do nosso entendimento, conceituam-nas como aquelas constituídas por pais viúvos, pais solteiros que criam seus próprios filhos biológicos ou adotados, mulheres que utilizam de técnicas de inseminação artificial e, por fim, pais separados ou divorciados, sejam eles hétero ou homoafetivos.

As famílias monoparentais não são formadas apenas por mulheres, mas também pelos homens. Tem havido um aumento do número de homens solteiros constituindo famílias monoparentais, o que antes era característica conferida praticamente só à mulher. Atualmente, na Justiça, é comum ver homens pleiteando a guarda dos filhos, por verdadeiramente desejá-la, enquanto há muitos casos em que mulheres buscam a guarda por interesses patrimoniais. Dessa forma, vale dizer que as relações monoparentais não estão restritas apenas à mulher, mas também aos homens.

Gita Goldenberg (2012), em sua experiência como perita e se utilizando de seus conhecimentos psicanalíticos, diz que na maior parte das vezes quando um pai luta pela guarda de um filho não é com interesse patrimonial, como acontece com muitas mulheres, mas sim por um desejo de ter uma convivência familiar maior com seu próprio filho. A título de ilustração descreve que, em uma de suas perícias, um pai pleiteava a guarda de duas filhas

e a mãe delas queria a guarda, porque o pai tinha boas condições financeiras para dar-lhe pensão alimentícia. A mãe demonstrou que aparentemente tinha uma relação afetiva com as filhas no início da perícia, e que não podia ficar longe delas, chegando inclusive a chorar. Porém, depois de vários encontros ficou mais visível que a mulher estava com interesses econômicos, pois em seu casamento anterior, com um marido com pouco poder aquisitivo, ela não teve interesse algum pela guarda desses filhos e tampouco os visitava. Esse fato foi comprovado após uma análise clínica com esses filhos, dois rapazes, e seu ex-marido.

O pai tinha boas condições patrimoniais, não apenas para dar uma boa pensão alimentícia para as filhas, mas para a mãe delas também. Além disso, demonstrou melhores condições afetivas para cuidar de suas filhas, pois este mostrava preocupação com as necessidades básicas delas, como alimento, vestimenta e lazer, tratando todas com igualdade. É importante explicitar que esse genitor teve uma filha fruto de um relacionamento esporádico anterior ao seu casamento atual, mas ele a convidava a participar do convívio familiar com suas filhas ditas legítimas. O pai obteve a guarda jurídica, por ter demonstrado uma preocupação maior com as necessidades e desejos dos filhos, ao contrário da mãe, que não se preocupava nem sequer em proporcionar lazer tampouco em construir uma relação afetiva com suas filhas. No final da perícia, ficou perceptível que a mãe não tinha interesse afetivo nos filhos, mas sim no patrimônio do pai das crianças. Nesse sentido, esse caso demonstra que uma família monoparental formada por um homem poderá proporcionar afetividade e convivência familiar aos seus filhos.

Em termos psicanalíticos, enfatizamos que a família monoparental poderá proporcionar afeto e contribuir para a formação do psiquismo de seu filho, desde o momento em que possa exercer a função paterna e materna.

Esta, segundo a psicanálise, corresponde a, respectivamente, dar carinho e limites à criança. A função paterna é importante para a criança perceber a existência de uma relação triangular. Para entendermos melhor esse conceito de terceiro, ou seja, a lei simbólica, é necessário que a pessoa vivencie a relação edípica, que o possibilitará a desenvolver sua própria singularidade e seus próprios desejos. Nesse sentido, Gita Goldenberg afirma:

Para compreender o acesso à ordem simbólica, é preciso retomar com Lacan o tema freudiano do Édipo. O estágio do espelho, com a relação da indistinção da criança para com a mãe, era o primeiro tempo da relação edípica; a criança se identificava à mãe, isto é, ao falo. Após, em um segundo tempo, o pai intervém com um desmacha prazeres, privando, assim,

a criança dessa identificação com a mãe, e obsta a mãe de um Falo, que a mãe se vê proibida de resgatar para si a criança. [...]

A terceira etapa dessa fase consiste na identificação da criança com o pai, isto é, como um terceiro. É aqui que precisamente se opera para a criança seu ingresso na ordem simbólica, na ordem da linguagem. Com efeito, o papel principal do pai não é o da relação vivida, nem o de procriação, mas sim o da palavra que significa lei. É nome de pai (*nom du père*) registrar a qual se deve reconhecer o suporte da lei simbólica.

Essa lei simbólica pode ser introduzida pela própria palavra da mãe ou quem cuida, ao dar um limite à essa relação, para que seja possível desenvolver a castração, tendo um desenvolvimento psíquico mais completo. O pai e a mãe solteiros só poderão passar o terceiro para seu filho se eles passaram nas suas próprias infâncias a castração, ou seja, a separação de seus próprios pais e a noção de que o filho não é o complemento de seus pais e que existe uma falta dentro dele. Dessa forma, a criança renunciará os seus primeiros objetos de amor, ou seja, seus desejos incestuosos, que colaborará para estabelecer relações afetivas futuras mais independentes dos seus laços primitivos com seus pais.

Dessa forma, as famílias monoparentais podem exercer a função paterna e materna sem a necessidade da presença do casal, visto que apenas um genitor pode exercer ambas as funções e proporcionar um bom ambiente. Esse ambiente saudável, inclusive, é de grande relevância para o pensamento do psicanalista Donald Winnicott, frisando como esse elemento pode favorecer o crescimento psíquico da criança.

Destacaremos principalmente o pensamento e a experiência na clínica de dois psicanalistas em relação a famílias monoparentais, sendo estes Nazir Hamad e Lisette Weissmann.

A verdadeira monoparentalidade, segundo o psicanalista Nazir Hamad, não é aquela em que a mãe ou o pai cuida sozinho, mas a que não vivenciou a sua própria separação intrapsíquica com seus pais. Dessa forma, o genitor deseja ser o complemento de seu próprio filho e não admite que ele fique independente e tenha sua própria vida. Quer ser tudo para o filho, e que este seja tudo para ele. Nazir Hamad, no livro *A criança adotiva e suas famílias*, afirma:

A monoparentalidade, a verdadeira, remete à estrutura psíquica do adulto que exclui, em seu cálculo, o outro sexo antes de ser uma questão de homem ou de mulher sozinho(a) com seu filho. Esse foi o caso de uma moça candidata à adoção que nunca tinha conhecido nenhum homem e que não se via vivendo com um homem. Desconfiada em relação aos machos, ela passeava com um saco de pimenta em pó como arma de dissuasão destinada a desencorajar os violadores potenciais. Era um saco que sua mãe lhe havia

dado na oportunidade de uma viagem à Inglaterra, quando ela era jovem e do qual ela nunca mais havia se separado. Ela compartilhava com sua mãe o ódio por seu pai, particularmente, e pelos homens em geral. Ela queria um filho, mas não um homem: sobretudo não queria repetir o erro de sua mãe de ter um homem e ser infeliz até o fim de sua vida.

Segundo o nosso entendimento, a situação descrita por Nazir Hamad, em que a Lei simbólica não é introduzida, poderá ocorrer não apenas em famílias monoparentais, mas também em convencionais tais como casados ou em união estável. Dessa maneira, o ponto importante do psicanalista supracitado é justamente o fato de ter a necessidade de um terceiro introjetado no genitor que exercer a função paterna, não necessariamente pai ou mãe biológicos ou físicos.

A título de ilustração, vale citar um caso concreto de monoparentalidade em que Gita Goldenberg funcionou como assistente técnica no Escritório Modelo da UERJ, de uma moça de 31 anos que queria a adoção de uma adolescente de 14 anos em que o terceiro foi introduzido de forma precária na relação. E ela, virgem, homoafetiva, teve uma relação muito simbiótica com a sua mãe. A mãe dela denegriu a imagem do marido e devido ao fato dessa moça possuir uma simbiose com a mãe, acabava denegrindo também a imagem do pai e de homens em geral. Então, esse pai mesmo sendo presente fisicamente, existia de forma precária nessa moça.

A pretendida adotante, com 31 anos, não procurava uma companheira e também não queria que a adolescente namorasse, não fosse a praia sozinha, mas que vivesse em função dela, não vivendo bem sua própria castração. Ou seja, ela estava reproduzindo a relação que teve com sua mãe, e desejando colocar sua filha adotiva não no lugar de filha. Entendemos que nesse caso que o problema da jovem não é ser hétero ou homoafetiva, mas sim o fato de colocar a adolescente que pretendia adotar para ocupar o lugar de filha e cônjuge, a nível inconsciente. Assim, seria mais saudável que a adotante tivesse suas próprias relações afetivas amorosas com outra pessoa, seja de sexo masculino ou feminino, para melhores condições psíquicas proporcionais para sua filha adotiva.

Lisette Weismann, psicanalista, tem experiência como terapeuta com famílias monoparentais compostas por mulheres de baixa renda. Segundo a referida psicanalista, os problemas que se encontram em famílias monoparentais podem ser encontrados em família convencionais, ou seja, formadas por mãe, pai e filho. A autora enfatiza que a existência de conflitos muito profundos das famílias monoparentais com seus filhos ocorre quando estas

mantêm um vínculo ainda muito forte com sua família de origem. Ou seja, ainda mantêm uma ligação muito grande com seus pais introjetados primitivamente por terem vivenciado falhas nessas relações primitivas. Assim, fica difícil ser mãe e pai, quando esses ainda querem ser cuidados como filhos. Lisette Weissman afirma:

Poderíamos concluir que, fundamentalmente, a queixa que as famílias monoparentais trazem à consulta denotaria uma falha à função paterna, função que dá à alteridade, ao alheio, ao ajeno. Uma função que indica um além à figura da mãe e dos filhos, interditando-os e estabelecendo uma terceiridade. A função paterna não surge nem se relaciona necessariamente com a presença de um pai, e sim com um exercício que impõe uma ordem sobre todos os membros da família e que pode ser colocada tanto por membros da família quanto pelas redes sociais.

A título de ilustração, Lisette Weissman dá o exemplo de muitas famílias monoparentais com filhos que furtam fora de casa. Possivelmente esse furto, em termos psíquicos, seria a busca de um limite que eles não vivenciaram na relação com suas próprias mães. Mães que buscam no filho o seu complemento, colocando o mesmo no lugar de cônjuge e filho, a nível inconsciente, que apresentam dificuldades de manter uma relação afetiva com outras pessoas. Por isso, essas mães têm dificuldade de se separar de seu próprio filho.

No nosso entendimento, o estudo de Lisette Weissmann na clínica com famílias monoparentais demonstra a importância de essas famílias resgatarem a lei simbólica no tratamento psicanalítico. Diversamente, de famílias que buscam o Judiciário como uma lei que colocaria uma organização interna entre seus membros. Nesse sentido, entendemos que as famílias monoparentais que vivenciaram uma relação edípica precária podem com a terapia psicanalítica abrir muito mais possibilidade de resgatar esses vínculos melhor do que no Judiciário. Por isso, teria um aspecto mais saudável de querer entender o que está acontecendo internamente. Essas mulheres estariam entrando em contato com o fato de elas também serem responsáveis pelos problemas dos filhos, não achando que o juiz teria poder de resolver problemas tão subjetivos da estruturação do psiquismo humano.

A título de ilustração, citaremos fragmentos de duas entrevistas mais significativas realizadas com uma juíza e uma psicanalista sobre crianças e adolescentes e suas famílias monoparentais.

Primeiramente, mencionaremos trechos relevantes da entrevista realizada com a juíza Andrea Pachá. Em seu pensamento, a família monoparental é uma outra forma de família que deve receber proteção do Estado.

Pela sua experiência pessoal e pelos juízes com quem convive, ela observa que o melhor interesse da criança é sempre levado em consideração. Pode ser observado tanto em uma família monoparental, seja ela hétero ou homoafetiva, quanto em uma família convencional, desde que haja o afeto, que é um elemento fundamental para avaliar o melhor interesse da criança.

O reconhecimento de uma família monoparental vale inclusive para efeitos de proteção desse núcleo familiar, como, por exemplo, o fato de o bem patrimonial da moradia ser impenhorável. Essa proteção representa um avanço jurídico, pois anteriormente o patrimônio só era protegido em famílias formadas pelo casamento ou pela união estável. Então, para a Juíza Andrea Pachá, se a pessoa vive sozinha e tem a integralidade do poder familiar, é reconhecida a família monoparental para fins de proteção. Ela também sustenta que não há diferença entre famílias monoparentais e as ditas convencionais no sentido de promover igualmente o desenvolvimento da criança e que, caso haja falhas, estas são comuns em qualquer arranjo familiar. Ela considera que qualquer que seja a configuração familiar é melhor do que colocar uma criança ou um adolescente em um abrigo. Ademais, a juíza valoriza a interdisciplinaridade e a utiliza para estudo de casos concretos de famílias monoparentais.

Para ilustrar seu pensamento, cita um caso que ocorreu com uma família tradicional de pai, mãe e filho. Aos nove anos da criança, o pai de criação descobriu que não era o biológico e entrou com uma ação negatória de paternidade. Ele saiu de casa e nunca mais quis ver o menino. Nesse sentido, apesar de a criança reconhecer o pai de criação como pai afetivo, foi difícil manter a paternidade socioafetiva em termos jurídicos. Durante a audiência, era possível perceber a irritação do pai quanto ao pai biológico do menino. Foi descoberto, então, que o avô paterno era o pai da criança. A mãe dessa criança teve um relacionamento com o referido avô (pai do marido dela). Quando ela quis terminar o relacionamento, o avô ameaçou contar para o marido que o filho dela era fruto do relacionamento dos dois. Diante disso, a mãe revelou para seu marido a verdadeira origem biológica de seu filho, para não ser chantageada.

Segundo a juíza, não tinha como insistir na tese da paternidade socioafetiva nesse caso, embora a criança seja uma pessoa em desenvolvimento. Ela diz ter um certo conflito sobre se ela daria a paternidade jurídica para o avô ou se optaria da constituição de uma relação monoparental da mãe com seu filho. A Juíza solicitou um estudo de caso para a equipe técnica de psicólogos, que fizeram uma análise científica sobre a importância da participação do pai biológico, e não a exclusão do mesmo. O setor de psicologia do Fórum falou da importância do pai biológico, mas a juíza tem seu livre convencimento e não levou em consideração o estudo do caso concreto feito pelos psicólogos, mantendo o filho só no nome da mãe. Na opinião de Andre Pachá, a criança só deveria saber a verdade quando completasse dezoito anos, mas esse não era um problema a ser resolvido na Justiça. Nesse sentido, a opção da juíza foi exarar uma sentença judicial de monoparentalidade, ou seja, o menino ficou registrado somente com o nome da mãe, e criado somente por ela. A juíza não foi contra o pai afetivo. Este, porém, não quis mais cuidar da criança.

Na nossa reflexão, a juíza considerou a família monoparental mais importante que a convencional, devido às relações incestuosas, mas é importante ressaltar que segundo o estatuto da Criança e do Adolescente no seu artigo 20 e da Constituição Federal no artigo 227, §6º, não deve haver discriminação em relação aos filhos, independente de que relações eles são provenientes. Seria mais saudável para essa criança que o pai afetivo não tivesse entrado com uma ação negatória de paternidade, visto que já tinha um bom vínculo com o mesmo. Entendemos que o filho não tem culpa da opção da mãe de ter mantido uma relação sexual com o avô paterno, que na verdade era o pai biológico da criança. Outro ponto relevante é que em termos psicológicos não se deve negar para a criança a sua verdadeira origem, independentemente da sua idade.

Pareceu-nos que, nesse caso, a Juíza valoriza a monoparentalidade, possivelmente por não admitir uma relação incestuosa da mãe com o suposto avô. Dado esse fato, ela excluiu a possibilidade do filho ter o pai no seu registro e a possibilidade de escolha dele saber quem é seu pai.

Outro caso de família monoparental relatado pela juíza Andrea Pachá foi de uma moça que entrou com uma ação de investigação de paternidade. Ela viveu em uma família monoparental até os 24 anos, não tinha o pai no registro e foi criada pela mãe, que nunca revelou quem ele era. Eles tiveram um relacionamento durante a faculdade e ela não contou a ele sobre a gravidez. A mãe preferiu criar a filha sozinha a contar ao namorado que teve

um filho fruto desse relacionamento. Durante esse tempo, a jovem viveu só com a mãe, depois começou uma busca pelo pai, o encontrou em uma rede social e logo entrou com uma ação de investigação de paternidade. A mãe só descobriu que ela tinha entrado com uma ação depois de ajuizado o processo. Houve uma perícia e foi feito o exame de DNA, comprovando de direito a paternidade. Eles conviveram, tiveram um relacionamento eventual, e apenas não mantiveram um vínculo afetivo maior porque ele morava em outro estado. O pai reconheceu a paternidade sem nenhuma resistência. Permaneceu muito magoado e se sentiu privado de saber da existência de sua filha e da convivência com a mesma durante 24 anos. Atualmente, esse pai é casado e tem outros filhos, mas mesmo assim ele sentiu ter sofrido um dano psíquico por não saber da existência da outra filha.

Uma reflexão nossa é a importância de contar sempre a verdadeira história da família para a criança, evitando que a história dela se torne um mito e que possa trazer sequelas futuras de viver em uma entidade familiar em que sua verdadeira história é omitida, como no exemplo supracitado. Ao não contar sobre a ação de investigação, a filha demonstra que o assunto do pai deveria ser evitado na casa delas. Os pais são muito importantes para a formação do psiquismo de seu filho, e a criança deve saber de sua verdadeira origem, mesmo que não tenha contato com o outro genitor.

A história de vida da criança, segundo Françoise Dolto e nosso entendimento, é de extrema importância para seu desenvolvimento mental e psíquico. Pareceu-nos também que a mãe procurava excluir o terceiro da relação, o que é prejudicial para a formação do psiquismo de sua filha.

Outra entrevista realizada foi com a psicanalista Lidia Levy, que defende a família monoparental, que seria quando a criança vive com apenas um dos pais responsáveis. Além disso, é importante ter uma rede de apoio que proporcione um acolhimento. Ela realiza uma crítica a Nazir Hamad no sentido de ele usar um vocábulo próprio do Direito, que já foi estigmatizado como incompleto em relação a famílias que têm a presença do pai e da mãe fruto de casamento ou união estável. O referido vocábulo monoparentalidade seria usado para se referir a uma situação em que possivelmente essas famílias fossem ter menos condições de oferecer uma estrutura saudável para a formação do psiquismo de seu filho. Assim, o uso do termo “monoparental” para se referir a uma família que não tenha introduzido a Lei simbólica pode contribuir para a discriminação desse arranjo familiar, uma realidade que vem sendo revertida continuamente.

A referida psicanalista também valoriza a interdisciplinaridade, em especial o psicólogo com formação psicanalítica para analisar o melhor para a criança ou adolescente que vivem em uma família monoparental. Como explicitado no texto “Quero falar com o Dr. Siro”, de sua autoria, defende que a ausência ou a fraqueza da figura paterna faz com que essa família procure no Poder Judiciário, através do controle formal do Estado, a Lei simbólica que não foi introduzida no ambiente familiar. Essa função de dar limites, que não precisa ser necessariamente exercida pelo pai biológico ou de criação, deve estar presente no convívio da criança, para que ela possa passar pela castração, introjetar a lei interna e ter um bom desenvolvimento psíquico. Alguns pais que apresentam dificuldades de cuidar dos problemas emocionais dos filhos procuram o Judiciário para saber como lidar no caso de um filho rebelde ou inexpressivo, algo que nitidamente não se enquadra como uma competência de tal órgão.

Além disso, há uma dificuldade dos próprios pais de se reconhecerem como responsáveis e colaboradores dos problemas do seu filho que, ao invés de procurar um psicanalista para ajudá-los, preferem muitas vezes buscar um juiz, pois essa é uma forma de se eximir de qualquer culpa. Ela entende que o psicanalista poderia contribuir para os pais perceberem melhor a sua participação nos problemas com o seu filho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal fez um grande avanço ao reconhecer expressamente o arranjo familiar monoparental, junto com a defesa de direitos da família e da criança. Dessa forma, é possível notar um progresso considerável não apenas no que tange à conquista de proteção constitucional como no que diz respeito à expansão do modelo familiar tradicional.

O Código Civil de 2002 não inovou muito no que diz respeito ao reconhecimento das famílias monoparentais. Sem nenhuma citação explícita, como na Constituição Federal, ele se restringe apenas a proteger casos em que esses arranjos são feitos, como na separação unilateral e na viuvez.

O Estatuto da Criança e do Adolescente também demonstrou uma evolução jurídica quanto à família monoparental ao dizer expressamente da possibilidade de uma pessoa adotar independentemente do estado civil.

Consideramos que o conceito de família monoparental deve ser interpretado de forma ampla, pois engloba vários arranjos familiares, considerados como mais relevantes, tais como viuvez, adoção ou inseminação por pessoas solteiras, separação do casal em que somente um dos genitores fica responsável pela educação da criança, dentre outros.

Pensamos que uma criança poderá apresentar um desenvolvimento saudável seja em uma família decorrente de casamento, união estável (hétero ou homo), adoção, viuvez ou monoparentalidade em geral. A estrutura psíquica da criança não está vinculada à construção formal da família, mas sim à saúde mental dos genitores ou do genitor que exercer a função paterna e materna. Nesse sentido, uma pessoa solteira pode exercer ambas as funções, enquanto um casal nem sempre consegue realizá-las.

A rede de apoio, quando se trata de uma família monoparental, no nosso entendimento, poderá dar um suporte ao genitor que cuida sozinho do seu filho. É importante principalmente a rede de apoio não somente para a criança, mas principalmente para o genitor. Nós entendemos que ela pode ser constituída por avós, tios, amigos, uma creche com atendimento que valorize as relações afetivas, empregadas ou babás. Assim, pode oferecer um suporte emocional maior para que as famílias monoparentais não sintam-se sobrecarregadas emocionalmente, pois têm alguém para compartilhar e dar suporte emocional para eles, bem como ajudá-los nos cuidados físicos e afetivos como trocar fraldas, dar banho, dar colo e comida, principalmente quando trata-se de bebês, porque requerem cuidados constantes, personalizados e contínuos.

Quando uma família, seja monoparental ou não, busca adotar um filho, é levado em consideração pela equipe interdisciplinar se essa pessoa elaborou o luto da perda. Pensamos que, quando uma família perde um filho, é importante elaborar o luto da perda da referida criança. É levado em consideração pela equipe interdisciplinar em uma família, seja monoparental ou não, a capacidade da mesma de elaboração do luto. Se não houver, e desejarem ter outro filho, seja por adoção, por inseminação artificial ou fruto de uma relação sexual, este poderá ocupar o lugar no imaginário do psiquismo do genitor de uma criança morta. Dessa forma, o filho poderá nascer mais para satisfazer uma necessidade das famílias de não entrar em contato com sua própria perda, ao invés de terem um desejo de uma nova maternidade.

Muitas famílias monoparentais que não têm a lei simbólica internalizada, em qualquer arranjo familiar, muitas vezes buscam então ajuda na justiça ou em um tratamento

psicanalítico. Quando isso ocorre, procura-se que o juiz represente a autoridade de pai, isso significa que não há algum tipo de ordenação que indique os lugares de cada um na genealogia da família. Então na medida em que isso vai se perdendo, às vezes, chama-se a Justiça para que ela funcione como um organizador do simbólico. Que ela o traga para aquela família, nem que seja com uma sentença dizendo que não se pode fazer isso ou aquilo. Aquilo está dando uma organização que, de alguma maneira, foi perdida. Entendemos que quando uma família monoparental busca apoio no tratamento psicanalítico, terá melhores condições de resgatar a falta da lei simbólica, porque há uma possibilidade real de resgatar a nível interno. Diferente do Judiciário, que muitas vezes é como uma ilusão de resgate desse vínculo.

Concluimos através de um longo estudo interdisciplinar, à luz do Direito e da Psicanálise, que as famílias monoparentais propiciam uma convivência familiar e que podem ser estruturantes para a formação do psiquismo de crianças e adolescentes.

REFERÊNCIAS

WEISSMANN, Lisette. *Famílias monoparentais: um olhar da teoria das relações vinculares*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2009.

GOLDENBERG, Gita. *Direito e Psicanálise: visão interdisciplinar com ênfase em casos judiciais complexos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/08*. São Paulo: Atlas, 2008.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Famílias monoparentais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1999.

HAMAD, Nazir. *A criança adotiva e suas famílias*. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2002.

PALMA, Rúbia. *Famílias monoparentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

WINNICOTT, D. W. *A família e o desenvolvimento individual*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

DOLTO, Françoise. *Dialogando sobre crianças e adolescentes, com a colaboração de Jean-Françoise de Sauverzac*. Tradução Maria Nuryrmar Brandão Benetti. Campinas: Papyrus, 1989.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A sexualidade vista pelos tribunais*. 2. ed. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

A JURISPRUDÊNCIA SOBRE OS “ROLEZINHOS” E A CRISE DA DICOTOMIA PÚBLICO-PRIVADO

THE JURISPRUDENCE ABOUT “LITTLE STROLLS” AND THE CRISIS OF DICHOTOMY PUBLIC-PRIVATE

Dalisa Caroline de Assis Aniceto;¹

Murilo Gaspardo.²

Resumo: O presente artigo – a partir da análise da fundamentação de decisões liminares em primeira instância e de agravos de instrumento julgados pelos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro sobre os casos dos “rolezinhos” – procura verificar se seria possível notar uma abertura da jurisprudência para categorias jurídicas mais complexas ou se poderia ser utilizada como suporte a dicotomia público-privado, cujo potencial explicativo e a adequação para operação do direito são objetos de fortes questionamentos em um contexto caracterizado por crescente complexidade social e profundas transformações no Estado e na normatividade jurídica.

Palavras-chave: Rolezinhos. Jurisprudência. Espaço público. Espaço privado.

Abstract: This paper – based on an analysis of the reasons of preliminary decisions in the first instance and appeals of instrument judged by the Courts of the States of São Paulo and Rio de Janeiro about the cases of “little strolls” – seeks to verify whether it is possible to note an opening of the jurisprudence for more complex legal categories or if it use by support the public-private dichotomy, whose explanatory potential and suitability for operation of the law are objects of intense questioning in a context characterized by increasing social complexity and profound changes in the state and legal normativity.

Keywords: Little strolls. Jurisprudence. Public space. Private space.

1 INTRODUÇÃO

¹ Graduanda em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais (FCHS) da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP) – Campus de Franca – SP

² Doutor em Direito do Estado (2013), Mestre em Direito do Estado (2009) e Bacharel em Direito (2005) pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor Assistente Doutor do Curso de Graduação em Direito e do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais (FCHS) da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP) – Campus de Franca – SP.

A dogmática jurídica, com o propósito de conferir mais certeza, segurança e previsibilidade à decidibilidade dos conflitos, utiliza instrumentos para a classificação das normas e sistemas normativos, dentre as quais se destaca a grande dicotomia direito público-direito privado, a qual, desde suas origens, corresponde à divisão da organização da sociedade em esfera pública e esfera privada (FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 130 e ss.). O enquadramento de uma norma como pertencente ao campo do direito público ou ao do direito privado permite, por exemplo, a definição de quais princípios devem ser aplicados em sua interpretação e na resolução dos conflitos que a elas se submetem, como, respectivamente, a prevalência do interesse público e a autonomia privada. Da mesma forma, a definição de determinado espaço como público ou privado possibilita que se saiba quais os princípios e qual o regime jurídico aplicáveis às ações desenvolvidas em determinado local. Pode-se, assim, prever que, na hipótese de judicialização de um conflito ocorrido em um local privado, a decisão do magistrado deverá ser orientada por princípios como os de proteção da propriedade privada e da intimidade. Por sua vez, em se tratando de um local público, tendem a prevalecer princípios como os de transparência, liberdade de manifestação e reunião.

Ao longo do século XX, mas, sobretudo, a partir do início do século XXI, a dicotomia público – privado perdeu força explicativa. A sociedade se torna cada vez mais complexa, com a multiplicação de grupos, interesses, padrões culturais, regras morais e tipos de conflitos. O Estado também passa por profundas transformações, tanto em decorrência do crescimento de sua intervenção em setores tradicionalmente considerados privados quanto da revisão da compreensão da soberania estatal diante da globalização econômica e cultural. Por sua vez, as normas jurídicas produzidas para tentar responder a tal situação também se tornam cada vez mais complexas, diversificadas em suas formas e conteúdos e, inclusive, plurais em suas fontes, com o monismo jurídico, elemento essencial na construção do Estado moderno, sendo confrontado por uma realidade de pluralismo jurídico³. Ora, neste contexto, torna-se cada vez mais difícil compreender a normatividade jurídica bem como a organização do espaço a partir das categorias público-privado. Por outro lado, tal dicotomia, considerando-se sua força operacional, ou seja, sua capacidade de conferir segurança, certeza e previsibilidade para a operação do direito, continua a ser empregada por seus operadores em geral e, especialmente, pelo Poder Judiciário, para orientar suas decisões.

³ O pluralismo jurídico pode ser definido como a “existência de distintas ordens jurídicas autônomas num mesmo espaço geopolítico, inter cruzando-se e interpenetrando-se de modo constante” (FARIA, 2002, p. 15).

Entretanto, casos como o dos “rolezinhos” são bastante ilustrativos da dificuldade de se conferir adequado tratamento jurídico a certos tipos de conflitos contemporâneos, tomando-se como referência as dicotomias direito público-direito privado e espaço público-espço privado. Cabe, pois, indagar se as dificuldades de aplicação das referidas categorias limitam-se à explicação dos fenômenos jurídicos e sociais ou também atingem o próprio processo de aplicação do direito. Ou seja, de maneira mais concreta, ocorrendo a judicialização de um conflito social, como no caso dos “rolezinhos”, mediante a provocação do Poder Judiciário por administradores de shoppings centers, ao se manifestarem sobre o impedimento ou não de sua realização, as decisões dos magistrados devem ser orientadas pela definição de tais espaços como públicos ou privados? Ou então, inserido-se o referido caso em um contexto mais amplo de questionamento das categorias jurídicas tradicionais, seria necessário repensar a relação público-privado, desprender-se dos modelos consagrados e buscar-se-á “uma terceira margem jurídico-política” para orientar a aplicação do direito?

Este trabalho pretende contribuir com tal debate por meio de uma análise da fundamentação das decisões liminares em primeira instância e de agravos de instrumento julgados pelos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro sobre os casos dos “rolezinhos”, procurando verificar se elas têm como suporte a dicotomia espaço público-espço privado, ou então, se seria possível perceber a indicação da abertura da jurisprudência para categorias mais complexas, ou a uma “terceira margem jurídica”.

Para tanto, preliminarmente serão traçadas algumas considerações sobre os “rolezinhos” enquanto fenômeno social, a fim de, em primeiro lugar, estabelecer um diálogo entre as dimensões jurídica e social de sua compreensão e se ter mais clareza sobre a maneira como a dinâmica social interfere na operação do direito. Em segundo lugar, o levantamento de informações sobre os locais em que ocorreram os “rolezinhos” serviu como critério para a definição do campo investigado no que se refere à coleta das decisões judiciais. Em seguida, faremos uma revisão das origens e da evolução histórica, com destaque para a utilidade e os limites das dicotomias espaço público-espço privado e, de maneira correlata, direito público-direito privado, o que fornecerá o substrato teórico para a análise jurisprudencial que constitui o núcleo do trabalho. Por fim, desenvolveremos a análise das decisões judiciais a partir da perspectiva do problema proposto para esta investigação.

2 BREVE HISTÓRICO SOBRE O FENÔMENO DOS “ROLEZINHOS”

O movimento “rolezinho”, encontro marcado pela internet, redes sociais mais especificamente, em que os jovens se reúnem para ouvirem *funk* ostentação – variante do ritmo que exalta o consumo e as roupas de grife –, teve a sua primeira versão ocorrida no *Shopping Metrô Itaquera*, em São Paulo, no dia sete de dezembro de 2013, com a presença de seis mil jovens, com idade entre catorze e dezessete anos em sua maioria. Tais jovens caracterizam esse momento como uma forma de diversão, a realização de uma espécie de festa em local público, na qual pretendem encontrar pessoas com as quais só tinham contato pela internet ou conhecer pessoas novas (PEDROSA, 2014).

Toda a organização do movimento depende da internet: em geral, um garoto cria um evento em uma rede social (*Facebook*) e os jovens combinam data e horário para irem ao *shopping*. Convidam-se jovens famosos do bairro para participarem do encontro – meninas e meninos cujos perfis na rede social têm até dezenas de milhares de seguidores, e que são chamados de “ídolos” (RIBEIRO, 2014).

O episódio do *Shopping Metrô Itaquera*, por exemplo, iniciou-se no estacionamento do estabelecimento comercial, onde os jovens ouviam *funk* ostentação, namoravam e se divertiam. Os seguranças do *shopping* tentaram dispersar os jovens, e esses se dirigiram para o interior do estabelecimento, o que acabou resultando em tumulto. O grande fluxo de jovens fez com que as pessoas que já se encontravam no interior do prédio – lojistas, trabalhadores e consumidores – imaginassem que se tratava de um “arrastão” (RIBEIRO; CISCATI, 2014).

A explicação para tal fenômeno ainda é controversa, mas estudiosos de tais processos sociais como, por exemplo, Pereira (2014), entendem que decorrem da falta de espaços públicos de lazer para os jovens, independentemente de sua classe social. Porém, enquanto os jovens da classe alta conseguem construir alternativas por meio de sua condição econômica, como as escolas e os próprios *shoppings*, os de classe baixa, que vivem na periferia das cidades, ficam sem opções.

Além deste aspecto mais estrutural, um fator específico que ajuda a entender a origem dos “rolezinhos” é a aprovação, no município de São Paulo, de uma lei com o objetivo de combater os bailes *funk* (também denominados de “pancadões”), os quais ocorrem, primordialmente, nas periferias paulistas. Houve o mapeamento da localidade desses bailes e foram encontrados pela Polícia Militar quatrocentos pontos em que ocorrem com

frequência. A lei, basicamente, sanciona a pessoa que mantém um carro com som alto na calçada ou na rua com uma multa que varia entre um mil e quatro mil reais (em caso de reincidência), além da apreensão do veículo utilizado para tal finalidade (PORTAL ÉPOCA, 2014).

O critério de escolha do local do evento (os *shoppings*) advém da premissa de que é um espaço de lazer, o qual, todavia, ao contrário das ruas que já são de todos, não são democratizados (e deveriam ser), de maneira que o movimento também ganha uma dimensão política (PEDROSA, 2014), de luta pela democratização da cidade e pelo direito ao lazer, a qual, ao menos de forma explícita, não estava presente originalmente no fenômeno, que, todavia, já expressava o caráter excludente das cidades brasileiras (FELIX, 2014).

A prática do encontro de jovens em massa, o “rolezinho”, foi disseminado pelo país, com destaque para o Estado de São Paulo, onde vários encontros foram marcados em apoio e solidariedade ao primeiro evento, bem como para protestar contra a reação dos seguranças do *Shopping Itaquera*.

Diante da disseminação do movimento, a resposta dos administradores de *shoppings centers* consistiu no reforço de sua segurança e no ajuizamento de ações com pedido de liminares que determinassem a expedição de interditos proibitórios a fim de impedirem a realização de tais eventos, organizados pelas redes sociais, tais como os previstos novamente para o Shopping Metrô Itaquera e para o Parque Shopping Dom Pedro, em Campinas – SP.

As opiniões de diferentes segmentos sociais a propósito dos “rolezinhos” são bastante diversificadas e, muitas vezes, conflitantes: de um lado, pessoas defendem a tentativa de integração dos excluídos socialmente e a possibilidade de os jovens de periferia frequentarem os *shoppings* e realizarem tais eventos, com fundamento nos direitos de manifestação e expressão. Já os opositores os estigmatizariam como delinquentes, que deveriam ser reprimidos, contribuindo com a segregação entre ricos e pobres. De outro lado, há os que observam tais grupos de jovens como uma ameaça social à ordem estabelecida, à segurança e ao direito de propriedade, de maneira que os “rolezinhos” devem ser contidos, inclusive, se necessário, mediante o uso do poder coercitivo do Estado, considerando-se a inadequação dos *shoppings* para sua realização. Há ainda quem não atribua qualquer dimensão política ao movimento (RIBEIRO; CISCATI, 2014).

Além das indagações de caráter sociológico, antropológico e político, o fenômeno dos “rolezinhos” constitui um problema de grande significação jurídica em si mesmo, mas,

sobretudo, a partir do momento em que foi judicializado. Diante do conflito estabelecido entre os jovens participantes dos “rolezinhos” e os administradores de shoppings e proprietários de estabelecimentos comerciais, qual direito deve prevalecer? O de propriedade ou o de liberdade de reunião e manifestação? A resposta a tal indagação tem como substrato a caracterização jurídica do espaço dos *shoppings centers*: afinal, são espaços públicos ou privados? Ou tais categorias não são capazes de classificá-los adequadamente, e os novos conflitos sociais não podem receber um tratamento adequado a partir dos regimes jurídicos que lhes são próprios? Pretende-se, pois, neste trabalho, não compreender como tais questões devem ser respondidas, mas como o estão sendo pelo Poder Judiciário por meio de uma análise jurisprudencial.

Antes, porém, é necessário fazer uma revisão das origens e da evolução histórica, com destaque para a utilidade e os limites das dicotomias espaço público-espaço privado e, de maneira correlata, direito público-direito privado.

3 ESPAÇO PÚBLICO-ESPAÇO PRIVADO E DIREITO PÚBLICO-DIREITO PRIVADO: ORIGENS, EVOLUÇÃO, UTILIDADE E LIMITES DA DICOTOMIA

As diversas classificações jurídicas e seus critérios, como ensina Ferraz Júnior (2001, p. 130), surgem em virtude dos problemas que a dogmática jurídica precisa resolver a fim de tornar possível a decidibilidade dos conflitos, mas não apresentam uma “sistematicidade abrangente”, de maneira que se baseiam em “*topoi*, isto é, lugares-comuns, pontos de vista comumente aceitos que permitem classificações regionais e provisórias”. Tais classificações, construídas a partir de sucessivas diferenciações, são organizadas, por sua vez, em “distinções amplas, desenvolvidas historicamente no trato dogmático do direito”, denominadas de grandes dicotomias, dentre as quais há aquela que divide as normas jurídicas entre as pertencentes ao campo do direito público e ao campo do direito privado. O autor destaca que

tratando-se de lugares comuns, essas noções também não são logicamente rigorosas, são apenas pontos de orientação e organização coerentes da matéria, que envolvem, por isso mesmo, disputas permanentes, suscitando teorias dogmáticas diversas, cujo intuito é conseguir o domínio mais abrangente e coerente possível dos problemas.

A origem da dicotomia direito público-privado costuma ser atribuída à obra de Ulpiano (Digesto, 1.1.1.2), que afirma que “o direito público diz respeito ao estado da coisa romana, a *polis* ou *civitas*, o privado à utilidade dos particulares”, tratando-se de uma distinção bastante clara diante da forma como se caracterizava a distinção entre esfera pública e esfera privada na Antiguidade (2001, p. 130-131).

Desde o surgimento da antiga cidade-estado, passou a haver uma distinção entre a esfera privada e a esfera da vida pública. Na primeira, os homens estavam submetidos às necessidades materiais de sobrevivência, enquanto a segunda constituía a esfera da liberdade. A relação entre essas duas esferas encontrava-se no fato de que, para poder ingressar na liberdade da política, o homem precisava superar sua submissão às necessidades da vida privada. Diante das necessidades, a violência se justificava para superá-las e para alcançar a liberdade (inclusive com a prática do escravismo, pois somente assim o homem se libertava da necessidade de trabalhar). Porém, na esfera pública (esfera da liberdade, da política), não se admitia a violência, pois “tudo era decidido mediante palavras e persuasão” (ARENDDT, 2003).

Portanto, quando Ulpiano “distinguiu entre *jus publicum* e *jus privatum* certamente tinha em mente a distinção entre a esfera do público, enquanto lugar da ação, do encontro dos homens livres que se governam, e a esfera privada, enquanto lugar do labor, da casa, das atividades voltadas à sobrevivência” (2001, p. 132).

Durante a Idade Média, tal distinção perdeu “um pouco de sua nitidez” (FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 132), pois no espaço do feudo eram desenvolvidas tanto as atividades típicas da esfera privada como da esfera pública, no sentido que os antigos conferiam aos termos, o senhor feudal era tanto o senhor dos problemas privados (como a produção de alimentos) como das questões tipicamente públicas (por exemplo, a produção do direito – é verdade que em um contexto de pluralismo jurídico – e a segurança coletiva).

Na Era Moderna, consolida-se uma nova oposição, construída a partir do período medieval, que opõe a esfera social, que compreende tanto o governo como a família, e a esfera individual. A definição do que vem a ser a esfera pública então passa a depender de um “ente artificial”, qual seja, o Estado, de maneira que esfera pública e Estado passam a se confundir (ibid., loc. cit.). Por sua vez, a sociedade é compreendida como o domínio do que não pertence ao âmbito político ou, dito de outro modo, “o domínio do privado ou onde o privado se pode manifestar e desenvolver” (MIRANDA, 2002, p. 253-255).

Da perspectiva jurídica, como afirma Ferraz Júnior (op. cit., p. 133),

o Estado, um verdadeiro organismo (burocrático) de funções, um ente abstrato, produto do agir político transformado em fazer, guarda perante os indivíduos uma relação de comando supremo: soberania. O direito, explicado pela soberania, torna-se comando, relação de autoridade no sentido de *poder*. A distinção entre o poder soberano e sua esfera e o poder dos indivíduos em suas relações marca, assim, a distinção entre a esfera pública e a privada e, por conseguinte, entre direito público e direito privado.

Com o tempo, ocorre um crescimento da ação do Estado e de sua interferência na vida dos indivíduos, o que provoca nova perda de nitidez entre as esferas pública e privada. Paralelamente, a esfera privada cada vez mais se identifica como “o terreno do mercado, das trocas, do comércio”, e, conseqüentemente, com “a idéia de riqueza, de propriedade”. Esses dois fenômenos levam ao surgimento da

idéia de proteção da sociedade econômica contra os excessos do Estado: os direitos individuais, que são os direitos do burguês. Distingue-se o direito público do privado como oposição entre os interesses do Estado (administração, imposição de tributos, de penas) e os interesses dos indivíduos (suas relações civis e comerciais cuja base é a propriedade da riqueza) (FERRAZ, 2001, p. 133-134).

Assim, não se pode associar a distinção entre “público” e “privado” da Grécia antiga, respectivamente, com as ideias modernas de esfera pública e de esfera privada. Isto porque, por um lado, a *polis* grega era um espaço excludente, que congregava somente os senhores da esfera privada, bastante diferente do “sistema político da sociedade moderna” e da “esfera pública includente e pluralista no sentido contemporâneo”. Por outro lado, a *oikos* grega, enquanto “grande espaço doméstico das relações ‘familiares’ ou da ‘grande’ família, fundado no poder arbitrário do senhor”, também não corresponde “nem ao espaço doméstico da ‘pequena’ família moderna (o ‘privado’ no sentido familiar), nem ao espaço do mercado mundial (o ‘privado’ no sentido econômico)” (NEVES, 2009, p. 655).

Com o avanço, ao longo da Era Moderna, mas, principalmente, na Idade Contemporânea, da compreensão do Estado como gestor da economia, e da sociedade como “um grande centro produtor”, torna-se novamente difícil distinguir a esfera pública da esfera privada, mesmo em seu sentido moderno. Conseqüentemente, torna-se complexa a separação entre direito público e direito privado (FERRAZ JÚNIOR, op. cit., p. 134-135).

Acrescenta-se que em países como o Brasil, a distinção entre as esferas pública e privada nunca foi clara, pois o Estado, da Independência ao contexto contemporâneo, sempre

foi apropriado por diferentes interesses privados:⁴ do estamento burocrático,⁵ dos partidos e dos dirigentes políticos e do poder econômico.

Nesse sentido, valendo-se dos instrumentais analíticos da teoria dos sistemas e da ação comunicativa, Neves (2009, p. 135) descreve de maneira bastante interessante a indistinção entre a esfera pública e a esfera privada no Brasil. Primeiramente, destaca que, ao contrário da idealização da teoria sistêmica de Luhmann, não ocorreu suficientemente a diferenciação funcional entre os diferentes sistemas sociais, como o econômico e o político. É notória a intromissão do sistema político no econômico, desequilibrando a competição no mercado, com favorecimentos, seja por meio de normas ou de créditos, de determinadas empresas ou segmentos, em prejuízo dos demais, por razões que variam da ideologia à corrupção, o que contribui para a ineficiência do funcionamento do sistema econômico. Por outro lado, o sistema econômico também interfere no político, por exemplo, influenciando, ou até determinando, o resultado de eleições e o processo legislativo, de maneira que o desempenho das funções do sistema político fica bloqueado. Em segundo lugar, o autor destaca que nos países periféricos não ocorreu a formação de “uma esfera pública pluralista fundada na generalização institucional da cidadania”, tal como pressupõe o modelo democrático de Habermas. Isso ocorre porque, embora todos sejam formalmente iguais, a prática jurídica revela a permanência de privilegiados, ou seja, o direito não é igual para todos. Além disso, predomina a “exclusão de grandes parcelas da população” do acesso aos mais básicos direitos humanos, os quais, embora sejam constitucional e legalmente garantidos, não são concretizados. O acesso aos direitos não se dá segundo procedimentos constitucionalmente previstos, mas sim conforme outros critérios, tais como relações sociais ou poder econômico, o que leva a um processo de “privatização do Estado”. Ora, sem concretização de direitos, predomina a lógica dos favores e do clientelismo. Em decorrência desse processo, esses segmentos da população também são excluídos da participação efetiva do processo político (embora, mais uma vez, formalmente todos possam participar de forma igual).

⁴ Comparato (2007, p. 11-12), comentando a passagem do Império para a República, afirma que “a mudança de regime ocorreu, entre nós, não pelas virtudes próprias daquele que passávamos a adotar, mas pelo fastio que suscitava a monarquia no seio da classe dirigente, com a ostentação de um estilo francamente démodé. Éramos os únicos ‘atrasados’ nesse particular em todo o continente americano”. Porém, “a verdade é que a autêntica idéia republicana nunca medrou entre nós. A velha advertência do nosso primeiro historiador, frei Vicente do Salvador, continua a ecoar em nossos ouvidos: ‘Nenhum homem nesta terra é repúblico, nem zela ou trata do bem comum, senão cada um do bem particular’” (Cf. Faoro, 2007, p. 11-12).

⁵ Faoro (1979), ao estudar esse fenômeno nos anos cinquenta do século XX, valendo-se da teoria weberiana, o denominou de “patrimonialismo”, explicando que se tratava da condução dos negócios do Estado pelo estamento burocrático como se fossem negócios privados da “comunidade política”.

Apesar disso, Ferraz Júnior (2001, p. 135) observa que a dogmática jurídica, continua a utilizar a dicotomia direito público e direito privado, não em razão de sua capacidade explicativa do universo jurídico, mas sim em função de sua “operacionalidade pragmática”, ou seja, “serve ao jurista, inobstante a falta óbvia de rigor, como instrumento sistematizador do universo normativo para efeitos de decidibilidade”. Isso significa que

a distinção permite sistematização, isto é, o estabelecimento de princípios teóricos, básicos para operar as normas de um e de outro grupo, ou seja, princípios diretores do trato com as normas, com suas consequências, com as instituições a que elas referem, os elementos congregados em sua estrutura.

Porém, a própria “operacionalidade pragmática” das dicotomias direito público e privado, e espaço público e espaço privado podem estar se revelando precárias diante de fenômenos como o dos “rolezinhos”, exigindo-se novas formas de se pensar o direito, tendo em vista, possivelmente, uma “terceira margem jurídica”, sobretudo quando se considera uma realidade social excludente e com incompleta diferenciação funcional entre os sistemas político e econômico, como se encontra no Brasil.

Optamos por enfrentar esta questão a partir da análise da maneira como o Judiciário decide e fundamenta suas decisões em ações possessórias com pedido de liminar de interdito proibitório, ajuizadas por administradoras de *shoppings centers* que pretendem impedir a realização dos “rolezinhos”.

4 O JUDICIÁRIO DIANTE DOS “ROLEZINHOS”

Preliminarmente, observa-se que a seleção das decisões judiciais sobre os “rolezinhos” e sua análise ocorreram conforme o seguinte procedimento: a) a partir de pesquisas junto a portais de notícias, foram identificados cada um dos eventos noticiados pela imprensa e os estados em que ocorreram; b) em seguida, por meio de pesquisa nos portais dos Tribunais de Justiça desses estados, utilizando-se como critério de busca a palavra “rolezinho”, foram identificadas as decisões de primeira instância (liminares) e de segunda instância (agravos de instrumento) existentes; c) identificadas as decisões, desenvolveu-se um quadro panorâmico sobre elas, considerando-se seus autores, comarcas de origem, datas dos julgamentos e decisões em si (deferimento ou indeferimento do pedido de expedição de interdito proibitório a fim de impedir a realização dos “rolezinhos”), o que possibilitou

algumas considerações de caráter quantitativo; d) por fim, passou-se à análise dos argumentos utilizados para fundamentar as decisões, avaliando-se, sobretudo, a maneira como se valeram da dicotomia espaço público-espaço privado.

No portal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo foram encontrados, em primeira instância, nove processos referentes à matéria, conforme o quadro abaixo, organizado de acordo com a ordem cronológica das decisões liminares:

Autor	Comarca	Data do julgamento da liminar	Decisão liminar
(1) CONSÓRCIO SHOPPING METRÔ ITAQUERA	São Paulo	13 de dezembro de 2013	Deferida
(2) CONDOMÍNIO SHOPPING PARQUE DOM PEDRO	Campinas	08 de janeiro de 2014	Indeferida
(3) WTORRE IGUATEMI EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S/A	São Paulo	09 de janeiro de 2014	Deferida
(4) CAMPO LIMPO EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA.	São Paulo	10 de janeiro de 2014	Deferida
(5) CONSÓRCIO SHOPPING METRÔ ITAQUERA	São Paulo	10 de janeiro de 2014	Deferida
(6) ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LOJISTAS DE SHOPPING – ALSHOP	São Paulo	24 de janeiro de 2014	Indeferida
(7) CONDOMÍNIO DO BOURBON SHOPPING SÃO PAULO	São Paulo	30 de janeiro de 2014	Indeferida

(8) CONDOMÍNIO DO BOURBON SHOPPING SÃO PAULO	São Paulo	28 de março de 2014	Indeferida
(9) EMPRESA PATRIMONIAL INDUSTRIAL IV LTDA. E OUTROS	Piracicaba	02 de abril de 2014	Indeferida

Inicialmente, observa-se que as decisões foram proferidas no período compreendido entre dezembro de 2013 e abril de 2014. Com exceção de uma ação movida pela Associação Brasileira de Lojistas de *Shopping* – ALSHOP, toda as outras tiveram como autores administradores de *shopping centers*. A maioria dos processos (sete) concentra-se na capital, havendo apenas dois no interior, nas Comarcas de Campinas e Piracicaba. Em quatro das nove decisões analisadas as liminares foram deferidas e em cinco, indeferidas, o que demonstra uma grande divisão no posicionamento dos magistrados de primeira instância com relação à matéria. Não houve recursos contra as decisões favoráveis à concessão das liminares. Por sua vez, das cinco decisões que, em primeira instância, indeferiram tais pedidos, quatro delas foram objeto de agravos de instrumento. Ao julgá-las, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo manteve quatro decisões de primeira instância (75%), indeferindo, portanto, a demanda por meio da qual se pretendia impedir a realização dos “rolezinhos”⁶, e, somente em um caso, o indeferimento da liminar foi parcialmente revisto, na decisão monocrática do desembargador relator. Entretanto, neste último caso, ao final, o agravo não foi conhecido por ilegitimidade de uma das partes. Temos, pois, o seguinte quadro, organizado conforme a ordem cronológica das decisões:

Agravante	Comarca de origem	Data do julgamento	Decisão
(1) CONDOMÍNIO SHOPPING PARQUE DOM PEDRO	Campinas	29 de janeiro de 2014	Agravo indeferido/ interdito proibitório indeferido

⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 19ª Câmara de Direito Privado. Agravo de Instrumento Nº 2016720-23.2014.8.26.0000. Origem: Comarca de Piracicaba. Julgado em 10 de março de 2014.

(2) ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LOJISTAS DE SHOPPING – ALSHOP	São Paulo	Liminar no agravo de instrumento: 31 de janeiro de 2014. Decisão final no agravo de instrumento: 08 de maio de 2014	Liminar no agravo de instrumento: parcialmente deferido Decisão final no agravo de instrumento: recurso não conhecido
(3) EMPRESA PATRIMONIAL INDUSTRIAL IV LTDA. E OUTROS	Piracicaba	10 de março de 2014	Agravo indeferido/ interdito proibitório indeferido
(4) CONDOMÍNIO DO BOURBON SHOPPING SÃO PAULO	São Paulo	12 de março de 2014	Agravo indeferido/ interdito proibitório indeferido

Analisando-se os argumentos utilizados para fundamentar as decisões liminares que deferiram os pedidos de interdito proibitório para impedir a realização dos “rolezinhos”, os principais argumentos encontrados foram os seguintes: a) aplicação do princípio da proporcionalidade (conflito entre os direitos de manifestação e reunião dos participantes dos “rolezinhos” com os direitos de propriedade, ao trabalho e de locomoção – neste último caso, dos consumidores que frequentam os *shoppings*) e dever de respeito ao direito dos outros quando se exerce um direito fundamental; b) exigência de prévio aviso para realização de uma reunião ou manifestação em local público; c) localização imprópria para a realização desse tipo de evento, com risco para a incolumidade dos frequentadores do local; d) proteção do direito de propriedade; e) proteção do direito ao trabalho⁷. Registra-se que em todas essas decisões determinou-se que fossem oficiadas as forças policiais para garantir o seu cumprimento, bem como que, na hipótese de seu descumprimento, deveria ser aplicada uma multa aos participantes dos referidos eventos.⁸

⁷ Cf. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Comarca de São Paulo. Foro Regional VII – Itaquera. 3º Vara Cível. Processo N.º 1000339-33.2014.8.26.0007. Liminar julgada em 10 de janeiro de 2014.

⁸ Cf. id. Comarca de São Paulo. Foro Regional VII – Itaquera. 4º Vara Cível. Processo N.º 4004450-43.2013.8.26.0007. Liminar julgada em 13 de dezembro de 2013.

Aplicando-se o princípio da proporcionalidade ao confronto entre os direitos à reunião e livre manifestação, e a exigência de preservação da ordem e paz públicas, conjugada com o direito de ir e vir e os valores sociais do trabalho, entendeu-se que os últimos devem prevalecer, pois “manifestação em *shopping center*, espaço privado e destinado à comercialização de produtos e serviços, impede o exercício de profissão daqueles que ali estão sediados”.⁹

Em segundo lugar, argumentou-se que, embora o artigo 5º, inciso XVI da Constituição Federal assegure o direito de reunião, seu exercício, conforme a própria dicção constitucional, é condicionado pela exigência de prévio aviso à autoridade competente, fato que, em princípio, não foi observado pelos praticantes do evento “rolezinho”.¹⁰

Por fim, com relação à inadequação dos *shopping centers* para a realização dos “rolezinhos”, argumentou-se que, ainda que tais eventos sejam, em princípio, legítimos, é cediço que pequenos grupos se infiltram nestas reuniões com finalidades ilícitas e transformam movimentos pacíficos em ato de depredação e subtração, violando o direito do dono da propriedade, do comerciante e do cliente do *shopping*, cidadãos também dotados de direitos individuais, dentre eles o de livre circulação e de proteção à sua incolumidade física e moral. Assim, tais locais se revelariam impróprios para a realização dos “rolezinhos”.¹¹

Uma das liminares que indeferiu o pedido de liminar de interdito proibitório para impedir a realização de “rolezinhos” fundamenta-se no argumento de que tais episódios não merecem a intervenção judicial reclamada, pois medidas preventivas podem ser tomadas pelos próprios requerentes, aos quais se atribui o dever de manutenção da segurança em seus estabelecimentos, conforme as normas constantes no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. Além disso, argumentou-se que a realização de tais eventos encontra respaldo no direito fundamental consagrado no artigo 5º, inciso XVI da Constituição Federal, o qual dispõe que “todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente

⁹ Cf. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Comarca de São Paulo. 14ª Vara Cível. Processo N.º 1001597-90.2014.8.26.0100. Liminar julgada em 09 de janeiro de 2014; id.. Comarca de São Paulo. Foro Regional VII – Itaquera. 4º Vara Cível. Processo N.º 4004450-43.2013.8.26.0007. Liminar julgada em 13 de dezembro de 2013.

¹⁰ Cf. id.. Comarca de São Paulo. Foro Regional II – Santo Amaro. Processo N.º 1000656-46.2014.8.26.0002. Liminar julgada em 10 de janeiro de 2014.

¹¹ Cf. id.. Comarca de São Paulo. 14ª Vara Cível. Processo N.º 1001597-90.2014.8.26.0100. Liminar julgada em 09 de janeiro de 2014.

convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente”.¹²

Em outra decisão que indeferiu o pedido liminar, o magistrado apresentou argumentação bastante relevante para a questão que enfrentamos:

afora as conjecturas feitas na petição inicial, não há nada nos autos que indique que eventuais participantes do *rolezinho* estejam predispostos a praticar crimes ou turbar a posse de quem quer que seja. Ainda que haja algumas manifestações isoladas em redes sociais, o que se tem visto, até aqui, é um movimento de jovens de periferia que, embora ruidosos, nada mais fazem do que andar em grupo e, vez ou outra, comportar-se de maneira inapropriada. Isso não significa, porém, que tenham a intenção de cometer atos ilícitos. Aliás, a própria convocação do *rolezinho* faz a ressalva: *festa sem brigas*. Não se pode, assim, afirmar que atos ilícitos serão cometidos. Da mesma maneira, não se deve impedir a livre manifestação e o ingresso de pessoas em locais que, embora particulares, são destinados ao público. Não vislumbro, por qualquer ângulo que analise a questão, a possibilidade de um movimento difuso – de jovens que não têm qualquer outro propósito que não se divertir – turbar a posse de alguém. Se o autor entende que podem ocorrer danos ao seu patrimônio ou cometimento de atos ilícitos, nada impede que reforce sua segurança e, à vista de atos concretos, acione a Polícia Militar. Pode e deve fazê-lo. O que não se admite, no entanto, é que o autor pretenda a obtenção de um *aval* do Poder Judiciário para praticar, em última instância, ato de discriminação, impedindo, preventivamente, o ingresso de pessoas que têm o direito de entrar nos shoppings. Aliás, um shopping, por definição, é um lugar afeito à diversidade, que, antes de ser reprimida, deve ser bem vista. Isso não significa que ilícitos não devam ser punidos. Devem e, para isso, o autor conta com o mesmo instrumento que qualquer cidadão ou pessoa jurídica: a legítima defesa, praticada por eventuais seguranças contratados, e o recurso à Polícia Militar. Dessa forma, é desarrazoado e desproporcional que, numa medida autoritária, se impeça o ingresso de quem quer que seja nos shopping centers. Veja-se que os fatos que dão fundamento à pretensão do autor são tão dispersos que ele sequer é capaz de indicar o polo passivo da ação. E, pior, no pleito de liminar, pede a proibição de ingresso de “*líderes, integrantes, participantes e aderentes*” do movimento. Ora, nada mais inconstitucional do que tal pretensão, diante da garantia do direito de ir e vir.¹³

Interessante notar que, em uma das decisões, não obstante o reconhecimento da prevalência do “ao direito de ir e vir e à preservação da ordem e paz públicas” quando em conflito com o “direito à livre manifestação, ou mesmo de reunião”, indeferiu-se o pedido de concessão de liminar, sob o argumento de que a finalidade dos “rolezinhos”, declarada pelos

¹² Cf. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Comarca de Campinas. 1ª Vara Cível. Processo N.º 1000219-57.2014.8.26.0114. Liminar julgada em 08 de janeiro de 2014. No mesmo sentido, cf. id.. Comarca de Piracicaba. 2ª Vara Cível. Processo N.º 1003803-91.2014.8.26.0451. Liminar julgada em 02 de abril de 2014.

¹³ Cf. id.. Comarca de São Paulo. Foro Central Cível. 22ª Vara Cível. Processo N.º 1008772-38.2014.8.26.0100. Liminar julgada em 30 de janeiro de 2014. Argumentos semelhantes fundamentaram outro indeferimento de liminar para expedição de interdito proibitório requerida, posteriormente, pelo mesmo estabelecimento comercial. Em tais decisões, determinou-se, ainda que a parte autora emenda-se à inicial a fim de “individualizar o polo passivo, qualificando os representantes/participantes, sob pena de indeferimento da inicial”. Cf. id.. Comarca de São Paulo. Foro Central Cível. 39ª Vara Cível. Processo N.º 1028594-13.2014.8.26.0100. Liminar julgada em 28 de março de 2014.

próprios participantes, conforme documentação apresentada pela autora da ação, limita-se à diversão, não se justificando a intervenção do Poder Judiciário para impedi-los.¹⁴

Por sua vez, nas decisões dos três agravos de instrumento contra as decisões liminares encontradas no Estado de São Paulo que indeferiram os pedidos de liminares para expedição de interditos proibitórios para impedir a realização de “rolezinhos”, observou-se que foram mantidas as decisões de primeira instância por fundamentos semelhantes aos apresentados naquelas, destacando-se a necessidade de individualização dos integrantes do polo passivo das demandas¹⁵ e a possibilidade de adoção de medidas preventivas por seus próprios autores, de maneira que não haveria “razões para intervenção judicial neste momento, mormente quando muitos desses ‘rolezinhos’ demonstraram que não tinham o potencial ofensivo imaginado.”¹⁶

Já na decisão liminar do agravo de instrumento referente à ação ajuizada pela Associação Brasileira de Lojistas de *Shopping* – ALSHOP, com o objetivo de impedir a realização de “rolezinhos” nos shopping centers Aricanduva, Shopping Mauá Plaza, Shopping Penha e Shopping Taboão, todos situados no município de São Paulo, a única que reviu parcialmente a decisão de primeira instância, encontra-se a argumentação mais aprofundada sobre a matéria dentre todos os julgados analisados, inclusive, reconhecendo a inexistência de tratamento específico para tal conflito tanto na doutrina como na jurisprudência. Primeiramente, o relator do agravo salientou que, em princípio, não existe vedação legal à prática do “rolezinho”, inclusive o direito de reunião é assegurado pela Constituição Federal (Artigo 5º, inciso XVI). Entretanto, ponderou-se que a forma como ocorrem tais eventos pode implicar um “exercício desmedido” do direito e sua colisão com outros direitos constitucionais e garantias individuais, como o “direito de ir e vir dos não ‘rolezeiros’”. De maneira que se é legítima a realização do “rolezinho”, “ilegítimo será que os demais partícipes da vida social tenham que recuar e tenham restringida a sua respectiva liberdade de estar, ir e vir na mesma hora e no mesmo espaço de acesso público”. Assim, entendeu-se ser ilícito o exercício “exagerado e desproporcional” do direito dos jovens de se reunirem em um *shopping*.

¹⁴ Cf. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Foro Central Cível. 45ª Vara Cível. Processo N.º 1006054-68.2014.8.26.0100. Liminar julgada em 24 de janeiro de 2014.

¹⁵ Cf. id.. Agravo de instrumento N.º 0008473-87.2014.8.26.0000. Comarca de São Paulo. Julgado em 12 de março de 2014.

¹⁶ Cf. id.. Agravo de instrumento N.º 2002160-76.2014.8.26.0000. Origem: Comarca de Campinas. Julgado em 29 de janeiro de 2014.

Por outro lado, “igualmente, é ilegal proibir que os jovens possam ir e vir dos shoppings”. Concluiu-se então que o “rolezinho” é lícito “desde que efetivamente não venha a perturbar, abafar, causar temor ou restringir idêntico direito substantivo de quem quer estar pacificamente naquele mesmo espaço.” Porém, diante dos riscos decorrentes das características de tais eventos entendeu-se pela inadequação de *shoppings centers* para recebê-los, pois não estão preparados para tanto, sem, contudo deixar de reconhecer que tais estabelecimentos “*shopping centers* são constituídos por ambientes peculiares de acesso ao público, no qual pobres e ricos podem aproveitar seu tempo útil de lazer, compras e serviços”. A partir desses fundamentos, deferiu-se, em parte o efeito recursal pretendido, o que implicou, em síntese, “deferir a proteção preventiva da posse nos shoppings indicados”, vedando a realização dos “rolezinhos” em *shoppings*, sem, contudo, conferir-lhes o direito de “proibir a entrada, o acesso e saída de pré-adolescentes, adolescentes e jovens individualmente, sem nenhuma distinção de qualquer natureza, ou mesmo venham a fazer pré-seleção, sob pena de caracterizar-se eventual juízo discriminatório por parte de seus prepostos”.

Entretanto, em decisão final da Câmara, ocorrida após a data prevista para a realização dos eventos objetos da demanda, por unanimidade, o agravo de instrumento não foi conhecido, por se entender que a demanda não trata de direitos coletivos ou difusos, mas sim da defesa de direitos individuais de sujeitos determinados, de maneira que, não estando presentes autorizações expressas para que a ALSHOP representasse em juízo os diferentes *shopping centers* em questão, ela não teria legitimidade para conduzir o processo.¹⁷ Ora, a argumentação de certa forma elíptica desenvolvida na decisão monocrática é uma nítida demonstração da dificuldade de tratamento jurídico do conflito envolvendo os “rolezinhos” a partir da estrutura binária que orienta a aplicação do direito (lícito ou ilícito, permitido ou proibido etc.), bem como dos limites do enquadramento do espaço e do movimento em questão nas categorias público e privado.

Além das decisões encontradas no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, foram encontrados dois processos julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

O primeiro deles consiste em uma ação de interdito proibitório a fim de impedir a realização de um “rolezinho” no Shopping Tijuca, com pedido de liminar, ajuizada pela Cima

¹⁷ Cf. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 11ª Câmara de Direito Privado. Agravo de instrumento Nº 2011268-32.2014.8.26.0000. Origem: Comarca de São Paulo. Julgado em 31 de janeiro de 2014.

Empreendimentos do Brasil S.A., a qual tramitou perante a 3ª Vara Cível da Comarca da Capital, tendo sido negada a liminar em primeira instância.¹⁸ Foi ajuizado agravo de instrumento pela autora, ao qual foi dado provimento por unanimidade.¹⁹ Os argumentos apresentados para fundamentar a decisão foram semelhantes aos das decisões paulistas favoráveis à concessão do interdito proibitório, como, por exemplo, que os direitos à liberdade de manifestação e reunião devem ser respeitados, desde que: 1) não impliquem violação do direito de propriedade; 2) não provoquem riscos à segurança das pessoas que frequentam o local em que ocorrerem; 3) não ocorra de forma anônima; 4) sejam realizadas em local aberto. Assim, os *shopping centers* não seriam locais adequados para a realização dos “rolezinhos”, pois não possuem estrutura material para acolher um evento de tal porte, além de que não devem ser confundidos espaços públicos com espaços abertos ao acesso público – ressaltando-se que os shoppings são estabelecimentos privados com acesso público (e não espaços públicos), de maneira que as ações nele desenvolvidas são regidas pelo respeito ao direito de propriedade.²⁰

O segundo processo consiste em um *habeas corpus* preventivo ajuizado por Mario Miranda Neto e outros, com o propósito de reformar a “decisão que concedeu liminar em interdito proibitório para multá-los caso ingressem no *Shopping Leblon* para se manifestar no ato chamado ‘rolezinho’”, de maneira que lhes fosse assegurado o “livre direito de acesso e livre manifestação de pensamento dos pacientes em local aberto ao público”. A liminar, de caráter satisfativo, foi deferida, e o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entendeu que a ação perdeu objeto, considerando-se inclusive porque “o intuito dos Impetrantes foi frustrado com o fechamento do *Shopping Center* no dia 19 de janeiro” de 2014, data em que ocorreria o referido evento.²¹

¹⁸ Cf. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Comarca do Rio de Janeiro. 3ª Vara Cível. Processo N.º 0003199-40.2014.8.19.0000.

¹⁹ Id.. 21ª Câmara Cível. Agravo de instrumento 0002936-08.2014.8.19.0000. Origem: Comarca do Rio de Janeiro. Julgado em 08 de abril de 2014.

²⁰ Cf. Nesse sentido, em um trecho da referida decisão, por exemplo, consta que “a toda evidência, os corredores de shoppings não podem ser equiparados a ruas, avenidas e praças, nem são projetados para suportar manifestações públicas; não são locais abertos. E sem deixar de mencionar que os shopping centers não são espaços públicos, já que não se pode confundir espaço público com espaço com acesso público, ouso afirmar que o direito de ir e vir violado é o do consumidor, frequentador habitual do shopping center que se vê privado do acesso, podendo violar a integridade física de quem lá passeia e consome. (...) eis que os shopping centers são estabelecimentos privados que, amparados no direito à propriedade, devem coibir atos que possam causar desordem pública acarretando tumulto, correria e possíveis atos de depredação”.

²¹ Cf. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Habeas Corpus N.º 0003199-40.2014.8.19.0000. Julgado em 11 de março de 2014.

5 CONCLUSÃO

Retomamos, pois, a indagação fundamental que orientou este trabalho: é possível se pensar a aplicação do direito conforme parâmetros dogmáticos que não se enquadrem nas categorias espaço/direito público e espaço/direito privado?

Parece evidente que a torrente do rio segue constante. Mas será que chegou o “dia em que a canoa ficou pronta”? Há disposição para “permanecer naqueles espaços do rio, de meio a meio, sempre dentro da canoa, para dela não saltar, nunca mais”? (ROSA, 1994, p. 409 – 413).²² Ou seja, as transformações sociais que impõem limites à compreensão do Direito e do espaço a partir das categorias tradicionais se avolumam e se intensificam. Mas será que o ordenamento jurídico fornece os instrumentos necessários para este tipo de operação jurídica? Juristas e operadores do Direito estão dispostos e preparados para deixar a segurança dos parâmetros dogmáticos do direito/espaço público e direito/espaço privado e passar a desempenhar suas tarefas a partir de uma perspectiva mais fluida e complexa? Enfim, seria isto conveniente?

Nas decisões liminares de primeira instância de São Paulo que deferiram os pedidos de interdito proibitório para impedir a realização dos “rolezinhos”, bem como no agravo de instrumento julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, percebe-se nitidamente a força da dicotomia público-privado na operação do Direito, com predomínio da visão liberal do direito de propriedade. Por sua vez, as decisões que indeferiram as pretensões dos administradores de shopping centers não enfrentaram diretamente a problemática da compreensão dos espaços urbanos, e conseqüentemente de sua regulação jurídica, para além da oposição entre público e privado. Na construção argumentativa, decisão monocrática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que destacamos, por aprofundar o debate, percebeu-se, como já registramos, a dificuldade em se operar o Direito a partir de uma perspectiva mais complexa do que as opções “deferir” ou “indeferir”, exigidas na decidibilidade dos complexos conflitos contemporâneos e da dificuldade de enquadramento dos espaços nas categorias tradicionais.

²² Para outro exemplo de aplicação metafórica do citado conto de Guimarães Rosa, cf. FERMIN, R. Schram. A terceira margem da saúde: a ética natural. In: História, ciências, saúde – Manguinhos, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 54-68, nov. 1994/fev. 1995.

Percebe-se, pois, a dificuldade enfrentada pelo Poder Judiciário para desempenhar sua função social sem mecanismos que confirmem certeza, segurança e previsibilidade como a dicotomia público-privado, ou seja, a partir de uma “terceira margem jurídica”, a qual precisa ser procurada (ou construída), mas ainda está distante.

Tais dificuldades operacionais, embora possam, em grande medida, ser explicadas pelos limites da própria dogmática jurídica em fornecer os parâmetros para o processamento dos conflitos contemporâneos, tem em sua raiz uma inegável dimensão política, relacionada aos problemas distributivos e de construção da cidadania e da democracia em um país excludente como o Brasil. Assim, não se pode deixar de considerar que, de forma subjacente à tentativa de se impedir os “rolezinhos”, pode se encontrar a pretensão da elite econômica de não se misturar com o restante da população. Analisando o caso norte-americano, mas com grande potencial de aplicação à realidade brasileira, Sandel (2014, p. A 14) observa que

nos EUA, as elites parecem desesperadas em não se misturar com os demais. Vida em comum é saudável, e uma democracia vibrante precisa de lugares públicos que misturem diferentes classes. A camarotização é uma ameaça à democracia, ao espírito do bem comum.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hanna. *A Condição humana*. 10. ed. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

ARISTÓTELES. *Política*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BARBARA, Vanessa. Whose Mall Is This? *The New York Times*, 15 jan. 2014. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2014/01/16/opinion/barbara-whose-mall-is-it.html?_r=0>. Acesso em: 2 mai. 2014.

CANÔNICO, Marco Aurélio. Professora de Oxford diz que jovens só querem se divertir em ‘rolezinhos’. *Folha*, 28 jan. 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/01/1403918-professora-de-oxford-diz-que-jovens-so-querem-se-divertir-em-rolezinhos.shtml>>. Acesso em: 2 mai. 2014.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 6. ed. Porto Alegre: Globo, 1979. v. 2.

_____, COMPARATO, Fábio Konder (Org. e prefácio). *A República inacabada*. São Paulo: Globo, 2007.

FARIA, José Eduardo. *O Direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2002.

FÉLIX, Rosana. Dar um rolê tem um novo significado. *Gazeta do Povo*, 19 jan. 2014.

Disponível em:

<<http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?id=1440780>>. Acesso em: 2 mai. 2014.

FERMIN, R. Schram. A terceira margem da saúde: a ética natural. *História, ciências, saúde – Manguinhos*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 54-68, nov. 1994/fev. 1995.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GARCIA, Bárbara. Presidente de associação de shoppings defende que pais sejam responsabilizados por rolezinhos. *R7*, 19 jan. 2014. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/cidades/presidente-de-associacao-de-shoppings-defende-que-pais-sejam-responsabilizados-por-rolezinhos-31012014>>. Acesso em: 2 mai. 2014.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2002.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. A Constituição e a esfera pública: entre diferença sistêmica, inclusão e reconhecimento. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu (Org.). *Direitos humanos, democracia e República: homenagem a Fábio Konder Comparato*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

PEDROSA, Leyberson. *Vozes da periferia definem o que é rolezinho*, 2014. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/cidadania/2014/01/conheca-tres-jeitos-de-se-pensar-o-rolezinho>>. Acesso em: 2 mai. 2014.

PEREIRA, Alexandre. *Ninguém quer ser coadjuvante de ninguém*, 2014. Disponível em:

<<http://www.iomundo.com.br/voce-escreve/alexandre-pereira-zoar-e-causar-e-uma-forma-de-desestabilizar-a-ordem-estabelecida-sem-dialogo.html>>. Acesso em: 2 mai. 2014.

PORTAL DIÁRIO PERNAMBUCANO. *Associação Brasileira de Shoppings proíbe música dos Mamonas Assassinas por apologia a “rolezinhos”*. Disponível em: <<http://www.diariopernambucano.com.br/noticias/associacao-brasileira-de-shoppings-proibe-musica-dos-mamonas-assassinas-por-apologia-a-rolezinhos/>>. Acesso em: 2 mai. 2014.

PORTAL ÉPOCA. *O que a imprensa internacional diz sobre rolezinhos, ou “little strolls”*, 17 jan. 2014. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/tempo/noticia/2014/01/o-que-imprensa-internacional-diz-sobre-os-rolezinhos-ou-blittle-strollsb.html>>. Acesso em: 2 mai. 2014.

_____. *São Paulo multará carros com som alto na rua*, 1º jan. 2014. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/tempo/noticia/2014/01/sao-paulo-bmultarab-carros-com-som-alto-na-rua.html>>. Acesso em: 2 mai. 2014.

RIBEIRO, Aline; CISCATI, Rafael. *A origem do rolezinho*. *Época*, 17 jan. 2014. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/vida/noticia/2014/01/origem-bdo-rolezinhob.html>>. Acesso em: 2 mai. 2014.

ROSA, João Guimarães. *A terceira margem do rio*. In: ROSA, João Guimarães. *Ficção completa*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1994. v. 2. p. 409-413.

SANDEL, Michael. *Entrevista da 2ª: camarotes de VIPs são uma ameaça ao espírito democrático*. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 28 abr. 2014. Primeiro Caderno, p. A14.

TUROLLO JÚNIOR, Reynaldo. *Alunos da USP fazem “rolezinho” em shopping sem serem abordados*. *Folha*, jan. 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/01/1400524-alunos-da-usp-fazem-rolezinho-em-shopping-sem-serem-abordados.shtml>>. Acesso em: 2 mai. 2014.

DO DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ-IMPLANTACIONAL PARA A SELEÇÃO DE
EMBRIÕES COM FINS TERAPÊUTICOS: UMA ANÁLISE DO BEBÊ-MEDICAMENTO

*PRE-IMPLEMENTATION GENETIC DIAGNOSIS FOR A THERAPEUTIC FINE EMBRYOS
SELECTION: A BABY-MEDICINAL ANALYSIS*

Marcela Gorete Rosa Maia Guerra;¹

Valéria Silva Galdino Cardin.²

Resumo: O direito ao planejamento familiar, consagrado na Constituição Federal de 1988 em seu art. 226, §7º, pode ser exercido de forma livre, desde que sejam observados pelo seu titular, concomitantemente, os princípios da dignidade da pessoa humana e da parentalidade responsável. Nos últimos anos, como meio de efetivação deste direito, as técnicas de reprodução humana assistida assumiram um papel fundamental no combate à infertilidade e esterilidade de algumas pessoas. Atualmente, um procedimento especialmente utilizado na procriação artificial é o Diagnóstico Genético Pré-Implantacional que permite uma análise prévia das características do embrião e de sua viabilidade. Além disso, este exame genético possibilitou a criação da técnica denominada de “bebê-medicamento”, que consiste na seleção de embriões com fins terapêuticos, ou seja, na escolha de embriões que sejam livres de doenças e que apresentem compatibilidade genética com um irmão já nascido, como forma de propiciar o tratamento de uma doença que já o acomete. Contudo, este procedimento gera inúmeras discussões éticas acerca de sua licitude, bem como se o casal idealizador estaria ou não agindo conforme os princípios da parentalidade responsável e da dignidade da pessoa humana. Desta forma, faz-se imprescindível analisar a referida técnica sob a ótica do bebê-medicamento nascido, além da verificação do respeito aos seus direitos da personalidade.

Palavras-chave: Reprodução humana assistida. Diagnóstico genético pré-implantacional. Bebê-medicamento. Parentalidade responsável. Dignidade da pessoa humana.

¹ Mestre em Direito pelo UNICESUMAR - Centro Universitário de Maringá (2015). Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná (2014). Discente do curso de Pós-graduação *latu sensu* em Direito Civil, Processo Civil e Direito do Trabalho pelo UNICESUMAR - Centro Universitário de Maringá. Graduada em Direito pelo UNICESUMAR - Centro Universitário Cesumar (2012). Auxiliar de Justiça no Juizado Especial da Comarca de Campo Mourão/PR. Advogada.

² Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (1986), mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1997), doutorado em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2002) e pós-doutorado pela Universidade de Lisboa, em Portugal (2013). Atualmente é professora associada da graduação, na Universidade Estadual de Maringá e professora, da graduação e do mestrado, no Centro Universitário de Maringá. Tem experiência na área de Direito Civil, atuando principalmente nos seguintes temas: guarda compartilhada, responsabilidade civil do médico, adoção internacional, direito de família e responsabilidade civil, novos direitos e direitos fundamentais.

Abstract: The right to family planning, enshrined in the Federal Constitution of 1988 in its art. 226, §7, may be exercised in a free manner, provided that the principles of the dignity of the human person and of responsible parenting are observed by the owner at the same time. In recent years, as a means of realizing this right, assisted human reproduction techniques have played a fundamental role in combating the infertility and sterility of some people. Nowadays, a procedure specially used in artificial procreation is the Pre-implantation Genetic Diagnosis that allows a previous analysis of the characteristics of the embryo and its viability. In addition, this genetic test made possible the creation of the so-called "baby-medicinal" technique, which consists in the selection of embryos for therapeutic purposes, that is, in the choice of embryos that are disease-free and that present genetic compatibility with a sibling already born, as a way of providing the treatment of a disease that already affects it. However, this procedure generates numerous ethical discussions about its lawfulness, as well as whether or not the idealizing couple is acting according to the principles of responsible parenthood and the dignity of the human person. In this way, it is essential to analyze the said technique from the perspective of the baby-born medicine, and to verify if his personality rights are respected.

Keywords: Assisted human reproduction. Pre-implantation genetic diagnosis. Baby-medication. Responsible parenting. Dignity of human person.

1 INTRODUÇÃO

Com o avanço da biotecnologia, as técnicas de reprodução humana assistida se tornaram ainda mais eficazes, possibilitando a qualquer pessoa concretizar o seu projeto parental quando apresentasse esterilidade ou tivesse uma orientação sexual que não permitisse a reprodução de forma natural.

Além disso, o desenvolvimento das técnicas de procriação artificial também possibilitou a manipulação genética dos embriões por meio do diagnóstico genético pré-implantacional. Este procedimento é capaz de analisar a viabilidade de um embrião, ou seja, se o mesmo se desenvolverá de forma saudável, assim como de verificar a compatibilidade genética deste com a de um irmão já nascido, acometido de uma doença, o qual necessita de um doador compatível.

Atualmente, o diagnóstico genético pré-implantacional permite aos casais, na tentativa de encontrar uma cura para a doença de um filho já nascido, que se submetam à técnica de reprodução humana assistida, em especial a fertilização *in vitro*, para dar origem a um embrião que seja livre de doença genética e, ao mesmo tempo, compatível com o filho enfermo, a fim de possibilitar o tratamento da moléstia, seja por transplante de medula óssea ou por utilização das células do cordão umbilical.

Contudo, a partir deste procedimento surgem algumas questões éticas que devem ser discutidas não só na bioética, mas também na seara do Direito. Afinal, o espírito altruísta de salvar a vida de uma pessoa já nascida (o filho acometido de uma doença), pode acabar gerando um desrespeito à personalidade do bebê-medicamento nascido, e até mesmo desencadear a prática da eugenia.

Salienta-se que o diagnóstico genético pré-implantacional está previsto pela Resolução n. 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, sendo proibido, porém, para a sexagem ou qualquer outra característica biológica do filho.³

Algumas questões controvertidas devem ser analisadas, tais como: pode-se afirmar que é ético nascer com características genéticas já pré-determinadas? O bebê medicamento seria um instrumento e não um fim em si mesmo? É um procedimento que coisifica a vida humana? Quantas potencialidades de vidas seriam necessárias para a efetividade da técnica? O bebê- medicamento teria a sua dignidade preservada em todas as etapas da sua vida, desde a sua manipulação até um possível transplante de células ou órgãos, por exemplo?

Nesse sentido, este trabalho científico tem por intuito analisar quais são os limites para a manipulação do embrião humano, mesmo que seja em prol do exercício reprodutivo ou de realização do projeto parental.

Por fim, foi utilizado neste trabalho científico o método teórico que consiste na pesquisa de obras e artigos de periódicos especializados que tratam do assunto.

2 DO DIREITO À REALIZAÇÃO DO PLANEJAMENTO FAMILIAR

O planejamento familiar é um direito assegurado pelo § 7º do art. 226 da Constituição Federal e deve ser realizado com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e da parentalidade responsável.

Trata-se, portanto, do direito das pessoas de procriar ou não, isto é, o direito de não ter filhos, ou o direito de concretizar a parentalidade (ROSA, 2013, p. 75).

Por sua vez, coube à Lei n. 9.263/2006 regulamentar o planejamento familiar prevendo, no art. 9º, a possibilidade de utilização das técnicas de reprodução humana

³ CFM, Conselho Federal de Medicina. *Resolução CFM n. 2.168/2017*. 2017. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acesso em: 24 nov. 2018.

assistida para sua efetivação, enquanto que o Código Civil, no § 2º do art. 1.565, apenas disciplinou o assunto em relação à presunção da paternidade.

As técnicas de reprodução humana assistida consistem no “conjunto de técnicas que favorecem a fecundação humana, a partir da manipulação de gametas e embriões, objetivando principalmente combater a infertilidade e propiciar o nascimento de uma nova vida humana” (RODRIGUES JR.; BORGES, 2008, p. 228).

Dentre as técnicas mais utilizadas de procriação artificial estão a inseminação artificial e a fertilização *in vitro*.

A primeira trata da utilização de recursos mecânicos para promover a introdução do sêmen no útero feminino. Já a segunda, verifica-se quando há a manipulação, *in vitro*, dos gametas masculino e feminino para formação do embrião, que será transferido posteriormente ao útero materno (BARBOZA, 2004, p. 225).

A técnica será homóloga quando o material genético utilizado for do casal idealizador do projeto parental, e heteróloga, se for realizada com o material genético de um terceiro, alheio ao casal (SILVA, 2002, p. 54).

Essas técnicas são utilizadas por pessoas que apresentam problemas de esterilidade, infertilidade ou por mera opção. A esterilidade é considerada o estado em que a gravidez não ocorre, ou seja, caracteriza-se pela incapacidade definitiva de conceber (MACHADO, 2009, p. 20). Já a infertilidade é atribuída àquele casal em que ocorre a fecundação, mas o produto dessa concepção não é viável (SCALQUETTE, 2010, p. 61). Ambas caracterizam-se pela incapacidade de ter filhos.

Apesar de inúmeros projetos de lei acerca da reprodução humana assistida estarem tramitando no Congresso Nacional, até o momento nenhuma lei foi aprovada para regulamentar o seu emprego. Um caso excepcional é a Resolução n. 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, que dispõe acerca de normas éticas e administrativas para os profissionais da área da saúde (ROSA; CARDIN, 2012).

Trata-se de tema controverso e de extrema importância em decorrência das consequências que podem acarretar a utilização dessas técnicas, visto a liberdade que o casal possui na realização do seu projeto parental.

O surgimento do diagnóstico genético pré-implantacional, por exemplo, deu ensejo à possibilidade da criação do bebê-medicamento, com o intuito de salvar a vida de outro ente

familiar, como, por exemplo, um irmão mais velho que seja portador de uma doença que possa ser tratada por um transplante de células-tronco ou de sangue.

A própria Resolução n. 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina permite a tipagem do sistema HLA (*Human Leukocyte Antigens*) do embrião visando a seleção de embriões HLA-compatíveis com algum outro filho do casal afetado por alguma doença que tenha tratamento por meio de transplante de células-tronco ou de órgãos.

Portanto, é cada dia mais frequente ouvir histórias de crianças que foram selecionadas geneticamente para serem compatíveis com outra criança já nascida, portadora de uma doença que pode ser tratada por meio de um transplante de medula óssea ou de órgãos. Mas será que esse procedimento é eticamente correto? Como pensaria o bebê estepe? Deixaria de ser um fim em si mesmo?

3 DO EXERCÍCIO DA PARENTALIDADE RESPONSÁVEL QUANDO DA UTILIZAÇÃO DO BEBÊ-MEDICAMENTO

A parentalidade⁴ responsável é um princípio constitucional assegurado no § 7º do art. 227 da Constituição Federal,⁵ nos arts. 3º e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente,⁶ e no inciso IV do art. 1.566 do Código Civil.⁷

Pode ser conceituada como a obrigação que os pais têm de prover a assistência moral, afetiva, intelectual, material, espiritual e de orientar acerca da sexualidade os filhos.

⁴ Ressalta-se que o termo parentalidade não está escrito na Constituição Federal que adota o termo “paternidade responsável”. Contudo, já está solidificado o entendimento na doutrina de que “parentalidade” é mais adequada, frente ao princípio da igualdade dos cônjuges, para designar os deveres de ambos os pais no cuidado com a prole.

⁵ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 7º – Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

⁶ Lei 8.069/90: Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

⁷ Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

[..]

IV – sustento, guarda e educação dos filhos;

O direito ao livre exercício do planejamento familiar deve necessariamente estar associado à dignidade da pessoa humana e à parentalidade responsável, pois a decisão de ter filhos importa em uma série de responsabilidades para com esta criança, que, por ser pessoa em desenvolvimento e em razão de sua fragilidade e dependência, possui uma condição especial de vulnerabilidade (SIERRA; MESQUITA, 2006).

Desta forma, a Constituição Federal de 1988, ao estabelecer como limite do planejamento familiar o princípio da dignidade da pessoa humana, transforma, não só a estrutura familiar, que passa a ser centrada nos vínculos da afetividade (MADALENO, 2007, p. 116), mas também o exercício de seu planejamento, que deve estar atrelado à ideia de responsabilidade e em uma nova perspectiva de coesão do grupo familiar e de bem-estar de todos.

Portanto, qualquer cidadão, independente do seu estado civil ou da sua orientação sexual, tem o direito de realizar o seu projeto parental de forma livre, ou seja, escolher o número de filhos que deseja ter, optar pelas técnicas de reprodução humana assistida, ainda que não seja estéril ou infértil, e de como será exercida sua parentalidade, bastando que essa decisão seja responsável, no sentido de proteger os direitos da personalidade da criança (ROSA, 2013, p. 82).

O próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu o planejamento familiar como um direito individual que está inserido na autonomia do casal e fundamentado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da parentalidade responsável.⁸

⁸ “(...) A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como ‘direito ao planejamento familiar’, fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da ‘dignidade da pessoa humana’ e da ‘paternidade responsável’. (...) A opção do casal por um processo *in vitro* de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou *in vitro*. De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à ‘liberdade’ (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF). Mais exatamente, planejamento familiar que, ‘fruto da livre decisão do casal’, é ‘fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável’ (§ 7º desse emblemático artigo constitucional de nº 226). O recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidificação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. Não existe tal dever (inciso II do art. 5º da CF), porque incompatível com o próprio instituto do ‘planejamento familiar’ na citada perspectiva da ‘paternidade responsável’. Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5º da Constituição. Para que ao embrião *in vitro* fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.510. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 29 de maio de 2008)

E ainda, reconheceu que a escolha pelas técnicas de reprodução humana assistida na realização do projeto parental não importa no dever de ter que implantar todos os óvulos fecundados, visto que há uma incompatibilidade com o próprio direito ao planejamento familiar, principalmente na perspectiva da parentalidade responsável (STF, 2008).

Na utilização das técnicas de reprodução humana assistida, igualmente, o casal deve exercer a parentalidade responsável. Frente às inúmeras técnicas de procriação artificial, o tema causa polêmica, pois alguns métodos já são declarados pela doutrina como contrários ao exercício da parentalidade responsável, como, por exemplo, a seleção de embriões com finalidades eugênicas na escolha de atributos físicos; a aplicação da redução embrionária, bem como a supressão da filiação por meio da monoparentalidade, em caso da inseminação *post mortem* (ROSA; CARDIN, 2012).

Enquanto isso, quanto à utilização do diagnóstico pré-implantacional para a seleção de embriões com fins terapêuticos, ou seja, que sejam geneticamente compatíveis com um filho que tenha uma doença da qual necessita de um tratamento por meio de transplante de células-tronco ou de órgãos, há uma grande divergência doutrinária se esta seria ou não uma técnica de parentalidade responsável.

4 DA UTILIZAÇÃO DO DIAGNÓSTICO PRÉ-IMPLANTACIONAL PARA A CONCRETIZAÇÃO DO BEBÊ MEDICAMENTO

O diagnóstico pré-implantacional é um exame de alta tecnologia que pode auxiliar os casais que são portadores de doenças genéticas a ter filhos saudáveis. Neste procedimento são utilizadas técnicas moleculares ou de citogenética molecular durante a fertilização *in vitro* com o objetivo de selecionar embriões saudáveis para serem transferidos ao útero materno (MARTINHAGO; OLIVEIRA, 2010, p. 333).

Na fertilização *in vitro* são obtidos vários embriões, dos quais são retirados um ou dois blastômeros, por meio da biópsia embrionária. Depois, realiza-se uma análise do material genético dessas células para transferir somente os embriões livres das alterações investigadas (VASCONCELOS, 2006, p. 22).

Atualmente a lista de doenças que podem ser afastadas com o exame é extensa, sendo ampliada a cada dia (CARDIN; WINCKLER).

Verifica-se que a Resolução n. 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina autoriza a realização do diagnóstico genético pré-implantacional para fins de prevenção ou tratamento de doenças.

Acerca do tema, Oliveira (1996, p. 191) atenta que:

(...) a testagem embrionária, fetal e pós-natal caso a caso, configura-se como um direito individual, da mulher, do homem, do casal, pois ninguém poderá obrigar outrem a arcar com os custos emocionais e financeiros da responsabilidade por uma criança incapacitada para a vida autônoma e de boa qualidade. É justo e é ético que as pessoas tenham o direito de decidir se querem ou não ter uma criança com problemas, uma vez que quase sempre os cuidados com a criança constituem uma tarefa só da mãe – e nisso as mulheres estão totalmente desamparadas pelo pai da criança e pela sociedade.

Inferese que também é permitida a realização do procedimento em caso de seleção de tipagem do sistema HLA do embrião para seleção de HLA compatíveis com um filho do casal afetado por alguma doença, cujo tratamento efetivo se dá por meio do transplante de células-tronco ou de órgãos (CFM, 2015).⁹

Portanto, a partir do diagnóstico pré-implantatório, tem-se a possibilidade de uma manipulação genética no intuito de realizar o chamado bebê-medicamento, isto é, a seleção de embriões com finalidade terapêutica (CHAO, 2010).

Recentemente no Brasil foi notícia o caso da Maria Clara, a primeira criança gerada a partir de um zigoto selecionado livre de doença genética e compatível de transplante com sua irmã Maria Vitória, portadora da doença de talassemia maior, tendo que se submeter a uma transfusão de sangue a cada vinte dias, pois a enfermidade fazia com que seus glóbulos vermelhos fossem mais fracos, deixando-a anêmica.¹⁰

Por se tratar de uma doença genética, os médicos entenderam que era necessária a seleção de embriões fecundados *in vitro*, na medida em que, pelo fato de o casal apresentar genes da doença, em uma média de dez zigotos do casal, apenas dois seriam livres da moléstia. Por este motivo, sem o diagnóstico genético pré-implantacional, dificilmente alcançaria o resultado pretendido.

⁹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM n. 2.168/2017*. 2017. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acesso em: 24 nov. 2018.

¹⁰ “Criança selecionada geneticamente doa medula e cura doença de irmã: Maria Clara passou por processo para evitar que tivesse talassemia, doença genética é tratada com transplante de medula óssea”. Disponível em: <<http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2013/04/crianca-selecionada-geneticamente-doa-medula-e-curadoenca-da-irma.html>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

Assim, de dez embriões fecundados, oito deram origem a bebês doentes e, portanto, foram descartados, enquanto que os outros dois livres da moléstia foram implantados no útero da mãe, sendo que somente um deles conseguiu vingar, dando origem à gestação de Maria Clara.¹¹

O primeiro bebê medicamento nasceu na França em 26 de janeiro de 2004, sendo um procedimento autorizado pela lei bioética local. Houve a seleção genética no intuito de salvar um de seus irmãos que sofria de uma grave doença. Os pais, de origem turca, tiveram o bebê por meio de uma fertilização *in vitro*, depois de realizado um duplo diagnóstico genético pré-implantacional que permitiu verificar se o embrião estava livre da doença genética de sangue (talassemia), que foi passado aos primeiros filhos do casal, bem como a compatibilidade genética com os irmãos mais velhos.¹²

Na comunidade internacional, verifica-se a ocorrência da prática nos Estados Unidos, na Bélgica e também na Espanha.¹³ Entretanto, seria possível afirmar que o procedimento de seleção de embriões com finalidades terapêuticas respeita os princípios constitucionais, especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana?

Habermas (2004, p. 29), diante do diagnóstico pré-implantacional, tece algumas indagações quanto a esse respeito:

À aplicação da técnica de pré-implantação vincula-se a seguinte questão normativa: É compatível com a dignidade humana ser gerado mediante ressalva e, somente após um exame genético, ser considerado digno de uma existência e de um desenvolvimento? Podemos dispor livremente da vida humana para fins de seleção? Uma questão semelhante se faz quanto ao aspecto do “consumo” de embriões (inclusive a partir das próprias células somáticas) para suprir a vaga esperança de um dia poder-se produzir e enxertar tecidos transplantáveis, sem ter de enfrentar o problema de transpor as barreiras da rejeição a células estranhas.

De certa forma não se estaria promovendo uma forma de eugenia, e ao mesmo tempo um controle de qualidade de embriões humanos, ensejando um processo de substituição da reprodução espontânea pela fertilização *in vitro*, no intuito de selecionar características

¹¹ “Criança selecionada geneticamente doa medula e cura doença de irmã: Maria Clara passou por processo para evitar que tivesse talassemia, doença genética é tratada com transplante de medula óssea”. Disponível em: <<http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2013/04/crianca-selecionada-geneticamente-doa-medula-e-curadoenca-da-irma.html>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

¹² “Bebê-medicamento” nasceu na França: especialistas consideram Umut-Talha como criança da dupla esperança. Disponível em: <<http://www.cienciahoje.pt/index.php?oid=47331&op=all>>. Acesso em: 2 set. 2018.

¹³ *Ibid.*

específicas de indivíduos, ou para eliminar pessoas defeituosas? (CLOTET; FEIJÓ; OLIVEIRA, 2005, p. 168).

É fato que a seleção de embriões sem critérios pré-estabelecidos pode ocasionar a “rampa escorregadia”,¹⁴ termo utilizado pelos doutrinadores para dizer que essa técnica sem a devida regulamentação permite a prática de eugenia, ou seja, a escolha de características físicas, o sexo etc., sem que isto esteja vinculado à uma finalidade terapêutica ou preventiva.

Só o Estado pode estabelecer um controle para a realização da reprodução humana assistida, permitindo assim a realização do planejamento familiar e ao mesmo tempo primando pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Contudo, em face da inércia do poder legislativo, a discussão e a reflexão jurídica são necessárias a fim de se encontrar paradigmas e soluções em caso de eventuais conflitos.

Diante disso, deve-se recorrer ao princípio da dignidade da pessoa humana, epicentro normativo e axiológico do ordenamento jurídico, para tentar propiciar uma proteção especial à criança oriunda destes métodos. Assim como para o embrião, pois ainda que não lhe seja conferida a especial proteção que a legislação civilista prevê ao nascituro, carrega a potencialidade da vida humana e, por sua vulnerabilidade, deve ser tutelado, ainda que minimamente, diante da autonomia arrazoada dos genitores e da evolução desmedida das pesquisas científicas (ROSA; GUERRA, 2013).

5 DAS DUAS FACES DO BEBÊ-MEDICAMENTO

O ser humano, independente de sua fase de desenvolvimento, sempre deverá ter um fim em si próprio. “A pessoa humana, qualquer que seja o modo pelo qual foi concebida, não pode ser considerada um meio para a satisfação de um fim” (AGUIAR, 2005, p. 90). Neste sentido, a seleção de embrião com finalidade terapêutica é questionada, ou seja, o bebê-medicamento não resultaria em uma coisificação da própria vida humana, consistindo a criança oriunda deste procedimento em um instrumento para salvar a vida do irmão.

¹⁴ A expressão “rampa escorregadia” é utilizada no sentido de que uma vez ultrapassado um limite, a sociedade é incapaz de impedir o rompimento de outras barreiras. (SARMENTO; PIOVESAN. *Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 201)

A ciência e a medicina só poderão ser utilizadas para a promoção contínua do bem-estar, da saúde e da dignidade dos seres humanos envolvidos nessas técnicas, independente da etapa de seu desenvolvimento.

De acordo com Leite (2002, p. 267) as técnicas científicas de um modo geral são eticamente válidas se realizadas em benefício e respeito ao ser humano, desde a fase embrionária até a fase adulta. Isto é, quando condizentes com os preceitos jurídicos e bioéticos que visam proteger a dignidade da pessoa humana e os direitos que lhe são inerentes (ESTÁFANI, 1998, p. 18).

Em recente pesquisa acerca das divergências doutrinárias sobre o tema, Restrepo (2012) apresenta duas faces do bebê-medicamento. Em seu estudo, verificou-se que, dentre as referências encontradas, a maioria dos autores da biomedicina e da medicina considerou a técnica lícita e válida.

A visão favorável defende que “no se hace daño a nadie y hay un imperativo ético que es salvar una vida y que es preferible al aborto”¹⁵ (ibid., p. 301).

Os principais argumentos favoráveis são: a técnica é melhor, pois caso a concepção de modo natural não resulte na compatibilidade genética entre o feto e o irmão, a gravidez pode resultar em um aborto; deve ser respeitada a autonomia dos pais e a sua liberdade reprodutiva; possibilita a salvação de uma vida, por isso é eticamente válido; não se causa um dano, pelo contrário, está se fazendo um bem para uma vida e para toda uma família; permite uma forma de tratamento mais fácil para o irmão enfermo, na medida em que, na maioria das vezes, são utilizadas células do cordão umbilical, sem precisar do transplante de medula óssea, o que é menos invasivo para o próprio bebê-medicamento (ibid., p. 307-308).

Por outro lado, a posição contrária ao bebê medicamento afirma que “se está haciendo un trato inadecuado contra la mujer por someterla a un procedimiento complejo, poco eficiente y peligroso, y por otro lado, una discriminación con los embriones, al rechazar muchos sanos por no ser compatibles”¹⁶ (ibid., p. 302).

Os principais argumentos contrários são: a técnica não é ética, pois utiliza o diagnóstico genético pré-implantacional para selecionar vidas e discriminar embriões

¹⁵ Tradução livre: “nenhum dano é feito a ninguém e há um imperativo ético que é salvar uma vida e que é preferível ao aborto”.

¹⁶ Tradução livre: “tratamento inadequado está sendo feito contra as mulheres por se submeterem a um procedimento complexo, ineficiente e perigoso, e, por outro lado, discriminação com embriões, rejeitando muitos saudáveis porque eles não são compatíveis”.

saudáveis, na medida em que se deve escolher somente aquele que for compatível geneticamente; a técnica enseja na fecundação de um número maior de embriões, e consequentemente no maior descarte, pois a chance de causar dano ao embrião com a realização do diagnóstico genético pré-implantacional é muito grande; coloca-se em risco a saúde da mãe submetida à estimulação ovárica; a técnica apresenta baixa eficácia, visto o grande descarte de embriões saudáveis para conseguir encontrar aquele que seja, além de saudável, compatível geneticamente; atenta contra a diversidade genética; por fim, em relação ao bebê nascido, os problemas psicológicos que a técnica pode lhe acarretar no futuro (RESTREPO, 2012, p. 310).

Infere-se que as críticas contra o procedimento são inúmeras. Há ainda quem defenda que este nascimento instrumentaliza o ser humano (D'ORNELLAS, 2011), na medida em que a criança (bebê-medicamento) não nasce pelo que ela mesma representa, e sim para ajudar o irmão enfermo. Como afirmou Chao (2010, p. 236), os bebês são produzidos para serem utilizados como material biológico destinado a tratar da doença de outra pessoa.

Como solução para não utilizar-se da técnica, os autores contrários ao bebê-medicamento indicam uma especial atenção da medicina e da biomedicina para o tratamento de doenças com as células do sangue do cordão umbilical, criando, para isso, bancos de células tronco (D'ORNELLAS, op. cit. e CHAO, op. cit.).

A partir destas considerações, do ponto de vista do embrião, a técnica coloca em risco a potencialidade de vida de muitos deles. Afinal, a busca até encontrar o embrião que seja livre da doença genética, e ainda compatível com o irmão, pode levar ao descarte de dezenas de embriões igualmente saudáveis. Além disso, o implante do embrião no útero da mãe nem sempre pode resultar no nascimento da criança, por conta de inúmeros fatores biológicos.

Contudo, dizer que a criança nascida seria considerada um instrumento, um “meio para um fim”, não carrega, *a fortiori*, imoralidade. Neste sentido explica Nguyen (2011, p. 4):

Existem várias outras (talvez menos benignas) razões existentes para se querer ter um filho. Isto inclui “completar uma família”, prover uma companhia para um outro filho, agradar avós, melhorar um casamento, os benefícios financeiros e psicológicos que um filho adulto proporciona aos seus pais envelhecidos, o preenchimento de quartos de uma nova casa comprada, e até mesmo produzir um herdeiro. Todas essas razões envolvem os pais vendo os seus filhos como meio de uma forma ou de outra, mesmo que não sejam vistos *somente* como meios.

O que importa é que esta criança seja respeitada como ser humano. O que seria imoral e contrário aos princípios da dignidade da pessoa humana e da parentalidade responsável é, após o nascimento de um bebê-medicamento e de ter servido o seu propósito, os pais promoverem o seu abandono (NGUYEN, 2011).

Depreende-se que qualquer cidadão pode recorrer às técnicas de procriação artificial para concretizar o projeto de parentalidade, “desde que o faça de forma responsável, garantindo os direitos fundamentais dos menores” (CARDIN, 2009, p. 6).

Assim, do ponto de vista da criança nascida, pelo fato de a técnica ensejar o seu nascimento, embora, *a priori*, tenha sido almejada para tentar propor a cura para o irmão enfermo, *a fortiori*, os pais exercerão, da mesma forma, as suas responsabilidades parentais para com este novo filho.

Logo, não é uma tarefa fácil para os pais decidirem se devem ou não se submeter a este procedimento como última tentativa para salvar o filho. Também é evidente que a dor da perda de um filho jamais será superada pelo nascimento de outro, pois cada ser humano é único e insubstituível.

Não há como negar que o casal age de acordo com os princípios da afetividade e da solidariedade familiar, pois tratam com prioridade o direito à vida de um filho e à convivência familiar saudável.

Acerca do ambiente familiar saudável, Reis e Pinto (2012, p. 508) explicam que:

O lar é assim, a oficina da construção da personalidade da criança, o atelier em que os pais pintam na tela branca as variadas cores e figuras da existência humana. O sucesso na modelagem da personalidade da criança está relacionado com a sensibilidade e a responsabilidade dos progenitores, sempre voltados para a obtenção dos resultados almejados.

A família é, pois, o instrumento para a realização existencial de todos os seus membros, e para o pleno desenvolvimento de cada um enquanto pessoa humana (GIRARDI, 2005, p. 43). A preocupação com o ente familiar, que sofre de uma doença, quase que incurável, faz com que os pais tomem a atitude de querer ter outro filho, para o próprio bem desta família e almejando não só uma cura, mas, principalmente, a sonhada convivência familiar saudável e feliz.

Destarte, os pais, agindo em nome do dever de cuidado com a prole e da parentalidade responsável, propõem-se a realizar a técnica. O bebê-medicamento, igualmente, deve ser

respeitado como pessoa humana singularmente considerada, e ter assegurado todos os meios saudáveis para o desenvolvimento pleno de sua personalidade por seus pais, da mesma forma que o fazem para o irmão enfermo.

Assim, com base na afetividade, princípio jurídico que alterou substancialmente o foco do direito de família (DIAS, 2007, p. 67), transformando o sentido e a razão de existência das famílias ao terem como essência “a sua comunhão espiritual” (MADALENO, 2007, p. 116), a busca pelo bem-estar de todos os seus membros e a realização da técnica do bebê-medicação, neste viés, é possível afirmar que está de acordo com a parentalidade responsável e com o princípio da dignidade da pessoa humana.

6 CONCLUSÃO

A evolução da biotecnologia possibilitou a qualquer pessoa concretizar o seu projeto parental por meio das técnicas de reprodução humana assistida, quando estas apresentassem esterilidade ou tivessem uma orientação sexual que não permitisse a reprodução de forma natural.

Surgiu ainda um procedimento, denominado de diagnóstico genético pré-implantacional, em que ocorre a manipulação genética de embriões, capaz de analisar a viabilidade dos mesmos, ou seja, se serão saudáveis, assim como verificar a compatibilidade genética de cada um com a de um irmão já nascido, acometido de uma doença, o qual necessita de um doador compatível para possibilitar o tratamento da moléstia, seja por transplante de medula óssea ou por utilização das células do cordão umbilical.

Contudo, a partir deste procedimento surgiram algumas questões éticas que devem ser discutidas não só no âmbito da bioética, mas também na seara do direito. Afinal, o espírito altruísta de salvar a vida de uma pessoa já nascida pode acabar gerando um desrespeito à personalidade do bebê-medicação nascido, e até mesmo desencadear a prática da eugenia.

Não há lei em nosso ordenamento jurídico que discipline o diagnóstico genético pré-implantacional, apenas a Resolução n. 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, que o permite para a utilização em transplante de um irmão em relação ao outro. Contudo, para a

sexagem ou qualquer outra característica biológica de um filho, este procedimento é proibido.¹⁷

Há algumas questões controvertidas, como por exemplo: ser o procedimento ou não ético? Se o irmão bebê medicamento for desejado pelo casal e for tratado com dignidade quando do transplante, estará sendo seguido o que preceitua a nossa Constituição Federal que é a concretização do projeto parental atrelado ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao exercício da parentalidade responsável. E na hipótese de nascer com características genéticas já pré-determinadas, deve se levar em consideração o fim altruísta e humanitário daquele que nascerá para salvar alguém, promovendo o bem-estar, a saúde e a dignidade do irmão mais velho.

O que importa é que esta criança seja respeitada como ser humano. O que seria imoral e contrário aos princípios da dignidade da pessoa humana e da parentalidade responsável é que, após o nascimento de um bebê-medicamento, este fosse abandonado a sua própria sorte, depois de ter sido utilizado para o propósito pelo qual foi criado.

Pode-se afirmar, a partir de uma análise *a fortiori*, que o bebê-medicamento não é imoral, afinal, é a última tentativa de cura para um filho já nascido pelos pais que optam por tal procedimento com fundamento nos princípios da afetividade, da solidariedade familiar e principalmente no exercício da parentalidade responsável.

Portanto, sendo a família o reduto de realização de todos os seus membros, bem como de desenvolvimento de cada um deles enquanto pessoa humana, pode-se afirmar que a preocupação com um ente familiar de tenra idade, que sofre de uma doença, quase que incurável, faz com que os pais tomem a atitude de querer ter outro filho para o próprio bem desta família, almejando não só a cura, mas, principalmente, a sonhada convivência familiar saudável e feliz.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e Bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

¹⁷ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM n. 2.168/2017*. 2017. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acesso em: 24 nov. 2018.

ALMEIDA, Maria Christina de. Filhos de Reprodução Assistida. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução assistida e o novo Código Civil. In: FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Bioética, Biodireito e o novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.510. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 29 de maio de 2008.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. Do planejamento familiar e da paternidade responsável na reprodução assistida. In: Congresso Nacional do CONPEDI, 18., 2009, São Paulo. *Estado, globalização e soberania: o Direito do século XXI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

_____; ROSA, Letícia Carla Baptista. Da realização do projeto homoparental por meio da utilização da reprodução humana assistida. In: Encontro Nacional do CONPEDI, 21., 2012, Uberlândia.

CLOTET, Joaquim; FEIJÓ, Anamaria; OLIVEIRA, Marília Gerhardt de. (Orgs.). *Bioética: uma visão panorâmica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM n. 2.168/2017*. 2017. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acesso em: 24 nov. 2018.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ESTÁFANI, Rafael Junquera de. *Reproducción asistida, filosofía ética y filosofía jurídica*. Madrid: Tecnos, 1998.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. *Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização*. Curitiba: Juruá, 2011.

GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

LEITE, Eduardo de Oliveira. El Derecho Y La Bioética: estado actual de las cuestiones en brasil. *Acta Bioeth*, v. 8, n. 2, p. 263-282, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.cl/pdf/abioeth/v8n2/art08.pdf>> Acesso: 21 jan. 2019.

MACHADO, Maria Helena. *Reprodução assistida: aspectos éticos e jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2009.

MADALENO, Rolf. *Repensando o Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MARTINHAGO, Ciro Dresch; OLIVEIRA, Mariana Angelozzi de; OLIVEIRA, Ricardo M. de. Diagnóstico genético pré-implantacional. In: DZIK, Artur; PEREIRA, Dirceu Henrique Mendes; CAVAGNA, Mario et al. (Ed.). *Tratado de reprodução assistida*. São Paulo: Segmento Farma, 2010. p. 333.

OLIVEIRA, Maria de Fátima. Expectativas, falências e poderes da Medicina da procriação: gênero, racismo e bioética. In: SCAVONE, Lucila (Org.). *Tecnologias reprodutivas: gênero e ciência*. São Paulo: UNESP, 1996.

REIS, Clayton; PINTO, Simone Xander. O Abandono Afetivo do Filho como Violação dos Direitos da Personalidade. *Rev. Jurídica Cesumar – Mestrado*, v. 12, n. 2, p. 503-523, jul./dez. 2012.

RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson Rodrigues; BORGES, Janice Silveira. Alteração da vontade na utilização das técnicas de reprodução assistida. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey: Mandamentos, 2008.

ROSA, Letícia Carla Baptista. *Da vulnerabilidade da criança oriunda da reprodução humana assistida quando da realização do projeto homoparental*. 2013. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas)–Centro Universitário de Maringá, Maringá, 2013.

_____; GUERRA, Marcela Gorete Rosa Maia. Da prática da eugenia na pós-modernidade em decorrência da utilização da reprodução humana assistida na realização do projeto parental. In: *CONPEDI/UNINOVE: Biodireito*. Florianópolis: FUNJAB, 2013. Disponível

em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=16caa09647d36d0c>> Acesso: 31 jan. 2019.

SCALQUETTE, Ana Cláudia S. *Estatuto da reprodução assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SIERRA, V.M.; MESQUITA, W.A. Vulnerabilidades e fatores de risco na vida de crianças e adolescentes. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 20, n. 1, p. 148-155, jan./mar. 2006.

SILVA, Reinaldo Pereira e. *Introdução ao biodireito: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana*. São Paulo: LTr, 2002.

VASCONCELOS, Cristiane Beuren. *A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia*. São Paulo: Atlas, 2006.

A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS À LUZ DO PARADIGMA
NEOCONSTITUCIONAL

*THE EFFECTIVENESS OF SOCIAL RIGHTS THROUGH THE LENS OF A
NEOCONSTITUTIONAL PERSPECTIVE*

António Luís Silva Baptista;¹

Carolina de Freitas e Silva.²

Resumo: Trata-se de um breve estudo sobre a posição ocupada pelos direitos sociais, no quadro mais geral dos direitos fundamentais, à luz das experiências de “constitucionalização” das ordens jurídicas e do paradigma neoconstitucional. Esta teoria e prática vêm demandando uma postura mais proativa dos intérpretes da Constituição, particularmente dos juízes, em sede de controle da constitucionalidade, contra as ações e omissões inconstitucionais do poder político. O principal objetivo deste estudo é o de, a partir de uma análise de natureza jurídico-conceitual, apresentar e analisar criticamente as teses que foram propostas para, em contextos de crise econômica – como a que o Brasil presentemente vive –, desafiar a jusfundamentalidade dos direitos sociais e o seu caráter juridicamente vinculante. Conclui-se que todos os argumentos que buscam diferenciar os direitos sociais dos demais direitos fundamentais se mostram inválidos ou frágeis e que, por isso, uma Constituição só será suprema se todo o seu conteúdo for entendido como juridicamente vinculante.

Palavras-chave: Direitos sociais. Neoconstitucionalismo. Controle de constitucionalidade. Democracia. Crise.

Abstract: This is a brief study concerning the position of social rights within the larger framework of fundamental rights, conducted in light of the recent experiences of “constitutionalization” of legal orders. This is done through the lens of a neo-constitutional

¹ Graduou-se em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (2006), obteve o grau de Mestre em Política Comparada pelo Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa (2009), doutorou-se em Teoria Política pela Universidade de Lisboa (2013). É Pós-Doutor pela Universidade de São Paulo (2014-2016) e investigador do Grupo de Teoria Política do Centro de Ética, Política e Sociedade da Universidade do Minho, Portugal. Tem experiência acadêmica na área da Ciência Política, com ênfase em Teoria Política.

² Em 2018 concluiu o Doutoramento em Direitos Sociais na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Em 2016, concluiu o curso de Pós-Graduação em Práticas Forenses na Faculdade de Direito da Universidade Autónoma de Lisboa. Em 2011 concluiu o Mestrado em Direito do Trabalho na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Em 2008 concluiu a Graduação em Direito nas Faculdades Integradas Barros Melo, em Pernambuco, Brasil. Tem experiência em diversas áreas do Direito, no Brasil e em Portugal, com ênfase em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho. Exerce a advocacia em Portugal e é Investigadora Integrada Doutorada do Centro de Investigação e Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS) da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

paradigm, which demands a more “proactive” stance from constitutional interpreters. This is particularly true of judges when performing the judicial review of both actions and omissions by political officials. The main goal will be that of, by means of a conceptual analysis, both expounding and critically analyzing the claims that are pervasively proposed during economic crises – as the one Brazil is currently experiencing – so as to challenge the juridically binding character and fundamentality of social rights. All arguments that seek to establish a radical differentiation between social and other fundamental rights are shown to be either invalid or frail. Finally, it is asserted that a Constitution can only be the paramount law if all of its content is understood as juridically binding.

Keywords: Social rights. Neoconstitutionalism. Judicial review. Democracy. Crisis.

1 INTRODUÇÃO

Em tempos de crise e de grave austeridade no controle das contas públicas como os vividos até bem recentemente por muitas nações europeias, sobretudo as do sul da Europa, os discursos em torno das diferenças entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, no sentido de desvalorizar a jusfundamentalidade destes últimos, reaparecem e tendem a se tornar preponderantes. Esses discursos servem para justificar certas opções políticas, normalmente relacionadas à redução do tamanho e do peso do Estado na sociedade e com o desinvestimento em políticas que concretizam ou realizam determinados princípios, valores constitucionais e direitos fundamentais no âmbito social.

O principal argumento lançado nessa tentativa de “refundação” do Estado Social Europeu é o de que a crise requer uma política exigente e permanente de contenção de despesas, uma reestruturação do Estado e uma “racionalidade” no gasto público. Implicitamente (e por vezes explicitamente) a este argumento está subjacente uma teoria social e filosófico-constitucional segundo a qual as constituições contemporâneas encerram, no seu seio, dois tipos de disposições jurídicas fundamentais, dois tipos de direitos, e, respectivamente, dois tipos de validades jurídicas. Se aos direitos tidos por “de liberdade” corresponderia uma máxima força, uma validade jurídica universal e transhistórica, intocável pelos circunstancialismos econômicos e sociais, aos outros direitos, os “sociais”, estaria reservada uma espécie de validade e força constitucionais de segunda ordem, contingentes e variáveis, que seriam imediatamente suspensas em caso de superveniência de eventos como as crises.

Como pressupostos desta teoria implícita, e reforçando-a, surgem, entre outras, as seguintes teses de natureza pretensamente técnico-jurídica: a) a da indeterminabilidade dos

direitos sociais, cabendo ao legislador e aos governos a sua realização de acordo com as suas agendas políticas; b) a de que os direitos sociais exigem uma atuação positiva do Estado, diferentemente dos outros direitos fundamentais que exigiriam apenas uma atitude de abstenção; c) a de que, tratando-se de direitos “positivos”, e ao contrário daquilo que acontece com os chamados direitos de liberdade, os direitos sociais implicariam gastos e, por isso, a sua realização estaria dependente da observância do princípio da “reserva do financeiramente possível”; d) a de que aos juízes faltaria tanto a competência técnica quanto a legitimidade democrática, necessárias para avaliar e julgar, contra a opinião do legislador democraticamente respaldado e dos técnicos especializados, bem como contra as exigências do mercado, normas e decisões respeitantes aos direitos sociais e às “necessárias” reformas econômicas.

É claro que, em um cenário de relativa normalidade política, ou com poucas interferências especulativas do capital financeiro, qualquer medida de diminuição do patamar mínimo civilizacional a que chegaram os países seria bastante impopular e de difícil justificação. Contudo, a generalização do medo nos países periféricos europeus (medo de um Estado insolvente, medo das consequências negativas de saída da zona do Euro e medo de cenários catastróficos caso reajustes econômicos não fossem realizados) gerou um ambiente propício para o surgimento de uma espécie de “direito constitucional da exceção”,³ defendido por alguns autores (RIBEIRO e COUTINHO, 2014), como se a crise produzisse o já referido fenômeno de “suspensão” da Constituição no tocante aos direitos sociais e como se as respectivas condicionantes financeiras devessem gozar sempre de preponderância em detrimento de um constitucionalismo forte e robusto.⁴

³ Para uma análise sociológica e política sobre o uso estratégico das catástrofes ou dos “choques” para implementar e justificar reformas profundas e perniciosas que de outro modo seriam resistidas, ver a obra *A doutrina do choque* (KLEIN, 2008).

⁴ Em Portugal, por exemplo, no período mais duro da austeridade, travou-se uma guerra contra os direitos sociais, na medida em que, objetivamente, os investimentos no setor público reduziram-se a mínimos históricos e foi operada uma verdadeira remodelação do Estado para o mínimo possível. Houve cortes significativos nos gastos em áreas estratégicas, tais como a saúde, a educação, “despesas sociais” (CES, 2013, p. 85 e ss), justificados pela necessidade de reajustamento da economia, pelo controle dos gastos públicos, e tendo efeitos bastante perversos a curtíssimo, a médio e longo prazo. Essas medidas foram impostas à sociedade portuguesa como única alternativa para o enfrentamento da crise e o seu cumprimento foi controlado (durante e após a execução do “memorando de entendimento”) pelos credores do Estado português que, supostamente, “resgataram” o país da insolvência e que compunham a *troika* (Comissão Europeia, Banco Central Europeu e Fundo Monetário Internacional). Também fizeram parte das medidas do governo, levadas a cabo a partir de 2011, a diminuição dos gastos públicos com salários, remunerações, aposentadorias e prestações sociais. As empresas (da iniciativa privada) saíram também bastante privilegiadas com a diminuição com os gastos com o trabalho (ibid., p. 117 e ss). As medidas, além de perversas, foram retroativas, invalidando os princípios mais estruturantes da ordem jurídica portuguesa: o da proibição do retrocesso social, o da igualdade, o da confiança

Se no Brasil, até agora, não tem havido espaço para uma produção de teoria constitucional militantemente mais “enfraquecida” como se observou em Portugal, por exemplo, por outro lado não é despidendo ressaltar que, com a forte chegada da crise econômica que antes grassara na Europa e as alterações políticas posteriores ao afastamento da ex-presidente Dilma Rousseff, o clima intelectual mudou de forma decisiva. A falta de uma “teoria jurídica” forte e explícita não obsteu à realização de reformas econômicas e sociais em detrimento dos direitos sociais mais básicos e, sustentadas em um argumentário similar ao aventado na Europa, não fez, até o momento, com que os tribunais, e o STF em particular, assumissem o papel de “freio” constitucional que lhe caberia. À semelhança também do que ocorreu em Portugal, por exemplo, foram conseguidas, em tempo recorde, alterações legislativas *in pejus* em matérias de direito do trabalho e previdenciário que há apenas alguns anos seriam impensáveis. Até instituições tão solidificadas no país, como a Justiça do Trabalho, estão sendo atualmente colocadas em causa com base em argumentos em tudo similares a alguns dos que foram avançados um pouco por toda a Europa

e o da segurança jurídica. Apenas a título ilustrativo da tábua rasa que foi feita de todas as conquistas sociais refira-se que houve: a perda do 13º e 14º salários dos funcionários públicos e dos aposentados; o aumento da jornada de trabalho dos trabalhadores no serviço público de 35 para 40 horas sem o correspondente acréscimo remuneratório; recorrentes “contribuições extraordinárias de solidariedade”, e a aplicação retroativa de normas mais prejudiciais de cálculo dos valores da aposentadoria. As consequências nefastas de uma política de austeridade e de destruição dos direitos sociais atingiram de forma bastante violenta os desempregados ou subempregados: foram realizados cortes nos valores das prestações sociais para trabalhadores em situação de desemprego e restringido o acesso às mesmas; houve um aumento exponencial de empregos precários e, desde o início da aplicação das medidas de austeridade, houve um aumento do desemprego. Estima-se que, em dezembro de 2014, 81,8% dos desempregados – considerado aqui o número oficial de desempregados, os desempregados ocupados, os inativos desencorajados e ativos migrantes – não tinham acesso a prestações e estavam em situação de desemprego há mais de dois anos. Quanto aos números do desemprego, ter-se-ão destruído, de 2011 até ao 2º semestre de 2013, 463,6 mil postos de trabalho e criado apenas 37,9 mil postos de trabalho; de modo que, somando-se os índices reais de desocupação por falta de oportunidade de emprego e os índices de subemprego, estima-se que o desemprego tenha chegado ao alarmante índice de 29,1% em dezembro de 2014. Dos empregos criados, entre 60 a 66% dos postos de trabalho são altamente precários, sem qualquer garantia de continuidade, e apoiados com fundos públicos. A situação de subemprego que abrangia cerca de 213,9 mil pessoas no 1º trimestre de 2011 chegou a atingir, no 4º trimestre de 2014, a marca dos 251,7 mil (CES, 2015). Com a entrada em funções de um novo executivo para a legislatura 2015-2019, condicionado por um acordo com forças políticas mais à esquerda, e gozando da importante mudança de orientação e de políticas dentro do Banco Central Europeu, a situação foi atenuada, revertendo-se (parcialmente) a austeridade anteriormente praticada (reposição de 13º e 14º, eliminação de uma sobretaxa, retorno das 35 horas semanais, aumento do salário mínimo, entre outras medidas), e gerando-se um ciclo mais positivo na economia, com a contenção do aumento da dívida, a subida substancial do emprego, da demanda interna e do PIB. Ainda assim, a recuperação econômica não conseguiu superar e sanar muitos dos problemas criados pela devastação da crise e das políticas antissociais. Em virtude das alterações provocadas na realidade laboral portuguesa pelas medidas do período da crise e ainda pouco contrariadas, a estrutura do emprego em Portugal modificou-se em um sentido negativo, verificando-se um elevadíssimo índice de precariedade e de baixa qualidade no emprego, enquanto os salários médios tendem a baixar ou a estagnar (id., 2018a e 2018b). Entretanto, neste novo clima, foi de algum modo esquecido (temporariamente) muito do reportório argumentativo contra os direitos fundamentais sociais e a sua proteção constitucional a que aqui se faz referência e se critica.

Mediterrânea. Por fim, a chamada “PEC do fim do mundo” (nº 95/2016) é o exemplo mais acabado e extremo de até onde pode ser levada a lógica interna subjacente às teses que aqui se buscam analisar e criticar.

Entre nós, é certo, existe uma jurisdição constitucional que procura explorar, com erros e acertos, avanços e recuos, todo o conteúdo principiológico e valorativo inscrito na Constituição, ainda que o seu “ativismo judicial” seja alvo de várias críticas – por vezes justificadas. Contudo, e ainda que a “carta cidadã” tenha sido considerada, até aqui, um importante instrumento para a emancipação social, a “imunidade” aparente do Brasil até 2016 às teses e aos pressupostos do “discurso austeritário” aqui criticamente explorados revelou-se afinal puramente ilusória.

O pressuposto que permeia todo o debate aqui encetado é o de que, em um contexto de constitucionalização das ordens jurídicas, ou de neoconstitucionalismo, todo o conteúdo da carta constitucional é composto por verdadeiras normas jurídicas, materialmente vinculantes e conformadoras do poder político (PIOVESAN, 2010, p. 56). E será assim, a menos que o texto das cartas fundamentais seja alterado (formal e materialmente) por maiorias qualificadas ou por verdadeiras revoluções. Ressalte-se que é justamente em circunstâncias de crise que as pessoas estão mais fragilizadas e, por isso mesmo, necessitam de uma maior assistência do Estado. Então, é nessas circunstâncias que a Constituição passa a ser um poderoso instrumento contra o dismantelamento das principais conquistas da luta pelo reconhecimento, expansão e concretização de direitos.

O objetivo do presente artigo é o de operar uma desconstrução analítica e refutação dos argumentos e teses que, de uma forma transversal, podem aparecer nos países de constitucionalismo “forte” com o objetivo de enfraquecer o “poder regulador” da Constituição. Metodologicamente, trata-se de uma análise de natureza conceitual, ancorada em uma perspectiva jurídico-filosófica dos direitos fundamentais e do direito constitucional, que se buscará explanar sucintamente, e que se julga poder enquadrar dentro da categoria algo ampla do chamado movimento “neoconstitucional”.

É, portanto, um exercício fundamentalmente argumentativo, abstrato e jurídico-filosófico – naturalmente, e não obstante ocasionais referências a jurisprudência e os dispositivos constitucionais concretos, retirados da prática portuguesa e brasileira – a razão pela qual não se buscará aqui estudar detalhadamente as especificidades do sistema jurídico brasileiro nem as de qualquer outra ordem jurídica em particular. O que se procurará

averiguar, portanto, e mais abstratamente, é se, e em que medida, será legítimo sustentar, como o fazem algumas teses, a existência de diferenças estruturais entre os direitos ditos “de liberdade” e os direitos sociais e, por outro, questionar se é ou não cabível um controle judicial relativamente ao cumprimento destes últimos ou se essa fiscalização deverá ser diferenciada daquela que é dispensada aos demais direitos.

Antes de entrar no cerne da discussão, na quarta seção, convém, porém, preliminarmente e para melhor compreensão do contexto e marco teórico em que este artigo se move, expor sucintamente aquilo a que se designou por “movimento neoconstitucional” (na seção 2) e as consequências teóricas gerais do mesmo para a teoria constitucional, bem como oferecer algumas considerações iniciais sobre a temática dos direitos sociais (seção 3).

2 O NEOCONSTITUCIONALISMO

À sombra da designação “neoconstitucionalismo”, como faz questão de enfatizar Carlos Bernal Pulido, pretendeu-se abranger tanto o constitucionalismo europeu (a prática constitucional) do pós-guerra, incluindo aí experiências diversas, como as do ativismo judicial da Alemanha e as sentenças aditivas na Itália, como, simultaneamente, as ideias expostas por autores muito diversos, em alguns casos com posições até incompatíveis entre si, acerca do bom modo de entender e interpretar a Constituição e as suas normas (PULIDO, 2007, p. 301). Há quem fale, alternativamente, em “constitucionalização” das ordens jurídicas para, grosso modo, identificar o mesmo fenômeno (GUASTINI, 2003, p. 39).⁵

Esse processo de constitucionalização das modernas ordens jurídicas resultou no reposicionamento das respectivas constituições de Estado para o centro de cada ordenamento jurídico, de modo a que a Carta Fundamental se tornasse o padrão de medida de todas as demais normas, contribuindo para a construção da ideia de um direito “maleável” ou “dúctil”, de que Zagrebelsky fala. A maleabilidade do direito se oporia frontalmente àquela antiga visão positivista de uma ciência jurídica quase mecânica, de aplicação irrefletida de regras,

⁵ Segundo Riccardo Guastini “(...) ‘por constitucionalización de ordenamiento jurídico’ propongo entender un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una constitución extremadamente invasora, entrometida (pervasiva, invadente), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales”. Este é, porém, um conceito gradativo: nenhuma sociedade é completamente constitucionalizada nem muito menos completamente “desconstitucionalizada”(GUASTINI, 2003, p. 39).

cedendo lugar a um direito dos princípios, que se rege pelo pluralismo valorativo e pela ponderação (a “concordância prática” entre esses princípios), e não pela preponderância absoluta de uns em detrimento de outros (ZAGREBELSKY, 2009, p. 109 e ss.).

De fato, esse movimento de constitucionalização das ordens jurídicas e a defesa intransigente da Constituição, dos direitos e princípios que ela encerra, são identificados e justificados por uma teoria chamada de neoconstitucionalista que, por seu turno, aglomera em si variadas concepções para explicar e defender esse novo papel paradigmático da Constituição. Não obstante a polissemia do termo, e levando em conta as cautelas a que esta constatação nos convida, talvez não seja totalmente incorreto definir o neoconstitucionalismo como uma corrente de pensamento ou um tipo de sensibilidade jurídico-ideológica que foi simultaneamente influenciada por uma jurisprudência constitucional de cunho mais “intervencionista” ou proativa na defesa da Constituição contra o legislador recalcitrante, e por uma doutrina constitucionalista que, também ela influenciada pela jurisprudência anterior, teorizou e justificou esse movimento.

Mas, afinal, em que consiste esta nova forma de pensar a Constituição e a jurisdição constitucional? Segundo Luís Prieto Sanchís, esta nova “cultura jurídica” está em oposição às concepções positivistas que dominaram a Teoria do Estado e do Estado de Direito no século XIX e caracteriza-se por dois principais traços (SANCHÍS, 2007).⁶

Em primeiro lugar, no seio do entendimento neoconstitucionalista, pensa-se nas cartas fundamentais, não como meros documentos formais, mas como instrumentos que contêm verdadeiros conteúdos substantivos ou materiais que se impõem face ao Estado – aos governos e aos legisladores em particular. Entre estes conteúdos, incluem-se princípios e valores ou diretrizes que dizem ao poder, não apenas como ele deve se organizar e quais os procedimentos que deve adotar quando pretenda tomar decisões e emitir leis, mas, mais

⁶ Cabe assinalar que há muito de exagero na proclamada “morte” ou insustentabilidade do positivismo jurídico. Algo causado, provavelmente, por uma certa ambiguidade ou incorreta identificação do que constitui o “positivismo”. H. Hart buscava simplesmente afirmar a distinção entre o direito que existe (“law as it is”) e a moral (“law as it ought to be”), insistindo tão só que mesmo uma norma jurídica moralmente injusta – como as normas do ordenamento jurídico da Alemanha nazista – não deixavam de ser direito positivo, a partir do ponto de vista do que era a prática jurídica dos agentes (juízes em particular). Além do mais, H. Hart, em resposta a Dworkin, admitiu expressamente o papel relevante que os princípios podem desempenhar na definição do que constitui o direito positivo. Admitiu também que as normas (particularmente os princípios) podem ter uma zona de penumbra semântica alargada – falava mesmo da “textura aberta” das normas – que permitiam que nos “casos difíceis” os valores morais positivados pela ordem jurídica, nomeadamente pelas constituições, intervissem fortemente no julgamento dos juízes e que gerassem, por isso, uma indeterminação relativa do que constitui o direito positivo (HART, 2007, p.16-17 e 314).

significativamente, “qué es lo que puede e incluso, a veces, qué es lo que debe decidir” (SANCHÍS, 2007, p. 213-214).

Em segundo lugar, a Constituição e estas normas materiais estão “garantidas”. Isto quer dizer, na prática, que contra um parlamento eventualmente obstinado a não seguir as instruções constitucionais, opõem-se os juízes que estão devidamente legitimados pelo texto constitucional para agirem como defensores da efetividade da Constituição e das suas normas substantivas, em particular dos direitos fundamentais. Significa dizer que, ao contrário do que até então sucedia na Europa, e em um movimento de aproximação à *judicial review* americana, que já levava mais de um século de avanço nesta matéria, para lá das questões orgânicas e formais, a Constituição passou a “valer” como juridicamente vinculante (e dispõe de mecanismos próprios para assegurar essa vinculação), mesmo quando estabelece direitos sem grande densificação ou quando proclama princípios mais abstratos (ibid., p. 216).⁷

Os princípios, nomeadamente o da igualdade e o da dignidade da pessoa humana, afinal, não são promessas vazias a serem preenchidas pelo legislador democraticamente eleito a seu bel-prazer. Mais ainda, não apenas as regras, mas também os princípios constitucionais dizem e impõem muito mais do que até então se pensara. A Constituição, afinal, estende-se e coloniza tendencialmente toda a ordem jurídica: os seus princípios e direitos irradiam para todas as áreas e afetam todos os produtos normativos do Estado e, eventualmente, influem até nas relações privadas, em um movimento que claramente contrasta e se opõe ao pensamento tradicional.⁸ Subjacente a esta ideia, surgirá a noção de que, para além do sentido puramente literal e isolado das normas, em uma Constituição é possível, desejável e, em última análise, necessário, encontrar toda a riqueza de conteúdos jurídicos que emanam da leitura conjugada e sistemática de princípios, explícitos e implícitos. A Constituição faz uso de uma “regulação principialista” e convida não só os legisladores, os governos, mas

⁷ “Ni siquiera los derechos que reclaman una interpositio legislatoris son, mientras ésta no se produce, simples recomendaciones carentes de fuerza jurídica; tienen siempre un contenido normativo que puede ser hecho valer desde la Constitución misma. Y que puede ser hecho valer, cuando proceda, ante cualquier jurisdicción: ‘La constitucionalización no es simplemente (...) la mera enunciación formal de un principio hasta ahora no explicitado, sino la plena positivización de un derecho, a partir de la cual cualquier ciudadano podrá recabar su tutela ante los Tribunales ordinarios (STC 56/1982)’” (PRIETO SANCHÍS, 2007, p. 216).

⁸ “Los derechos fundamentales (...) exhiben una extraordinaria fuerza expansiva que inunda, impregna, o irradia sobre el conjunto del sistema; ya no disciplinan únicamente determinadas esferas públicas de relación entre el individuo y el poder, sino que se hacen operativos en todo tipo de relaciones jurídicas de manera que bien puede decirse que no hay un problema medianamente serio que no encuentre respuesta o, cuando menos, orientación de sentido en la constitución y en sus derechos” (ibid., p. 213-214).

também, e principalmente, os juízes a leituras mais amplas e criativas (PULIDO, 2007, p. 290) das suas disposições materiais.

A força dos princípios constitucionais tornou-se uma realidade incontornável e para isto terá contribuído em muito a distinção forjada por Ronald Dworkin, na sua obra, “Taking Rights Seriously”, entre princípios e regras, no âmbito do seu ataque ao positivismo de Hart (2007). Os princípios distinguem-se das regras, em Dworkin, da seguinte forma: as regras aplicam-se em termos taxativos, de “tudo-ou-nada” (ou são válidas e as consequências jurídicas devem ser aceitas, ou não são válidas e, então, não contribuem para a decisão), ao passo que os princípios, mais do que dar indicações muito concretas e taxativas para uma decisão, oferecem razões que apontam, ou orientam, no sentido de se decidir um caso em uma determinada direção, embora não exijam taxativamente essa solução. Além disso, quando regras estão em conflito, uma delas, por ser inválida, terá de ser afastada em prol da outra; enquanto que, quando dois princípios que se interceptam apontam em sentidos diferentes, o aplicador do direito deve levar em conta e ponderar qual o valor relativo de cada um dos deles em uma perspectiva mais global (DWORKIN, 1997, p. 24-28). Os princípios – e nesta matéria (de interpretação) os direitos fundamentais devem ser entendidos também como tais – “pesam-se” e, quando em conflito uns com os outros, comparam-se os “pesos relativos” de cada um à luz do caso concreto que os coloca em confronto.

Apesar do visível progresso do neoconstitucionalismo na maioria das democracias constitucionais, nota-se, por vezes, que, em matéria de direitos sociais, persiste uma resistência em tratar as disposições que os consagram exatamente da mesma forma como se tratam aquelas que consagram os chamados “direitos de liberdade”, ou seja, os direitos civis e políticos, direitos de defesa ou simplesmente direitos de primeira geração (BOBBIO, 1992, p. 32), como se as duas categorias de direitos não fossem iguais em dignidade e vinculatividade jurídica; como se, nesse âmbito, a Constituição já não devesse ser interpretada como realmente “material”. Em tempos de crise e de grande condicionamento financeiro dos Estados, o tema do cumprimento da Constituição na parte dos direitos fundamentais sociais volta à tona. As páginas que se seguem pretendem justamente analisar se efetivamente os direitos sociais merecem esse tratamento diferenciado ou não e, se sim, o porquê.

3 DIREITOS SOCIAIS: CONSIDERAÇÕES GERAIS

Pode-se dizer, por um lado, que os direitos sociais são direitos fundamentais na medida em que o próprio texto constitucional assim os define. A enunciação mais desenvolvida de direitos, que abrange os chamados direitos sociais e econômicos, ocorre normalmente em constituições mais longas ou analíticas, tais como a portuguesa e a brasileira. Estas traçam não apenas normas sobre a organização e os limites do poder, mas também consagram um amplo rol de direitos fundamentais que extrapola os clássicos direitos de liberdade ou de defesa, reconhecendo, portanto, textualmente, direitos que refletem o grau de desenvolvimento a que chegaram as sociedades modernas.

Neste sentido, o art. 6º da Constituição brasileira enuncia em termos não taxativos os direitos fundamentais sociais consagrados “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Trata-se de um rol não taxativo, tendo em vista o disposto no §2º do art. 5º, segundo o qual “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Todos esses direitos são considerados fundamentais, porque estão enunciados no capítulo II que, por sua vez, está abrangido pelo título II da Constituição, denominado “Dos direitos e garantias fundamentais”. Por serem direitos fundamentais, possuem aplicação imediata, por força do §1º do art. 5º da Constituição, o qual dispõe que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Nota-se que esta forma abstrata de enunciar direitos deixa antever uma “sombra” de indeterminabilidade na apresentação das normas. Este é um recurso comum utilizado em várias constituições, sobretudo em relação a direitos que apresentam uma dimensão prestacional muito marcada. No caso da Constituição brasileira, pode-se dizer que os direitos sociais não padecem de uma indeterminabilidade generalizada, pois existem outros dispositivos constitucionais que vinculam mais pontual e concretamente as atividades do poder político no cumprimento desses direitos, ao reconhecer, por exemplo, a irredutibilidade salarial (art. 7º, V) e dos benefícios previdenciários (art. 194, IV); a universalidade da cobertura e do atendimento relativamente aos serviços de saúde, previdência e assistência

social (art. 194, I); a educação básica, obrigatória e gratuita e a progressiva universalização do ensino médio gratuito (art. 208).

Entretanto, isso não significa, diga-se já, que as disposições mais genéricas, presentes no art. 6º e em outros locais, e que não tenham sido objeto de densificação constitucional pelo legislador originário, não vinculam os poderes legislativo e executivo. Não apenas vinculam, dado que são normas jurídicas, como indicam o caminho para o qual a sociedade deve avançar (PIOVESAN, 2010, p. 56), independentemente da agenda política a ser adotada e legitimada pelo regime democrático. Não será de todo insignificante ressaltar que o Estado Democrático de Direito brasileiro tem como fundamentos, por exemplo, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, incisos II, III e IV) e deve garantir a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; e a promoção do bem de todos sem preconceitos nem discriminações (art. 3º, incisos I, III e IV).

Por outro lado, esse caráter jusfundamental dos direitos sociais pode não decorrer apenas e simplesmente da sua enunciação expressa – ainda que em termos indeterminados –, mas também ser produto da concretização pelo Executivo ou pelo Legislativo de regras principiológicas implícitas e explícitas constantes do texto constitucional. Os direitos fundamentais sociais, nesse sentido, surgiriam do exercício de concretização de dispositivos constitucionais mais abstratos, por iniciativa do governo ou do legislador ordinário, procedendo-se a uma normatização com um elevado grau de precisão e certeza, por razões, inclusive, de igualdade e de segurança jurídica (NOVAIS, 2010, p. 152). Uma vez concretizados esses princípios ou direitos fundamentais, não seria permitido um retrocesso civilizacional, um “retirar” dos direitos e garantias que já estão incorporados no patrimônio jurídico de cada indivíduo (PIOVESAN, op. cit., loc. cit.).

Com efeito, ainda que um direito não apresente forte densificação no texto constitucional, e desde que tenha havido concretização posterior do seu conteúdo por via infraconstitucional, este grau de realização já alcançado não poderá ser simplesmente eliminado, voltando-se à estaca zero de realização, por força de um princípio constitucional implícito que é o da “proibição do retrocesso social”. Por maioria de razão, esta conclusão também será válida para os casos em que o próprio texto constitucional não se mostrar

completamente vago, revelando já uma relativa concretização sobre o modo como o direito em causa deverá ser institucionalizado.

As alterações legislativas, particularmente as *in pejus*, não estão constitucionalmente bloqueadas, na medida em que podem existir outros bens jurídicos e princípios constitucionalmente relevantes que, legitimamente, na visão dos representantes da maioria, sejam preponderantes, sobrepondo-se a determinadas políticas concretizadoras de um direito social. Ainda assim, a liberdade de conformação do legislador ordinário está relativamente limitada: caso opte pela alteração legislativa, deverá proceder à substituição das medidas existentes por outras de *efeito equivalente*, pelo menos de modo a preservar o *núcleo essencial do direito já realizado*.

O Tribunal Constitucional Português, ao analisar o pedido de apreciação preventiva da constitucionalidade, formulado pelo Presidente da República, a respeito de uma alteração legislativa que restringia o acesso a prestações sociais (denominadas “rendimento social de inserção”), delimitou o alcance e limites do princípio da proibição do retrocesso social: “é necessário harmonizar a estabilidade da concretização legislativa já alcançada no domínio dos *direitos sociais* com a *liberdade de conformação* do legislador”. Portanto, “a margem de liberdade do legislador para *retroceder* no grau de protecção já atingido é necessariamente mínima, já que só o poderá fazer na estrita medida em que a alteração legislativa pretendida não venha a consequenciar uma *inconstitucionalidade por omissão* (...)”. Para o Tribunal, a aplicação do princípio da proibição do retrocesso social deve ser considerada no sentido de proibir que haja uma “aniquilação” do *núcleo essencial* ou que a redução do conteúdo do direito social viole o princípio da igualdade, da protecção da confiança ou, ainda, que atinja “o conteúdo de um direito social cujos contornos se hajam iniludivelmente enraizados ou sedimentados no seio da sociedade”.

A exata extensão deste *núcleo essencial* de um direito fundamental não só variará em função do direito concreto em causa e da cultura local da comunidade jurídica, mas será sempre motivo de razoável dúvida. Em todo o caso, como nota Ingo Wolfgang Sarlet, dada a autonomia parcial, do ponto de vista dogmático, do princípio da proibição do retrocesso social em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao conceito de mínimo existencial, é razoável entender que alterações legislativas serão inconstitucionais, por violação da proibição do retrocesso social, mesmo quando as restrições que elas preveem não sejam diretamente ofensivas da dignidade da pessoa humana, na medida em que atinjam o

núcleo essencial do direito social. Com efeito, uma parte – apenas – do *núcleo essencial* dos direitos fundamentais, variável de caso para caso, mantém uma relação intrínseca com a dignidade da pessoa humana e com o mínimo existencial e, por isso, estes dois critérios, apesar de representarem patamares mínimos do controle da constitucionalidade, não esgotam o sentido e o poder normativo autônomo do princípio da proibição do retrocesso (SARLET, 2010, p. 101 e ss.).

O recurso a este princípio da proibição do retrocesso social tem sido utilizado por teóricos constitucionalistas para defender a irredutibilidade de um certo patamar civilizacional, um núcleo mínimo dos direitos sociais a ser garantido pelo Estado e exigível pelos cidadãos. Por outro lado, muito se tem discutido, no âmbito da teoria e da prática da jurisdição constitucional, sobre a liberdade de conformação a ser reconhecida ao legislador para implementar leis que pretextem contornar os efeitos da crise econômica por meio de políticas de austeridade. Diante do debate entre estas duas correntes, que fluem em sentidos contraditórios, será útil e pertinente refletir sobre o espaço ocupado pelos direitos sociais nas atuais democracias constitucionais que, como se disse, não estão imunes a crises, nem muito menos às ofensivas doutrinárias que as acompanham. Existirá, afinal de contas, alguma diferença, em termos de jusfundamentalidade, entre os chamados direitos de “defesa” ou de “liberdade” e os direitos sociais, a ponto de justificar um tratamento ou uma postura interpretativa diferenciada? A próxima seção pretende dar um contributo justamente para este debate.

4 O QUE DIFERENCIA OS DIREITOS SOCIAIS DOS DEMAIS? OS VÁRIOS ARGUMENTOS

4.1 OS DIREITOS SOCIAIS SÃO INDETERMINADOS?

Um dos argumentos lançados para defender a existência de diferenças entre os diversos direitos fundamentais é o de que os direitos sociais padeceriam de uma imanente *indeterminabilidade* do seu conteúdo, o qual, por sua vez, só poderia ser revelado pelo exercício da interpretação (QUEIROZ, 2006, p. 36), a ser realizada pelo poder político, segundo as regras do jogo democrático. Nesse sentido, a consagração de direitos em termos bastante vagos ou abstratos, sujeitos a uma posterior densificação à luz do desenvolvimento de políticas concretizadoras, seria uma característica intrínseca e exclusiva dos direitos

sociais, uma vez que os direitos de liberdade, isto é, os direitos civis e políticos, estariam já suficientemente conformados, de tal forma que o seu cumprimento poderia ser, inclusive, exigível judicialmente com base apenas nas disposições constitucionais.

Sucedo que o problema da indeterminabilidade dos direitos fundamentais não é privativo dos direitos sociais: observa-se, por exemplo, o direito de acesso à justiça, ou seja, o direito de proteger os nossos próprios direitos em juízo. Não se trata de um direito social, mas de um direito instrumental à efetivação de qualquer direito fundamental, e depende, em muito, da interpretação que o Legislativo possa dar sobre o modelo ideal de sistema de justiça que garantiria o seu acesso mais facilitado (QUEIROZ, 2006, p. 36). A criação e manutenção de um sistema robusto, coerente, funcional e, sobretudo, que seja capaz de dar efetividade ao referido direito fundamental, dependerá, necessariamente, da sua interpretação pelo poder político.

Este direito, como os demais, não obstante os termos vagos em que se encontra formulado, deve ser interpretado à luz de outros princípios e valores constitucionais que iluminam parcialmente o caminho a ser trilhado pelo poder político: no âmbito de um Estado de Direito, nenhum legislador ou intérprete autorizado poderá desrespeitar o princípio da igualdade, nem esquivar-se a enfrentar eventuais entraves de natureza social e econômica que obstaculizem o acesso ao sistema judicial por parte dos desfavorecidos. Impõe-se a leitura deste (e qualquer outro) direito nos termos de uma interpretação sistemática da Constituição, considerando todos os princípios e valores relevantes e interrelacionados que se constituem sob a forma de uma rede semântica que afasta parcialmente as penumbras que subsistem em normas indeterminadas. Assim, em relação ao sistema judicial e ao direito de acesso à justiça, há de se considerar princípios como os que enformam os processos civil e penal, o princípio do juiz natural, o direito à “razoável duração do processo”, à “celeridade de sua tramitação” etc.

Por essa mesma razão, a fiscalização da constitucionalidade dessas normas “indeterminadas” (por ação ou por omissão, parcial ou total) não surge como irrazoável, nem muito menos impossível. Com base na metodologia acima referida, caberá ao juiz perquirir se uma determinada lei ou ato normativo, do legislativo ou do executivo, realiza ou não o direito fundamental vindicado.

Considerações em tudo similares podem ser tecidas quanto a um exercício de clarificação de sentido do direito à propriedade, tal como disposto no art. 5º, XXII. Ainda que

vagamente definido, o direito de propriedade está “reforçado” pelo princípio da livre iniciativa (art. 1º, inciso IV) e limitado pelos princípios do valor social do trabalho (art. 1º, inciso IV) e da função social da propriedade (art. 5º, inciso XXIII; art. 182, §2º; art. 186); está ainda balizado pelos princípios enformadores da ordem econômica (art. 170) e constrangido pela necessidade dos impostos sobre a propriedade etc. Nota-se ainda que o direito de propriedade, além de ser indeterminado, também entra facilmente em conflito com outros direitos fundamentais (como os dos trabalhadores), mas que nem por isso lhe é atribuído um *status* secundário. Como é próprio da natureza dos direitos fundamentais, será sempre necessário realizar um exercício de ponderação caso ocorram tais conflitos.

O que sucede com os direitos sociais é essencialmente o mesmo. O direito à alimentação, por exemplo, tem o seu conteúdo parcialmente iluminado também pelo conjunto do texto constitucional, de tal modo que a privação alimentar sofrida por alguns cidadãos sempre seria uma afronta à Constituição, atendendo, nomeadamente ao objetivo do Estado Democrático de Direito de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, inciso III), que se alicerça, por sua vez, no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), algo que é reforçado pelo fato de a seguridade social, que tem como um dos seus pilares a assistência social, estar obrigada a garantir universalidade de cobertura e de atendimento (art. 194, parágrafo único, inciso I). Embora a sua relativa indeterminabilidade, em tudo similar àquela que verificamos existir no caso do acesso à justiça e do direito de propriedade, existem instrumentos processuais e instituições independentes que podem propor a respectiva ação judicial a fim de fiscalizar o cumprimento deste direito previsto na Constituição.

Embora o argumento não seja novo, no contexto da crise, recebeu novo impulso, havendo entre os juristas portugueses quem tenha avançado na teoria de que determinados direitos, os de natureza prestacional, seriam direitos sem capacidade de “resistência à lei”, por supostamente não serem “determinados e determináveis a nível constitucional”, isto é, pelo fato de o seu conteúdo mais concreto ser apenas concretizado por leis ordinárias, e por estarem, ainda, dependentes da “reserva do possível”.⁹ Se é o legislador ordinário quem produz e concretiza estes direitos prestacionais, seria também ele quem, nesta lógica, poderia

⁹ Esta posição é sustentada por Maria Lúcia Amaral, professora e juíza Conselheira do Tribunal Constitucional Português, tanto no seu voto de vencida aposto ao Acórdão 353/2012 em que se discutia a inconstitucionalidade da suspensão do direito ao 13º e 14º salários enquanto violação do direito fundamental dos trabalhadores à retribuição (e à não diminuição da mesma) como na sua obra (AMARAL, s/d, p. 12 ss.)

livremente modificá-los ou até, no limite, extingui-los. Novamente a resposta a esta variante do mesmo argumento não pode deixar de ser aquela dada por Jorge Reis Novais (2014, p. 148): “Os direitos sociais ou são uma coisa ou são outra: se estão na disponibilidade do legislador não são direitos fundamentais; se são direitos fundamentais o legislador fica vinculado a eles.”

A Constituição portuguesa, é certo, não determina no seu texto, por exemplo, que os assalariados (do setor público ou privado) devem ter necessariamente um 13º e um 14º mês, nem qual deveria ser o quantitativo a receber pelos trabalhadores. Mas, como se explicou na seção 3, e em virtude do princípio de não retrocesso social, uma vez concretizados determinados direitos constitucionais, tal como o direito à retribuição contido no art. 59, nº 1 da Constituição Portuguesa, por meio das leis ordinárias que consagraram os direitos ao 13º e 14º mês, esta concretização adicional de algum modo se incorpora e passa a fazer parte do núcleo essencial do mesmo direito, não podendo ser pura e simplesmente aniquilada pelo legislador ordinário subsequente e sem fundamento em outros princípios constitucionalmente ponderosos, sob pena de se incorrer em uma violação do direito fundamental em causa. Como muito bem relembra o professor Jorge Reis Novais (2014, p. 150-153), também a liberdade de imprensa não inclui alguns direitos mais precisos, alguns elementos concretizadores deste direito, que foram introduzidos e regulados por leis ordinárias, como os constantes do estatuto dos jornalistas. No entanto, ninguém ousaria sustentar que esses direitos adicionais, concretizadores da liberdade de imprensa, por não serem “determinados a nível constitucional”, não apresentariam “resistência à lei” e estivessem sujeitos a um controle constitucional de “segunda”, não intensivo, ou como por vezes é designado, um mero “controle de evidência”, um controle leve que apenas leva à invalidação de normas legais quando estas são *manifestamente irracionais* ou *arbitrárias* (NOVAIS, op. cit., p. 134-135).

À luz destas considerações será possível concluir que, na realidade, dificilmente um direito fundamental será tão indeterminado a ponto de não se poder exigir, dos poderes políticos, a sua concretização, nem se poder realizar o controle da constitucionalidade de atos normativos e administrativos.

4.2 OS DIREITOS SOCIAIS DEMANDAM UMA ATITUDE POSITIVA DO ESTADO?

Os direitos sociais impõem ao Estado os deveres de *respeito* e de *proteção* a certas prerrogativas, de modo a permitir que todos os indivíduos tenham acesso a bens jusfundamentais sociais indisponíveis, ao bem-estar e a uma vida digna, protegendo o acesso a esses bens contra agressões e intervenções restritivas – algo que implica, naturalmente, e por maioria de razão, a abstenção do próprio Estado de promover, ele próprio, esses mesmos ataques. Os direitos sociais também impõem ao Estado *o dever de realizar prestações fáticas* com o fito de promover o acesso aos bens indisponíveis daqueles que não possuem recursos próprios para tanto. É justamente porque a maior parte das pessoas não dispõe de recursos próprios para garantir o acesso aos bens jurídicos protegidos que o dever estatal de prestações sociais sobressai e acaba por ser a principal e mais marcante característica dos direitos sociais. Isto não quer dizer, por um lado, que os direitos sociais se confundam necessariamente e exclusivamente com uma atuação positiva do Estado no sentido de realizar prestações sociais; também não quer dizer que se encontrem em um plano distinto relativamente aos direitos de liberdade, os quais, supostamente, apresentariam apenas uma natureza negativa, ou seja, apenas exigiriam uma atitude abstencionista do Estado (NOVAIS, 2010, p. 41-44).

Na verdade, os direitos sociais apresentam, simultaneamente, uma dimensão positiva, que está associada às prestações sociais, e uma dimensão negativa, ou seja, de defesa, de proteção (SARLET, 2007, p. 57). Será mais evidente uma ou outra dimensão se, e na medida em que, esses direitos estiverem mais ou menos concretizados à luz do texto constitucional. Nota-se que, em um Estado Democrático de Direito, e tal como sucede com os direitos de liberdade, ocorreu claramente uma evolução estrutural dos direitos sociais ao longo dos tempos: uma evolução sempre ancorada na carta constitucional e sempre objetivando uma maior e melhor concretização dos direitos, a fim de que estes possam atender mais eficazmente à observância do princípio da dignidade humana (cuja concepção se vai sofisticando) em que está assente o Estado e a ordem jurídica (NOVAIS, op. cit., p. 46). Com efeito, o direito à educação, por exemplo, que se insere claramente no campo dos direitos sociais, pode ser visto primacialmente como um *direito negativo*, nos casos em que já é assegurado pelo Estado um mínimo social por meio de prestações sociais. O que se exige, nesta hipótese, é que haja uma atitude negativa, de *respeito e de proteção*, relativamente ao patamar mínimo que já se atingiu, tendo em conta o contexto de universalização da

educação.¹⁰ Se, pelo contrário, o Estado social for incipiente, não dispondo de um sistema desenvolvido de prestações sociais, ficará destacada a *dimensão positiva do direito à educação*, a sua *dimensão principal, prestacional* (NOVAIS, 2010, p. 44), que obriga o Estado a garantir, por meio de prestações, o acesso ao bem jurídico em causa.

Todavia, se os direitos sociais não são apenas direitos positivos, também é falso associar os direitos de liberdade exclusivamente aos direitos negativos. Relativamente aos direitos de liberdade, e não obstante o seu principal traço distintivo ser o de exigir um dever de abstenção do Estado, há também prestações estatais que são imprescindíveis para garantir a sua verdadeira efetividade, algo que se tornará claro na seção seguinte na abordagem do argumento da “reserva do financeiramente possível”.

4.3 O ARGUMENTO DA RESERVA DO FINANCEIRAMENTE POSSÍVEL COMO CRITÉRIO DISTINTIVO DOS DIREITOS SOCIAIS

Ora, um argumento muito regularmente usado para justificar uma necessidade de muito maior contenção do juiz perante as omissões do legislador referentes aos direitos sociais estriba-se na ideia de que estes direitos, dada a sua natureza eminentemente prestacional, encontram-se sujeitos às inevitáveis limitações financeiras do Estado em um contexto de relativa escassez de recursos.

Acontece que, como acaba de ser visto, em grande medida, todos os direitos têm uma vertente “positiva” e “negativa” e envolvem, por isso, sempre, para a sua mais genuína efetivação, um dispêndio considerável de recursos. Todos os direitos custam, e caro (HOLMES; SUNSTEIN, 1999). O que normalmente oculta esses custos é, muito provavelmente, uma espécie de “naturalização” e legitimação social das instituições (e respectivos orçamentos) que servem para garanti-los.

¹⁰ Nesse mesmo sentido, mas relativamente a outro direito social, o Tribunal Constitucional Português no acórdão 39/84 considerou inconstitucional, por violação do dever negativo de abstenção de destruição do patamar de realização atingido do direito à saúde, um decreto-lei que revogava outro anterior que, por sua vez, havia criado (em lei apenas) o Serviço Nacional de Saúde português, uma instituição constitucionalmente prevista no art. 64º e possivelmente a mais importante e popular “conquista social” e meio de realização do direito à saúde no país: “a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social”.

Esta naturalização gera uma dualidade quase imperceptível de critérios que permeia o discurso jurídico dominante. Dois exemplos aqui poderão servir para ilustrar bem este ponto. Quando uma pessoa tem um direito fundamental de liberdade violado pelo Estado e o juiz fixa uma compensação ou uma indenização para que o *status quo ante* seja restabelecido, i.e., para que seja observado verdadeiramente o regime da indisponibilidade do direito fundamental, o fato de a indenização a ser fixada vir manifestamente a prejudicar o orçamento público nunca é entendido como um critério a ser levado em conta. Na verdade, esse custo foi de tal maneira naturalizado, legitimado, que sua existência quase foi esquecida: tornou-se invisível. E, no entanto, a verdade é que a garantia de efetividade de qualquer direito fundamental implica sempre custos diretos da parte do Estado. Agora, um segundo exemplo a se pensar: os direitos políticos, cuja jusfundamentalidade não suscita dúvidas a ninguém. A garantia da realização de eleições livres, de acordo com um procedimento transparente, só é possível com a alocação de vultosas somas advindas do Estado. É claro que, em um país “habitado” a ter eleições livres, espera-se que os cidadãos não sejam privados de exercer o seu direito a eleger e a ser eleito, e os custos que lhes estão associados tornaram-se “invisíveis” porque foram legitimados e naturalizados. Contudo, em países recentemente democratizados e em que ainda se faz um grande esforço para que essas garantias de liberdade e transparência sejam efetivas, notam-se claramente as dificuldades com o dispêndio financeiro, até porque a viabilidade do direito a eleições livres pode comprometer a realização de outros direitos igualmente valiosos (NOVAIS, 2010, p. 95).

Com efeito, também no caso do direito fundamental de propriedade, o que assegura o regular cumprimento das normas a ele relativas, e dessa forma solidifica ainda a convicção da validade e da importância das mesmas junto da população, é o desenvolvimento e a manutenção de um enorme aparelho burocrático-repressivo cujos custos são muito significativos. De fato, a coercibilidade estatal que protege o direito de propriedade não se exprime por intermédio da mera abstenção do Estado: este direito requer, para a sua efetividade, a existência de um corpo policial, pronto para investigar e reprimir crimes que atentem contra este ou outros bens jurídicos. Entretanto, não é só isso: o direito de propriedade pressupõe a existência de um forte aparelho de justiça (a sua estrutura, os seus funcionários e os agentes indispensáveis para o seu funcionamento) e de um aparato administrativo que lhe dê suporte (registros prediais, cartórios notariais etc.). Toda esta dinâmica do sistema jurídico, não convém esquecer, pressupõe também a existência de

contínua formação profissional e reprodução de conhecimentos a serem garantidos por intermédio de faculdades de direito e outras instituições públicas ou privadas (adequadamente supervisionadas pelo Estado), sendo que tudo isso implica dispêndio de recursos.¹¹

O mesmo se pode dizer do direito à vida: este, além de pressupor o dever, aplicável ao Estado e aos particulares, de não privar alguém da sua vida (NOVAIS, 2010, p. 52), liga-se também – indissociavelmente – à ideia de que devem ser garantidas algumas prestações estatais indispensáveis para o desenvolvimento de um “clima” favorável a uma não violação desse direito e ao cumprimento do correspondente dever. É necessário, com efeito, que o Estado garanta proteção policial para quem se encontre em situação de ameaça ou na iminência de sofrer agressão à sua integridade física. Não poderá estar dissociado do direito à vida, ainda, a concretização de alguns direitos sociais, a exemplo do direito aos cuidados de saúde: somente com acesso a cuidados médicos e a medicamentos, de forma universal, será possível que o indivíduo não padeça de forma precoce em razão de enfermidades que podem ser tratadas ou até evitadas.

Observa-se que as dimensões negativas do direito de propriedade, assim como do direito à vida, para usar apenas os dois últimos exemplos, não são suficientes para desenvolver efeitos práticos e, portanto, para fazer desses direitos o bem realmente social e jurídico valioso que todos reconhecem e desejam (NOVAIS, op. cit., p. 94). O moderno constitucionalismo dos direitos fundamentais pressupõe, necessariamente, um complexo sistema de garantias e instituições que garanta efetivamente o *respeito, a proteção e a realização* de todos os direitos fundamentais, os de liberdade e os sociais.

E é justamente por ser necessário que tal sistema exista e funcione devidamente, que se pode afirmar que a todos os direitos está associado um encargo financeiro do Estado. Assim se prova quão equivocada é a ideia de que a efetividade dos direitos sociais, e somente destes, estaria dependente da existência de recursos financeiros para atender, nos termos do princípio da igualdade, todos aqueles que se insiram nos critérios estipulados para receber auxílio ou prestação estatal.

¹¹ Pelo que conclui Jorge Reis Novais: “qualquer direito negativo só é efectivamente protegido se tiver um remédio, se tiver um sistema administrativo, instituições e um sistema judicial que o garantam, e estes requisitos, designadamente o sistema judicial, significam encargos financeiros avultados; logo, os direitos negativos também custam, os direitos de liberdade são também, tal como os direitos sociais, bens públicos pagos pelos contribuintes” (NOVAIS, 2010, p. 96).

Não se contesta aqui o argumento de que a concretização dos direitos sociais exige um empenho financeiro do Estado e que este não dispõe de recursos para concretizar de forma universalmente generosa todo o elenco de direitos constitucionalmente reconhecidos. Esta é uma realidade incontestável e um argumento, por isso, sólido e razoável que deve acabar por intervir sempre na ponderação do que é razoável e exigível em matéria de direitos sociais constitucionalmente consagrados. O que se contesta, na verdade, é que a objeção da reserva do financeiramente possível seja dirigida somente aos direitos sociais fundamentais, quando a inteira observância dos pressupostos ínsitos aos direitos de liberdade também reclama da administração e do legislador uma conduta ativa, positiva, e, nesse sentido, os direitos de liberdade não se diferenciam dos direitos sociais. Ambos exigem prestações estaduais e, por isso, reserva orçamental e gasto público. Ambos estão sujeitos à “ditadura do financeiramente possível”, e, portanto, ambos devem estar limitados por uma certa noção de razoabilidade, proporcionalidade e oportunidade financeira e política.

Se todos os direitos fundamentais têm custos, “levá-los a sério” significa reconhecer que se aceitam eles como o “preço” necessário. Os direitos devem ser realizados, efetivos, garantidos, não belas declarações de intenções que não se materializam em direitos aplicáveis no aqui e no agora e assegurados pela força pública.¹² E é dentro dos limites das “pré-opções” feitas pelo legislador constituinte originário, ao elevar ao *status* de fundamental um determinado conjunto de direitos, que se deve admitir a liberdade de conformação do legislador ordinário. Nesse sentido, não cabe ao legislador ordinário, discricionariamente, fazer dos direitos sociais prerrogativas “para não levar a sério”. Um direito só tem valor se, e na medida em que, tenha condições de ser exercido efetivamente pelos cidadãos. Foi por isso e para isso que foram consagrados nas constituições. A entender-se os direitos sociais e econômicos de outra forma qualquer, eles não passariam de “poesia constitucional”, como Robert Alexy qualifica os direitos fundamentais originalmente consagrados na constituição

¹² Talvez por, à época, ser ainda tudo muito novo e inseguro, quando o autor liberal Sieyès, no contexto da revolução francesa, redigia uma proposta de declaração dos direitos do homem e do cidadão (essencialmente preocupada com os direitos civis e políticos e também, mais em particular, com o direito de propriedade), sublinhava com veemência a necessidade de assegurar a efetividade (ou, se quisermos, a vertente positiva) desses direitos através dos recursos suficientes – i.e. meios repressivos adequados: “Vainement déclarerait-on que la liberté est le droit inaliénable de tout citoyen; vainement la loi prononcerait-elle des peines contre les infracteurs, s’il n’existait, pour maintenir le droit et pour faire exécuter la loi, une force capable de garantir l’un et l’autre. La garantie de la liberté ne sera bonne que quand elle sera suffisante, et elle ne sera suffisante que quand les coupes qu’on peut lui porter, seront impuissantes contre la force destinée à la défendre. Nul droit n’est complètement assuré, s’il n’est protégé par une force relativement irrésistible” (FURET; HALÉVY, 1989, p. 1010).

de Weimar (ALEXY, 2003, p. 33), distinguindo-os dos direitos fundamentais na atual Lei Fundamental alemã.¹³

Na prática, invocar a reserva do possível para sustentar que, na realidade, os direitos sociais só passam juridicamente a existir enquanto tais, isto é, enquanto direitos subjetivos justiciáveis, quando e na medida em que o legislador ordinário os cria, torna sem sentido a sua própria consagração constitucional. Para quê consagrar constitucionalmente algo que simplesmente está na livre disposição do legislador?¹⁴ A função lídima da Constituição é a de proteger direitos, que se creem “fundamentais” (na concepção ética do legislador constituinte), das flutuações da vontade das maiorias temporárias e respectivos representantes.

A não se entenderem assim, seriamente, os direitos fundamentais sociais, equivaleria a reduzir o efeito prático da sua inclusão no texto constitucional à consagração de uma cláusula geral, de formulação vaga, segundo a qual “o legislador buscará realizar direitos sociais fundamentais conforme estime possível”. Como explica Gomes Canotilho (2003, p. 481), “Uma tal construção e concepção da garantia jurídico-constitucional dos direitos sociais equivale praticamente a um ‘grau zero de garantia’. (...) Um direito social sob ‘reserva dos cofres cheios’ equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica”.

¹³ “El artículo 1.3 LF dispone que aquellos derechos fundamentales vinculan como Derecho directamente vigente al Legislativo, al Ejecutivo y al Judicial. Esto significa una ruptura con la tradición constitucionalista del Imperio y de la República de Weimar. En la República de Weimar abundaron los derechos fundamentales vigentes tan sólo como declaraciones programáticas que no gozaban de tutela judicial. Con ánimo polémico si se quiere, cabría decir que se trataba de poesía constitucional (Verfassungslýric). En la república Federal, por el contrario, la observancia de todos los derechos fundamentales se halla plenamente controlada por los tribunales, comenzando por los inferiores, así en un tribunal administrativo, y terminando por el Tribunal Constitucional Federal de Karlsruhe.” (idem, *ibid*) Adverte ainda Alexy, na mesma página: “Quien pretenda escribir en la Constitución ideales políticos no justiciables, debe ser consciente de lo que se juega. Con una sola disposición en la Constitución no controlable judicialmente se abre el camino para la pérdida de su obligatoriedad.”

¹⁴ Referindo-se aos direitos sociais a que os Estados se vinculam por meio de tratados e pactos internacionais referentes a esses mesmos direitos, mas estendendo essa mesma lógica, por maioria de razão, aos direitos sociais consignados nas constituições, a juíza do Tribunal Superior de Justiça de Buenos Aires (e professora de filosofia do direito na Universidade de Buenos Aires) Alicia Ruiz, considera que esta vinculação cria obrigações sobre os Estados face aos seus cidadãos e que “[t]ales obligaciones estatales presuponen que los derechos que se reconocen son exigibles y que no dependen de la discrecionalidad de la administración o del legislador. Si así fuera las políticas públicas relativas a los derechos sociales dependerían de los ‘humores’ de la autoridad de turno, no estarían limitadas por la Constitución y por el régimen internacional (...)”, acrescentando ainda, fazendo suas as palavras do então secretário judicial da Corte Suprema de la Justicia de la Nación Argentina, Rolando Gialdino: “(...) ‘la existencia de un contenido básico pareciera la consecuencia lógica del uso de la terminología de los derechos. No habría justificación para elevar una ‘reclamación’ a la condición de un derecho...si su contenido normativo pudiera ser tan indeterminado que permitiera la posibilidad de los que ostentan los derechos no posean ningún derecho particular a nada.” (RUIZ, 2008, p. 45).

Os governos que pretendem restringir direitos socioeconômicos sempre argumentam e o farão, com razão ou sem ela, como fez notar um antigo juiz do Tribunal Constitucional búlgaro, no sentido de que a situação financeira é muito difícil, justificando assim as medidas propostas. Caso se admitisse que há folga financeira, seria muito mais difícil justificar qualquer medida antissocial. Foi essa consideração, aliás, que levou o Tribunal Constitucional búlgaro, em dada ocasião, a rejeitar como inconstitucional uma medida governamental que pretendia restringir o acesso às pensões de aposentadoria aos indivíduos que não tivessem qualquer outra fonte de rendimento. Deixar que o Estado pudesse livremente determinar o conteúdo do direito à pensão de aposentadoria significaria, segundo os juízes de então, dar uma margem de conformação excessivamente alargada ao governo (SADURSKI, 2005, p. 183-184).

4.4 O ARGUMENTO DA INCOMPETÊNCIA TÉCNICA DOS JUÍZES PARA JULGAR DEMANDAS FUNDADAS EM DIREITO SOCIAL

Um outro argumento, talvez não tão usual, usado para fundamentar a necessidade de especial cautela dos juízes e reconhecer uma maior margem de conformação ou discricionariedade ao legislador quando a matéria em questão versar sobre direitos sociais, passa pela invocação da complexidade técnica associada nomeadamente aos efeitos orçamentais e econômicos que lhes seriam próprios. Assim, o fato de que as consequências previsíveis e precisas da implementação de determinadas políticas e medidas – dirigidas à realização desses direitos, sobretudo na sua vertente prestacional – estejam fora das competências e capacidade dos juízes tornaria irrazoável e ilegítimo exigir, ou simplesmente permitir, que este órgão, essencialmente de controle, imiscuisse-se e desautorizasse o legislador e os governos nas suas opções tecnicamente fundamentadas, cujas razões ou justificações lhes escapariam.

Novamente, o argumento tem validade muito relativa. Não é apenas em matéria de direitos sociais que os juízes terão que decidir sobre matérias que pressupõem conhecimentos técnicos em áreas que efetivamente não dominam, nem têm condições para dominar, por inteiro. Pense-se, por exemplo, no caso hipotético de políticas antiterroristas serem postas em prática por um governo e, posteriormente, de essas mesmas políticas serem desafiadas constitucionalmente pelo tribunal, com fundamento na violação do princípio da proibição do

excesso (ou de algum dos seus subprincípios, como o da adequação, necessidade ou proporcionalidade). Para bem julgar esta questão, ou seja, para saber se as políticas antiterroristas instituídas são compatíveis com o princípio da proibição do excesso, seria sempre necessário, ou pelo menos não despendendo, ter conhecimento sobre o real grau de ameaça terrorista que o país enfrenta atualmente e sobre se ela aumentaria de forma relevante na ausência das políticas propostas. Um juiz ou um tribunal nunca poderá estar na posse da informação completa para decidir corretamente e sem margem para dúvidas – nomeadamente não terá acesso aos juízos técnicos dos serviços secretos de informação e outros especialistas – quando se coloquem, em oposição, por um lado, os imperativos da segurança alegados pelo Estado e, por outro, os direitos à mobilidade, à liberdade de expressão, ou à inviolabilidade de domicílio e correspondência. Em qualquer apreciação que um tribunal faça sobre estes conflitos entre direitos fundamentais ou entre direitos e princípios basilares constitucionais, o conhecimento de questões técnicas nunca é irrelevante, e, regra geral, o tribunal não estará “armado” da mesma informação e capacidade nesta matéria do que outras instâncias do Estado (*maxime*, o governo). No entanto, o juiz, investido da jurisdição constitucional terá que decidir, com base nos elementos que dispuser, se, e até que ponto, a política adotada pelo governo é mesmo razoável e constitucionalmente admissível, ainda que isso implique entrar no que, em princípio, seriam áreas fora da sua competência técnica. Além disso, como se viu, muitos direitos que não os sociais e prestacionais propriamente ditos têm consequências orçamentais e econômicas cuja real extensão só poderia ser aferida de forma adequada se os juízes estivessem munidos de conhecimentos técnicos complexos. Novamente, o argumento revela-se frágil, na medida em que é aplicável não apenas a um tipo específico de direitos, mas a todos.¹⁵

4.5 O ARGUMENTO DA FALTA DE LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIAL PARA SER UM LEGISLADOR SUBSTITUTO – OU O ARGUMENTO DO “GOVERNO DOS JUÍZES”

¹⁵ Já se tem admitido em ordenamentos estrangeiros a participação de assistentes técnicos no processo judicial. No Brasil, os juízes e tribunais (assim como o STF em controle concreto e abstrato de constitucionalidade) podem requerer o auxílio técnico de terceiros especialistas dotados dos conhecimentos especializados necessários para esclarecer praticamente qualquer questão que se coloque. Trata-se da figura do *amicus curiae*. Isto, por si só, já retira qualquer carga dramática ou trágica que se pretendesse atribuir à ideia de ter juízes ignorantes de questões técnicas imiscuindo-se em assuntos para os quais não estão preparados para responder.

De certo modo, pode-se considerar que a consciência da jusfundamentalidade dos direitos fundamentais tem impulsionado a prática e a doutrina constitucional em direção a uma perspectiva mais interventiva ou neoconstitucional. A jurisdição constitucional, por vezes, diante da inércia dos órgãos competentes, ou contra medidas inconstitucionais por eles adotadas, acaba por “criar” direitos, de modo a reduzir as consequências perversas das omissões inconstitucionais ou, simplesmente, de forma a opor-se a um modelo político adotado que afronta as normas constitucionais.

Este tipo de defesa ativa da Constituição, levada a cabo por juízes, diante das falhas da administração pública ou do parlamento, é mais prolífero, sobretudo no caso de textos constitucionais mais sintéticos ou menos densos, como é o caso das constituições alemã e norte-americana, em que não se vislumbra, especialmente no âmbito dos direitos sociais, uma ordem clara e inequívoca do legislador constituinte direcionada aos órgãos de soberania. Aqui, os juízes assumem um papel fundamental na realização de direitos fundamentais, nomeadamente no campo dos direitos sociais, recorrendo mais diretamente aos princípios constitucionais.

Isto não significa, contudo, que o uso da interpretação principiológica no âmbito dos direitos sociais seja exclusivo de tais sistemas. O Tribunal Constitucional Português, por exemplo, embora pese a extensa listagem de direitos sociais na Constituição, faz uso, quando é o caso, de princípios explícitos, tais como o da dignidade humana e da igualdade, e implícitos, como o da proibição do retrocesso social e o da proteção da confiança (NOVAIS, 2004), para dotá-los de efetividade.

Perante esta tendência de abandono da tradicional postura de autocontenção do judiciário (particularmente dos tribunais constitucionais), na sua busca por dotar de maior efetividade os direitos sociais com baixo grau de densificação constitucional, muitos juristas levantam dúvidas quanto à legitimidade político-constitucional dos juízes e dos tribunais de cúpula, à luz da Constituição, para “criarem” direitos subjetivos sociais. Ao conceder tão ampla margem interpretativa aos juízes e uma força expansiva, invasiva mesmo, aos direitos e princípios constitucionais, não se estaria correndo o risco assim de atentar contra a separação de poderes e o princípio democrático?

Afirma-se que os juízes não são eleitos, que o seu poder não tem origem no exercício da soberania popular e que, por isso mesmo, não deveriam poder “legislar” em substituição daqueles que foram legitimados para o fazer. Quanto mais implícitos os princípios e quanto

menos densificados a nível constitucional os direitos, mais potencialmente “perigosas” se tornariam as leituras criativas dos juízes que contrariem o direito legislado, porque mais razoável se torna a dúvida e a divergência em torno do significado real daquilo que a Constituição efetivamente impõe. De fato, não seria possível retirar de uma disposição constitucional abstrata, principiológica, de conteúdo aberto, um sentido único, nem seria possível que o intérprete realizasse uma atividade de mera revelação do direito sem realizar qualquer papel criativo (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 102).

Ademais, não é possível olvidar que a legitimidade democrática do legislador, enquanto representante de uma maioria de cidadãos politicamente iguais, deve-lhe valer de alguma coisa, sob pena de o princípio “um homem, um voto” ser completamente desvalorizado: a sua produção normativa, enquanto vontade da maioria, deveria gozar de uma presunção de constitucionalidade, ainda que ilidível. Os tribunais, incluindo os constitucionais e supremos, por contraste, não foram devidamente legitimados para se substituírem ao legislador e aos governos, pelo que não lhes poderia ser reconhecida a incumbência e o direito de definir a política ordinária, sob pena de usurpação antidemocrática de funções e violação da separação de poderes.

Este é um argumento relevante e que exige a devida consideração, mas nem por isso inultrapassável. Não há dúvidas de que o princípio democrático é do tipo estruturador das nossas sociedades, que convida todos os cidadãos a participarem do jogo político, em termos de igualdade, a fim de escolher os seus representantes. Este princípio encerra certa noção de justiça política e legitima a regra da decisão pela vontade da maioria (ou dos seus representantes). Poder-se-ia argumentar, até, de forma mais contestável, que, por convocar todos a participar das decisões, o princípio democrático tenderia a gerar decisões mais justas. Contudo, este princípio não é o único, nem, provavelmente, o mais importante valor que as sociedades contemporâneas e as suas constituições procuram realizar: existem outros valores e princípios constitucionais igualmente valiosos, que servem justamente para limitar, controlar, vigiar o poder exercido pelos governantes (NOVAIS, 2014, p. 25 e ss.) e garantir, assim, maior justiça na sociedade. O princípio democrático, e a regra da decisão pela maioria, portanto, ainda que tenham um lugar de destaque nas constituições modernas, não podem ser considerados absolutos, nem a “presunção de constitucionalidade” das normas do legislador democrático inilidível.

A justiça constitucional e a sua função fiscalizadora, na busca pela defesa da constituição material, deve funcionar como um contrapoder ao político e assume, assim, um papel central na ideia de Estado de Direito. Em uma concepção forte de Estado de Direito, que seja simultaneamente formal e material, esta expressão designa todos os ordenamentos jurídicos em que os poderes públicos estão “sujetos a la ley (y, por tanto, limitados o vinculados por ella), no sólo en lo relativo a las formas, sino también en los contenidos” (FERRAJOLI, 2003, p. 13).

O poder político democrático, no “Estado de Direito democrático”, tem certa liberdade para interpretar e concretizar os escopos constitucionais, mas não está totalmente livre: ele está vinculado a um conjunto de “tarefas constitucionais objetivas” que o obrigam a realizar os pressupostos indispensáveis para a concretização dos direitos fundamentais, dentre eles os de natureza social (QUEIROZ, 2006, p. 16). Na realidade, os princípios estruturantes e os direitos fundamentais foram constitucionalizados precisamente porque são considerados extremamente preciosos para que possam estar na livre disposição das maiorias temporárias e das suas flutuações arbitrárias. Afinal, como lembra Luigi Ferrajoli, é errado pensar que uma norma e um direito só são legítimos ou têm valor na exata medida em que têm a sua origem na vontade da maioria: os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados funcionam como a “lei do mais fraco” contra o que de outra forma seria a “lei do mais forte” (FERRAJOLI, 2007, p. 82 e ss).

A aprovação da maioria dá alguma legitimidade ou um tipo de legitimidade a uma política, medida ou norma, mas a legitimidade de uma norma pode residir – e ser inclusive mais “forte” do que a legitimidade democrática – no bem jurídico que ela se destina a proteger para a fruição de todos os cidadãos, independentemente da opinião da maioria, e mesmo contra esta. Ora, citando Ferrajoli: “siempre que se quiere tutelar un derecho como fundamental se lo sustrae a la política, es decir, a los poderes de la mayoría, y por outro lado al mercado, como derecho inviolable, indisponible e inalienable” (FERRAJOLI, op. cit., p. 85).

As constituições espelham, como se disse, múltiplos objetivos; consagram diversos e relativamente contraditórios princípios de justiça que pretendem realizar e operam uma difícil, mas necessária, acomodação entre estes vários princípios e direitos. O princípio democrático, e particularmente o seu corolário do método de decisão por voto majoritário, em constituições como a portuguesa e a brasileira, está limitado pelos direitos fundamentais

e outros princípios e valores. Isto é válido tanto para direitos de natureza mais prestacional como para os de natureza mais notoriamente “negativa”. Seria possível alegar, contudo, que, com a interferência forte da jurisdição constitucional no domínio dos direitos sociais e econômicos e, portanto, também das opções orçamentais e econômicas do legislador, o espaço de conformação deste último ficaria radicalmente confinado e o papel dos juízes seria indevidamente alargado, a ponto de se ofender ou tirar significado prático ao princípio democrático. O argumento seria, portanto, que, novamente, há algo de distinto nos direitos sociais.

Não se vê, no entanto, porque deva ser assim. As disposições constitucionais relativas a típicos direitos de liberdade implicam, também elas, uma limitação significativa do poder de conformação do legislador, sem que ninguém se lembre de alegar, todavia, que isto constitui uma violação do princípio democrático. Não são, portanto, apenas os direitos sociais; não é apenas a sua retirada da total disponibilidade de conformação do legislador e governos que constroem estes últimos. Toda a consagração e proteção de direitos fundamentais pela justiça constitucional, independente de sua natureza, implica retirar significativa liberdade de conformação ao legislador democrático. E, ainda para mais, como se viu, todos os direitos têm vertentes negativas e positivas e implicam custos vultuosos.¹⁶ O legislador constituinte, ao consagrar qualquer direito, buscou colocá-lo em uma dada lista de prioridades que o legislador ordinário não deveria ter liberdade para ignorar. Naturalmente, o legislador ordinário tem direito a ter as suas próprias prioridades, mas, ainda assim, deverá sempre legislar e agir (ou deixar de agir) dentro de um quadro geral que lhe é imposto pela Constituição.

Poder-se-ia ainda argumentar, contudo, que os direitos políticos e civis relacionam-se mais estreitamente com o próprio princípio democrático, que são condição necessária para a possibilidade da própria democracia e que, portanto, limitar nesta matéria o legislador democraticamente eleito seria garantir a preservação no tempo das pré-condições da democracia. Isto é certo, sem dúvida, mas, pelo menos no caso das concepções de democracia que subjazem aos textos constitucionais modernos – e que rejeitam o formalismo redutor dos

¹⁶ Pensa-se, por exemplo, na proibição da pena de morte na Constituição Portuguesa (art. 24, n.º 2). Esta, fundada no direito à vida e no princípio da dignidade da pessoa humana, não apenas limita um eventual legislador ordinário que, fundado na sua particular ideologia e com respaldo popular, quisesse introduzir a pena de morte, mas também impõe custos que não se podem invocar contra esta proibição e que deverão ser suportados mesmo por um legislador que, por exemplo, argumentasse que manter vivos, alimentados e vigiados criminosos condenados a longas penas se revela extremamente caro para o Estado.

regimes liberais burgueses do passado –, a verdade é que os direitos civis e políticos são condição necessária, mas não suficiente, para a salvaguarda da democracia. Os direitos fundamentais civis, políticos, sociais e econômicos são vistos todos como condições da democracia, reforçando-se todas mutuamente e permitindo o aprofundamento da democracia em um sentido mais genuíno.¹⁷ É precisamente nestes termos que Gomes Canotilho lê o princípio da democracia social, econômica e política como critério interpretativo (embora, diga-se em abono da verdade, não como “fundamento imediato e autônomo de pretensões jurídicas”) da Constituição portuguesa, particularmente relevante em matéria de direitos fundamentais (CANOTILHO, 2003, p. 341 e ss).

Naturalmente, o exato ponto a partir do qual se deve considerar o constrangimento do legislador constituinte e do juiz incompatível com o princípio democrático, variará de uma cultura (jurídica e política) para outra. Nos modelos de inspiração mais francesa, na qual, fruto de uma cultura revolucionário-democrática de longa data e tradição, os legisladores constituintes sempre se mostraram relutantes, para não dizer hostis mesmo, à interferência dos juízes na esfera mais “político-constitucional”, tendo a lei, pela sua origem nos representantes democraticamente eleitos, uma presunção de legitimidade quase avassaladora, o peso e legitimidade relativa dos órgãos de fiscalização constitucional tende a ser menor. Pelo contrário, em sistemas mais influenciados pela tradição americana da *judicial review*, entendida como pilar essencial de uma sociedade justa e bem ordenada, a legitimidade de uma postura mais “proativa” do judiciário, e da suprema corte mais em particular, surge como evidente e raramente em conflito com um “bom entendimento” do princípio democrático. Nesse aspecto, Portugal e Brasil podem apresentar inclinações históricas divergentes: o primeiro, com tribunais historicamente autocontidos; o segundo, com tribunais assumindo um papel de protagonista. Contudo, nota-se, não apenas no Brasil,

¹⁷ Na verdade, realização mais conseguida de alguns direitos é condição, senão de possibilidade, pelo menos de efetividade e valor prático dos demais. Como refere a Juíza do Tribunal Superior de Justiça de Buenos Aires e professora de Filosofia do Direito na Universidade de Buenos Aires Alicia E. Ruiz, citando a propósito trechos de sentenças desta corte argentina: “los derechos sociales son de igual jerarquía e igual estructura que los demás derechos humanos y todos tienen carácter interdependiente. La interdependencia de los derechos es evidente, pues, por ejemplo, resulta difícil de qué manera puede estar protegido el derecho a la salud si no se tiene techo o si se vive en condiciones inhumanas de hacinamiento... De igual manera no se ve cómo los niños que forman parte de la familia... podrían ejercer adecuadamente su derecho a la educación si ellos, antes o después de asistir a sus clases tienen que desarrollar su vida en la calle. La interdependencia de los derechos muestra que desprotegido uno de ellos, se pierden los restantes en un proceso de creciente vulnerabilidad jurídica que tiende a consolidar la desigualdad social que pasa a convertirse en persistente... qué sentido tiene la protección de la vida privada y familiar y la inviolabilidad del domicilio y la correspondencia, respecto de quienes se ven compelidos a vivir en los umbrales de los edificios, en las plazas públicas.” (RUIZ, 2008, p. 44).

mas também em Portugal – e no globo inteiro, graças ao ímpeto neoconstitucional – uma crescente legitimidade relativa dos tribunais com jurisdição constitucional e do seu papel mais interventivo na defesa do conteúdo (e não apenas das formas) das disposições constitucionais.

O argumento de que é ilegítima a interferência do judiciário na política ou na atividade dos poderes democraticamente eleitos é normalmente utilizado como estratégia para criticar certos posicionamentos judiciais que, em prol da efetividade da Constituição, colocam embaraços às políticas públicas adotadas, sobretudo em períodos de crise econômica. Todavia, convém lembrar que, se o legislador sentir que os constrangimentos financeiros criados pelas novas realidades econômicas, ou que simplesmente a sua sensibilidade política militam fortemente contra estas pré-opções do legislador constituinte, pode sempre alterar, por meio de um processo de revisão constitucional, as pré-opções feitas pelo texto constitucional, dentro de certos limites. Assim, devidamente legitimado, pode o legislador de hoje proceder a uma flexibilização radical dos direitos fundamentais. Nesse caso, claro, precisará de uma maioria qualificada no parlamento e de um respaldo popular que pode ser difícil de obter, mas isto faz sentido, atendendo precisamente ao fato de que estará alterando aspectos essenciais da estrutura básica da sociedade – algo que as constituições buscam proteger de mudanças arbitrárias ou irrefletidas. Daí a necessidade de assegurar uma legitimidade “mais do que democrática”, que vá para além da mera concordância da maioria para poder tocar de forma substancial em matérias tão críticas. No caso específico do Brasil, contudo, a solução que acabou de se esboçar será impossível, uma vez que é vedado ao legislador constituinte derivado pretender abolir os direitos e garantias individuais, conforme o disposto no art. 60, inciso IV, CF/88.

Em todo o caso, cada cultura jurídico-política definirá qual a margem de liberdade interpretativa que julga poder ser toleravelmente reservada ao juiz e ao legislador respectivamente, em função das experiências históricas e políticas peculiares a cada país.¹⁸

¹⁸ Se nos países de common law se admite facilmente que o legislador possa manter-se silencioso e parcimonioso, de modo que os juízes, recorrendo a um direito comum formado e decantado ao longo de décadas e séculos de precedentes jurisprudenciais, tornam-se os verdadeiros determinadores do Direito, na Europa continental não se aceita que se deixe “a un juez libre los problemas últimos del ajuste social”. Isto se deve, em parte, como se referiu, à ideologia democrática herdeira da revolução francesa (GARCIA DE ENTERRÍA; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, 1997, p. 31 e ss.). Neste caso, o direito tem necessariamente uma forte base legislativa, pois é a função (e dever) dos representantes em uma sociedade democrática exprimir a vontade popular, de modo que, “[p]or mucho que se resalte la crisis de la Ley en las sociedades actuales, tal crisis no alcanza en modo alguno a destronar la Ley (en el ámbito de la Constitución, naturalmente, que no es sino la lex superior) de ese lugar central e insustituible” (ibid, p. 53-54).

5 CONCLUSÕES

Ao longo das breves considerações aqui tecidas, buscou-se demonstrar a frágil base em que estão assentes os diversos argumentos que tentam cindir os direitos fundamentais em dois grupos: um mais importante, mais jusfundamental ou mais essencial do que o outro. Em contextos de crise econômica, o argumento da escassez de recursos é poderosamente combinado com a noção de que é necessário definir prioridades e sustenta-se que é imperativo preterir os direitos sociais que apresentariam características específicas e únicas que tornariam o seu cumprimento secundário e mais difícil.

Neste ambiente ideológico e econômico, tende a surgir um constitucionalismo de exceção que vincula as possibilidades de realização dos direitos sociais fundamentais à disponibilidade orçamental. Pior ainda, o único juiz dessa disponibilidade – ou pretensa falta dela –, para tais correntes, é o próprio poder político que assim se vê livre de qualquer controle constitucional. Não se negou aqui que os representantes democraticamente legitimados devem gozar de certa discricionariedade na gestão das finanças do Estado, de modo a cumprir a sua própria agenda e programas. Tampouco se nega a escassez relativa de recursos como condicionante de toda a política. Contudo, uma teoria forte do constitucionalismo (o neoconstitucionalismo) não é compatível com uma constituição a duas velocidades, com normas e direitos fundamentais de diferente valor, uns para levar a sério, com direito à proteção do controle judicial da constitucionalidade, e outros para considerar como um conjunto de piás recomendações, de conselhos sem força vinculativa, vãs palavras sem qualquer utilidade normativa.

As características pretensamente únicas dos direitos sociais e as condicionantes que delas resultariam são, afinal, as de todos os direitos fundamentais. Todos os direitos contemplam uma dimensão “positiva” e todos envolvem vultosos custos orçamentais para a sua realização prática. Todos podem ser potencialmente indeterminados. Mais importante ainda, a avaliação pelo poder judicial das opções do legislador democrático no sentido de restringir qualquer direito fundamental (social ou não) levanta sempre idênticos problemas quanto à competência técnica dos juízes e quanto à legitimidade político-constitucional desses julgamentos: nomeadamente o receio de se abrir as portas ao “governo dos juízes” e à violação da separação de poderes. Assim, com crise ou sem ela, não há como alegar que os

direitos fundamentais sociais merecem menor proteção jurisdicional ou que devem ser considerados superiormente sujeitos ao princípio constrangedor da reserva do possível. O texto constitucional e os seus direitos constituem um todo de igual normatividade, e qualquer omissão ou ação do poder político que viole uma só das suas disposições deverá estar sujeita ao seu questionamento por cidadãos e instituições, que podem instar o Poder Judiciário a se pronunciar sobre a matéria e, assim, a dar efetividade prática e supremacia jurídica aos limites impostos pelo modelo de Estado e sociedade que a Constituição imperativamente definiu.

Não se pode olvidar que a Constituição representa um “contrato social” fundamental, um *pactum societatis*, no qual se acordam as bases necessárias para a convivência pacífica e para o respeito recíproco, a fim de evitar conflitos ou guerras civis. Nesse pacto, há o compromisso de os indivíduos obedecerem e se sujeitarem às decisões do governo legítimo, porque estabelecer regras de convivência sem sujeitar os indivíduos a um poder coletivo gera impotência; mas o poder coletivo deverá respeitar as condições mínimas, as bases do pacto, sob pena de revelar-se tirano (ZAGREBELSKY, 2008, p. 29-30). Os direitos fundamentais, dentre eles os sociais, são parte integrante desse contrato social e descumpri-los ou desprotegê-los, bloqueando a sua justiciabilidade, portanto, é violar esse mesmo contrato social.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 21-37.

AMARAL, Maria Lúcia. *Direito Constitucional II, Sumários Desenvolvidos*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, s/d.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 101-135.

BERNAL PULIDO, Carlos. Refutación y defensa del Neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007. p. 289-326.

BOBBIO, Noberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS – CES (Laboratório Associado à Universidade de Coimbra). *Anatomia da crise: identificar os problemas para construir as alternativas*. 1º relatório, preliminar, do Observatório sobre Crises e Alternativas. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/ficheiros2/files/Relatorio_Anatomia_Crise_final__.pdf>. Acesso em: 04 mai. 2015.

_____. *Barômetro das Crises*. Observatório sobre crises e alternativas, nº 13, Crise e mercado de trabalho: Menos desemprego sem mais emprego?, publicado em 26/03/2015. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/observatorios/crisalt/documentos/barometro/13BarometroCrises_Crise%20mercadotrabalho.pdf>. Acesso em: 04 mai. 2015.

_____. *Barômetro das Crises*. Observatório sobre as crises e alternativas, nº 19. Emprego e salários: pontos de interrogação, publicado em 22/11/2018. Disponível em: <https://www.ces.uc.pt/ficheiros2/files/19BarometroCrises_Interrogacao16112018.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2019.

_____. *Barômetro das Crises*. Observatório sobre as crises e alternativas, nº 18, Retoma económica: o lastro chamado precariedade, publicado em 05/01/2018. Disponível em: <https://www.ces.uc.pt/ficheiros2/files/18BarometroCrises_Retoma_precariedade.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2019.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 13-29.

_____. Sobre los derechos fundamentales. In: CARBONELL, Miguel (Org.) *Teoria del neoconstitucionalismo*. Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007. p. 71-89.

FURET, François; HALÉVY, Ran. *Orateurs de la Révolution Française: Les Constituants*. Bruges: Gallimard, 1989. v. 1.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio. *El Derecho, la Ley y el Juez*. Dos estudios. Madrid: Civitas, 1997.

GUASTINI, Riccardo. La “Constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 39-64.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: *O Processo: Estudos e Pareceres*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: DPJ, 2009. p. 36-57.

HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. 5. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. Nova York: W. W. Norton & Co., 1999.

KLEIN, Naomi. *The shock doctrine: the rise of disaster capitalism*. Nova York: Metropolitan Books, 2008.

NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____. *Direitos Sociais*. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra: Wolters Kluwer e Coimbra Editora, 2010.

_____. *Em defesa do Tribunal Constitucional: resposta aos críticos*. Coimbra: Almedina, 2014.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coords). *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 53-69.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 39/84. Relator: Cons. Vital Moreira. Lisboa, 11 de abril de 1989. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html>>. Acesso em: 13 out. 2014.

_____. Acórdão nº 509/2002. Relator: Cons. Luís Nunes de Almeida. Lisboa, 19 de dezembro de 2002. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>>. Acesso em: 13 out. 2014.

PRIETO SANCHÍS, Luis. El Constitucionalismo de los Derechos. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007. p. 213-236.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais. Funções, Âmbito, Conteúdo, Questões Interpretativas e Problemas de Justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RIBEIRO, Gonçalo de Almeida; COUTINHO, Luís Pereira (Org.). *O Tribunal Constitucional e a Crise: Ensaio Crítico*. Coimbra: Almedina, 2014.

RUIZ, Alicia E. C. La realización de los derechos sociales en un Estado de Derecho. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues et al. *Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 41-48.

SADURSKI, Wojciech. *Rights before Courts: a study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*. Dordrecht: Springer, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição do retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coords). *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 71-109.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. 9. ed. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2009.

_____. *Princípios y votos*. El Tribunal Constitucional y la política. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2008.

IGUALDADE DE GÊNERO E DIREITOS SOCIAIS NO CONTEXTO DO ESTADO
CONSTITUCIONAL DE DIREITO

*GENDER EQUALITY AND SOCIAL RIGHT IN THE CONTEXT OF THE
CONSTITUTIONAL RULE OF LAW*

Bernardo Brasil Campinho.¹

Resumo: Este trabalho tem por objetivo analisar como a formulação e aplicação de direitos sociais, trabalhistas ou prestacionais, se relacionam com as pretensões de igualdade de gênero que emergem nas intersecções contemporâneas entre Estado de Direito, constitucionalismo e democracia, particularmente no contexto brasileiro. A busca pela compreensão das conexões entre direitos sociais e igualdade de gênero deve necessariamente se ater ao papel mediador que a noção de Estado de Direito exerce quanto à dicotomia universalidade/singularidade (igualdade/diferença), bem como deve buscar analisar como as diferentes funções realizadas pelos direitos humanos e fundamentais atuam neste processo de afirmação da igualdade de gênero. Neste sentido, os direitos sociais exercem um papel importante na promoção não apenas de reconhecimento, mas da inclusão como efetivação do mesmo, e como base mesmo para a construção da participação política.

Palavras-chave: Igualdade de gênero. Direitos sociais. Estado Constitucional de Direito.

Abstract: This study aims to analyze how the formulation and application of social rights relate to gender equality claims that emerge in contemporary intersections between rule of law, constitutionalism and democracy, particularly in the Brazilian context. The search for understanding of the connections between social rights and gender equality must necessarily stick to the mediating role that the notion of rule of law plays on the dichotomy universality / uniqueness (equality / difference), and should seek to analyze how the different functions performed by fundamental and human rights work in this process of affirmation of gender equality. In this sense, social rights play an important role in promoting not only recognition, but the inclusion as a realization of the same, and even as the basis for building political participation.

Keywords: Gender equality. Social rights. Constitutional rule of law.

¹ Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre e Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Adjunto do Departamento de Ciências Jurídicas do Instituto Multidisciplinar da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRRJ). Professor Auxiliar da Universidade Estácio de Sá (UNESA).

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo analisar como a formulação e aplicação de direitos sociais, trabalhistas ou prestacionais, se relacionam com as pretensões de igualdade de gênero que emergem nas intersecções contemporâneas entre Estado de Direito, constitucionalismo e democracia, particularmente no contexto brasileiro.

A trajetória de afirmação do princípio do Estado de Direito às relações de gênero e até este momento foram vistas sob a perspectiva da não discriminação como meio para o reconhecimento, tanto ético quanto político. Direitos iguais para cidadãos e cidadãs iguais.

Para além dos direitos civis, porém, as funções de não discriminação, defesa contra o Estado e proteção perante terceiros revelam-se importantes em outro domínio: no estabelecimento de condições materiais para que a igualdade de gênero seja plena.

As referidas funções dos direitos dão ensejo a mecanismos voltados para assegurar a igualdade de gênero – que passam a ser realizadas tanto pela interferência estatal na delimitação das relações de trabalho também por meio de liberdades positivas exigíveis do Estado na figura de prestações materiais.

Além disto, mostra-se necessário estabelecer os parâmetros para a aplicação dos direitos sociais, dentro da lógica dos direitos humanos e das concepções de Estado de Direito que os mesmos realizam, de forma a articular a não discriminação e o pleno reconhecimento social e jurídico das singularidades de gênero e de orientação sexual com os meios materiais para realizá-las.

Neste caso, trata-se também de estabelecer em que condições os direitos sociais podem ser aplicados nas relações de gênero e de orientação sexual de forma a equilibrar o respeito à singularidade e a universalidade a que almejam atingir as prestações a serem garantidas por tais direitos.

Para realizar o intento posto neste trabalho, será articulada uma revisão de literatura sobre direitos sociais, explorando suas conexões com o problema da igualdade e as relações de gênero, com especial atenção aos modelos de política social voltados para a concretização da igualdade de gênero identificados por Nancy Fraser e suas projeções no âmbito do sistema jurídico-constitucional, por meio de análise da normativa constitucional e legal do Estado social no Brasil e suas eventuais projeções na jurisprudência.

2 ESTADO DE DIREITO E AS FUNÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS SOCIAIS NAS RELAÇÕES DE GÊNERO

A busca pela compreensão das conexões entre direitos sociais e igualdade de gênero deve necessariamente se ater ao papel mediador que a noção de Estado de Direito exerce quanto à dicotomia universalidade/singularidade (igualdade/diferença), bem como deve buscar analisar como as diferentes funções realizadas pelos direitos humanos e fundamentais atuam neste processo de afirmação da igualdade de gênero.

Não por acaso, Pierre Rosanvallon afirma que “a constituição de uma sociedade de singularidades implica, em primeiro lugar, proporcionar aos indivíduos os instrumentos de sua singularidade, o que necessariamente leva a uma redefinição das políticas sociais” (2012, p. 323-324).²

Em outros termos, Antoni Domenèch³ (2009) relembra Marx ao afirmar que “quem

² No trecho original da versão em espanhol: “*La constitución de una sociedad de singularidades implica en primer lugar proporcionar a los individuos los instrumentos de su singularidad. Esto conduce a una redefinición de las políticas sociales*” (ROSANVALLON, 2012, p. 323-324).

³ A frase de Domenèch consta de entrevista concedida à Myriam Bautista, do Jornal El Tiempo, de Bogotá, e reproduzida no site Carta Maior. Domenèch fala sobre experiência de Sin Permiso. Trata-se de uma referência a um trecho do pensamento de Marx exposto em A Crítica ao Programa de Gotha: “Na medida em que o homem se situa de antemão como proprietário diante da natureza, primeira fonte de todos os meios e objetos de trabalho, e a trata como possessão sua, seu trabalho converte-se em fonte de valores de uso, e, portanto, em fonte de riqueza. [...] pois precisamente do fato de que o trabalho está condicionado pela natureza deduz-se que o homem que não dispõe de outra propriedade senão sua força de trabalho, tem que ser, necessariamente, em qualquer estado social e de civilização, escravo de outros homens, daqueles que se tornaram donos das condições materiais de trabalho. E não poderá trabalhar, nem, por conseguinte, viver, a não ser com a sua permissão”. O trecho destacado de A Crítica ao Programa de Gotha consta da apresentação da Revista *Sin Permiso*, periódico do qual Domenèch faz parte (disponível em: <<http://www.sinpermiso.info/presentacion/index.php>>. Acesso em: 6 fev. 2019) e a versão em português foi obtida a partir do Portal Domínio Público (disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000035.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2019). Cabe acrescentar que na entrevista ao Jornal El Tiempo, reproduzida pelo Portal Carta Maior, Domenèch deixa claro, a partir da citação feita, qual seria o programa político de universalização da liberdade republicana: “que ninguém tenha necessidade de ter de pedir permissão a outro para sobreviver, que ninguém seja escravo de outro” (texto disponível em: <<https://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Politica/Domenech-fala-sobre-experiencia-de-Sin-Permiso/4/15220>>. Acesso em: 6 fev. 2019). Ainda que Domenèch se refira às questões sociais referentes ao capital e ao trabalho, ou seja, à dinâmica da justiça distributiva em uma sociedade, não é possível deixar de perceber que alguém que não possa viver de acordo com sua identidade ou que tenha que ser inferioridade por um padrão de status cultural, como as mulheres em sociedades patriarcais e machistas ou os homossexuais sob padrões heteronormativos, também terminam por ter que pedir permissão para viver ao padrão dominante, e se o ideal de um programa de universalização da liberdade republicana é fazer com que ninguém tenha que pedir permissão para viver, então isto deve incluir o respeito à diversidade sexual e à igualdade de homens e mulheres, bem como de quaisquer singularidades que não sejam traduzíveis somente pelo viés distributivo e econômico de classe – assim, a universalização da liberdade republicana, como defendida neste trabalho, só será plena quando a igualdade dela decorrente se traduzir na possibilidade de que as pessoas

não tem meios próprios de vida tem de pedir permissão a outros para viver, e por isso não é livre”. Ou seja, “liberdade não é ter que pedir permissão a outro para sobreviver” (DOMENÈCH, 2009).

E quais seriam os meios efetivos para se garantir a igualdade como relação a partir do pleno desenvolvimento das singularidades (no caso, de gênero e de orientação sexual)? Uma vez garantidas condições sociais básicas a todos, por meio do acesso a políticas e serviços sociais universais, isto dissolveria a discriminação fundada em status? Existe vertente da literatura de Direito Constitucional que corrobora esta perspectiva, como demonstra passagem da obra de Daniel Sarmento:

O advento do Estado Social, aliado à progressiva sofisticação nos estudos do Direito Constitucional na Europa, sobretudo no período de reconstrução que se seguiu ao fim da 2ª Guerra Mundial na Europa, importaram numa mudança significativa na concepção dos direitos fundamentais. Não apenas novos direitos foram positivados, ligados à garantia da igualdade material e das condições básicas de vida para a população, como também a visão referente aos antigos direitos liberais sofreu uma relevante mudança. Tais direitos sujeitar-se-ão doravante a uma nova leitura, que buscará captar outras possibilidades latentes no discurso emancipatório que lhes empresta lastro (SARMENTO, 2004, p. 133).

A crença de Daniel Sarmento no Estado social e no seu papel de afirmação dos direitos fundamentais mostra-se atraente, mas infelizmente acabam recaindo no mito de origem do Estado social, como se o mesmo tivesse transformando radical e substancialmente as relações entre capital e trabalho e representado uma superação das hierarquias fundadas em status. A mistificação do Estado social esconde as continuidades herdadas dos seus antecedentes no desenvolvimento da modernidade política, ao menos no que se refere às relações de gênero.

Se uma das diferenças entre o Direito das sociedades modernas capitalistas e outras formas de Direito historicamente conhecidas é que “o primeiro não impõe a divisão de classes nem a desigualdade social dela decorrente, exprimindo o caráter aberto das classes sociais no capitalismo”, por outro lado não é possível dizer que este Direito da sociedade liberal era “neutro”, “na medida em que consagrava normas excludentes que exprimiam a força política das classes dominantes, que conseguiam controlar o Parlamento” (SABADELL, 2008, p. 213-214).

tenham os mesmos direitos e o mesmo reconhecimento de acordo com suas singularidades, e que o Estado e a sociedade possam oferecer instrumentos sociais efetivos para que isto se converta não somente em não interferência, mas em liberdade positiva, na plena capacidade material para viver sua singularidade e no suporte prestacional material que isto exige.

Dáí surge a promessa não cumprida do Direito moderno: a suposta neutralidade e a prometida igualdade formal, do ponto de vista do gênero e da sexualidade, não passam de falácias, alternando-se interdições expressas à condição feminina com o uso da linguagem formal e abstrata do Direito moderno para ocultar as diferenças de tratamento, que restariam implícitas.

O Estado Liberal de Direito do século XIX fundava-se em um parlamento que era, como lembrou Gustavo Zagrebelsky (2003), inteiramente dominado por uma única classe social (a burguesia), que normatizava ou positivava seu ideário pela ausência de oposição e contestação legítima diante da ausência dos diferentes no plano da produção legislativa, que terminava por gerar uma legislação coerente e consistente com certos interesses de classe⁴.

Assim, a preservação da família como unidade de produção e instrumento para viabilizar a propriedade privada se tornou tarefa do Estado Liberal, como forma de implantar seus valores e o seu ideal de sociedade, transferindo a tarefa de cuidar das pessoas às famílias, para que o Estado pudesse deter-se na organização do político e na garantia do mercado, sem deixar de vigiar as famílias para que cumprissem sua missão (DONZELOT, 1986; BADINTER, 1985).

A família é, assim, o feixe que organiza todos os institutos fundantes do Direito Privado moderno, tendo no seu cerne a preservação e a ampliação da propriedade privada enquanto junção do trabalho produtivo com a apropriação do trabalho doméstico e reprodutivo a cargo das mulheres, e também uma unidade de direção moral para a internalização e promoção dos valores da sociedade liberal.

O Estado social de Direito modificou parcialmente este arranjo, na medida em que foi antecedido de profundas transformações como a conquista do direito de voto pelas mulheres (como será analisado no capítulo V), o que lhes deu alguma visibilidade em contraponto à exclusão do espaço público no século XIX.

Cabe destacar, no entanto, que nas relações de gênero e no que tange à cisão público/privado e à centralidade do gênero e da sexualidade na sua constituição, o Estado social nada mais é do que a continuação das desigualdades e das diferenças excludentes quanto ao

⁴A visão histórica do Estado liberal conforme a exposição de Zagrebelsky (2003) corrobora o pensamento de Marx, que via no Estado liberal-burguês uma mera hegemonia de classe ou, lembrando as palavras do pensador socialista, comitê executivo dos interesses da burguesia – mas a frase transcende o aspecto meramente material ou de hegemonia econômica e implica, no panorama do Estado e da sociedade do século XIX, em uma hegemonia moral, de uma imposição sobre o domínio dos costumes (esfera privada), notadamente sobre a família e a sexualidade (DONZELOT, 1986; BADINTER, 1985).

gênero, articuladas sobre outros aspectos. Como lembra Esping-Andersen (1990, p. 55):

O Estado do bem estar social pode promover serviços e seguridade social, mas é também e tem sempre sido um sistema de estratificação social, sendo Estados que adotam este modelo instituições chave na estruturação das classes e da ordem social, pelo fato de que as características organizacionais do Estado do bem estar social ajudam a determinar a articulação de solidariedade social, divisão de classe e diferenciações de status⁵.

O Estado social se apresentou sob a égide de diversas concepções (conservadoras, liberais e socialistas), mas não foi uma ruptura completa com a sociedade e a estrutura familiar herdadas do liberalismo do século XIX, nem uma superação do capitalismo.

Ao comentar a estratificação promovida pelo Estado do bem-estar social sob a perspectiva de uma política social conservadora, Esping-Andersen (op. cit., p. 58) vai destacar que:

As diferentes visões conservadoras sobre a política social terão como ponto em comum, no caso dos direitos sociais, a aversão à combinação entre o nivelamento social e o antagonismo de classes trazido pelo capitalismo, de modo que, seja em favor de uma hierarquia estrita, do corporativismo ou da prevalência da estrutura familiar tradicional, o tema que unifica os diversos conservadorismos é a ideia de que as relações de status tradicionais devem ser mantidas para o bem da integração social⁶.

Outro exemplo seria a doutrina social da Igreja e sua concepção de política social. Para a Igreja Católica:

O corporativismo era a resposta natural para suas preocupações em preservar a família tradicional, a busca da Igreja por alternativas viáveis ao capitalismo e ao socialismo, e sua crença na possibilidade de organização harmoniosa entre as classes sociais, ao mesmo tempo em que preservava o princípio católico da “subsidiariedade”, pelo qual os mais altos níveis de coletividade social deveriam intervir apenas quando a capacidade de mútua proteção da família se mostrasse impossível (ibid., p. 61).⁷

⁵ No original em inglês: “the welfare state may provide services and income security, but it is also, and Always has been, a system of social stratification. Welfare states are key institutions in the structuring of class and the social order. The organizational features of the welfare state help determine the articulation of social solidarity, division of class, and status differentiation” (ESPING-ANDERSEN, 1990, p. 55).

⁶ No original em inglês: “traditional conservatism, as we have seen, embodies a number of divergent models of the ideal social order. What unites them, as in the case of social rights, is a loathing of the combined social leveling and class antagonisms brought about by capitalism. Be it in favor of strict hierarchy, corporativism, or of familism, the unifying theme is that traditional status relations must be retained for the sake of social integration” (ibid., p. 58).

⁷ No original em inglês: “for the catholic church, corporativism was a natural response to its preoccupation with preserving the traditional family, its search for viable alternatives to both socialism and capitalism, and its belief in the possibility of organizing harmonious relations between the social classes. Corporativism inserted easily into Catholicism’s “subsidiarity” principle, the idea that higher and larger levels of social collectivity should

Por sua vez, ao tratar dos modelos de estratificação promovidos por uma política social liberal, Esping-Andersen (1990, p. 61-63) vai destacar alguns pontos básicos:

a) abolição de estamentos, guildas, monopólios e absolutismo monárquico centralizador como condições para emancipação individual, liberdade, iguais oportunidades e competição saudáveis; b) a ideia de que o Estado não teria razão legítima para alterar a estratificação produzida pelo mercado; c) o fracasso de um modelo de política social moldado a luz de um individualismo radical e do sistema de alívio da pobreza (neste caso em razão de seu acentuado processo de estigmatização e punição dos pobres), levou a um movimento de reforma liberal, que combinou um mínimo de coletivismo e o individualismo, de sorte a reconhecer que este último deve se alinhar com uma sociedade que se organizava em coletividades.

Novamente, ainda que por fundamentos diversos, as políticas sociais, mesmo que construídas sob uma lógica diversa daquelas dos diversos conservadorismos, não negam, pelo contrário, afirmam a lógica das diferenças de status na medida em que a constituição do modelo de intervenção social coexiste e se apoia na família e em outras instituições (como as associações), reproduzindo estigmas e dualismos de classe e, mais importante para os fins deste trabalho, deixando intocada a estrutura familiar, com base no predomínio do masculino.

Diante do legado que as diversas versões do Estado social (*welfare*) apresentam na questão dos direitos das mulheres, com uma certa continuidade fundada na lógica de status a partir da família, qual o sentido em se refletir sobre a relação entre Estado social e direitos humanos nas relações de gênero?

Explicando mais detalhadamente, a questão que surge consiste em, com base na apontada continuação da dominação de um status masculino e heterossexista no Estado social, identificar em que medida os direitos sociais (trabalhistas e prestacionais) são reflexos da desigualdade sexual e de gênero apontada, reforçando estereótipos e hierarquizações, e se há possibilidade de superação deste legado e suas expressões na normatividade do Estado social.

A resposta surge a partir da conjugação das formulações de Domenèch e Rosanvallon: não só quem perde permissão para viver não é livre, como não há liberdade plena sem os

only intervene when the family's capacity for mutual protection was rendered impossible" (ESPING-ANDERSEN, 1990, p. 61).

meios sociais (materiais) para realizá-la.⁸

Se no Estado pontuado pelo paradigma do constitucionalismo social existem continuidades baseadas em dominação de status é preciso reconhecer também uma mudança paradigmática, herdeira da expansão do sufrágio e da conquista do voto feminino, criando as condições sociais para um cenário jurídico-institucional no qual a lei

já não é expressão pacífica de uma sociedade inteiramente coerente, se não a manifestação de um instrumento de competição e enfrentamento social, tornando-se apenas a continuação de um conflito, deixando de ser um ato impessoal, geral e abstrato e convertendo-se em ato personalizado (no sentido de que provém de grupos identificáveis de pessoas e está dirigido a outros grupos igualmente identificáveis) que persegue interesses particulares (ZAGREBELSKY, 2003, p. 38).⁹

Isto mostra que o caminho para compreender a redefinição do papel dos direitos sociais nas relações de gênero no âmbito do Estado Constitucional de Direito contemporâneo se situa na identificação das transformações paradigmáticas que exploraram o potencial emancipatório dos direitos sociais e as funções que os mesmos exercem para torná-los instrumentos jurídicos de realização do programa político subjacente à ideia de igualdade de gênero.

⁸ Também os direitos civis, pela articulação das funções de não discriminação, proteção contra terceiros e defesa dos direitos humanos e fundamentais constituem uma forma de viabilizar que a pessoa não tenha que pedir autorização ou permissão do Estado ou de quem quer que seja para viver plenamente sua privacidade de igual modo em relação aos demais cidadãos e cidadãs, sem hierarquizações de gênero e sem discriminação quanto a sua opção sexual. Mas a ideia de garantir a igualdade na vida privada às mulheres e às diversas identidades fundadas na orientação sexual não pode progredir se um emprego for negado em razão do gênero, estado civil ou orientação sexual, se a família diversa da tradicional, uma família com liderança da mulher ou entre pessoas do mesmo sexo, não tiver a proteção da moradia, ou se os/as filhos/as gerados e criados em arranjos familiares diversos não puderem frequentar a escola em razão da condição da mulher ou da opção sexual dos pais, ou se prestações de saúde não estiverem disponíveis para homossexuais e transexuais pela sua orientação sexual, ou se a mulher não puder decidir pelo uso dos meios contraceptivos ou não tiver a plena titularidade de seus direitos reprodutivos, ou se obras ou autores forem banidos das escolas pela sua orientação sexual, enfim, a gama de exemplos citadas traz a importância e o caráter sensível de direitos a prestações sociais para o exercício pleno do livre desenvolvimento da personalidade e a autonomia individual. Não por acaso, o próprio Daniel Sarmento conclui que “no Estado social, o poder se pulveriza na sociedade, distribuindo-se por uma série de instituições intermediárias entre o Estado e o indivíduo. Este poder pode revelar-se ainda mais perigoso para os direitos humanos do que o exercido pelas autoridades públicas, por ser mais opaco, mais fugidivo ao controle e não se encontrar democraticamente legitimado” (SARMENTO, 2004, p. 43).

⁹ No original: “*la ley [...] ya no es la expresión ‘pacífica’ de una sociedad política internamente coherente, sino que es manifestación e instrumento de competición y enfrentamento social; no es el final, sino la continuación de un conflicto; no es un acto impersonal, general y abstracto [...] es, por el contrario, un acto personalizado (en el sentido de que proviene de grupos identificables de personas y está dirigido a otros grupos igualmente identificables) que persigue intereses particulares*” (ZAGREBELSKY, 2003, p. 38).

3 NÃO DISCRIMINAÇÃO COMO INCLUSÃO: DIREITOS SOCIAIS TRABALHISTAS E RELAÇÕES DE GÊNERO

A categoria dos direitos sociais desdobra-se em duas vertentes: os direitos sociais trabalhistas e os direitos sociais prestacionais. Os primeiros são considerados direitos individuais e coletivos de caráter tutelar nas relações de trabalho,¹⁰ vinculando os empregadores, sejam eles públicos ou privados.¹¹ Estão previstos primordialmente nos art. 7º a 11ª da Constituição brasileira.

Os direitos sociais trabalhistas são direitos públicos subjetivos, exigíveis de imediato em relações jurídicas concretas. Representam a constitucionalização do Direito do Trabalho, e por vezes assumem o papel de direitos de defesa, como explica Ingo Sarlet (2007, p. 203-204):

Especificamente no que concerne aos direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988, impõe-se aqui ao menos uma breve referência ao fato de que o conceito de direitos fundamentais sociais no direito constitucional pátrio é um conceito amplo, incluindo tanto posições jurídicas prestacionais (direito à saúde, educação, assistência social etc.), quanto uma gama diversa de direitos de defesa [...]. Assim, verifica-se que boa parte dos direitos dos trabalhadores, positivados nos arts. 7º a 11º da nossa Lei Suprema, são, na verdade, concretizações do direito de liberdade e do princípio da igualdade (ou da não discriminação), ou mesmo posições jurídicas dirigidas a uma proteção contra ingerências por parte dos poderes públicos e entidades privadas. É o caso, por exemplo, da limitação da jornada de trabalho (art. 7º, incisos XIII e XIV), do reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho (art. 7º, inciso XXVI), das normas relativas à prescrição (art. 7º, XXIX), das proibições consignadas no art. 7º, incisos XXX e XXXIII, da igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício e o trabalhador avulso (art. 7º, inciso XXXIV), da liberdade de associação sindical (art. 8º), bem como do direito de greve (art. 9º), apenas para ficarmos nos exemplos mais evidentes. Em que pese a denominação de direito social [...] o fato é que estes dispositivos – de acordo com o critério da função desempenhada – contém típicos direitos de defesa [...].

Mas, se nos direitos civis ou no exercício dos direitos humanos e fundamentais como direitos de defesa, de proteção perante terceiros e de não discriminação haveria o predomínio

¹⁰ Conforme trazem Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, “a Constituição contempla um leque bastante diferenciado de normas referentes aos chamados direitos sociais do trabalhador. Não são poucas as disposições que regulam as bases da relação contratual e fixam o estatuto básico do vínculo empregatício, conferindo destaque para situações especiais. É notório que a Constituição procurou estabelecer limites ao poder de conformação do legislador e dos próprios contratantes na conformação do contrato de trabalho” (MENDES, 2012, p. 692).

¹¹ “Que trabalhadores disfrutem destes direitos? São os trabalhadores subordinados, aqueles que nutrem vínculo empregatício, que prestam serviços por conta e sob a direção de pessoas físicas ou jurídicas, entidades públicas ou privadas” (BULOS, 2008, p. 626).

de uma lógica de reconhecimento, ao se passar à análise da não discriminação na aplicação dos direitos sociais trabalhistas nas relações de gênero e de orientação sexual surge outra lógica: a da inclusão.

Quando a não discriminação atua em articulação com as funções de direitos de defesa e de proteção contra terceiros no âmbito dos direitos civis isto se dá sob uma ética do reconhecimento, da igual consideração e respeito, e como forma de atribuir a todos os cidadãos e cidadãs, independentemente de seu gênero ou orientação sexual (no caso) os instrumentos jurídico-formais para o pleno exercício de cidadania no espaço público.

Quando falamos dos direitos sociais trabalhistas, a não discriminação tem, além do sentido anteriormente exposto, uma lógica de inclusão, na medida em que cria condições para o igual acesso aos meios materiais de suporte da singularidade/diferença, ou seja, proporciona a efetivação das escolhas de vida relacionadas à personalidade e à identidade a partir de recursos para viabilizá-las.

Neste sentido, o art. 7º, inciso XXX, da Constituição brasileira proíbe diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

Cabe iniciar a análise pela questão de gênero, porque aqui há um fator de justiça distributiva aliado à questão do reconhecimento. Por que a igualdade de acesso e permanência no trabalho, bem como a de receber o mesmo salário que os homens, é importante? Relatório do Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher enfrenta esta questão, ao mostrar como a igualdade de direitos entre homens e mulheres no trabalho transpõe a questão da individualidade feminina e se reflete na família:

Há também o reconhecimento de que a igualdade substantiva para mulheres só seja alcançada através de uma série de outras leis e políticas para tornar o ambiente de trabalho mais acessível às mulheres. Central para o sucesso destas políticas é levar em consideração o fato de que em todos os países, as mulheres são primariamente responsáveis pelas tarefas domésticas e de criação dos filhos – trabalho não remunerado que tem impacto sobre sua capacidade de acessar mercado de trabalho em condições de igualdade com os homens. Isso limita suas opções para tirar vantagem das oportunidades formalmente iguais, normalmente relegando as mulheres a tempo parcial, trabalho temporário ou informal, que é menos bem pago e tem menos benefícios ou nenhum (UNITED..., 2011).¹²

¹² No original em inglês: “*there is also recognition that substantive equality for women will only be achieved through a range of other laws and policies to make the workplace more accessible to women. Central to the success of these policies is taking into account the fact that in all countries, women are primarily responsible for household and child-rearing tasks – unpaid labour which impacts on their ability to access the labour market*”

Obviamente, há questões mais complexas envolvidas no acesso das mulheres ao direito social ao trabalho, como a própria dinâmica entre mercado de trabalho formal e economia informal, mas a passagem transcrita do Relatório da ONU deixa claro que a igualdade substantiva das mulheres no acesso ao direito social ao trabalho tem um caráter redistributivo forte e implica impacto direto na vida familiar e, particularmente, no desenvolvimento de crianças e adolescentes sob seu cuidado.

Uma das formas de evitar a discriminação e produzir conjuntamente não reconhecimento e não inclusão das mulheres no ambiente do trabalho é a adoção de meios que proíbam a discriminação quanto ao sexo/gênero no acesso ao mercado de trabalho – aqui ocorre uma incidência da igualdade formal, ou igualdade de tratamento, podendo ainda mencionar-se a idéia de imparcialidade como decorrente de uma concepção formal de Estado de Direito e sua aplicação nas relações sociais.

É o que faz, por exemplo, o art. 373-A da CLT, com redação dada pela Lei Federal 9799/1999, ao dispor que ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado: I - publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou à situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir; II - recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível; III - considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional; IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego; V - impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez; VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.¹³

on equal terms to men. This limits their options to take advantage of formally equal opportunities, usually relegating women to part-time, temporary or casual work, which is less well paid and has fewer or no benefits”.

¹³ A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho consagrou o entendimento de que a cláusula de vedação da revista íntima no ambiente de trabalho se estende a ambos os sexos, e não apenas às mulheres, conforme a ementa do seguinte acórdão: “DANOS MORAIS. REVISTA ÍNTIMA. CONDUTA OFENSIVA À HONRA E À DIGNIDADE DOS EMPREGADOS. INDENIZAÇÃO. REDUÇÃO PELO TRIBUNAL REGIONAL. FIXAÇÃO NO

A diretriz assinalada pelo art. 7º, XXX, da Constituição e especificada na Consolidação das Leis do Trabalho (art. 373-A, inciso inciso II, com redação dada pela Lei Federal 9799/1999) encontra eco na jurisprudência trabalhista, como demonstram os seguintes precedentes do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região e do Tribunal Superior do Trabalho:

ASSÉDIO MORAL. GRAVIDEZ. DISPENSA DO TRABALHO EM VIRTUDE DA GRAVIDEZ. DISCRIMINAÇÃO. DANO MORAL CARACTERIZADO. O dano moral se caracteriza quando se atinge o patrimônio ideal, protegido pelo que a doutrina denomina de dignidade constitucional, constituído pelos valores inerentes à pessoa humana. O ato do empregador que manda que empregada grávida permaneça em sua residência, a fim de aguardar o transcurso da gestação sob a justificativa de o seu desempenho não corresponder às expectativas da empresa, pratica nítido assédio moral e, com isso, deve reparar o dano causado (BRASIL, 2007).

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014 E DO NCPC - NULIDADE DO PEDIDO DE DEMISSÃO - REINTEGRAÇÃO - VERBAS RESCISÓRIAS 1.A questão não foi decidida com base na distribuição do ônus da prova, inocorrendo violação aos arts. 818 da CLT e 373, I, do NCPC. 2. Arestos oriundos de Turmas desta Corte não atendem ao disposto no artigo 896, "a", da CLT. O aresto de fl. 245, oriundo do Eg. TRT não consigna tese divergente a teor da Súmula nº 296, I, desta Corte. DANOS MORAIS - CARACTERIZAÇÃO - DISPENSA DISCRIMINATÓRIA - GESTANTE A instância ordinária assinalou que os Reclamados tinham ciência da gravidez da Reclamante e não haver evidências no sentido de que a Autora tenha pedido demissão, como alegado em Recurso de Revista. Concluiu que houve dispensa discriminatória da Recorrida em decorrência da gravidez. A modificação do julgado no ponto esbarra no óbice da Súmula nº 126 do TST. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - QUANTUM O Eg. Tribunal Regional, ao fixar o valor da indenização por danos morais, observou os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Agravo de Instrumento a que se nega provimento. (Tribunal Superior do Trabalho, AIRR - 11751-62.2015.5.01.0015 , Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Julgamento: 14/11/2018, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/11/2018)

Em outro processo, desta vez julgado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, a mulher foi submetida a exame de gravidez para verificar que no momento de sua demissão não estivesse grávida – a Corte admitiu a possibilidade, mas considerou que a forma

MESMO PATAMAR PARA AMBOS OS SEXOS. PRETENSÃO DE DIFERENCIAÇÃO PELO TEMPO DE SERVIÇO. SÚMULA Nº 297, I E II, DO TST. VIOLAÇÃO DE PRECEITOS CONSTITUCIONAIS E DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO-CONFIGURADAS. O recurso de revista não se sustenta, no que tange ao inconformismo dos recorrentes quanto à fixação do montante da indenização por danos morais no mesmo patamar para todos os empregados, sem se considerar o tempo de serviço de cada um na empresa. O Tribunal Regional não apreciou a controvérsia sob tal prisma, mas apenas sob o enfoque da afetação, na mesma intensidade, da conduta da reclamada na dignidade e na honra dos empregados de ambos os sexos [...]” (BRASIL, 2005).

como foi conduzida foi discriminatória e abusiva:

DANO MORAL. EXIGÊNCIA DE EXAME DE GRAVIDEZ NO ATO DA DISPENSA MEDIANTE PROCEDIMENTO CONSTRANGEDOR. ABUSO DE DIREITO. REPARAÇÃO DEVIDA. O fato de o empregador exigir comprovação de ausência de gravidez no ato da dispensa não configura crime, nos termos da Lei n. 9.029/95, podendo, revelar, de acordo com o procedimento adotado, inclusive, o cuidado de evitar a nulidade da rescisão contratual, atrelada à demanda judicial visando a reintegração da empregada gestante, eis que não é raro o desconhecimento do estado gravídico pela própria obreira. No entanto, a utilização de meios constrangedores, que exponham a trabalhadora à situação vexatória, constitui abuso de direito, sendo devida a reparação civil pela ofensa à dignidade da pessoa humana (BRASIL, 2005).

A Reforma Trabalhista aprovada em 2017 pelo Congresso Nacional (Lei 13467/2017) trouxe a controvérsia acerca da discriminação da mulher no âmbito de trabalho por conta da gravidez ao tratar da questão do trabalho da mulher grávida e lactante em situações de insalubridade, dando nova redação ao art. 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho para disciplinar a questão nos seguintes termos:

Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de:

- I - atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação;
- II - atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação;
- III - atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação.

§ 1º

§ 2º Cabe à empresa pagar o adicional de insalubridade à gestante ou à lactante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no art. 248 da Constituição Federal, por ocasião do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço.

§ 3º Quando não for possível que a gestante ou a lactante afastada nos termos do caput deste artigo exerça suas atividades em local salubre na empresa, a hipótese será considerada como gravidez de risco e ensejará a percepção de salário-maternidade, nos termos da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, durante todo o período de afastamento.

Assim, o art. 394-A da CLT passou a proibir o trabalho da mulher em condições de insalubridade apenas no grau máximo, permitindo o trabalho da trabalhadora gestante em insalubridade em grau médio e mínimo e também da lactante em todos os graus de insalubridade, mas neste caso possibilitando o afastamento do trabalho com garantia da remuneração e emprego mediante atestado de saúde emitido por médico de confiança da

mulher.

A redação anterior do arr. 394-A, dada pela Lei 13287/2016, estabelecia que empregada gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo exercer suas atividades em local salubre.

A medida é um dos pontos controversos da reforma trabalhista, tendo sido defendido pelo Relator da Reforma Trabalhista, o então Deputado Rogério Marinho, nos seguintes termos:

Esse dispositivo tem provocado situações de discriminação ao trabalho da mulher em locais insalubres tanto no momento da contratação quanto na manutenção do emprego. Essa situação é marcante em setores como o hospitalar, em que todas as atividades são consideradas insalubres, o que já tem provocado reflexos nos setores de enfermagem, por exemplo, com o desestímulo à contratação de mulheres. (BRASIL, 2017).

O argumento é desconstruído por Maryland Medeiros da Silva e Paula Isabel Nobrega Introine Silva, que analisam estatísticas do setor de saúde e do mercado de trabalho em geral para demonstrar que os dados não sustentam a afirmação do Relator:

O relator do projeto argumenta a não contratação de mulheres no setor da enfermagem, e de médicas em parágrafo posterior, afirmando taxativamente que hoje, não se contratam mais mulheres médicas e enfermeiras que estejam em período fértil. Há de se considerar em primeira análise estatística que a crise econômica, em verdade, é a responsável pela elevação da taxa de desemprego desde o ano de 2014, não guardando qualquer correlação com a Reforma Trabalhista em si. Contudo, os dados verificados é de que não há uma mudança no mercado de trabalho que justifique tal assertiva do Deputado, principalmente nos setores da saúde (medicina, odontologia e veterinária), que estão no contra fluxo da maioria dos outros setores da economia. De acordo com dados do Programa de Disseminação das Estatísticas do Trabalho (PDET), vinculado ao Ministério do Trabalho e Emprego, de julho de 2016 até junho de 2017, período de vigência da lei que vetou o trabalho da gestante em ambientes insalubres, houve crescimento do número de contratações no setor, possuindo um saldo de 40.041 novas vagas, crescimento de 1,99%, enquanto que no Brasil ocorreu o aumento no número de desempregados em 749.060 (-1,91%), no mesmo período de avaliação. (BRASIL, 2017e). Nessa primeira análise pode-se inferir que o setor da saúde não sofreu abalo, ao contrário, cresceu e continua crescendo, não tendo fundamento algum o argumento de que está havendo demissões e de que não haverá espaço para as mulheres nesse setor pelo simples motivo de que as gestantes e lactantes serão afastadas dos ambientes insalubres, o que faria surgir, de acordo com o relator, uma postura discriminatória por parte do empresariado. Em uma avaliação específica do ano de 2016, do período de janeiro a dezembro, com relação aos dados nacionais sem ajustes, no geral houve uma perda de postos de trabalho de 1.371.363, enquanto que os serviços médicos, odontológicos e veterinários tiveram um aumento de 36.420 no mesmo período de avaliação (BRASIL, 2016a). De acordo com dados da Secretaria de Políticas Públicas de Emprego também vinculado ao

Ministério do Trabalho e Emprego, e com dados fornecidos pelo Observatório Nacional do Mercado de Trabalho, que realizaram um estudo específico sobre a atuação feminina no Mercado de Trabalho, divulgado em 08 de março de 2017, no dia da mulher, que levaram em consideração dados administrativos do Ministério do Trabalho (RAIS e CAGED) e da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua do IBGE, há confirmação de que as mulheres de fato são maioria no setor da saúde e serviços sociais, fazendo uma comparação com os anos de 2007 e 2016. Em 2007, haviam 361.713 homens e 1.027.132 mulheres, já em 2016 aumentou para 530.820 homens e 1.707.397 de mulheres, correspondendo a uma variação de 46,8% a mais de homens e de 66,2 % a mais de mulheres nesses setores da economia (BRASIL, 2017d). Com isso reforça-se a posição de uma não discriminação nesse setor, onde de fato há um domínio pelo sexo feminino, lembrando que desde 2005 com a NR 32 já havia proteção da gestante no setor da saúde com relação a alguns locais insalubres. *Que a discriminação da mulher no mercado de trabalho ocorre, isso é fato, mas não é pelo mero direito de afastamento da gestante dos ambientes insalubres. É algo muito maior, envolve aspectos históricos, culturais e legais também, mas a legislação não é culpada por tal comportamento social, sendo esse o fator menos importante para tamanha regressão* (SILVA; SILVA, 2017, pp. 73-74). (grifo nosso).

A controvérsia não se encerrou com a aprovação da reforma trabalhista, pois foi ajuizada a Ação Direta de Inconstitucionalidade número 5938 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos, alegando a inconstitucionalidade da redação dada pela reforma trabalhista ao art. 394-A da CLT, mais especificamente impugnando os incisos II e III do art. 394-A da CLT.

O Requerente alega em síntese que admitir a possibilidade de que trabalhadoras grávidas ou lactantes desempenhem atividades insalubres nas referidas hipóteses, afrontaria a proteção que a Constituição Federal veementemente atribui à maternidade, à gestação, à saúde, à mulher, ao nascituro, aos recém-nascidos, ao trabalho e ao meio ambiente do trabalho equilibrado, argumento que foi corroborado pela Procuradoria Geral da República em parecer nos seguintes termos:

Assegurar trabalho em ambiente salubre às gestantes e lactantes é medida concretizadora dos direitos fundamentais ao trabalho, à proteção do mercado de trabalho das mulheres, à redução dos riscos laborais e ao meio ambiente de trabalho saudável (Constituição, arts. 6.º, 7.º–XX e XXII e 225). A medida ainda se coaduna com o princípio constitucional dos valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa (art. 1.º–IV) e com a centralidade do trabalho humano nas ordens econômica e social, proclamada pela Carta Magna (arts. 170 e 193). Não bastasse efetivar direitos e princípios fundamentais de índole trabalhista, a proteção de gestantes e lactantes contra a insalubridade serve especialmente à tutela da saúde, da maternidade e dos direitos mais basilares do nascituro e do lactente. (...) Destarte, o contexto normativo protetivo da saúde, da maternidade e da infância aponta para o afastamento imediato de trabalhadoras gestantes e lactantes de atividades insalubres em qualquer grau. Condicionar tal afastamento à prévia apresentação de atestado médico, como procede a norma impugnada nesta ação direta, é medida desarrazoada que, além de ofender os comandos constitucionais tuitivos, toma o

trabalho inseguro como bem jurídico, legitimando-o e, em certo ponto, superestimando-o (...) Percebe-se que o art. 394-A-II e III da CLT, com a redação dada pela Lei 13.467/2017, afasta a obrigação do empregador de prover condições adequadas de trabalho à gestante e à lactante, bem como a de manter a incolumidade do meio ambiente de trabalho. Transfere indevidamente para a empregada (parte mais frágil da relação jurídica) e para o médico (profissional alheio ao contrato de trabalho), personagens não sujeitos ao princípio da alteridade (CLT, art. 2.º52), responsabilidade que lhe cabe por força de sua submissão não só ao complexo normativo protetivo da maternidade e da infância, mas também às normas de saúde, higiene e segurança ocupacional (...). *O art. 394-A-II e III da CLT, embora admita o afastamento de gestantes e lactantes de ambientes laborais insalubres, o faz de maneira condicionada e diferida, o que, sob vários aspectos, impede a efetivação dos direitos fundamentais envolvidos, como revelado. A (suposta) proteção – ou melhor, desproteção – que encerra não atende à urgência reclamada pela situação de vulnerabilidade da trabalhadora gestante ou lactante, nem condiz com a relevância dos bens jurídicos em questão (vida, saúde, maternidade, infância e trabalho digno e seguro). Registre-se, por fim, que a norma impugnada contraria também o princípio constitucional da isonomia (arts. 3.º-III e 5.º-I), na medida em que desconsidera as desigualdades que devem ser sopesadas para que seja possível estabelecer igualdade material ou substancial, inclusive no contexto da empregabilidade (arts. 7.º-XX e 170-VIII; Convenção 111 da OIT) (BRASIL, 2018). (grifo nosso).*

Em fevereiro de 2019 o processo da ADI 5938 no Supremo Tribunal Federal ainda não havia sido concluído. O relator da ação é o Ministro Alexandre de Moraes¹⁴.

A mitigação levada a cabo pela reforma trabalhista no que se refere à proteção da mulher contra o trabalho em ambiente insalubre se consubstancia em uma forma de discriminação de gênero que atinge não somente a identidade feminina na sua condição única de gestante/lactante, algo que os homens não partilham, como também se mostra uma discriminação de caráter econômico, submetendo a mulher ao medo do desemprego ou de retaliações de seu empregador caso peça atestado para não trabalhar em condições de insalubridade no grau médio e mínimo. Novamente nas palavras de Maryland Medeiros da Silva e Paula Isabel Nobrega Introine Silva:

Outro argumento utilizado para aprovação do projeto da Reforma Trabalhista foi de que seria muito prejudicial a perda salarial da gestante ao se afastar do ambiente insalubre e conseqüentemente a perda do respectivo adicional. Não haveria nem necessidade de atenção sobre essa justificativa, pois ao utilizá-la como respaldo há uma tentativa clara de compra de dignidade da pessoa humana, utilizando a monetização da saúde, bem da vida que não possui quantificação, pelo contrário, deve ser prioridade quando comparado a outros direitos, principalmente monetários. (SILVA; SILVA, 2017, pp. 74-75).

¹⁴ Informações disponíveis em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5447065>>. Acesso em 7 fev. 2019.

A argumentação dos atores envolvidos ressalta a proteção do nascituro e da criança como cerne da questão, mas a discriminação em razão da gestação e da lactação no ambiente de trabalho é uma questão de gênero e a proteção à maternidade deve ser um respaldo para a proteção à dignidade e à autonomia das mulheres no ambiente de trabalho, não em grau inferior à defesa da criança, mas como um vetor de concretização dos princípios constitucionais que respaldam a opção substantiva pela igualdade de gênero feita pela Constituição brasileira, notadamente a dignidade humana (art. 1º, inciso III), o valor social do trabalho (art. 1º, inciso IV), a não discriminação (art. 3º, inciso IV, e art. 7º, inciso XXXI), a igualdade (art. 5º, caput e inciso I), e a proteção dos direitos das mulheres ao trabalho e à saúde, articulada com a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, inciso XXII).

Cabe assinalar que a discriminação contra a mulher no âmbito dos direitos sociais trabalhistas não está relacionada apenas e necessariamente à maternidade ou gravidez, embora a maternidade seja um direito social em si protegido pelo art. 6º da Constituição. A discriminação da mulher no ambiente de trabalho pode dizer respeito a diversos aspectos da subjetividade feminina.

Daniel Sarmento, por exemplo, traz interessante caso da jurisprudência alemã, mais especificamente do Tribunal Federal do Trabalho alemão. O caso é de 1957, mas mostra-se atual, na medida em que o julgado decidiu pela invalidade de cláusula contratual que previa a extinção do contrato de trabalho de enfermeiras em hospital privado, caso estas viessem a contrair matrimônio (SARMENTO, 2004).

Outra perspectiva de afirmação da não discriminação quanto ao direito social do trabalho no que concerne às mulheres é a adoção de políticas afirmativas de gênero, como faz o art. 7º, inciso XX, da Constituição brasileira, ao prescrever que a lei estabelecerá proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos.

O art. 373-A, parágrafo único, da CLT reforça esta diretriz geral ao buscar estabelecer que as práticas vedadas pelo artigo não obstem a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher (BRASIL, 2012).

Há políticas afirmativas de gênero previstas na própria Constituição brasileira, relativas especificamente à maternidade (que, como dito antes, constitui em si um direito

social, junto com o trabalho, mas independente deste): licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias (art. 7º, inciso XVIII, CRFB/1988) e estabilidade gestante, ou seja, a interdição constitucional da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. (art. 7º, inciso I, da Constituição c/c art. 10, inciso II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

Cabe assinalar que cláusulas de não discriminação que tenham caráter protetivo, articuladas a partir do art. 7º, XXX, da Constituição brasileira, têm plena justiciabilidade, na medida em que se mostram como uma face do caráter de defesa ou de proteção perante terceiros. Aqui há uma continuidade e uma equivalência com os chamados direitos civis.

Quanto às cláusulas que buscam a não discriminação por políticas afirmativas ou corretivas, há dois modos de analisar a questão. Aquelas concernentes à maternidade, por terem foro constitucional, seriam aplicáveis pela via jurisdicional, seja porque revelam proximidade com a vedação à discriminação, seja porque estão estabelecidas na Constituição em forma de regras, o que viabiliza uma aplicação judicial com menor possibilidade de violar o espaço decisório do legislador democrático infraconstitucional.

Quanto à cláusula constitucional prevista no art. 7º, inciso XX, esta se reveste de caráter de norma programática, ou seja, deve ser viabilizada por políticas públicas de inclusão de gênero a cargo dos poderes políticos, do governo/administração e do legislador democrático.

Não cabe ao judiciário aqui criar, sem legitimação para tanto, os programas de inclusão ou incentivo, ou definir as espécies de benefícios que podem ser estendidos às mulheres para corrigir as distorções e assimetrias no acesso ao mercado de trabalho e seus ganhos.

Tais programas e benefícios devem ser construídos pelo diálogo amplo e a ação política dos agentes públicos constituídos pelos mecanismos representativos democráticos, por instâncias de fiscalização e formulação de políticas públicas pela sociedade civil (caso do Conselho Nacional de Direitos da Mulher,¹⁵ ou mesmo pela atuação do Conselho Nacional

¹⁵ Segundo a página de apresentação do Conselho Nacional de Direitos da Mulher, “O Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM) integra a estrutura do Ministério dos Direitos Humanos (MDH). O CNDM tem como uma de suas importantes atribuições apoiar a Secretaria Nacional de Políticas para Mulheres (SNPM/MDH) em suas articulações com diversas instituições da Administração Pública Federal e com a sociedade civil. O Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM) foi criado em 1985, vinculado ao Ministério da Justiça, para promover políticas que visassem eliminar a discriminação contra a mulher e assegurar sua participação nas atividades políticas, econômicas e culturais do país. De 1985 a 2010, teve suas funções e atribuições bastante alteradas. Em 2003, passou a integrar a estrutura da Secretaria Especial de Políticas para

do Trabalho)¹⁶ e, em última instância, pelo próprio diálogo com os agentes de mercado e outras instâncias privadas, como categorias profissionais, sindicatos e associações.

4 CONSTITUIÇÃO, RELAÇÕES DE GÊNERO E OS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS

Apesar dos avanços apontados quanto aos direitos trabalhistas, é importante perceber que o desafio da igualdade de gênero não se restringe a simplesmente promover o acesso de mulheres ao mercado do trabalho, mas pensar a própria ideia de direitos sociais e das políticas que lhes são atinentes a partir da singularidade de gênero e da diversidade de orientação sexual.

Isto adquire uma importância ainda maior quando se falam nos direitos sociais prestacionais, na medida em que tais direitos exercem a função de mediar vida privada, comunidade política e mundo do trabalho, por meio de prestações que se dirigem para a satisfação dos interesses transindividuais e coletivos, consubstanciados na perspectiva não somente dos trabalhadores e das trabalhadoras, mas da pretensão universal de atender a demandas de todos os cidadãos e cidadãs.

Os direitos sociais prestacionais referem-se aos direitos sociais que demandam uma prestação material por parte do Estado (PESSANHA, 2006), encontrando-se disciplinados principalmente no art. 6º da Constituição brasileira, assim como nas disposições constitucionais contidas no Capítulo da ordem social (art. 193 e seguintes da Constituição). Os direitos sociais prestacionais exigem, assim, um maior comprometimento do Estado na realização da igualdade social, como evidencia o discurso de Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 232):

Os direitos fundamentais sociais a prestações, diversamente dos direitos de defesa,

Mulheres da Presidência da República, contando em sua composição com representantes da sociedade civil e do governo, o que amplia o processo de controle social sobre as políticas públicas para as mulheres”. Disponível em: <[http:// https://www.mdh.gov.br/informacao-ao-cidadao/participacao-social/conselho-nacional-dos-direitos-da-mulher-cndm](http://https://www.mdh.gov.br/informacao-ao-cidadao/participacao-social/conselho-nacional-dos-direitos-da-mulher-cndm)>. Acesso em: 6 fev. 2019. O Conselho Nacional de Direitos da Mulher integra a estrutura do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, conforme o art. 44, inciso XIX, da Medida Provisória número 870/2019, ainda pendente de análise pelo Congresso Nacional em fevereiro de 2019 (BRASIL, 2019).

¹⁶ Instituído pelo Decreto Federal número 1617, de 4 de setembro de 1999, atualmente regulado pelo Decreto 9028/2017, o Conselho Nacional do Trabalho integrava inicialmente a estrutura organizacional do Ministério do Trabalho (BRASIL, 1995), mas em janeiro de 2019 o referido órgão passou a integrar a estrutura do Ministério da Economia, conforme disposto no art. 32, inciso XXVIII, da Medida Provisória número 870/2019, ainda pendente de análise pelo Congresso Nacional em fevereiro de 2019 (ibid.).

objetivam assegurar, mediante a compensação das desigualdades sociais, o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva, que pressupõem um comportamento ativo do Estado, já que a igualdade material não se oferece simplesmente por si mesma, devendo ser devidamente implementada. Ademais, os direitos fundamentais sociais almejam uma igualdade real para todos, atingível apenas por intermédio de uma eliminação das desigualdades [...].

É importante destacar o que está implícito na discussão sobre a forma jurídica de realização dos direitos sociais prestacionais: se tais direitos têm caráter de direitos subjetivos, se são normas programáticas que indicam decisões políticas que vinculam o legislador e a Administração Pública, ou se convivem os aspectos de direitos subjetivos com o de políticas públicas, realizáveis segundo os critérios e possibilidades demarcadas pelos poderes políticos.¹⁷

Como destaca Érica Pessanha (2006, p. 310), “além dos direitos sociais estarem dispostos de maneira confusa na própria Constituição, propiciando divergências quanto a sua própria definição e fundamentalidade, eles ainda possuem objetos amplos demais, o que dificulta a sua delimitação”.

Note-se que quando os direitos sociais prestacionais são concebidos como direitos “*prima facie*”, como faz Carlos Bernal Pulido (2008), surge o problema da sua concretização à luz da possibilidade de restrição e da exigência de proporcionalidade na aplicação de medidas restritivas a estes direitos, como bem observa o referido autor:

Os enunciados dos direitos fundamentais sociais dão lugar a normas e posições jurídicas *prima facie*, que admitem restrições legislativas, sempre e quando sejam proporcionadas. Estas restrições podem estar justificadas em razão das limitações econômicas, e ainda em razão das exigências que se desprendem de outros direitos fundamentais sociais, democráticos ou de liberdade, ou de outros bens constitucionais. Desta perspectiva, o princípio da proporcionalidade atua como critério definidor da vinculação que emana dos enunciados dos direitos sociais. A análise da proporcionalidade das restrições a estes direitos indica se, nos casos concretos, as posições em que se concretizam estes direitos valem apenas *prima facie*, ou se também valem de maneira definitiva [...]. Segundo esta teoria, as disposições constitucionais sobre direitos sociais concretizam-se em posições que impõem ao legislador um determinado dever de legislar – assim como em deveres de atuação que pesam sobre a administração e sobre o poder judiciário [...]. Nesta estrutura, o indivíduo tem *prima facie* um direito, não a um mínimo, senão a todos os meios materiais necessários para o exercício de suas liberdades, dos direitos políticos e para o atendimento de suas necessidades básicas. Mas este máximo não

¹⁷ Segundo Carlos Bernal Pulido (2008, p. 151), “o problema que dá lugar às diferentes concepções sobre os direitos sociais consiste em estabelecer se a partir das disposições constitucionais sobre os direitos sociais se podem derivar verdadeiros deveres legislativos e administrativos que se concretizem em posições subjetivas exigíveis judicialmente; ou se, pelo contrário, em nenhum caso podem-se determinar estes deveres e então deve concluir que os direitos sociais têm unicamente um sentido político, não vinculante para o legislador e para a administração”.

é exigível do Estado de maneira definitiva, se existem outros princípios constitucionais ou limitações materiais que o impeçam, e se isto for demonstrável mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade [...]. Pense-se, por exemplo, que seja o caso de demonstrar que a seguridade social não possa dar conta das operações estéticas, pois a subvenção destes procedimentos implicaria a inversão de recursos destinados à atenção de urgências ou comprometeria o oferecimento de medicamentos básicos para combater enfermidades que tenham relação imediata com a sobrevivência (PULIDO, 2008, p. 168-169).

Por sua vez, ao introduzir o conceito de reserva do possível, Lobo Torres (2008, p. 324) explica que este equivale a “reserva democrática”, significando, segundo o autor, que “as prestações sociais se legitimam pelo princípio democrático da maioria e pela concessão discricionária do legislador”.

Assim, fatores inerentes à própria configuração jurídica dos direitos sociais prestacionais, particularmente sua pretensão universalista e sua definição pela maioria política a serviço de um modelo abstrato de cidadão, trazem complexidade na sua concretização nas relações de gênero e no que concerne à orientação sexual.

Neste sentido, ocorre, na concretização dos direitos sociais prestacionais, uma tensão entre a sua pretensão universal, representada pela maioria democrática consubstanciada nos poderes políticos eleitos (legislativo e executivo), e a reivindicações de singularidade decorrentes de identidades e grupos minoritários, que podem até ter alguma representação política, mas não detém o controle decisório do processo democrático, como as mulheres.

Como conciliar os direitos da maioria no acesso a prestações sociais, ou mesmo na própria definição destas prestações, e como realizar a inclusão das mulheres, para que tenham os meios sociais e materiais de realização plena de suas respectivas trajetórias subjetivas e possam ser e estar no mundo de acordo com suas escolhas existenciais? É possível articular direitos sociais prestacionais, gênero, pluralismo, não discriminação e inclusão? Isto pode ser realizado ou adjudicado pelos juízes?

O caminho para enfrentar estas questões e para compreender as influências das singularidades de gênero na formulação e aplicação de direitos sociais prestacionais, passa pela análise de como as questões de reconhecimento constituídas a partir do ideal do Estado de Direito e das pretensões igualitárias baseadas em direitos humanos podem transformar as estruturas de seguridade social¹⁸ e realizar a pretensão de pluralidade quanto ao gênero e à

¹⁸ A escolha pela seguridade social como fio condutor da análise da incidência da função prestacional dos direitos humanos nas relações de gênero e quanto à orientação sexual não implica ser este o único direito em que isto ocorre, mas sim aquele em que questões privilegiadas sobre a dinâmica entre privacidade e espaço público no constitucionalismo contemporâneo surgem, justamente a partir das identidades femininas e

sexualidade.

Surge então uma questão emblemática sobre relações de gênero e seu impacto na afirmação e justiciabilidade dos direitos prestacionais relacionadas à seguridade social: entender como a questão de gênero perpassa e, de certa forma, molda prestações da seguridade social,¹⁹ particularmente na efetivação dos direitos à previdência e à assistência social²⁰, como suporte ao mundo do trabalho.

5 A IDENTIDADE DE GÊNERO, SUAS PROJEÇÕES NOS DIREITOS SOCIAIS E NA SUA FUNÇÃO DE ARTICULAÇÃO ENTRE MUNDO DO TRABALHO E SEGURIDADE SOCIAL.

Pierre Rosanvallon (2012, p. 325) observa que os direitos sociais, “concebidos sob o modelo dos direitos civis e dos direitos políticos, se dirigem ao indivíduo universal e estão, portanto, constituídos por possibilidades automáticas e incondicionadas de acesso a prestações e serviços”.²¹

A partir destas observações do autor, é possível reconduzir a questão da formulação e aplicação dos direitos sociais à tensão entre maioria e minoria, entre universalidade e singularidade, na medida em que a desigualdade não conhece uma só face, e a pobreza socioeconômica não é a única forma de violação da igualdade e do Estado de Direito.

A pretensão de universalidade dos direitos sociais prestacionais e sua definição como prestações em prol da coletividade os coloca sob a influência dos desígnios da maioria, sem

homossexual/transsexual, colocando em evidência o acesso e a própria definição das prestações positivas asseguradas pelo Estado. Certamente, há implicações de gênero e quanto à orientação sexual na afirmação de outros direitos sociais prestacionais, como educação e moradia, e embora sejam mais comumente reconduzíveis às funções de defesa ou de não discriminação dos direitos humanos podem, eventualmente, abarcar também questões prestacionais, como evidência Martha Nussbaum (1999), ao estabelecer que um direito a ter igual oportunidade de aprender sobre gays e lésbicas, e sobre a homossexualidade em si, o que constitui uma discussão sobre o conteúdo do direito à educação enquanto prestação positiva (não só igual acesso ao ensino e à educação, mas também a possibilidade de um conteúdo plural, o que interfere sobre a realização da prestação em si).

¹⁹ Segundo Fábio Ibrahim Zambitte (2010), a seguridade social pode ser conceituada como a rede protetiva formada pelo Estado e por particulares, com contribuições de todos, incluindo parte dos beneficiários dos direitos, no sentido de estabelecer ações para o sustento das pessoas carentes, trabalhadores em geral e seus dependentes, providenciando a manutenção de um padrão mínimo de vida digna.

²⁰ Segundo o art. 1º da Lei 8742/1993, A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que prevê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

²¹ No trecho original da edição espanhola: “*aunque los derechos sociales se conciben según el modelo de los derechos civiles e políticos, se dirigen al individuo universal y están por tanto constituídos por posibilidades automáticas e incondicionadas de acceso a las prestaciones o a los servicios. En este marco es imposible e impensable cualquier individualización*” (ROSANVALLON, 2012, p. 323).

levar em conta as singularidades de certos grupos sociais específicos, como bem notou Rosanvallon (2012).

Cumpra notar que pretensões derivadas da reivindicações de autonomia e reconhecimento das mulheres se colocam para além do problema de distribuição de riqueza econômica (dicotomia pobres x ricos), ainda que adquiram contornos específicos no contexto socioeconômico em que se inserem.²²

É o que traz, por exemplo, Nancy Fraser (1996, p. 222), quando apresenta o combate à pobreza (*antipoverty principle*) como parte da ideia de igualdade de gênero, declarando que “prevenir a pobreza é crucial em atingir a igualdade de gênero hoje, após o salário da família, considerando as altas taxas de pobreza nas famílias monoparentais lideradas por mulheres e a crescente probabilidade de que mulheres e crianças nos Estados Unidos viverão nestas famílias”.²³

Assim, as liberdades sociais positivas que são conhecidas como direitos sociais prestacionais têm em conta, na sua formulação, o indivíduo/cidadão em sua generalidade e de forma abstrata, e, como notou Rosanvallon (op. cit.), priorizam o acesso universal, sem considerar as singularidades e seus desdobramentos, especialmente no que se refere ao gênero.

Por vezes, ainda quando os direitos e políticas sociais prestacionais levam em conta a singularidade, isto não está isento de preconceitos e estereótipos, ainda mais quando o modelo de Estado social (conservador, liberal, social-cristão etc.) se torna uma parte da equação.

Neste sentido e considerando o exposto nos dois últimos parágrafos, as relações de gênero nas sociedades pós-industriais²⁴ colocam um desafio à afirmação do direito das

²² Neste sentido, o Relatório da ONU Mulher 2011-2012 (p. 34) evidencia o quão importante o contexto socioeconômico pode ser na realização dos direitos das mulheres, na medida em que “estender a proteção do Estado de Direito para a economia informal e o trabalho vulnerável é de vital importância para a redução da pobreza e da desigualdade, bem como para a garantia dos direitos das mulheres. Isto é particularmente crítico na economia global de hoje, na qual os mercados de trabalho foram desregulamentados e padrões flexibilizados, gerando como resultado que mais e mais empregos sejam informais, com os trabalhadores a perder a proteção social e legal” (*Extending the protection of the rule of law to informal and vulnerable work is vitally important to reducing poverty and inequality, as well as to ensuring women’s rights. This is particularly critical in today’s global economy, as labour markets have been de-regulated and standards relaxed, with the result that more and more jobs have been informalized, with workers losing legal and social protection*) (UNITED..., 2011).

²³ No original em inglês: “[...] Preventing poverty is crucial to achieving gender equality now, after the Family wage, given the high rates of poverty in solo-mother families and the vastly increased likelihood that U.S. women and children will live in such families” (FRASER, 1996, p. 222).

²⁴ As mudanças na família decorrentes das transformações vivenciadas nas sociedades pós-industriais foram objeto de análise de Nancy Fraser (op. cit.), reproduzidas no capítulo anterior.

mulheres ao trabalho, tanto como meio de desenvolvimento da personalidade como forma de sustento próprio e da família, o que produz, nas duas vertentes, inclusão.

A melhoria das condições de trabalho e emprego das mulheres por meio da aplicação de padrões de direitos humanos foi defendida pela ONU Mulher, que em seu relatório 2011-2012 defendeu que uma igualdade substantiva para as mulheres, contra a precariedade das relações de trabalho e a dupla jornada (doméstica e não-doméstica) atribuída às mulheres (UNITED..., 2011).

Por um lado, as mudanças socioeconômicas nas sociedades atuais comprovam o avanço das mulheres sobre o mundo do trabalho, com transformações estruturais significativas em relação ao tipo de ocupação.

Gøsta Esping-Andersen analisa dados empíricos de sobre ou sub-representação das mulheres nas ocupações tradicionais e pós-industriais nas relações de trabalho em três países Suécia, Alemanha e Estados Unidos entre 1960 e 1985 e traz a seguinte conclusão:

Com pequenas exceções, há um declínio na segregação ocupacional baseada no gênero. As mulheres foram bem sucedidas em ingressar em trabalhos “masculinos”, como a gestão e em profissões técnicas; a sobre-representação delas no gueto dos empregos femininos diminuiu, assim como nos ‘empregos precários’ (ESPING-ANDERSEN, 1990, p. 209).²⁵

Esping-Andersen (op. cit., p. 212) nota, ainda, a partir de dados sobre a distribuição de mulheres entre empregos tipicamente masculinos e tipicamente femininos, que “as mulheres estavam se concentrando em empregos femininos (enfermagem, escritório e educação) e também ganhando terreno em ocupações tradicionalmente masculinas”.

O trabalho feminino assalariado no contexto de uma economia capitalista não é um fato novo, já estando presente desde a sociedade industrial do século XIX, como notou Eric

²⁵ No original em inglês: “with a few exceptions, there is a decline of women in gender-based occupational segregation. Women have been quite successful in entering privileged ‘male-jobs’, such as management and the professions; their over-representation in the female-ghetto jobs has lessened, as has their over-representation within the ‘junk-jobs’” (ESPING-ANDERSEN, 1990, p. 209). Esping-Andersen nota, contudo, que “o padrão mais intenso verificado é a saída das mulheres dos empregos industriais. Isso pode ser interpretado de duas formas: 1) a desindustrialização tem atingido especialmente as indústrias tradicionalmente “femininas”, como as têxteis; 2) tendo menos antiguidade e ligações mais fracas com o emprego, as mulheres podem ter que suportar o peso da decadência industrial. Em todo caso, esta rede resulta no fato de que é mais provável encontrar as mulheres no setor pós-industrial” (*The single most dramatic trend is women’s departure from industrial-worker jobs. This may be interpreted in two ways: 1) de-industrialization has been especially sweeping within the conventional ‘female’ industries, such as textiles; 2) having less seniority and weaker job-attachments, women are have been made to bear the brunt of industrial redundancy. Whichever is the case, the net result is that women are much more likely to be found within the post-industrial sector*) (ibid., loc. cit.).

Hobsbawn (1995).

Neste sentido, o Estado social (*welfare*) não desconhecia a estratificação de gênero no mundo do trabalho, mas sua resposta em termos de direitos sociais foi limitada, permanecendo presa a desigualdades de gênero substantivas, ainda quando as Constituições do Pós-Segunda Guerra Mundial tenham proclamado solenemente a igualdade entre homens e mulheres, seja em sentido amplo, sejam em sentidos mais restritos (a Constituição brasileira de 1946 limitou-se a estabelecer a igualdade salarial).

Assim, o desafio do Estado Constitucional nas sociedades pós-industriais contemporâneas é enfrentar a questão das desigualdades entre homens e mulheres e na formulação de direitos sociais aplicáveis segundo padrões de igualdade substantiva entre os sexos/gêneros.

A questão é que não há uma única resposta para o desafio de promover igualdade substantiva para mulheres no mundo do trabalho a partir da implementação de padrões de direitos humanos, nem envolve uma única função destes direitos, tampouco é atribuída exclusivamente ao Estado (mas igualmente ao mercado e à sociedade civil).

Do ponto de vista dos modelos de intervenção política para a realização da igualdade de gênero, Nancy Fraser apresenta duas concepções distintas surgidas nas sociedades pós-industriais²⁶, com suas diversas nuances: o modelo do(a) mantenedor(a) universal (*the universal breadwinner model*) e o modelo da paridade do(a) cuidador(a) (*the caregiver parity model*).

Em comum, ambos os modelos trazem políticas, direitos e intervenções que unem família, relações do trabalho e políticas sociais estatais consubstanciadas em prestações materiais²⁷. Existem, porém, algumas diferenças sobre a abordagem da questão de gênero e

²⁶ Segundo Gøsta Esping-Andersen, “a ideia de uma sociedade pós-industrial emergiu na década de 1960, gerada por revoluções contemporâneas na tecnologia, na gestão, no consumo e no emprego. Ela evidencia um novo mundo onde técnicos, profissionais e gestores predomina; onde o trabalho manual à moda antiga desaparece; onde o ‘apetite’ dos consumidores se volta para os serviços” (*the idea of post-industrial society emerged in the 1960s, provoked by contemporary revolutions in technology, management, consumption and employment. It portrays a new world where technicians, professional, and managers predominate; where old-fashioned manual labor disappears; where consumers’ appetites are driven towards services*) (Esping-Andersen, 1990, p. 191).

²⁷ Nancy Fraser comenta que o modelo do/da cuidador(a) universal projeta um cenário ambicioso para uma sociedade pós-industrial, o que demanda novos programas e políticas, algumas voltadas para permitir o trabalho feminino, como creche e assistência aos mais velhos, “com o objetivo de libertar as mulheres de responsabilidades não pagas para que eles pudessem ter emprego a tempo inteiro em termos comparáveis aos homens” (*aimed at freeing women from unpaid responsibilities so they could take full-time employment on terms comparable to men*) (FRASER, 1996, p. 226). Outras políticas exigiriam mudanças culturais, de forma a dissociar a manutenção do espaço doméstico e a masculinidade (*breaking the cultural association of*

de qual deve ser o papel do Estado na concretização de um direito a assistência social por meio de políticas públicas.

Nancy Fraser (1996, p. 226-227) apresenta o modelo do(a) mantenedor(a) universal nos seguintes termos:

Em uma visão de sociedade pós-industrial, a idade do salário família iria dar lugar à idade do/da chefe de família universal. Esta é a visão implícita na prática política atual da maioria das feministas norte-americanas e dos liberais. (Foi também assumida em ex-países comunistas!). Pretende alcançar a equidade de gênero, principalmente, através da promoção de emprego das mulheres. O ponto é que as mulheres possam sustentar a si e suas famílias através de seu próprio trabalho assalariado. O papel de ganha-pão é para ser universalizado, em suma, para que as mulheres também, pode ser cidadãs-trabalhadoras [...]. Como este modelo concilia trabalho e cuidado? A maior parte desse trabalho de cuidado seria deslocada da família para o mercado e o Estado, onde seria realizado pelos funcionários remunerados para tal [...]. O/a mantenedor(a) universal, então, é necessariamente um modelo comprometido com uma política de "valor comparável": ela deve corrigir a desvalorização generalizada das competências e dos empregos atualmente codificadas como femininos ou "não-brancos", e deve remunerar esses empregos com nível salarial apto a sustentar a família.²⁸

breadwinning with masculinity) (FRASER, 1996). Por sua vez, ao se referir ao modelo da paridade de cuidado universal, Fraser (op. cit., p. 231) explica que nele “muitas (se não todas) as mulheres seguirão o padrão atual das mulheres nos Estados Unidos de alternar períodos de trabalho em tempo integral, períodos de trabalhos de cuidados domésticos e períodos que combinem o trabalho em tempo parcial e trabalho de cuidados doméstico igualmente em tempo parcial” (*on this model, many – though not all – women Will follow the current U.S. female practice of alternating spells of full-time employment, spells of full-time care-work, and spells that combine part-time care-work with part-time employment*). Isso, segundo Nancy Fraser, demandará vários programas de intervenção social, incluindo “um programa de subsídios para compensar o nascimento e a criação dos filhos, tarefas domésticas, e outras formas de trabalho domésticos socialmente necessários”, bem como “um programa de reformas nos locais de trabalho, a necessidade óbvia é um programa de suporte à gravidez e de retirada para o âmbito da família, de forma que os/as cuidadores/as possam alternar entre o trabalho de cuidado e emprego sem perder a cobertura da seguridade, e os benefícios associados a ambos devem ser integrados em um único sistema, de modo que os empregos a tempo parcial e apoio aos trabalhos de cuidado devem ser cobertos na mesma base de empregos a tempo inteiro” (*a program of caregiver allowances to compensate childbearing, child-raising, housework, and other forms of socially necessary domestic labor [...] also required is a program of workplaces reforms [...] the obvious necessity is a program of mandated pregnancy and family leave so that caregivers can exit and enter employment without losing security or seniority [...]. To assure continuous coverage for people alternating between care-work and employment, benefits attached to both must be integrated in a single system, part-time jobs and supported care-work must be covered on the same basis as full time jobs*) (ibid., p. 230-231b).

²⁸ No original em inglês: *In one vision of postindustrial society, the age of the family wage would give way to the age of the universal breadwinner. This is the vision implicit in the current political practice of most U.S. feminists and liberals. (It was also assumed in former communist countries!). It aims to achieve gender equity principally by promoting women's employment. The point is to enable women to support themselves and their families through their own wage-earning. The breadwinner role is to be universalized, in sum, so that women too, can be citizen-workers [...] How would this model organize care-work? The bulk of such work would be shifted from the family to the market and the state, where it would be performed by employees for pays [...] Universal breadwinner, then, is necessarily committed to a policy of "comparable worth": it must redress the widespread undervaluation of skills and jobs currently coded as feminine or "nonwhite", and it must remunerate such jobs with breadwinner-level pay* (ibid., p. 226-227).

O/a mantenedor(a) ou o/a provedor(a) universal (também podendo ser chamado de chefe de família universal) parece ser o modelo que orienta a definição constitucional dos direitos sociais trabalhistas na Constituição brasileira de 1988, particularmente ao enunciar a proteção à maternidade e à infância como direitos sociais (art. 6º) e, no art. 7º, quando garante a licença-gestante (inciso XVIII), a proteção ao mercado de trabalho da mulher (inciso XX), ou a vedação de diferenças salariais fundadas no sexo (inciso XXX).

Não custa também lembrar que o art. 10, II, b do Ato das Disposições Constitucionais estabelece a chamada estabilidade gestante, a garantia à mulher de que não poderá ser demitida da confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

O modelo também se projeta no âmbito da seguridade social e da realização dos direitos prestacionais a ela relacionados, na medida em que um dos princípios da previdência social é a proteção à maternidade, especialmente à gestante (art. 201, inciso II), ao mesmo tempo em que a proteção da maternidade é mencionada como princípio da assistência social (art. 203).

Este é um conjunto de provisões que se aproxima das características descritas para o modelo do/da mantenedor(a) universal, na medida em que garantem condições, formais e materiais, para que a mulher possa, notadamente à luz das particularidades inerentes à maternidade, acessar e permanecer no mercado de trabalho, com iguais direitos sociais garantidos aos trabalhadores homens, para que, assim, possa com eles compartilhar o espaço laboral.

Já o modelo do(a) cuidador(a) universal é apresentado nos seguintes termos por Nancy Fraser (1996, p. 230):

Em uma segunda visão da sociedade pós-industrial, a era do salário-família daria lugar à era da paridade do cuidador. Este é o quadro implícito na prática política da maioria das feministas da Europa Ocidental e socialdemocratas. Destina-se a promover a igualdade de gênero, principalmente através do apoio do trabalho informal de cuidado. O ponto é assegurar que as mulheres, detentoras de importantes responsabilidades domésticas, possam sustentar a si e sua família, quer através de trabalhos de cuidado ou através de trabalhos de cuidado mais emprego a tempo parcial. (Mulheres sem significativas responsabilidades domésticas, presumivelmente, podem se sustentar por um emprego). O objetivo não é fazer a vida das mulheres igual à dos homens, mas sim “fazer a diferença pesar menos”. Assim, a criação de filhos e o trabalho doméstico informal são elevados à paridade com o trabalho assalariado formal. O papel do/da cuidador(a) é para ser colocado em pé de igualdade com o papel do/da responsável pelo ganha-pão – para que mulheres e homens possam desfrutar de níveis equivalentes de dignidade e bem-estar [...]. Este modelo organiza o trabalho de cuidado muito diferente daquele do

modelo do/da chefe de família universal. Considerando que no primeiro a abordagem transfere o trabalho de cuidado para o mercado e para o Estado, este mantém a maior parte do trabalho na família e apoiá-lo com fundos públicos.²⁹

As referências ao modelo do/da cuidador (a) universal são mais escassas no plano constitucional – pode ser mencionado aqui o art. 201, parágrafos 12 e 13, da Constituição, que preveem um sistema de inclusão previdenciária para aqueles sem renda própria e que se dediquem exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencentes a famílias de baixa-renda,³⁰ garantindo-lhes acesso a benefícios de valor igual a um salário-mínimo, alíquotas e carências inferiores às vigentes para os demais segurados do regime geral de previdência social (ambos os dispositivos citados tem redação dada pela Emenda Constitucional 47, de 2005).³¹

Uma referência mais interessante do modelo do/da cuidador(a) universal está na Lei 10836/2004, que institui e define o Programa Bolsa-Família, programa de transferência de

²⁹ No original em inglês: “*In a second vision of postindustrial society, the era of the family wage would give way to the era of caregiver parity. This is the picture implicit in the political practice of most Western European feminists and social democrats. It aims to promote gender equality principally by supporting informal care-work. The point is to enable women with significant domestic responsibilities to support themselves and their family either through care-work alone or through care-work plus part-time employment. (Women without significant domestic responsibilities would presumably support themselves through employment). The aim is not to make women’s lives the same as men’s but rather to “make difference costless”. Thus childbearing, child-rearing, and informal domestic labor are to be elevated to parity with formal paid labor. The caregiver role is to be put on a par with the breadwinner role - so that women and men can enjoy equivalent levels of dignity and well-being [...] This model organizes care-work very differently from universal breadwinner. Whereas that approach shifted care-work to the market and the state, this one keeps the bulk of such work in the household and supports it with public funds*” (FRASER, 1996, p. 230-231).

³⁰ Lena Lavinias (2005, p. 1) não deixa de observar que “se trata, no entanto, de contemplar todas as mulheres, sem exceção, reconhecendo assim e definitivamente a labuta cotidiana do trabalho doméstico como fardo imposto às mulheres em decorrência da divisão social e sexual do trabalho, historicamente responsável pela nada aprazível condição feminina e pelas assimetrias de gênero. De fato, tal proposta visa beneficiar exclusivamente as mulheres mais pobres, capazes de comprovar grau agudo de destituição, aquelas vivendo em famílias cuja renda mensal familiar, ao ser totalizada, fosse inferior a dois salários mínimos”. Não é, portanto, uma política social universal, mas sim focalizada, e na questão da renda. Lavinias é crítica deste modelo, afirmando que “a categoria gênero perde centralidade e passa a ser sinônima de ‘mulher’ ou ‘feminino’, retirando-se o foco da complexidade das relações sociais para dar destaque a demandas corporativadas porque restritas a grupos ou clientela específicas” (ibid., p. 6).

³¹ O referido sistema de inclusão especial de trabalhadores/as domésticos/as é regulamentado pelo art. 21, parágrafo 2º, inciso II, alínea b, que define que o benefício previsto no parágrafo 12 do art. 201 da Constituição será destinado a “segurado facultativo sem renda própria que se dedique exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencente a família de baixa renda”. A alíquota definida é de 5%. O conceito de baixa renda é dado pelo parágrafo 4º do art. 21 da Lei 8212/1991, considerando como tal “a família inscrita no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal - CadÚnico cuja renda mensal seja de até 2 (dois) salários mínimos”. Todos os dispositivos têm redação dada pela Lei Federal número 12470/2011). Texto da Lei 8212/1991, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm>. Acesso em: 19 fev. 2013. Note-se que os dispositivos mencionados não definem prazos de carência diferenciados, como exige o art. 201, parágrafo 13, da Constituição, mas apenas uma alíquota diferenciada/privilegiada em relação às demais vigentes, de modo que, quanto à carência, há omissão inconstitucional do legislador.

renda do governo federal voltado a famílias de baixa renda. O art. 2º, parágrafo 14, diz que o pagamento dos benefícios previstos no Programa será feito preferencialmente à mulher.

O art. 23-A do Decreto Federal número 5209, de 2004 (regulamento do bolsa-família), reitera esta diretriz, ao estabelecer que o titular do benefício do Programa Bolsa Família será preferencialmente a mulher, devendo, quando possível, ser ela previamente indicada como responsável pela unidade familiar no ato do cadastramento (BRASIL, 2003, 2004).

O confronto entre os modelos apresentados, longe de ser uma discussão teórica ou de alcance restrito às famílias com filhos ou idosos sob seu cuidado, coloca o gênero no cerne da formação de um sistema de seguridade social como suporte para as relações de trabalho em uma economia capitalista pós-industrial – o que põe em evidência os desdobramentos da seguridade (previdência pública, saúde e assistência social) como as bases para uma integração fundada na complementaridade entre Estado, mercado e sociedade civil.

Como mostra Tânia Steren dos Santos (2008, p. 100), “na realidade social contemporânea, a igualdade de condições de vida e trabalho entre homens e mulheres passa necessariamente pela questão da articulação da esfera profissional com a doméstica e por oportunidades mais igualitárias entre os sexos na esfera pública e no lar”.

Isto coloca à prova a política de reconhecimento nas relações de gênero baseada no ideal de Estado de Direito formal e na sua formulação substantiva democrática e igualitária: a reciprocidade fundada na confiança da vinculação do Estado ao Direito posto e ao igual tratamento de seus cidadãos e cidadãs não se esgotam no igual respeito – a inclusão (entendida como conjunto dos meios, direitos e políticas, para gerar a igualdade e garantir a dignidade social do outro) é parte essencial do reconhecimento.

Isto transforma a função prestacional dos direitos humanos e sua aplicação nas relações de gênero sob a égide do Estado social em um desdobramento necessário da não discriminação e do reconhecimento, de modo que as mudanças no espaço público provenientes das transformações da privacidade familiar exigem que os direitos e prestações sociais sejam pensados à luz destas mudanças, integrando o masculino e o feminino como singularidades complementares.

O problema, então, passa a ser como fazer para que os programas de assistência pública, a legislação para regular o mundo do trabalho e os programas de previdência do Estado social sejam fundados nestes novos parâmetros de reconhecimento, e não centrados em um único modelo de família e em uma única interação entre masculino e feminino dentro

e fora do espaço doméstico.

Em outras palavras, como fugir da dicotomia trabalho produtivo vs. trabalho reprodutivo, moldada na divisão entre homem provedor e mulher cuidadora, particularmente na formulação e aplicação dos direitos sociais prestacionais subjacentes ao mundo do trabalho e à efetivação da cidadania?

Os dois modelos descritos por Nancy Fraser (1996) de política social e de efetivação das condições sociais para viabilizar o acesso das mulheres ao trabalho e ao emprego são propostas legítimas de intervenção social do Estado, mas ambos possuem limitações ao tentar realizar a igualdade de gênero como modelo de Estado de Direito substantivo.

Ao avaliar em que medida cada um destes modelos promove o antiandrocentrismo³², Fraser avalia que o modelo do(a) mantenedor(a) universal falha em promover igualdade de gênero, pois valoriza o espaço tradicional do homem – o emprego – tentando apenas enquadrar as mulheres nele, instrumentalizando, para tanto, o trabalho de cuidado doméstico, não reconhecendo o valor social deste (ibid.).³³

O modelo do(a) cuidador(a) universal também apresenta limitações quanto ao enfrentamento do androcentrismo. Segundo Nancy Fraser (op. cit., p. 233),

embora seja melhor do que o modelo do/da mantenedor(a) universal no combate

³² Nancy Fraser (1996) busca demarcar o conteúdo da igualdade de gênero, desdobrando-o em sete princípios: antipobreza, antiexploração, igualdade de renda, igualdade de tempo para o lazer, igualdade de respeito, antimarginalização e o antiandrocentrismo (*antipoverty, antiexploitation, income equality, leisure-time equality, equality of respect, antimarginalization, antiandrocentism*). O que está em jogo, para Fraser, é um conjunto de princípios que, articulados, promovem a igualdade de gênero, no contexto do Estado do Bem Estar Social (*welfare state*), e que funcionam em cadeia sucessiva: os dois primeiros princípios têm um conteúdo socioeconômico prevalente, não dizendo necessariamente respeito à desigualdade de gênero; Fraser, então, recorre aos chamados princípios de igualdade, os cinco seguintes, mas mesmo entre eles haveria a necessidade de realização conjunta, pois isoladamente cada um não poderia promover, por si só, igualdade de gênero – mesmo avançando em relação às questões de combate à pobreza e à exploração, a garantia de igualdade de renda e de tempo livre não afastaria por completo a discriminação de gênero, ao passo que a igualdade de respeito e a antimarginalização só se realizariam plenamente se a elas for acoplado o antiandrocentrismo, pois o predomínio dos padrões de vida masculinos sobre a dimensão do feminino seria a chave para compreender a desigualdade de gênero, pois exigiria que as mulheres se tornassem como os homens ou se adequassem a estes padrões masculinos, sem valorizar a singularidade feminina. A luta contra o androcentrismo mudaria não somente a vida das mulheres, mas dos homens também. Embora todos os princípios sejam necessários para construir a ideia complexa de igualdade de gênero, faz-se uma opção aqui de analisar a realização dos direitos sociais ao trabalho e à assistência social no contexto da seguridade social a partir do antiandrocentrismo, pois coloca em evidência questões de reconhecimento que se convertem em questões de inclusão. Para uma avaliação dos sete princípios da igualdade de gênero segundo Nancy Fraser e sua aplicação aos modelos de realização da igualdade de gênero no Estado social das sociedades pós-industriais, recomenda-se a consulta a seu artigo *Gender Equity and the Welfare State: A Postindustrial Thought Experiment*.

³³ No original em inglês: “[...] it valorizes men’s traditional sphere – employment – and simply tries to help women fit in. Traditionally female care-work, in contrast, is treated instrumentally [...] it is not itself accorded social value” (ibid., p. 229).

do androcentrismo, na medida em que trata o trabalho de cuidado doméstico como valioso em si, e não como obstáculo ao emprego, enfrentando a noção de que somente as atividades masculinas são totalmente humanas, acomodando padrões de vida femininos [...] não valoriza o trabalho doméstico o suficiente para exigir que os homens também o façam.³⁴

Nancy Fraser (1996, p. 234) argumenta que

os dois modelos representam uma visão utópica de um Estado do Bem Estar Social pós-industrial, considerando que nenhum deles deve ser realizado tão cedo, na medida em que se baseiam em pré-condições majoritariamente ausentes atualmente, exigindo grandes reestruturações político-econômicas, embora, na visão da autora, não sejam utópicos de forma suficiente na realização da igualdade de gênero.³⁵

Como ideais regulatórios sobre a questão do gênero no mundo do trabalho e seus desdobramentos sobre os direitos sociais prestacionais no panorama das sociedades pós-industriais, as projeções destes modelos no Direito brasileiro são sutis, mas produzem resultados, tais como a decisões judiciais trabalhistas mencionadas anteriormente, que ilustram a funcionalidade dos mecanismos de proteção à maternidade no âmbito das relações de trabalho por conta dos direitos sociais e mecanismos constitucionalmente consagrados de defesa da singularidade feminina de ser mãe.

No que tange às políticas de concretização do direito à assistência social, há um recorte de gênero nas ações de transferência de renda, criando as condições para fortalecer a identidade feminina, conforme registra reportagem da Revista Marie Claire, de março de 2012, na qual pesquisa da antropóloga Walquíria Domingues Leão Rêgo sobre o impacto do programa bolsa família nas relações de gênero em regiões de extrema pobreza é abordada:

Uma revolução está em curso. Silencioso e lento – 52 anos depois da criação da pílula anticoncepcional – o feminismo começa a tomar forma nos rincões mais pobres e, possivelmente, mais machistas do Brasil. O interior do Piauí, o litoral de Alagoas, o Vale do Jequitinhonha, em Minas, o interior do Maranhão e a periferia de São Luís são o cenário desse movimento. Quem o descreve é a antropóloga

³⁴ No original em inglês: “[...] yet caregiver parity is better than universal breadwinner at combating androcentrism. It treats caregiver as intrinsically valuable, not as a mere obstacle to employment, thus challenging the view that only men’s traditional activities are fully human. It also accommodates ‘feminine’ life patterns [...]. But [...] it does not value caregiving enough to demand that men do it, too [...]” (FRASER, 1996, p. 233).

³⁵ No original em inglês: “both universal breadwinner and caregiver parity are highly utopian visions of a postindustrial welfare state. Either one of them would represent a major improvement over current U.S. arrangements. Yet neither is likely to be realized soon. Both models assume background preconditions that are strikingly absent today. Both presuppose major political-economic restructuring [...] if both models are utopian in this sense, neither is utopian enough [...]” (ibid., p. 234).

Walquiria Domingues Leão Rêgo, da Universidade Estadual de Campinas (Unicamp) [...]. As áreas visitadas por Walquiria são aquelas onde, às vezes, as famílias não conseguem obter renda alguma ao longo de um mês inteiro. Acabam por viver de trocas. O mercado de trabalho é exíguo para os homens. O que esperar, então, de vagas para mulheres. Há pouco acesso à educação e saúde. Filhos costumam ser muitos. A estrutura é patriarcal e religiosa. A mulher está sempre sob o jugo do pai, do marido ou do padre/pastor [...] Walquiria queria saber se, para essas pessoas, o Bolsa Família havia se transformado numa bengala assistencialista ou resgatara algum senso de cidadania [...]. “Há mais liberdade no dinheiro”, resume Edineide, uma das entrevistadas de Walquiria, residente em Pasmadinho, no Vale do Jequitinhonha. As mulheres são mais de 90% das titulares do Bolsa Família: são elas que, mês a mês, sacam o dinheiro na boca do caixa. Edineide traduz o significado dessa opção do governo por dar o cartão do benefício para a mulher: “Quando o marido vai comprar, ele compra o que ele quer. E se eu for, eu compro o que eu quero.” Elas passaram a comprar Danone para as crianças. E, a ter direito à vaidade. Walquiria testemunhou mulheres comprarem batons para si mesmas pela primeira vez na vida. Finalmente, tiveram o poder de escolha. E isso muda muitas coisas. “Boa parte delas tem uma renda fixa pela primeira vez. E várias passaram a ter mais dinheiro do que os maridos”, diz Walquiria. Mais do que escolher entre comprar macarrão ou arroz, o Bolsa-Família permitiu a elas decidir também se querem ou não continuar com o marido. Nessas regiões, ainda é raro que a mulher tome a iniciativa da separação. Mas isso começa a acontecer, como relata Walquiria: “Na primeira entrevista feita, em abril de 2006, com Quitéria Ferreira da Silva, de 34 anos, casada e mãe de três filhos pequenos, em Inhapi, perguntei-lhe sobre as questões dos maus tratos. Ela chorou e me disse que não queria falar sobre isso. No ano seguinte, quando retornei, encontrei-a separada do marido, ostentando uma aparência muito mais tranqüila.” A despeito do assédio dos maridos, nenhuma das mulheres ouvidas por Walquiria admitiu ceder aos apelos deles e dar na mão dos homens o dinheiro do Bolsa. “Este dinheiro é meu, o Lula deu pra mim (sic) cuidar dos meus filhos e netos. Pra quê eu vou dar pra marido agora? Dou não!”, disse Maria das Mercês Pinheiro Dias, de 60 anos, mãe de seis filhos, moradora de São Luís, em entrevista em 2009. Walquiria relata ainda que aumentou o número de mulheres que procuram por métodos anticoncepcionais. Elas passaram a se sentir mais à vontade para tomar decisões sobre o próprio corpo, sobre a sua vida. É claro que as mudanças ainda são tênues. Ninguém que visite essas áreas vai encontrar mulheres queimando sutiãs e citando Betty Friedan [...] (SANCHES, 2012).

Os efeitos de programas de assistência social como o Bolsa Família nas relações de gênero foram notados igualmente Letícia Bartholo, que identificou traços de empoderamento feminino no programa em linhas semelhantes àquelas descritas por Walquíria Rêgo:

O Brasil dispõe de resultados de pesquisas de cobertura nacional sobre o bem-estar das mulheres do PBF basicamente nas duas rodadas da pesquisa de Avaliação de Impacto sobre o Programa (AIBF), efetuadas em 2005 e 2009, e em pesquisa sobre repercussões do Bolsa Família na segurança alimentar e nutricional das famílias, realizada em 2007 pelo Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas (IBASE). Talvez pelo viés maternalista do PBF, ou mesmo pela clareza de que só pode ter efeitos limitados nas relações de gênero, as pesquisas circunscrevem o exame do bem-estar feminino a questões sobre saúde reprodutiva e autonomia decisória no domicílio. A AIBF avaliou o impacto do PBF sobre o bem-estar feminino a partir de dois conjuntos de indicadores: número de consultas pré-natais e tomada de decisões no domicílio. Entre 2005 e 2009, o número médio de consultas de pré-natal frequentadas pelas beneficiárias passou de 3,5 para 4,4. Entre as não beneficiárias do grupo de comparação, os números foram de 2,9 e 4,3 para

os anos da primeira e segunda rodadas, respectivamente. O Bolsa Família contribuiu para que as gestantes beneficiárias em 2009 tivessem 1,6 consultas de pré-natal a mais, comparativamente às gestantes não beneficiárias, mas esse impacto precisa ser interpretado com cautela, pelo limitado tamanho da amostra de gestantes no período da pesquisa. Também foi positiva a queda na proporção entre as beneficiárias que não tiveram nenhuma consulta pré-natal durante a gestação, que passou de, aproximadamente, 17,7 por cento para 5,7 por cento. Contudo, esse impacto não é estatisticamente significativo (DE BRAUW, 2010). As duas rodadas da AIBF também questionaram as respondentes sobre quem tomava as decisões no domicílio: exclusivamente as mulheres; as mulheres e seus parceiros; ou exclusivamente os parceiros. As dimensões abordadas foram: compra de comida; vestimentas para si, para o parceiro e para as crianças; gastos com saúde das crianças; se a criança deve deixar de ir à escola; aquisição de bens de consumo duráveis para a casa; se a mulher deve trabalhar ou não; se o cônjuge deve trabalhar ou não; e sobre a decisão de usar métodos anticoncepcionais. Em ambos os anos, a maior parte das mulheres afirmou tomar as decisões conjuntamente, e as que estavam sem a presença do cônjuge, no momento da pesquisa, tenderam a dar mais respostas de exclusividade nas decisões. Em 2009, nota-se um impacto de, aproximadamente, 10 pontos percentuais do PBF na decisão individual das mulheres sobre o uso de métodos contraceptivos. O exame do tema conforme o local de moradia demonstra que os impactos positivos do Bolsa Família, na tomada de decisão exclusiva das mulheres, são inexpressivos no meio rural, estando concentrados nas áreas urbanas. Nestas, o efeito positivo do PBF sobre as decisões exclusivas femininas aumenta para 16 por cento a 18 por cento em relação ao uso de contraceptivos, 8 por cento a 14 por cento sobre a compra de bens duráveis, 13 por cento a 15 por cento em relação aos gastos com a saúde das crianças e 12 por cento a 15 por cento sobre a decisão do comparecimento da criança à escola (DE BRAUW et al., 2014). O aumento das decisões exclusivas sobre temas domésticos entre as mulheres da área urbana implica maior autonomia decisória, mas o resultado não pode ser considerado positivo em termos de equidade de gênero – afinal, pode representar um afastamento maior dos homens da esfera doméstica e, portanto, mais sobrecarga para as mulheres. Já a decisão sobre o uso de métodos contraceptivos significa claramente a ampliação dos direitos reprodutivos femininos: autonomia decisória sobre o próprio corpo e a decisão de ter filhos. Esse resultado pode estar vinculado à maior frequência das mulheres ao sistema de saúde ou ao próprio valor monetário do benefício, podendo sugerir que o PBF tem a potencialidade de atuar como instrumento de concretização do exercício de direitos reprodutivos nessas áreas. (BARTHOLO, 2016, pp. 2-3).

Não se pode negligenciar que o desenho legal-institucional do programa o aproxima do modelo de cuidador(a) universal, valorizando o papel da mulher na gestão do bem-estar da família, particularmente no cuidado com os filhos, preconizando uma política de assistência social que valorize o espaço doméstico e a função da mulher neste espaço, dando-lhe protagonismo, que cria condições para valorizar sua individualidade, ainda que sob diversas contingências, como mostra a reportagem da Revista Marie Claire.

Do ponto de vista do enfrentamento ao androcentrismo, porém, é emblemático que a política social remeta à família para designar um de seus programas mais importantes e que atribua às mulheres um empoderamento que, por sua vez, é também um dever de cuidado de si e de outros, particularmente das crianças, como se a condição feminina implicasse em um

imperativo de solidariedade, notadamente no que tange à família. Como mostram Luciane Lucas e Tânia Hoff (2008, p. 143):

Quanto à interface entre gênero e pobreza, pode-se dizer que o Programa Bolsa Família suscita uma série de considerações, embora não tenha sido desenhado com a finalidade de ser uma política de gênero. O fato de estabelecer a mulher como titular do cartão de recebimento do benefício tem certamente desdobramentos positivos, mas a escolha se deve, antes, ao seu papel na manutenção da família e no cuidado com os filhos. Ainda assim, é inegável que o desenho do programa, ao colocar a mulher no centro da família, altera a lógica da discursificação dominante de gênero. Contudo, o desenho do programa também apresenta pontos críticos em relação às questões de gênero, alguns dos quais já mencionamos anteriormente. Assim, a unidade familiar [...] só poderá receber o benefício se houver, na composição familiar, mulheres grávidas, em amamentação ou filhos de 0 a 15 anos. Isso significa, primeiramente, que mulheres pobres sem filhos não têm acesso ao benefício, a não ser que estejam na faixa da extrema pobreza [...], o que reforça não só um sentido de família que pressuponha filhos, como também uma imagem de mulher associada à sua função biológica.

Neste sentido, pesquisa do Observatório de Igualdade de Gênero da Comissão Econômica para América Latina e Caribe (CEPAL) mostra que os programas de transferência de renda podem perpetuar o vínculo da mulher no âmbito do trabalho doméstico de cuidado. O estudo realizado pela CEPAL destacou a relação entre os programas de transferência de renda (PTC), como o bolsa-família, e o “maternalismo social”, indicando que:

São programas “feminizados”, no sentido de que a maioria dos que recebem o benefício monetário são mulheres. No entanto, esta percepção não obedece ao reconhecimento de um direito próprio, mas derivado. De fato, os titulares do direito para acessar o benefício são, em geral, as crianças e adolescentes. Em consequência, as mulheres atuam como beneficiárias operacionais do programa (...). Exigem condicionalidades, vinculadas com a assistência escolar e o controle de saúde das crianças, adolescentes e, em alguns casos, das mulheres grávidas. Na maioria dos casos se fazem valer de maneira punitiva (se não forem cumpridas, perde-se total ou parcialmente o benefício) (...) As condicionalidades de assistência escolar e controle da saúde das crianças e adolescentes como característica distintiva dos PTC constituem um meio através do qual opera o que podemos chamar de “maternalismo social”. Este termo alude ao fato de que a política social considera as mães como corresponsáveis na consecução de certos objetivos sociais (como a superação da pobreza). As mães se transformam assim num instrumento da política social, o que se soma à sua responsabilidade histórica de garantir a reprodução social cotidiana das pessoas (...) obrigação para as receptoras do benefício monetário dos PTC de demonstrar a frequência escolar e o controle de saúde de seus filhos passou de se basear numa ideia de condicionalidade a uma noção de corresponsabilidade. Isto implica que o cumprimento dos requisitos deixou de ser uma condição para receber o benefício e se transformou num mecanismo pelo qual as mães são agora responsáveis por garantir o correto investimento em capital humano de seus filhos, o que resultará com o tempo na superação de sua condição de pobreza. Isto ocorre sobretudo nos programas em que o não cumprimento dos requisitos é administrado de maneira estritamente punitiva, ou seja, onde supõe a perda parcial ou total do benefício (...). Ao tornar as mães explicitamente

responsáveis por velar por estas dimensões de cuidado (educação e saúde), os PTC reforçam o papel cuidador das mulheres, que é uma das causas da desigualdade econômica de gênero. Portanto, a capacidade que os PTC podem ter para transformar a vida das mulheres pobres com a transferência de renda monetária (um passo adiante) é neutralizada com folga ao fazê-lo consolidando seu papel cuidador, o que tem mais de uma implicação negativa (dois passos atrás). (ONUBR, pp. 50 e 61-62, 2013).

Assim, a realização da igualdade de gênero no sistema de proteção social, por meio de um direito à segurança social (previdência e assistência), é algo complexo e, ainda que seja eficaz na luta contra a pobreza ou contra a marginalização que atingem as mulheres, podem revelar diversas nuances de androcentrismo e prolongar a reprodução da mulher como mãe e como trabalhadora doméstica de cuidado, e não como alguém que merece ser titular da assistência e da proteção do Estado por direito próprio decorrente de sua condição cidadã.

6 CONCLUSÕES

A realização da igualdade de gênero e da orientação sexual como imperativo de uma concepção formal e substantiva de Estado de Direito não se esgota no reconhecimento, entendido como atribuição de iguais direitos e consideração, mas este é o ponto de partida para a promoção da igualdade de gênero como forma de inclusão da diferença/singularidade no âmbito do Estado Constitucional.

Neste sentido, os direitos sociais exercem um papel importante na promoção não apenas de reconhecimento, mas da inclusão como efetivação do mesmo, e como base mesmo para a construção da participação política.

Se o Estado social e os direitos, trabalhistas e prestacionais, dele surgidos tiveram como base um modelo universal de homem/cidadão, e foram, no nascedouro, a continuidade do formato da família tradicional, da dominação de gênero e da discriminação sexual como bases para as políticas sociais do Estado, isto se redefiniu a partir da ascensão das singularidades como a identidade feminina, de forma a reivindicar uma nova concepção de Estado de Direito, baseada na igualdade de gênero como formas de redefinir o acesso e a própria noção das prestações objeto dos direitos sociais.

Os direitos sociais aparecem então não para atestar a insuficiência do reconhecimento, mas para agregar uma nova fase do mesmo, e a demanda de igualdade como relação social, na qual as singularidades dialogam com a universalidade, é potencializada pelos direitos

sociais, na medida em que eles não realizam apenas inclusão, mas diferentes formas de inclusão nas relações de gênero.

Primeiro, os direitos sociais trabalhistas, ainda como direitos de defesa e no marco da função de não discriminação, servem como forma de garantir as bases materiais do reconhecimento, para que não seja preciso pedir permissão para ser reconhecido e para viver cada identidade/singularidade – é o que está presente na defesa dos direitos sociais trabalhistas das mulheres, notadamente no marco do modelo constitucional brasileiro, que garante vários destes direitos.

A principal contribuição da identidade feminina à formulação e aplicação de direitos sociais no contexto do constitucionalismo contemporâneo e à luz das dimensões do Estado de Direito diz respeito à redefinição do acesso e da própria configuração dos direitos sociais prestacionais, contribuindo para mediar a universalidade posta pela vontade da maioria, e as particularidades decorrentes das identidades singulares das mulheres.

Ainda assim, a aplicação dos direitos sociais nas relações envolvendo questões de gênero não se apresenta isenta de risco, notadamente a possibilidade de retorno a um modelo paternalista, com a perpetuação de estereótipos nas relações de gênero que impeçam a concretização de pretensões igualitárias.

Por sua vez, os direitos sociais são liberdades positivas concebidas como universais no seu acesso e no seu alcance, ou seja, buscam a realização do bem-estar geral de trabalhadores/as e cidadãos/cidadãs, buscando produzir o bem de todos/as.

Tais direitos devem ser realizados em atenção às particularidade/singularidades postas por identidades de grupo, mas são, antes de tudo, um esforço da maioria por intermédio do Estado, ou de outros segmentos sociais que não somente as minorias, como os empregadores (públicos e privados), e, no caso do sistema de segurança social, outros interesses de grupo e o próprio conjunto da sociedade, que se esforçam para manter um sistema que proteja a todos e a todas.

Se tais direitos foram elaborados e são aplicados dentro deste ideal universalista, não é possível negligenciar singularidades decorrentes de identidades de grupo como gênero e orientação sexual, mas tampouco não pode a universalidade ela própria ser desprezada.

A concretização dos direitos sociais passa por uma postura ativa dos poderes políticos eleitos (legislativo e executivo), na medida em que estes são os canais institucionais que reverberam a vontade popular majoritária e suas escolhas na definição das prioridades das

políticas públicas que realizam direitos sociais.

O papel dos juízes e tribunais aqui é de certa deferência, na medida em que caberia a estes poderes políticos eleitos as escolhas primárias sobre o modelo de universalização e concretização dos direitos sociais, com base na vontade popular e na promoção do bem estar de todos/as. Ao mesmo tempo, são fatores da equação o grau de determinação da linguagem constitucional e o nível de interlocução entre maioria e grupos minoritários no âmbito do processo democrático.

Tratando-se especificamente de gênero, a igualdade entre homens e mulheres é uma decisão substantiva com foro constitucional, mas há divergências, mesmo dentro do próprio campo feminista, sobre qual a política pode realizar melhor isto, enfrentando aspectos androcêntricos.

Neste sentido, não é óbvia a escolha por um modelo de igualdade de gênero (chefe de família universal, cuidador/a universal), tratando-se de uma escolha política que transcende os parâmetros objetivos de atuação judicial, pois são limitadas as possibilidades de juízes e tribunais aferirem qual modelo encontra aceitação majoritária e atende ao respeito à singularidade.

Desta forma, seria necessário criar canais de comunicação com os “usuários do social”, para que estes pudessem formular suas demandas e expor em público as características de suas singularidades, de modo a viabilizar uma execução dos direitos sociais prestacionais devidamente voltada para as necessidades dos grupos mencionados.

REFERÊNCIAS

BADINTER, Elizabeth. *Um amor conquistado: o mito do amor materno*. Tradução Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

BARTHOLO, Letícia. Bolsa Família e relações de gênero: o que indicam as pesquisas nacionais. *International Policy Centre for Inclusive Growth*, [S.l.], n. 55, ago. 2016. Disponível em: <http://http://www.ipc-undp.org/pub/port/PRB55PT_Bolsa_Familia_e_relacoes_de_genero.pdf>. Acesso em: 7 fev. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados, 2017a. Comissão Especial PL 6.787/2016. Reforma Trabalhista. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/deputados/discursos-e-notastaquigraficas/discursos-em-destaque/projeto-de-lei-no-6787-2016->

reformatrabalista/Reuniao%200272-17%20de%20120417%20Dep%20Rogero%20Marinho.pdf >. Acesso em 7 fev. 2017.

BRASIL. Procuradoria Geral da República. Parecer nº 324/2018 – SFCNST/PGR na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.938/DF. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339307866&ext=.pdf>>. Acesso em 7 fev. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 24 jan. 1991. Art. 1º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 6 fev. 2019.

_____. Agende ações em gênero, cidadania e desenvolvimento (Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher). Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 18.12.1979, entrou em vigor em 03.09.1981. Assinada pelo Brasil, com reservas, em 31.03.1981 e ratificada, com reservas, em 01.02.1984, entrou em vigor em nosso país em 02.03.1984. Em 22.06.1994 foi ratificada, sem reservas. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 23 jun. 1994. Disponível em: <<http://www.agende.org.br/docs/File/convencoes/cedaw/docs/Convencao.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2019.

_____. Decreto 9028/2017. Dispõe sobre a organização e o funcionamento do Conselho Nacional do Trabalho, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 4 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9028.htm#art9>. Acesso em: 6 fev. 2019.

_____. Lei no 10.836, de 9 de janeiro de 2004. Cria o Programa Bolsa Família e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 9 jan. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.836.htm>. Acesso em: 6 fev. 2019.

_____. Lei nº 13467/2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 4 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm>. Acesso em 7 fev. 2017.

_____. Decreto nº 5.209 de 17 de setembro de 2004. Regulamenta a Lei nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004, que cria o Programa Bolsa Família, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 set. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5209.htm>. Acesso em: 6 fev. 2019.

_____. Medida Provisória nº 870, de 1º de janeiro de 2019. Estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 set. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Mpv/mpv870.htm>. Acesso em: 7 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade número 5938. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, em julgamento. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5447065>>. Acesso em 7 fev. 2019.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (8ª Turma). Relator: Juiz José Miguel de Campos. Belo Horizonte, 26 de fevereiro de 2005. Disponível em: <<https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=16805>>. Acesso em 18 jan. 2013.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região (2ª Turma). Processo 0116400-40.2006.5.05.0029 RO, ac. nº 028135/2007. Relator: Desembargador Cláudio Brandão. Salvador, 02 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.trt5.jus.br/default.asp?pagina=acordaoPesquisaAvancada&arrayCodDesembargador=49559,10814,9492,18491,22359,20895,6582,48781,19838,2250,19846,10750,53971,22367,9476,19820,10326,4768,66429,48501,10393,9689,9727,10784,57314,14801,7155,9956,4300>>. Acesso em: 19 jan. 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho (8 Turma). AIRR - 11751-62.2015.5.01.0015. Relatora: Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. Brasília, 14 de novembro de 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho (1ª Turma). RR - 154000-93.2000.5.19.0004. Relator: Min. Lelio Bentes Corrêa. Brasília, 05 de outubro de 2005.

_____. Tribunal Superior do Trabalho (2ª Turma). RR - 101900-52.2004.5.05.0024. Relator: Min. José Simpliciano Fontes de F. Fernandes. Brasília, 15 de maio de 2009.

BAUTISTA, Myriam. Domènech fala sobre experiência de Sin Permiso. *Carta Maior*, Bogotá, 17 jun. 2009. Disponível em:

<http://www.cartamaior.com.br/templates/materialImprimir.cfm?materia_id=16036>.
Acesso em: 6 fev. 2019.

DONZELOT, Jacques. *A polícia das famílias*. Tradução M. T. da Costa Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 2001.

ESPING-ANDERSEN, Gosta. *The three worlds of welfare capitalism*. Cambridge: Polity Press, 1990.

FRASER, Nancy. Gender equity and the Welfare State: a postindustrial thought experiment. In: BENHABIB, Seyla (Org.). *Democracy and Difference*. Princeton: Princeton University Press, 1996.

FUNDO DE DESENVOLVIMENTO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A MULHER (United Nations Entity for Gender Equality and the Empowerment of Women): *Relatório "Progress of the World's Women" (Progresso das Mulheres do Mundo) 2011-2012*. Disponível em: <<http://progress.unwomen.org/pdfs/EN-Report-Progress.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2019.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. Niterói: Impetus, 2010.

LAVINAS, Maria Helena de Moraes. *Direito previdenciário para donas de casa versus universalidade da proteção social no Brasil*. Contribuição de Marcelo Nicoll. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/aparte/pdfs/lavinas_direito_prev_donas_de_casa.pdf>. Acesso em: 6 fev. 2019.

LUCAS, Luciane; HOFF, Tânia. Formas sutis de dominação hierarquizada: Corpo e feminização da pobreza. *Ex aequo*, Vila Franca de Xira, n. 17, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.gpeari.mctes.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0874-55602008000100009&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 6 fev. 2019.

NAÇÕES UNIDAS (ONU). CEPAL. O bônus na mira. Aporte e carga para as mulheres. *Observatorio de igualdad de género de América Latina y el Caribe*. Informe anual 2012. Impreso nas Nações Unidas, Santiago do Chile, 2013. p. 49-73. ISSN 2307-5627. Disponível em: <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/35446/1/S2013192_pt.pdf>. Acesso em: 6 fev. 2019.

NUSSBAUM, Martha C. *Sex and social justice*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1999.

PESSANHA, Érica. A eficácia dos direitos sociais prestacionais. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, [S.l.], ano VII, n. 8, jun. 2006. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista08/Discente/Erica.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2019.

PULIDO, Carlos Bernal. Fundamento, conceito e estrutura dos direitos sociais: uma crítica a “existem direitos sociais?” de Fernando Atria. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ROSANVALLON, Pierre. *La sociedad de los iguales*. Tradução para o espanhol de Maria Pons. Barcelona: RBA Libros, 2012.

SANCHES, Mariana. O Bolsa Família e a revolução feminista no sertão. *Revista Marie Claire*, [S.l.], de 21 nov. 2012. Seção Mulheres do Mundo. Disponível em: <<http://https://revistamarieclaire.globo.com/Mulheres-do-Mundo/noticia/2012/11/o-bolsa-familia-e-revolucao-feminista-no-sertao.html>>. Acesso em: 7 fev. 2019.

SANTOS, Tânia Steren dos. Gênero e políticas sociais: novos condicionamentos sobre a estrutura familiar. *Revista SER Socia*, [S.l.], v. 10, n. 22, jun./jul. 2008. Disponível em: <http://seer.bce.unb.br/index.php/SER_Social/article/view/23/16>. Acesso em: 10 mar. 2013.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, Maryland Medeiros da; SILVA, Paula Isabel Nóbrega Introine. *A gestante e o meio ambiente laboral: uma análise da Lei 13467/2017 à luz do retrocesso social*. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS, 26., 2017, São Luís. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/27ixgmd9/6mb1v344/51K0eqrj6875Hp4c.pdf>>. Acesso em: 7 fev. 2019.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, Derechos, Justicia*. Madrid: Trotta, 2003.

A ROUPA NOVA DO IMPERADOR E O MITO CONTEMPORÂNEO DO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO

*THE EMPEROR'S NEW CLOTHES AND THE CONTEMPORARY MYTH OF THE
DEMOCRATIC STATE OF LAW*

Ana Paula Lemes de Souza;¹

Rafael Lazzarotto Simioni.²

Resumo: O Estado Democrático de Direito é entendido como o mais recente modelo de afirmação de direitos humanos, na visão progressista ou evolucionista do Estado. Representa, segundo grande parte dos discursos jurídicos contemporâneos, o maior progresso em termos de direitos e garantias fundamentais, a última materialização histórica na conquista dos direitos humanos, ou, em outros termos, a nova roupagem do imperador. Mas, em especial, como se cristalizou a supremacia conceitual do poder, enquanto a figura emanante do mito do poder do povo, sob o pálio do Estado de Direito? Este artigo objetiva explicitar esse paradigma jurídico, na perspectiva desconstrutivista de Jacques Derrida, de forma a (des)construir o mito do constitucionalismo e da democracia. Igualmente, visa a explicitar conceitos importantes na obra do autor, identificar os suplementos jurídicos já utilizados, apontar a roupagem dos estados e refletir sobre a criação de alegorias no enfrentamento dos problemas sociais. Como resultado, observa-se que constitucionalismo e democracia são suplementos de sentidos, que funcionam como dissimuladores das aporias jurídicas, como tantos outros que já estiveram em tela na história da humanidade.

Palavras-chave: Desconstrutivismo. Aporias. Suplementos jurídicos. Estado Democrático de Direito. Constitucionalismo e democracia.

Abstract: The Democratic State of Law is understood as the most recent model of human

¹ Mestranda em Constitucionalismo e Democracia, na FDSM (2015-2016); Pós-graduada em Direito Público, na UCAM (2014-2015); Graduada em Direito na FADIVA (2013); Advogada; Presidente da ONG Nova Cambuquira (2013-2016); Funcionária Pública; Estágio de Docência na disciplina de Sociologia Jurídica, na FDSM (2016); Membro integrante do grupo de estudos Margens do Direito na FDSM; Premiada pela FADIVA com diploma de Honra ao Mérito nos anos 2010, 2011, 2012 e 2013, como Aluna que Brilha, desde a primeira edição do evento; Monitora no ano de 2011, na FADIVA, na disciplina Direito Processual Penal I; Escritora, roteirista e pesquisadora.

² Pós-Doutor em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade de Coimbra, Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS) e Graduado em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Atualmente, é professor do corpo permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da FDSM e do Programa de Pós-Graduação em Bioética da Univás. Editor-chefe da Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM), membro do corpo editorial das revistas Entremeios e Justiça do Direito e revisor do periódico Revista Direito GV. Vice-Coordenador do Programa de Mestrado em Direito da FDSM. Pesquisador Líder do Grupo de Pesquisa Margens do Direito.

Artigo recebido em 01/08/2016 e aprovado para publicação em 25/02/2019.

rights statement in a State's progressive or evolutionary view. Represents, according big part of contemporary legal discourses, the further progress about rights and guarantees, the latest historically materialization in the conquest of human rights, or, in other words, the emperor's new clothes. But, in particular, how has crystallized the conceptual supremacy of power, while a figure emanating from the myth of people's power, under the canopy of the State of Law? This paper is intended to investigate this latter legal paradigm, with basis in deconstructive perspective of Derrida, to un(build) the myth of constitutionalism and democracy. Also aims to clarify important concepts in his works, identify legal supplements already used, point the garb of states and reflect about the creation of allegories in tackling social problems. As a result, is observed that constitutionalism and democracy are supplements of senses, that operate as a mask of the legal aporias, like so many others that have been on screen in human history.

Keywords: Deconstructionism. Aporias. Legal supplements. Democratic State of Law. Constitutionalism and democracy.

1 INTRODUÇÃO

O desconstrutivismo encontra no Direito um campo muito fecundo, já que este se inspira e se retrata em diversos mitos e verdades cristalizadas, fundando seus paradoxos em falsas expectativas, cujos discursos, na origem, não têm qualquer fundamento. A própria autoridade das leis se assenta somente no crédito que costuma se dar a elas, como uma velha mentira que, repetida tantas vezes, acaba por se tornar uma verdade.³ Não só o respeito à autoridade de forma irracional, o que Derrida (2010) chama de fundamento místico da autoridade, como também a lei enquanto vontade expressa da coletividade, constituem-se mitos aceitos como verdadeiros dentro do discurso circular da violência instituidora, que não se remete a outro fato senão a si próprio.

Na história da humanidade, há a singularidade de códigos linguísticos que assinalam as mudanças de paradigmas, fazem a reinterpretação dos fundamentos, rompem com o *status quo* e instauram novo estatuto. A análise poliédrica, desconstrutivista, da história do Direito, permite, através da busca do que se chama ordinariamente de “memória autêntica”, a demonstração de seus fundamentos e aporias. Tal desconstrução não tem por fim algo externo, como algum instrumento de aplicação jurídica, mas se trata de operação provocadora que algo faz de si mesmo (ibid., p. 72). No caso desse artigo, está em curso a desconstrução do Direito e de seus paradigmas fundacionais.

³ Paráfrase de conhecida reflexão sobre a qual, embora atribuída a Joseph Goebbels, não há evidências da autoria.

Para Derrida (2010, p. 26), o Direito é facilmente desconstruível, seja porque ele é construído sobre camadas textuais interpretativas e transformáveis, seja porque o seu fundamento último, por definição, não seja fundado, mas esteja incrustado em algo eremítico. Isso não é considerado uma infelicidade, de todo modo, afinal, tudo o que é construível, por força da lógica, é passível de desconstrução.

O Estado costuma ser entendido de diversas formas. Apesar de tal multiplicidade interpretativa, trata-se de experiência recente na história da humanidade, uma estrutura frágil, precária, epocal, que não esteve sempre aqui e, talvez, algum dia, não mais estará. Tem a beleza da dissolubilidade e a graça da finitude. Nesta mortalidade, encara a si mesmo de forma mórbida, fantasmagórica, olhando para o futuro, através de sua própria ruína ao longo da história da humanidade, enquanto, para o presente, a ficção do Direito assume formas de eternidade e generalidade, torna-se absoluta.

Nesse caminho já percorrido, o Estado se vestiu de variadas roupagens, assumiu as formas mais diversas possíveis, disseminando valores que, em determinados tempos, tinham a vocação da inquestionabilidade. Como todo começo é aleatório, sua legitimação se deu através do Direito, que, em ato instituidor despido de explicações, tratou valores como se fossem permanentes, em contrassenso à sua evidente perenidade ou epocalidade.

A fundamentação mais recente ou a última roupagem do Estado se encontra no constitucionalismo e na democracia, cujo discurso agora se desvela. Para a corrente doutrinária dominante no Brasil, com o desenvolvimento dos meios de comunicação social, como o rádio, a televisão e, mais posteriormente, a internet, estruturaram-se novos meios de opinião pública, quando foram questionados os métodos até então utilizados de fundação do poder. O poder jurígeno como originário do povo é hoje o que se entende por democracia, estado da arte do sistema político, configuração recente da forma de vinculação de normas coletivas. Já o sistema jurídico constituiu-se através do constitucionalismo, com limitação do poder, governo democrático e garantia dos direitos humanos e, por essa razão, casaram-se ambos os preceitos, em matrimônio arranjado entre o político e o jurídico, dois mundos totalmente distintos, mas unidos por um pretenso amor.

Com isso, os paradoxos do Direito foram encobertos sob sedosas mantas, e o mito fundacional da legitimação democrática foi constituído, ao mesmo tempo em que ocultado. Isso representou a manobra da doutrina para fundamentar o insustentável, projetando os paradoxos do Direito para o poder político. O que seria inconcebível virou produto acabado,

com construções puramente teóricas, como fez Kelsen (2006) com sua norma fundamental, uma saída inventada para ocultar os paradoxos da dupla fundamentação do Direito e da política, o terceiro excluído que torna possível a decisão.⁴ A hierarquia normativa extrai agora da política a sua legitimação, e o apelo ao noviço casal constitucionalismo e democracia, com a defesa irrestrita dos direitos fundamentais pelo poder judiciário, passa a ser a propaganda da vez.

Nessa abordagem, pretende-se estabelecer relações teóricas que permitam observar como ocorreu tal suplementação na história do Direito, usando como paradigma “A roupa nova do imperador”, conto infantil reformulado pelo dinamarquês Hans Christian Andersen (1805-1875), publicado em 1837 (ANDERSEN, 1997). A história relata a passagem de dois bandidos forasteiros, que, fazendo-se passar por talentosos alfaiates, vindo de terras estrangeiras, apresentam-se ao monarca e, utilizando-se da vaidade do soberano, prometem-lhe uma linda roupa, mas que somente as pessoas mais inteligentes seriam capazes de ver. O presunçoso rei adorou a proposta e pediu aos falsos alfaiates que tecessem o indumento. Em troca, os bandidos receberam vários baús, com riquezas diversas, como ouros, pedras preciosas e outros materiais raros e exóticos, além do pagamento de grande quantia em dinheiro. Espertos, apoderaram-se de todas as coisas e ficaram dias a findo encenando tecer fios invisíveis, que todas as pessoas alegavam ver, para não parecerem burras.

Em um dia, já cansado de esperar a preciosa veste, o rei, acompanhado de seus mais confiáveis ministros, dirigiu-se à casa dos supostos tecelões, que mostraram a mesa vazia para o monarca e, inobstante nada tivesse, disseram que eram lindas as vestes. E todos, pensando serem insuficientes ou menores para exercerem as suas tarefas, inclusive o monarca, também fingiram ver a nova roupagem do imperador.

Os nobres seguidores do rei, falsamente admirados pelo trabalho dos bandidos, e nenhum deles querendo parecer estúpidos a ponto de não enxergar o suntuoso trabalho, garantiram ao monarca que a roupa era realmente incrível, e que deveria ser utilizada para a procissão, que ocorreria nos próximos dias. Os falsos tecelões garantiram à trupe real que logo mais entregariam a roupa completa, para que o rei exibisse a sua nova vestimenta. No dia anunciado, entregue o traje, o soberano se vestiu e todos fingiram ficar profundamente admirados pela sua beleza, receosos de não serem suficientemente bons para enxergar.

Uma única pessoa observou a farsa, uma criança, que denunciou a nudez do rei.

⁴ No mesmo sentido aqui sustentado, ver Simioni (2018).

Contudo, o grito foi absorvido por todos, suspeitosos de que a afirmação fosse verdadeira, inclusive pelo rei, que percebeu ter sido enganado. Contudo, este orgulhosamente continuou a exibição e nada mais foi falado, afinal, ninguém queria contrariar o monarca, ou dar a perceber que não via coisa alguma, para não parecer tolo ou incapaz. Impassível, o soberano continuou sua marcha, pois a procissão não poderia parar.

Este artigo se propõe a (des)construir os discursos do constitucionalismo e da democracia, que, juntos, edificam o mito contemporâneo do Estado Democrático de Direito. Como a última veste mágica do rei, que não existe de fato, mas todos fingem enxergar, os ideais ou a roupagem dos estados foram tecidos na história do Direito, e continuam magicamente fiados em uma roca sem linha, afinal, o desfile da humanidade não pode parar. Igualmente, objetiva-se explicitar conceitos importantes na obra de Jacques Derrida, identificar os suplementos jurídicos identificáveis, apontar a roupagem dos estados e, por fim, refletir sobre a construção dos mitos jurídicos e sua aplicação no enfrentamento de problemas sociais.

Para serem alcançados os objetivos acima colocados, este trabalho se utilizou dos aportes teóricos da desconstrução de Jacques Derrida, com técnica de pesquisa bibliográfica.

2 DESVELAMENTO DE CONCEITOS

A desconstrução de Jacques Derrida não significa necessariamente destruição, mas sim olhar de modo mais profundo, para além das coisas, como desmontar as superestruturas para apontar as minimalidades, expor as ruínas para decretar a finitude, livrar-se da carcaça para revelar o esqueleto, ou refazer o caminho para achar o ponto de partida, refazendo a si mesmo ao observar por onde se andou.

Para Derrida, o mundo é cheio de aporias, que são situações em que há impossibilidade objetiva de se obter a resposta concreta ou a conclusão para uma indagação filosófica. Em outras palavras, aporia é um caminho sem saída, um impasse, um paradoxo, uma situação sem certeza, em que a hesitação é o único destino de um imenso breu de dúvidas. Para suprir tais aporias, criam-se suplementos acobertadores, que são estilos de fundamentação cujo fim é dissimular o inevitável paradoxo.

A desconstrução do Direito é a justiça. O Direito pode ser desconstruído e a indesejabilidade da justiça torna, igualmente, a desconstrução possível, pois com ela se

confunde (DERRIDA, 2010, p. 27). A justiça é a aporia, o não caminho, o ponto que não dá passagem, pois não pode ser experimentada, é a experiência do impossível (ibid., p. 30). Para lidar com ela, criam-se suplementos acobertadores⁵, ou novas roupagens do rei, que, inobstante não existirem, seguem como se fossem reais, a fim de manterem o status quo do monarca, já que o Direito, como instrumento de poder e violência, quer apenas ser mantido.

Desconstruir a lei é passar do calculável para o incalculável. A justiça é a promessa ausente que, enquanto promessa, escapa da lógica binária presença/ausência, porque a promessa não é nem um presente e nem um ausente. É algo adiado, eterno porvir, e, por essa razão, na medida em que a justiça não é exatamente um conceito jurídico ou político, abre-se ao porvir a possível transformação, refundição ou refundação (ibid., p. 54-55).

A justiça é definida como singularidade. Derrida (2010) quer significar, com isso, que a transcendência do Direito visa a efetivar exigências das singularidades pessoais, essas que são infinitas, através da engrenagem que move a história do Direito, que não pode ser baseada em valores universais e inquebráveis, afinal, a característica mais marcante do sistema social da contemporaneidade é a complexidade.

A justiça é infinita, incalculável, não simétrica, rebelde às regras, heterogênea, enquanto o Direito é estável, estatutário, calculável. Ocorre que o Direito se pretende ser exercido em nome da justiça, enquanto a justiça exige ser instalada no Direito, a fim de ser colocada em ação (ibid., p. 42-43). O Direito decorre do fundamento místico das leis, violência instituidora que se transforma em conservadora e que, por essa razão, teme àquela primeira. Ritualiza-se o Direito, que passa a ser instrumento do Estado, escondendo a violência originária que o fundou, transformando o processo em um cálculo quase formalizado, que desresponsabiliza criadores, mediadores e aplicadores do Direito. Desta maneira, o uso, algumas vezes, violento, ou brutal do poder, transforma-se em mero exercício de técnica, para falar como Hespanha (1992, p. 13), pois, com a formalização da linguagem e a ritualização do processo, neutraliza-se a carga política das posições em presença.

Há uma triplicidade questionadora: a linguagem, o texto e a escritura. Enquanto o texto é qualquer símbolo, desde uma pintura até uma fórmula matemática, a escritura é aquilo

⁵ Segundo Simioni (2009, p. 426), suplementos são recursos argumentativos externos ao sistema jurídico, que fundamentam e legitimam a correção de decisões judiciais, especialmente nos chamados casos difíceis, e não apenas formas do conhecimento metafísico. Assim, suplementos são formas argumentativas que visam a legitimar o fundamento jurídico inexistente, sobre os quais não existem quaisquer mecanismos de controle de uso na prática.

que perdeu a referência à sua origem, à sua arqueologia, em que há certa interdição às perguntas. Para além da obviedade, segundo Derrida (2010), as leis se tornaram estruturas dogmáticas, com fundamento místico de autoridade, portanto, escrituras.

Quanto à linguagem, sua desconstrução se dá através do risco no qual se desvenda a dicotomia, com a marginalização de um dos termos. É nessa marginalização que se produz o sentido da palavra *diferença*⁶ (*différance*). Procedendo a troca de apenas uma letra, o “e” pelo “a” e sem alterar a pronúncia desta palavra, traduz-se a ideia da alteridade, que dá, igualmente, o sentido de diferimento no tempo. É o que se chama “quase conceito”, já que, ao contrário do conceito, ele jamais está presente e, por essa razão, possibilita a presença, pois, devido à sua ausência primeira, torna-se possível pensar a presença. E o que a desconstrução faz é discutir essa presença a partir de seus marginais, em busca do rastro que está na falta de origem. O suplemento é a imagem representativa que dissimula a presença natural do sentido (id., 1973, p. 45), ele meramente supre, substitui, através de um signo, a partir da falta da presença do sentido originário (ibid., p. 177-178). Para Derrida (op. cit., p. 182), a cegueira é a lei do suplemento, mas esta pode ser perigosa, enganosa.

Escritura é, portanto, aquilo que deve produzir e dissimular a sua própria história. Nesse sentido, a ciência da escritura é a gramatologia, que espalha pelo mundo os signos (ibid., p. 04). Enquanto a metáfora é o traço que reporta à origem, a escritura é a ausência desses traços (ibid., p. 330). A escritura carece, portanto, de independência. Esta é o suplemento por excelência, já que marca o deslocamento de um significado, que tem por fim atingir um sem número de sujeitos que estejam fora do campo de visão (ibid., p. 343).

O signo da linguagem faz surgir a combinação dúplice entre significado e significante. O significado é o conteúdo conceitual (voz), enquanto o significante é a forma tomada (escrita). Esse signo é representativo, pois visa a suprir determinado tipo de ausência, nesse caso, do sentido fundamental ou originário do Direito. Tal visão abre múltiplas possibilidades para a análise da sua linguagem, pois o texto nunca é algo fechado em si mesmo e a autoria nunca estará completa, pois toda assinatura se dá entre escritor e leitor.

O Direito, enquanto discurso, é pautado no fundamento místico da autoridade.

⁶ Optou-se pelo uso da palavra *diferença* para manter o sentido da língua francesa, muito embora, no francês, ela possa ser lida tanto como diferença, quanto como diferimento (DERRIDA, 1972, p. 02). Derrida propunha a desconstrução pelo jogo *différence/différance*. Sendo *différance* homófono no francês a *différence*, brinca-se com a ideia de diferimento enquanto temporalização, e diferenciação, nos termos de Saussure. O *différance*, idêntico quando expresso na fala ao *différence*, significa algo bem diferente, portanto, no seu “a” se expressa a diferença não disponível para a fala.

Enquanto escritura, dissimula-se em suplementos (*différance*, *diferença*) e, com a desconstrução, é possível o rasgo na sua história, o arrombamento de perspectivas ideológicas, a fim de revelar as suas aporias.

A aporia máxima do Direito é, portanto, o paradoxo da irremediável circunstância de que é o universal que lida com a singularidade, mas que, quando o faz, captura-a, interditando-a, tornando a justiça impossível, pois somente a justiça é singular. E a justiça é a singularidade que tenta se instalar na generalidade, mas que, quando o faz, dissipa a si mesma, interrompe o próprio motor que a caracteriza. Entretanto, diante da desconstrutibilidade do Direito e da indesejabilidade da justiça, é possível tornar o Direito menos discriminatório, ou mais abrangente, através da desconstrução da justiça, que lhe abre o eterno porvir.

Desconstruir será, portanto, decompor as ínfimas camadas da linguagem dissimuladas, de certos estilos de condutas que estão imbricados, interditos. O Direito, e toda a sua história, certamente, são cabíveis de decomposição, em múltiplos fragmentos discursivos. Tais suplementos acobertadores ocultam os paradoxos do Direito e, desconstruindo-os, revelam-se antinomias, aporias, paradoxos. A aporia do Direito é a insuperável violência da lei e a inalcançabilidade da justiça, que, embora inatingível, é continuamente buscada. Essa ausência da justiça, diferida, suprida, discursada, faz-se ocultar por um suplemento epocal qualquer, alterável, sempre presente, mas igualmente ausente, porque visa a ocultar a ausência primeira. As leis, enquanto escrituras, ao invés de fixarem a fala, abriam os espaços para os suplementos, despídos de alma, representações fascinantes, enganadoras, cadavéricas e dogmáticas, que remetem aos fundamentos místicos da autoridade.

3 SUPLEMENTOS JURÍDICOS HISTORICAMENTE IDENTIFICÁVEIS

Para os gregos, o fundamento das coisas, e, portanto, também das leis, estava ligado à natureza, tanto que até os dias atuais se fala em “natureza jurídica”, que é a transformação do texto em escritura. Esse era o suplemento na antiguidade, pois o próprio conceito de natureza traz embutido a ideia de perfeição, algo metafórico, que se caracteriza pela beleza divina, que conserva a ordem natural de todas as coisas.

Com a Idade Média, há a mudança da suplementação, que passa a ser “Deus”, que

nesse contexto histórico, marcadamente monoteísta, estava ligado à ideia de um ser supremo, infinito e perfeito, sobrenatural e existente por si só, causa necessária e fim último de tudo que existe no mundo.⁷

Com o Renascimento, no século das luzes, e o humanismo, surgem vários suplementos, como os conceitos de razão, de sujeito, de consciência transcendental, de espírito absoluto, dentre outros. No contexto jurídico, o jusracionalismo aponta para a razão como o seu fundamento diferencial. A escritura passa a ser o conceito de razão, que é o conhecimento intelectual supremo e inquestionável, com ínfima relação com a natureza humana, posta como perfeita, por permitir a compreensão e a ponderação, de forma ordenada e inteligente.⁸

No século XIX, com Comte, e o surgimento do positivismo, o suplemento passa a ser a Lei, em especial, o Código Civil. Há, nesse período, um movimento legalista, caracterizado pela tendência à codificação, para trazer ao Direito a certeza e a previsibilidade, de forma a assegurar ao Estado o controle do poder. O código, nesse contexto, não é apenas o conjunto sistemático de textos jurídicos, ele é a consubstancialização do próprio Direito e a materialização da justiça. O código “é” o Direito e o Direito “é” o código. A nova ordem política instaurada, o liberalismo, trouxe consigo não apenas a fundação dos direitos políticos e cívicos, mas, especialmente, certa estabilização legislativa, notadamente em códigos, ou doutrinal, criando complexos normativos organizados, que poderiam garantir proteção contra a arbitrariedade legislativa dos governos e autorizar a continuidade das transformações político-sociais (HESPANHA, 1997, p. 79).

A fonte do Direito vinha da lei parlamentar, com o poder legislativo eleito para legitimar a vontade popular. Perante essa codificação material, o costume deveria renunciar à sua aplicabilidade, vindo a ceder também a jurisprudência, por ser a lei a fonte única e

⁷ Segundo Hespanha, no medievo, o mundo jurídico não era responsabilidade dos juristas, que apenas atuavam como mediadores de diversos sistemas normativos (religião, graça, amizade). O que eles faziam era uma hermenêutica de Deus, dos homens e da natureza (HESPANHA, 2009, p. 1187-1189).

⁸ Esse jusracionalismo dava ao Direito o caráter de universalidade, posto a razão ser, perante os ideais iluministas, única e soberana. A razão se ligava à natureza humana e, assim como com os gregos, a natureza novamente vem caracterizada como um ente eterno e imutável. Isso explica, em grande parte, segundo Hespanha, a tendência de exportação dos grandes códigos, em especial, o Código Napoleônico de 1804 e, posteriormente, os códigos civis alemão, italiano e suíço, para países que tinham uma cultura enormemente diferente da europeia, como a japonesa, com o reformismo Meiji, no século XIX, a chinesa, com o movimento ocidentalizador, em 1919 e, por fim, a turca, com a revolução de Kamal Atatürk. Esse cosmopolitismo da legislação, embora tenha sido questionado, é inegável quando se pensa em conjunturas do Direito até hoje dadas como absolutas, mas que nasceram em berços específicos de determinadas nações, como, por exemplo, a afirmação dos direitos individuais, o princípio da legalidade, dentre outros (id., 1997, p. 178).

suprema da formação do Direito, suplemento perfeito e inquestionável, em sua roupagem material.

A doutrina também perde seu espaço em formulações sobre a natureza jurídica ou princípios, passando a ser mera reprodução e interpretação da lei, de preferência, o mais autêntico possível, nos termos do que queria o legislador histórico. Em casos mais severos, a doutrina foi proibida, existindo o recurso à interpretação autêntica, quando o próprio parlamento era convocado para dizer o que se queria com determinado dispositivo normativo, o que era chamado de *référé législatif*. Isso se explicava pelos movimentos populares e revolucionários, que marcaram o século XVIII, pedindo proteção contra governos arbitrários, assim como contra a arbitrariedade dos tribunais, exigindo o povo, de forma geral, que existisse um dispositivo claro e autônomo que fosse estritamente respeitado. Este era o novo ideário político do mundo moderno e positivado pelo imaginário pautado na calculabilidade, na correção e no progresso.⁹

A crença na existência do Direito positivo com genealogia na razão, ou, em outros termos, na positivação da razão jurídica, dava ares de monopólio à manifestação do Direito, sendo a lei o único meio “idôneo”, “legítimo” e “perfeito” para demarcá-lo, podendo em si materializá-lo. Esse foi, inclusive, um dos mais fortes suplementos do Direito, já que a lei, sendo vista como expressão da vontade geral dos cidadãos, antecipou o movimento de democratização, por facilitar a generalização do seu conhecimento. A expressão do espírito do povo estava, perante essa visão, nas leis, mais especificamente, no Código Civil.

Foi na França que o movimento codificador se delineou mais fortemente, em especial, em 1804, com Napoleão e a promulgação de seu *Code Civil*, que era visto como a positivação da razão, em coroamento aos ideais revolucionários do iluminismo. Caracterizou-se como movimento de ruptura com o passado, típica violência instituidora que, transformada em conservadora, reduziu as funções dos juristas a serem “bocas da lei”, para falar como Montesquieu (1973). Esse era o norte da notória Escola da Exegese dos novos códigos, em

⁹ Todo o positivismo, que marcou o século IX, denotava a busca da afirmação do Direito como ciência positiva, quer dizer, um modelo epistemológico baseado na observação da realidade empírica, posta, positiva. Embora existissem várias escolas positivas, cada qual entendendo o modelo de forma diversa, todas observavam a ciência como um padrão teórico firme e universal. O positivismo conceitual, ou kantiano, foi, certamente, um dos mais preocupados em trazer o saber jurídico como uma ciência jurídica, com métodos objetivos e verificáveis. Outrossim, esse movimento modernista europeu, na afirmação do direito como uma ciência, foi, de certa maneira, imposto para povos não europeus, em especial em decorrência da coincidência temporal com o imperialismo e a navegação. Direitos locais e práticas políticas foram impiedosamente suprimidos em nome da dita civilidade e modernidade ocidentais (HESPANHA, 1997, p. 174-175).

que os juristas deveriam fazer, de fato, a interpretação literal dos textos legais, do que era a vontade do legislador, que guardava o “espírito da lei”. Com início após a Revolução Francesa, essa escola se caracterizou como a concepção juspositivista que buscava se desconectar do passado histórico medieval, de forma a utilizar a lei escrita como a desvinculação do passado feudal e da obscuridade religiosa que caracterizou a Idade Média (SIMIONI, 2014, p. 30).

Até a metade do século XIX, outros países europeus, como Itália e Alemanha, ainda não tinham conhecido o Estado nacional. Com o problema crescente das lacunas do Direito, em face da sociedade em constante e cada vez mais rápida transformação, as consuetudes passaram a ser o fundamento último do Direito. As formas Estado e código eram, para eles, fórmulas universais e artificiais, não passavam de meras abstrações (HESPANHA, 1997, p. 181). Com a grande valorização da cultura dos povos, programa da Escola histórica alemã, a obsessão normativa passou a ser vista como algo pueril, e a disseminação do suplemento “costumes” era a nova roupagem do imperador. Para Simioni (op. cit., p. 52), essa vertente teórica surgiu como uma reação à a-historicidade do racionalismo burguês, com a afirmação do caráter histórico do Direito e da realidade humana. A sociedade era vista de forma organicista, sujeita à evolução histórica, e o espírito do povo não mais se concentrava nas leis codificadas, mas sim, precisamente, nas produções culturais, sendo o Direito apenas uma dessas facetas.

Codificar era, nesse entendimento, congelar a evolução natural da ciência jurídica, já que esta, como produto da cultura, era algo vivo, que se transmutava de modo espontâneo, não forçoso. O costume, como forma de expressão paradigmática do Direito, deveria ser lido de maneira preponderante e constante pela doutrina, posto que em constante evolução orgânica.

Após esse momento, no início do século XX, com o questionamento da cultura como fomento do Direito, e com base na crítica direcionada ao formalismo da Escola histórica alemã, na vertente pandectística, surgiu um novo movimento, com o foco de retomar a autonomia metodológica do Direito.¹⁰ A chave para a reconstrução da ciência jurídica foi a retomada do discurso kantiano, mas de nova forma, buscando construir um discurso jurídico

¹⁰ A escola histórica alemã, para Hespanha (1997, p. 188), possibilitou a neutralidade do Direito em contraposição aos projetos políticos da classe burguesa alemã. Uma de suas vertentes, a pandectística, tinha como fundamento buscar não o sentido da norma escrita, através da vontade do legislador histórico, mas sim dos sentidos objetivos desenvolvidos em seu contexto de aplicação.

“descontaminado” de outros de ordem política ou sociológica. Foi essa a busca do neopositivismo, com o jurista Hans Kelsen, em sua *Teoria pura do Direito*.¹¹ Nessa vertente, o suplemento do Direito passou a ser a norma fundamental (KELSEN, 2006). Para Kelsen (op. cit.), o Direito estava construído na pirâmide normativa e, no seu topo, encontrava-se a constituição. Porém, como a própria constituição carece de fundamento jurídico próprio, Kelsen (op. cit.) criou a chamada norma fundamental (*Grundnorm*), que seria autorreferencial e legítima não somente com relação às outras normas jurídicas, mas também em relação a si mesma (HESPANHA, 1997, p. 195), gerando um paradoxo.

Segundo Simioni (2009, 429-430), a matriz metodológica de Kelsen seria perfeita se não houvesse a questão das lacunas, pois preencheu a anomia com a introdução de suplementos baseados na analogia, princípios gerais, costumes e equidade. Portanto, os atualmente chamados casos fáceis seriam aqueles que encontram, na matriz de Kelsen, um *script* correto.

Por outro lado, não é preciso grande esforço para perceber que a ideia de uma norma maior não passa de abstração conceitual-metodológica, cuja mitificação ressoa no Direito até os dias atuais.¹²

Com o desenvolvimento de movimentos socialistas, e a ideia da sociedade marcada por lutas entre grupos sociais, começam a se delinear grupos antiformais, que entendem o Direito como algo que não se dissipa de suas perspectivas sociológicas. Nesse estilo de pensamento, o suplemento jurídico utilizado passa a ser, com base nos estudos da jurisprudência teleológica de Rudolf von Jhering, e posterior transformação em jurisprudência dos interesses, os interesses sociais, que geram o Direito na formulação de relações.¹³ Jhering via a validade do Direito mais nas conquistas sociais e lutas que lhe davam origem do que nos costumes (SIMIONI, 2009, p. 429).

¹¹ Sua busca foi a caracterização do Direito como uma ciência genuína, consistindo em norma sintático-linguística que possibilita a autonomia do Direito (SIMIONI, 2014, p. 172).

¹² O positivismo esteve presente nos movimentos iniciais da formulação do Estado Liberal e na reação socialista das primeiras décadas do XX, que culminou com o Estado Social. Também esteve presente nos regimes antidemocráticos, como o fascismo e o nazismo. Mas é absolutamente equivocado acusar o neopositivismo de Kelsen (que era judeu), de ter oferecido os baluartes para o Terceiro *Reich*, dado o reducionismo que erroneamente se faz de suas ideias para um legalismo puro, simples, exegético.

¹³ Essa linha metodológica, segundo Hespanha (1997, p. 198), somente vem a se delinear com maior precisão após a reelaboração por Ph. Heck, quando passa a se chamar jurisprudência dos interesses (*Interessenjurisprudenz*), em contraposição à jurisprudência dos conceitos (*Begriffsjurisprudenz*), vertente da pandectística. A jurisprudência dos interesses aceita o positivismo, mas entende que, havendo conflito de interesses, a decisão deve se pautar na ponderação dos valores em jogo, reflexão esta afinada com critérios de avaliação legalmente postos.

Com a Escola do Direito Livre, iniciada por Hermann Kantorowicz na Alemanha, por volta do ano 1906, com base nas ideias de Eugen Ehrlichm, aparece um movimento contrário ao formalismo. Disseminava a ideia de que, diante da plurissignificação de sentidos legais, o juiz deveria determinar a escolha mais justa, podendo, inclusive, confrontar a lei para fazer prevalecer a justiça. O lema, para essa matriz teórica, era menos razão teórica e mais razão prática, com a problematização da razão unilateral da ideologia burguesa (id., 2014, p. 84). O suplemento jurídico utilizado nessa escola era a justiça, enquanto ideal supremo e inquestionável, segundo o qual o juiz deveria lançar mão inclusive da tradição jurídica para aspirar ao Direito justo (LARENZ, 1997, p. 79).

No fim da década de 1960, período pós-Segunda Guerra Mundial e durante a Guerra Fria, com a bipolarização do mundo, prevalece o movimento do Direito alternativo, com base neomarxista, que se propunha a desmascarar o Direito como um instrumento de valores burgueses, e enxergar o poder judiciário como o aparelho de repressão e controle institucionalizado. Foram expoentes dessa vertente Antonio Gramsci, Louis Althusser e Nicos Poulantzas (HESPANHA, 1997, p. 223). O fundamento do Direito passa a ser a luta de classes, em busca do desmascaramento da hegemonia.

Na contemporaneidade, o suplemento máximo do Direito se materializa na dupla constituição e democracia, lapidada sob a forma do Estado Democrático de Direito.

Esse contorno entende que, para além da constituição, em sua forma expressa na vontade estadual, existiria a *populi voluntatem*, o poder constituinte originário, no qual estaria o espírito do povo (*Volksgeist*).¹⁴

O cenário político dessa mudança paradigmática foi o contexto pós-guerras mundiais. O mundo já havia conhecido as atrocidades do *nazifascismo*, a bomba atômica e os crimes de guerra. A promessa do legalismo não foi cumprida, vivendo todos em insegurança. A ciência demonstrou o seu poder de destruição em massa, enquanto a positivação de direitos não garantiu o respeito aos direitos humanos dos povos. Gerou-se, então, novo modo de pensar o Direito, que não deveria ser produzido no silêncio dos gabinetes, mas sim no barulho ensurdecidor de muitas vozes. O Poder Judiciário é questionado, enquanto os juízes começam a ser vistos como um grupo corporativo, falando em linguajar inaudível para os populares, com variadas sutilezas. O controle popular passa a ser exigido, com a reivindicação

¹⁴ Derrida entende a democracia como a herança de uma promessa. A democracia seria um vir a ser indefinível, da mesma forma que a apófase não define Deus (DERRIDA, 1995, p. 73).

de maior vigilância no domínio das decisões judiciais.¹⁵

A pandectística, com seu formalismo, já não conseguia oferecer aos juristas elementos de proteção de direitos para se oporem aos nefastos projetos políticos, o que ficou claro com o contexto alemão, que, inobstante o brilhantismo e riqueza da cultura jurídica, com o governo de Weimar fomentado pela ética kantiana e pelo formalismo da pandectística, e o Direito legitimado por processos constitucionais prescritos, teve o *Reich* de Hitler alcançado o poder, em contrassenso a todas as conquistas anteriores da história europeia (HESPANHA, 1997, p. 237). Aliás, conta-se que Hitler eventualmente agradecia ao corpo de juízes pelo sucesso de sua chegada ao poder, sendo o Direito utilizado como instrumento nazista.

Pós-guerra, isso levou à ideia de criar o Direito suprapositivo, que pudesse punir inclusive ações estatais cometidas sob a falsa legitimidade do Direito corrente, quando surgiu a semântica da dignidade humana, como ideal supralegal indisponível mesmo pelos estados, na formatação de sua normativa, que se trata, para falar como Souza (2015), de uma espécie de totem contemporâneo, significado ausente, aberto a múltiplas significações.

É o chamado pós-positivismo jurídico, que engloba várias linhas teóricas. Dentre estas, tem-se o consensualismo, ou procedimentalismo discursivo, decorrente do desenvolvimento cada vez mais notório da cultura de massas, da comunicação mundializada e da globalização, reduzindo as dissensões através da criação da cultura de base (HESPANHA, *ibid.*, p. 240). Além do consensualismo, tem-se o procedimentalismo de ponderação, a hermenêutica política, o jurisprudencialismo, a teoria dos sistemas, dentre outras, lembrando que há uma relação de quase linearidade entre a justificação argumentativa da decisão e a validade do Direito (SIMIONI, 2009, p. 436), que denotam, igualmente, a forma como os juristas enxergam o mundo.

Nessas teorias contemporâneas, há propostas mais sofisticadas, que utilizam como recurso metodológico os suplementos de segunda ordem, ou suplementos de suplementos (SIMIONI, 2009, p. 436). Uma linha bastante forte de suplementos de segunda ordem é aquela que utiliza como elemento externo a moral, que passa a exigir novos suplementos e, tendo em vista o problema da sociedade global ser o multiculturalismo (*ibid.*, p. 437), nega-se a possibilidade de generalizações.

Nos pós-positivismos, o Poder Judiciário ganha novos contornos e dimensionamentos, devendo assumir a postura ativa na concretização de normas constitucionais. Esta é a nova e

¹⁵ Sobre a democracia na globalização, ver Souza; Simioni (2017).

belíssima roupa do rei, feita à custa dos maiores tesouros e fiada pelos maiores urdidores, enfim, possivelmente a maior das conquistas da história jurídica. Entretanto, como se teceu tal roupa?

4 A ROUPAGEM DOS ESTADOS

O Estado moderno corresponde aos momentos históricos das Revoluções Francesa e Americana, quando se pleitearam os direitos de liberdade *lato sensu*, nomeadamente os civis e políticos, inaugurando o constitucionalismo ocidental. Esse é Estado de Direito de matriz liberal, o primeiro paradigma constitucional. A roupagem do rei era a modernidade e a liberalidade, fundada na certeza e na previsibilidade das leis. Nesse modelo juspositivista, ao juiz, mero aplicador da lei, sobrelevava a proibição de interpretar.

Com as lutas operárias, vieram os primeiros direitos sociais, de segunda dimensão. Até esse momento, os direitos pertenciam apenas à classe burguesa, enquanto obrigação negativa do Estado, com grande parte da população à margem. Com a revolução industrial, no formato moderno, vieram os direitos trabalhistas, com marco nas Constituições do México (1917) e de Weimar, da Alemanha (1919), além da criação da Organização Internacional do Trabalho. Os direitos eram os de igualdade *lato sensu*, nestes compreendidos os econômicos, sociais e culturais. Está em erupção a roupagem do Estado Social (*Welfare State*), exigindo a postura positiva do Estado, com seus suplementos e mitos.

No contexto pós-guerra e em face da tendência de dimensionamento dos direitos humanos na ordem internacional, frente ao fracasso da modernidade, especialmente, após o Tribunal de Nuremberg, começaram a ser delineados novos direitos, chamados de terceira dimensão, que são os difusos e transindividuais. Nesse momento, é tecida a nova roupagem do rei, o atual paradigma constitucional, o Estado Democrático de Direito. Exige-se do poder judiciário novo relevo e importância, como garantidor de efetividade de direitos, tanto os de primeira, quanto os de segunda dimensão. O Judiciário, como um dos três pilares do Estado Democrático de Direito, ao lado dos poderes Executivo e Legislativo, deve assumir outros papéis.

Para Habermas e Häberle (2003, p. 68), o Estado Democrático de Direito buscava não apenas o reconhecimento de fato dos direitos, mas também o direito de merecer esse reconhecimento. A fim de serem legitimados na ordem estatal, necessitavam-se de todas as

fundamentações e construções públicas. Com isso, na contemporaneidade, torna-se possível estabelecer o vínculo entre Estado de Direito e democracia, ou, com maior explicitação, entre constitucionalismo e democracia, no novo dimensionamento da cidadania, que não se esgota na escolha dos representantes.

Ocorre que o Direito é a forma de manter o status quo, instrumento de ordem e segurança do poder vigente. Derrida (2010, p. 09) diz que o Direito se liga a *Gewalt*, traduzida como violência, que não é apenas o instrumento posto a serviço do cumprimento das leis, mas constitui elemento do Direito.

Lefort (1981, p. 270) entende que, com a democracia, ocorre a mutação, pois o poder não se liga mais à pessoa, ela aparece no lugar vazio no qual a sociedade não se representa mais como um corpo, e nem se combina no corpo do príncipe. Torna-se mais difícil ver a nudez real, posto que não só a manta é inexistente, mas a própria ideia do corpo é açoiada e mais inquestionável ainda, ou mais poderoso, torna-se o mito.

Mito que ignora alguns fatos, como de que a democracia não é homogênea.¹⁶ A simples concepção do poder constituinte originário, para justificar o poderio do Estado de Direito, força imaginar que os cidadãos compartilham dos mesmos valores, ideias, sentimentos e sonhos. Que sonham o mesmo país e compartilham dos mesmos ideais. A história contada é a dos vencedores, aqueles que detêm o poder do arquivo. Os valores são mutáveis e a complexidade e a pluralidade desabrocham, o que não estava evidente para o humanismo, que se baseou na unitariedade do humano. O tempo, galopante, anuncia a epocalidade e a mudança. A suplementação do Direito é mutável, epocal, variando os referentes jurídicos de acordo com os ideários de cada espaço e tempo. Contudo, a violência instituidora do Direito é uma só.¹⁷

Cada avanço realizado na esfera da politização obriga a reconsideração e reinterpretção dos próprios fundamentos do Direito, da forma como estes foram inicialmente calculados (DERRIDA, 2010, p. 56). Embora lindas as vestes do rei, não estaria este nu? Nesse novo modelo, o juiz tem o dever-poder no exercício jurisdicional de produtor e intérprete do novo paradigma, a constituição, que deriva do poder constituinte e soberano,

¹⁶ Segundo Borradori (2004, p. 25), Derrida entende o republicanismo e a democracia não como valores absolutos, mas como construções em constantes revisões.

¹⁷ Para Simioni (2009, p. 432), o suplemento é como um “terceiro incluído”, que se inclui mesmo estando fora do sistema de referência. Assim, buscam-se valores transcendentais ao Direito como se estes pertencessem ao mesmo. Passa, portanto, a estar e não estar no sistema de referência, tornando possível a decisão jurídica.

nomeadamente a democracia. Constitucionalismo e democracia são as novas vestes míticas do rei em um mundo plural e global, sendo este o atual paradigma que, embora plural, também possui suas próprias invisibilidades. Para falar como Teubner (1999, p. 341), com a entrega do paradoxo ameaçador do Direito à política, a responsabilidade não pesa mais sobre ele, que passa a ser “neutralizado”, pesando sobre os poderes Legislativo e Executivo democraticamente eleito.¹⁸

Para Hespanha (1997, p. 257), a democracia representativa sequer conseguiu de fato se estabelecer em outras localidades que não a cultura europeia, justamente porque se baseia no ideário coletivo que ignora formas de sociabilidade muito comuns em unidades não europeias. Então, os juízos negativos que são emitidos sobre a política nessas regiões, com conceitos e vivências pragmáticas de clientelismo, corrupção, nepotismo, nada mais representam do que a incapacidade de lidar com a artificialidade de modelos estaduais europeus e da força estruturante dos padrões alternativos, coisa que a cultura europeia já conheceu.

Problemas práticos de toda a ordem são encontrados. O Poder Judiciário passa a intervir quando os poderes públicos não dão conta das promessas da modernidade, gerando enorme descompasso entre os poderes. Há a tríplice ineficiência: inércia legislativa, morosidade judiciária e incompetência executiva, o que fica mais evidente em países periféricos, gerando grande problema na efetivação de direitos fundamentais.

Não há vinculação democrática na formatação das leis, já que os representantes eleitos têm grande grau de independência. Cria-se abismo entre representantes e representados, demonstrado na crise do modelo de representação.¹⁹ Para Manin (1995, p. 5-34), a estratégia eleitoral, atualmente, repousa no uso correto dos meios de comunicação de massa, gerando abismo entre governo e sociedade, sendo, ainda, importante destacar que o governo representativo, de fato, nunca foi concebido para a democracia, mas sim para o sistema político, que se baseia em valores distintos dos democráticos.

O Estado Democrático de Direito, nesse prisma, passa a ser mero programa de

¹⁸ Para Teubner, o Direito pode externalizar o seu paradoxo entregando-o à política. Resolveu, com isso, o problema da legitimação política democrática, nesse momento não mais dinástica. Isso nada mais foi do que a manobra da doutrina para fundamentar o insustentável e sistematizar o paradoxo do direito para o exterior. Assim também fez Kelsen, em sua criação da norma fundamental, que se trata de construção puramente teórica (TEUBNER, 1999, p. 341).

¹⁹ Sobre a crise representacional, ver Souza; Simioni (2017) e sobre a corrupção sistêmica na política, especificamente no Brasil, ver Souza; Simioni (2018).

governo, uma mentira bem contada para suplementar a aporia da justiça impossível, mesmo que, de todas as degenerescências, a menor ainda seja a democracia e o constitucionalismo. Sim, o rei está nu...

5 POR QUE VEMOS A ROUPA?

Independentemente da criação de suplementos, e de seus fatos motivadores, não há como negar a relação da humanidade com os mitos. A pergunta que parece ser feita é: como são formatados os mitos e qual o seu papel no enfrentamento das problemáticas sociais?

Responder a essa pergunta sem ingressar em questões puramente ideológicas, ou cair no vício de respondê-la superficialmente, parece não conduzir até qual profundidade ela possa levar. Tendo em vista a explicitação dos conceitos em Derrida – posterior constatação dos suplementos jurídicos e amoldamento das roupagens dos estados – convém agora perguntar: por que os estados se vestem e por que insistimos em enxergar?

Duas parecem ser as perspectivas nessa análise, que caminham em sentidos opostos. Em uma dessas, sobre o estudo dos mitos, Joseph John Campbell (1904-1987) deve ser mencionado. Ele dedicou a sua vida acadêmica ao estudo da mitologia comparada, buscando, através do mapeamento, a possível semelhança entre mitologias de diversas culturas humanas. Mitos, nessa perspectiva teórica, são aquelas histórias em que são revelados testemunhos de certo estado de espírito humano, transformados em imagens e histórias, em que são possíveis aferições sobre as comoções humanas, que ensinam a lidar com crises existenciais, de decepção e de maravilhamento (CAMPBELL, 2007, p. 29). Mitos e sonhos vêm do mesmo lugar, da tomada de consciência que precisa se expressar de forma simbólica (CAMPBELL, 2007, p. 46).

Nessa visão, sonhos são fontes inexauríveis de informações sobre a individualidade, enquanto mitos são fontes sobre a humanidade. Os mitos existem como se fossem estados de sonhos, que revelam importantes informações sobre a psiquê humana e, ainda, a forma de organização da sociedade. Para Campbell (op. cit., p. 29), é como se o mito fosse um sonho coletivo, um sonho arquétipo do mundo, que lida com os problemas humanos comuns, ensinando não apenas a relação individual de vida e morte, mas também sobre como a sociedade se relaciona, qual a sua cosmovisão. Campbell (op. cit., p. 49) entendia que os mitos assumem roupagens diferentes em épocas diferentes, e tais imagens passam de geração

a geração de forma inconsciente.

Para ele, o sonho é o mito privado, enquanto o mito é o sonho público. Jung falava a respeito de dois tipos de sonhos: o sonho pessoal e o sonho arquétipo. Este último se tratava do sonho com dimensões míticas, como se viesse de uma espécie de figura heroicizada, um cristo interior, um arquétipo (ibid., p. 52-53).

Em outra perspectiva, vem Jacques Derrida, para quem não existe unidade, uma origem absoluta mítica, sendo tal análise de busca universalizante à escolha menos acertada. O foco está inapreensível, portanto, é necessária a renúncia da busca obsessiva pelo centro, fundamento ou princípio (DERRIDA, 2002, p. 241), sendo preciso renunciar às origens *aristotélicas* do pensar. Os mitos se assentam, nessa perspectiva, em códigos de segunda ordem, posto a linguagem estar na primeira. Então, o estudo dos mitos também é um mito, que está na ordem do discurso, uma perspectiva, talvez, de terceira ordem.

A desconstrução lida com os pares da cultura ocidental. Estes pares normalmente vêm de forma hierarquizada, e esta hierarquia tem relação com uma violência. Nesse prisma, a alma é melhor que o corpo, o claro é melhor que o escuro, o homem é melhor que a mulher. Retomando a gramatologia, a fala é superior à escrita. Derrida (op. cit., p. 245-246) entende que esse momento, permitido pela ausência de centro ou de origem, é a complementariedade. Como não se pode determiná-lo, o suplemento é suscetível a tomar qualquer conteúdo simbólico. Despido de autoria, o mito pode fazer qualquer ilusão histórica. Totalizá-lo, ou buscar o discurso total do mito, é algo, se não inútil, também impossível (ibid., p. 244).

As crenças ocidentais estão presas em dualismos. Valores como razão, progresso, justiça e positividade estão presentes na busca humana. Tal origem está na distinção entre *mýthos* e *lógos*, com origem na antiguidade grega. O desenvolvimento da cultura ocidental e de seus ideias sociopolíticos e sociojurídicos explicam-se pela narrativa mítica.

Derrida, em sua desconstrução, busca romper com o elo *aristotélico*, enquanto herança de pensamento, desconstruindo o conceito de razão (*lógos*). A razão é uma construção, uma justaposição de conceitos e duplicidades concatenadas e não a realidade empírica de fato.

O pensamento ocidental cria, com esse propósito, a verdade absoluta. Tais construções culturais, variáveis de época em época, são construções ideológicas da verdade. A título de exemplo, a positividade do Estado Liberal significa dar lógica e harmonia à defesa de instrumentos ideológicos de determinados setores sociais, mais especificamente, do

liberalismo econômico, sendo este um de seus muitos sentidos, que passam a ser reduzidos como “verdades”, fórmulas e suplementos de ordem jurídica.

Desconstruir tais conceitos, inverter a lógica, serve para questionar construções arcaicas de justificações de domínio e de poder. Enxerga-se a roupa invisível porque se é determinado a enxergar, em decorrência da herança grega de construção de pensamento, através de vários séculos da história ocidental o fazendo, cada vez de forma nova. Laranja, rosa, azul, dourada ou vermelha: a roupa continua invisível...

6 CONCLUSÃO

(Des)construir, ou (des)montar o Estado Democrático de Direito é revelar os modelos e códigos, suas formas e simbolismos, remontar as peças de seu quebra-cabeças, com seus ideais e construções de sentido. Liberar-se do ontológico, das essências e do mito da verdade, que move o código binário da ciência e faz desenvolver nova categoria de saber, despida de crenças. Significa, em outros termos, desmontar os valores da cultura ocidental, que vieram junto com as navegações, e fazer a leitura crítica da visão evolucionista, rumo aos ideais suplantados nos modelos de convicções de mundo, na formação de sistemas de sentido.²⁰ É fazer a leitura menos apaixonada da subjugação de culturas, com a importação de modelos da cultura europeia e a criação de problemas socioculturais e jurídicos. Na América Latina, percebe-se a falta de identidade jurídica, em decorrência da subjugação desses valores e modelos locais que agora se problematiza.

A busca de um Direito flexível, em contraposição ao tradicional, significa recusar a organização super-hierarquizada, negar a generalidade, a abstratividade e as propagações dogmáticas de grupos. A localização desse novo Direito se dá na realização e na revalorização do local.

²⁰ Nesse sentido, um modelo possível que tem servido de suporte teórico para a construção pós-moderna e pós-ontológica dos saberes sociais é a teoria dos sistemas, de Niklas Luhmann. Nasceu com base na chamada crise da sociologia, com a ideia de que tal estaria dividida em dois estilos de investigação: a pesquisa empírica e a pesquisa conceitual, colocando em evidência a necessidade da unificação da sociologia através da construção de teoria capaz de unificar e também de lidar com o paradoxo de que a sociologia seria, ao mesmo tempo, objeto e método de investigação (auto-observação: um sistema se define a partir de sua própria operação), com tendências de universalidade. Rompeu-se com o pensamento ordinário que o mundo vivia até então, deixando-se de entender o todo e suas partes, de forma dedutiva, formando redes labirínticas de comunicação, com a distinção de sistema e ambiente. A palavra-chave, para Luhmann, é complexidade, no cenário contemporâneo em que a física *newtoniana* foi questionada, mais precisamente no século XX, quando o modelo determinista foi posto em cheque por toda a ciência, em especial, após a teoria da relatividade de Einstein (LUHMANN, 2006).

A lei é sempre promessa, prospectiva. E a justiça é fórmula de contingência, para falar como Luhmann (2016), que fica na zona de criatividade. Como ideal inatingível, a desconstrução é a singularidade nas linhas das continuidades. A justiça só se revela na singularidade – a alteridade – enquanto o Direito se verifica na generalidade – a universalidade. Nessa dicotomia, reside a sua principal aporia. Na gênese das representações jurídicas, desmistificar o Direito enquanto a ordem social racional, neutra, justa, ou fundada por meios idôneos, significa demonstrar como ele contribui na construção de relações de poder dentro da sociedade. Ademais, a sua visão menos mítica permite ao jurista a interpretação mais consciente do funcionamento de instituições e institutos jurídicos e o reconhecimento do Direito como um saber local, que depende e se conecta com estruturas próprias da prática.

A supremacia de alguns conceitos, e a sua constante indiscutibilidade, fecha espaços para o desenvolvimento de experiência jurídico-cultural, e permite perceber a vertigem paradoxal do sistema jurídico que se autoproduz e se autorregula.

Uma das mentiras tradicionais da civilização é a jurídica. Como a roupa do rei, ninguém se arrisca a dizer que a roupagem é irreal. O Estado se veste de roupagens diversas, a depender do contexto social. A justiça inaugura o novo, denuncia a nudez do monarca. Ela se descontamina das circunstâncias que suportam e constituem modelos e padrões gerais.²¹ A justiça é aquilo que se endereça muito cedo para a capacidade de absorção, e, na sua atitude desconstrutivista, opera no sentido de dissecar determinados princípios ocidentais, a partir da explicitação dos seus opostos. Com a ideia da justiça, é possível negar as construções jurídicas existentes e enveredar-se rumo ao desenvolvimento de teoria nova, mais suficiente, menos discriminatória, a partir da revelação da nudez, dos seus furos e possibilidades de melhoramentos.

As normas jurídicas, convenções e valores, assim como a roupagem do rei, são construídos socialmente. Da mesma forma que com a roupa imaginária do monarca, ninguém ousa contestar o que está posto. O rei, assim como o Estado, veste-se com uma manta ilusória, artificial, na qual normas e convenções são impostas, sobre como o poder é exercido. Legitima-se o tecido invisível, que acaba por se tornar real. O que cada um verá depende do grau de enquadramento ao sistema normativo. Pode-se ratificar essa legitimação, como

²¹ Para Popper (2008, p. 44), é com a demonstração da falsidade de perspectivas mal formuladas ou infundadas que progride a verdade da ciência.

verdade absoluta, ou pode-se questioná-la.

Questionar o constitucionalismo e a democracia, enquanto suplementos contemporâneos, torna-se ainda mais difícil. A visualização da nudez é no mínimo laboriosa, já que, enquanto pretensa ausência de corpo, a inquestionabilidade se torna ainda mais áspera, dificultosa, pois se aplica tanto à manta, quanto ao próprio monarca.

O Estado, assim como o rei, institucionaliza a verdade, o mundo real. A procissão é a vida cotidiana, que não pode parar. O conceito da verdade é construído no social, que o legitima. Ninguém questiona a realidade, a não ser a justiça, que denuncia singularmente o Direito, a nudez real exige a perfectibilidade. Quando a criança denuncia a nudez, a “verdade” vem à tona. Esse movimento é a ruptura, aquilo que a justiça faz sobre o Direito, o momento no qual o próprio imperador passa a questionar as suas verdades. Entretanto, a procissão tem que continuar, o status quo da supremacia do rei não pode ser questionado, mesmo quando evidenciado o fracasso. O sistema se torna inquestionável quando não se colocam suas mitificações em dúvidas, quando se repreende o questionamento. Apontar algo diferente, desinstitucionalizar a verdade, contrariar as regras do jogo e questionar as heranças pode ser perigoso. Por isso, a criança é repreendida e o rei continua caminhando, mesmo nu. O imperador é o próprio Direito, *Gewalt*, que se interessa por conservar a si próprio, o ideal que ele representa, pois visa ao monopólio da violência (DERRIDA, 2010, p. 77-78). Algumas violências ameaçam o Direito dentro do próprio Direito. Contudo, isso não importa para ele, pois o que verdadeiramente teme é a violência instituidora, que justifica e legitima as transformações de suas relações (ibid., p. 81).

Todos os discursos revolucionários justificam o uso da violência, para materialização de um novo estado e a inauguração de um novo Direito nunca se dá sem violência. Essa força é aquilo que suspende o Direito, é a *epokhé* do não Direito, pois se dá, paradoxalmente, na ausência e na presença daquele (DERRIDA, 2010, p. 84). É enxergar a roupa do rei em sua ausência, no porvir, tocar sem tocar a veste do impossível. A partir desse momento, em que o Estado novo se institui, ele programa seu próprio discurso para ser lido de modo retroativo, para justificar a violência que ele instituiu e fazer o discurso da autolegitimação (ibid., p. 86).

Para Derrida (op. cit., p. 107-108), a degenerescência do poder democrático está na polícia. Portanto, a democracia seria a degenerescência do Direito, da violência, da autoridade e também do poder do Direito. A democracia não é digna ainda desse nome, ela não existe, está em formação, é porvir.

Como a democracia é impossível em si mesma, sendo a própria negação do Direito, essa aporia é vencida pelo suplemento substituto, que provoca o esquecimento da violência originária. Nessa *différance*, para dialogar com Derrida (op. cit., p. 110), a presença da violência é substituída por algo representado, a *différentielle*, cuja não consciência equivale à cegueira diante da nudez real. No mesmo sentido, Teubner (1999, p. 340) entende a distribuição de normas jurídicas de modo piramidal, com a constituição no topo, como uma grande ficção, pois a norma maior, legitimada pelo poder constituinte democrático, faz a ilusão que apenas mascara os paradoxos do Direito, que a globalização agora revelou.

As lutas pela emancipação são devires de singularidades, ou o devir da justiça. O mito contemporâneo do Estado Democrático de Direito omite o ato de violência fundadora, que a mitologia constitucional chama de revolução, enxergando nela o exercício do poder constituinte originário do povo. É o que move a história do Direito: violências fundadoras sendo transformadas magicamente em autoridades jurídicas, com valores no porvir, fundamentados de modo retrospectivo. Justifica-se a violência fundadora, mascarando-a. O Direito não é, assim, algo instituído para contenção da violência, mas sim o prolongamento da violência originária, que se converte em conservadora.²²

O pesquisador do Direito deve se livrar de pressupostos, questionar, colocar à prova verdades impostas. Reconhecer a temporalidade e importação de conceitos e repensá-los, adotando uma postura mais crítica. Enxergar os paradigmas jurídicos, desvendar modelos culturais e epistemológicos e demonstrar o caráter histórico e relativista do Direito.²³

Assim, é possível dizer que a fundamentação jurídica e os mitos do Direito são suplementos de sentido, são referências externas ao sistema jurídico que ocultam os seus paradoxos. Desafiar o senso comum, e as verdades universais e ortodoxas do mundo jurídico, permite perceber cada fenômeno, redefini-lo, recriá-lo, em funções de produções de sentido, com múltiplas linguagens e sentidos. Ver a nudez do rei é aceitar progressos reais, é o

²² Há distinção entre a violência fundadora, que institui e instaura o Direito, e a violência conservadora, que mantém o Direito. Haveria, também, a distinção entre violência fundadora do Direito, dita mística, e a violência destruidora do Direito, dita divina. Outra importante distinção trazida por Derrida é entre justiça, como princípio de toda colocação divina, e poder, como princípio da mística do Direito (DERRIDA, 2010).

²³ Reconhecer esses discursos dogmáticos do Direito, com relações entre significantes e significados, é a ideia que passou a se estabelecer nas ciências a partir da *linguistic turn*. Outros autores, antes mesmo da virada linguística, já questionavam os dogmas do Direito. É o caso de Juan Cruet, para quem é o caráter relativo da lei que permite a sua progressão. Essa ilegalidade, enquanto se conserva no plano da individualidade, não coloca em risco a cédula social, mas quando coletiva, indica o desacordo entre lei e sociedade. Para ele, o Direito não modula a sociedade, exprime-a, pois, desde as sociedades primitivas às sociedades modernas, o Direito mudou de forma, mas não de caráter. Enxergar de modo mais técnico as relações sociais implica em ver a concepção dogmática do Direito e da lei como uma ilusão de ótica (CRUET, 1908, p. 06 e 332).

antídoto contra discursos políticos hegemônicos e o contraveneno à validade da lei, para, em cada caso, reinventá-la, rejustificá-la, mesmo que seja na sua reafirmação. Como movimento infinito que é, inalcançável, a partir do momento em que algo se coloca como justo, há a suspensão do movimento que caracteriza a justiça. Deste fato, vem seu paradoxo, pois é na sua impossibilidade que a justiça se realiza.

De outro lado, o Direito se desconstrói pela justiça a todo momento, pois sua fundamentação é mitológica, mística: a partir de quando é revelada, na engrenagem da justiça, mostra que os estados, ao conformarem a autoridade legítima, fazem esquecer a ligação direta entre Direito e violência, vida e morte, morte e vida. Insuperável aporia do golpe duro da força das leis.

REFERÊNCIAS

ANDERSEN, Hans Christian. *A roupa nova do imperador*. São Paulo: Brinque-Book, 1997.

BORRADORI, Giovanna. *Filosofia em tempo de terror: diálogos com Jürgen Habermas e Jacques Derrida*. Tradução de Roberto Muggiati. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

CAMPBELL, Joseph. *O poder do mito*. São Paulo: Palas Athena, 2007.

CRUET, Juan. *A vida do Direito e a inutilidade das leis*. Lisboa: Bibliotheca de Philosophia Scientifica, 1908.

DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico de autoridade*. 2. ed. Tradução de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *Gramatologia*. Tradução de Miriam Schnaiderman e Renato Janini Ribeiro. São Paulo: Perspectiva, 1973.

_____. La différance. In: *Marges de la philosophie*. Paris: Éditions de Minuit, 1972. p. 1-30.

_____. *Salvo o nome*. Tradução de Nícia Adan Bonatti. Campinas: Papyrus, 1995.

_____. *A escritura e a diferença*. Tradução de Maria Beatriz Marques Nizza da Silva. São Paulo: Perspectiva, 2002.

HABERMAS, Jürgen; HÄBERLE, Peter. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. In: MERLE, J.; MOREIRA, L. (Orgs.). *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003. p. 67-82.

HESPANHA, Antonio Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. Sintra: Publicações Europa-América, 1997.

_____. Os juristas como couteiros: a ordem na Europa ocidental dos inícios da idade moderna. In: HESPANHA, Antonio Manuel. *A política perdida: ordem e governo antes da modernidade*. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. O poder, o direito e a justiça numa era de perplexidades. *Revista Administração Pública*, Macau, v. 5, n. 15, 1992.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEFORT, Claude. Permanência do teológico-político. In: *Pensando o político: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981.

LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Cidade do México: Herder, Universidad Iberoamericana, Daad e Cátedra G. A. Humboldt, 2006.

_____. *O Direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. Tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MANIN, Bernard. As metamorfoses do governo representativo. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 10, n. 29, out. 1995, p. 5-34.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973. Os pensadores.

POPPER, Karl Raimund. *A lógica da pesquisa científica*. Tradução de Leonidas Hegenberg e

Octanny Silveira da Mota. 16. ed. São Paulo: Pensamento Cultrix, 2008.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Decisão jurídica e democracia: os suplementos da argumentação jurídica. In: Sociedade, direito e decisão em Niklas Luhmann: congresso internacional em homenagem a Cláudio Souto. Recife, 2009, p. 425-442.

_____. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014.

_____. O segredo de Kelsen: resenha de um livro imaginário sobre o fim do neoconstitucionalismo no Direito brasileiro. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, [S.l.], v. 90, n. 1, p. 110-136, jun. 2018. Disponível em: <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/230674/29131>>. Acesso em: 08 ago. 2018.

SOUZA, Ana Paula Lemes de. Dignidade humana através do espelho. *Revista de Direito, arte e literatura*, [S.l.], v. 1, n. 2, p. 23-41, jul./dez. 2015. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/revistadireitoarteliteratura/article/view/72/67>>. Acesso em: 19 fev. 2019.

SOUZA, Ana Paula Lemes de; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Democracia nas cidades invisíveis: uma viagem para além da bilateralidade política. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 13, n. 1, p. 196-216, mar. 2017. ISSN 2238-0604. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1194>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

_____. O Congresso Nacional entre o “mýthos” e o “lógos”: religião e corrupção sistêmica no cenário político brasileiro. *ANAMORPHOSIS – Revista Internacional de Direito e Literatura*, Porto Alegre, v. 3, n. 2, jan. 2018, p. 465-487. ISSN 2446-8088. Disponível em: <<http://rdl.org.br/seer/index.php/anamps/article/view/313>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

TEUBNER, Gunther. Os múltiplos corpos do rei: a autodestruição da hierarquia do direito. In: *Filosofia do Direito e Direito Econômico: que diálogo?* Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 339-360.

AS POSSIBILIDADES DE AUTOCOMPOSIÇÃO REGULAMENTADAS PELA LEI Nº
13.140/2015 EM CONFLITOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL

*THE SELF-COMPOSITION POSSIBILITIES REGULATED BY LAW Nº 13.140/2015 IN
CONFLICTS OF THE FEDERAL PUBLIC ADMINISTRATION*

Fabiana Marion Spengler;¹

Helena Pacheco Wrasse.²

Resumo: O sistema jurídico é aberto, no sentido de incompleto, pois ele se modifica e pode ser aprimorado. O direito é um produto da história e da cultura que se encontra em constante evolução. Isso quer dizer que o Direito deve ser percebido como um sistema, interpretando as leis, normas e princípios de maneira conjunta, sistematicamente. Nesse sentido, foi publicada a Lei nº 13.140/2015, também conhecida como o marco legal da mediação, por meio da qual se objetiva um tratamento diferenciado ao conflito envolvendo entes públicos e particulares. Assim, pretende-se investigar qual o tratamento conferido pela legislação (Lei nº 13.140/2015) aos conflitos envolvendo a Administração Pública federal, a partir dos princípios jurídicos que fundamentam o sistema brasileiro. Questiona-se acerca dos limites de utilização da autocomposição em conflitos envolvendo a Administração Pública. Para tanto, a estrutura do artigo se apresenta em três seções: inicialmente, abordar-se-ão alguns princípios constitucionais que permeiam o sistema administrativo e tributário nacional para, em seguida, comentar os dispositivos legais específicos que abordam a temática proposta e, por fim, analisar os dados relativos a acordos na Justiça Federal e como o perfil dessa demanda interfere nas possibilidades do seu tratamento. Com a finalidade de cumprir o objetivo proposto, utilizar-se-á o método dedutivo, o de procedimento monográfico e a técnica de pesquisa da documentação indireta.

¹ Pós-doutora em Direito pela Università degli Studi di Roma Tre, em Roma, na Itália, com bolsa CNPq (PDE). Doutora em Direito pelo programa de Pós-Graduação stricto sensu da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS – RS, com bolsa Capes, mestre em Desenvolvimento Regional, com concentração na área Político Institucional da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC – RS, docente dos cursos de Graduação e Pós Graduação lato e stricto sensu da UNISC e da UNIJUÍ, Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos” vinculado ao CNPq, coordenadora do Projeto de Pesquisa “Entre a jurisdição e a mediação: o papel político/sociológico do terceiro no tratamento dos conflitos” coordenado pela autora e financiado pelo CNPq, chamada 43/2013 - Ciências Humanas, Sociais e Sociais Aplicadas, nº do processo 408582/2013; pesquisadora do projeto “Multidoor courthouse system – avaliação e implementação do sistema de múltiplas portas (multiportas) como instrumento para uma prestação jurisdicional de qualidade, célere e eficaz” financiado pelo CNJ e pela CAPES; coordenadora e mediadora judicial do projeto de extensão: “A crise da jurisdição e a cultura da paz: a mediação como meio democrático, autônomo e consensuado de tratar conflitos” financiado pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC; e-mail: fabiana@unisc.br

² Helena Pacheco Wrasse. Advogada. Bacharela em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Endereço: Rua Boa Esperança, 879, Bairro Universitário, CEP nº 96.815- 630. Santa Cruz do Sul/RS. Telefone nº (51)37171242. E-mail: hpelenapacheco@gmail.com.

Artigo recebido em 13/01/2017 e aprovado para publicação em 17/05/2019.

Palavras-chave: Autocomposição. Administração Pública. Conflitos. Interesse público. Princípios.

Abstract: The legal system is open, in the sense of incomplete, because it changes and can improve. Law is a product of history and culture and is constantly evolving. This means that one must perceive the Law as a system, interpreting the laws, norms and principles together, considering it systematically. In this sense, the Law 13.140/2015, also known as the legal framework for mediation, was published, that proposes a different treatment for the conflicts involving public and private entities. Thus, it is intended to investigate the treatment conferred by the legislation (Law 13.140/2015) on conflicts involving the federal Public Administration based on the legal principles that underlie the Brazilian system. It is questioned about the limits of the self-composition in conflicts involving the public administration. In order to do so, the structure of the article is presented in three sections: initially, some constitutional principles that permeate the national administrative and tax system are discussed and then the specific legal provisions that address the proposed theme are also analyzed, and finally, examine the data related to agreements in Federal Court and how the profile of this demand interferes in the possibilities of its treatment. In order to fulfill the proposed objective, the deductive method, the monographic procedure and the indirect documentation research technique are used.

Keywords: Self-composition. Public Administration. Conflicts. Public interest. Principles.

1 INTRODUÇÃO

O sistema jurídico é aberto, no sentido de incompleto, pois ele se modifica e pode ser aprimorado. O Direito é um produto da História e da cultura e se encontra em constante evolução. Isso quer dizer que se deve perceber o Direito como um sistema, interpretando as leis, normas e princípios de maneira conjunta, considerando-o sistematicamente. O direito acaba sendo instrumentalizado nesse sistema ordenado de normas e princípios que busca garantir a segurança e a preservação social por meio da regulação dos conflitos. Assim, tem-se a pretensão de proteger a liberdade individual e ao mesmo tempo o interesse coletivo, tendendo a um equilíbrio entre ambas as esferas (GRAU, 2011).

No sentido de aprimorar o sistema jurídico brasileiro, foi publicada a Lei nº 13.140/2015, também conhecida como o marco legal da mediação, por meio da qual se objetiva um tratamento diferenciado ao conflito envolvendo entes públicos e particulares. Essa lei é decorrente de um cenário crítico do Poder Judiciário que, enquanto detentor do monopólio jurisdicional, tem apresentado dificuldades em responder adequadamente aos conflitos e anseios sociais.

Nota-se que há uma crescente judicialização das controvérsias, o que leva a crer que as pessoas cada vez menos possuem competência na administração de seus conflitos, ou seja, uma incapacidade de resolver seus problemas (SPENGLER, 2016). Por isso, é de extrema relevância o debate em questão, pois a administração de conflitos é questão de interesse social. Ademais, refere-se que grande parte da demanda acumulada no Poder Judiciário é oriunda do próprio ente estatal, pessoa jurídica de direito público, que também apresenta muitas dificuldades na resolução dos seus conflitos. De acordo com dados do CNJ, o Estado é o maior litigante da Justiça.

Nesses moldes, pretende-se investigar qual o tratamento conferido pela legislação (Lei nº 13.140/2015) aos conflitos envolvendo a Administração Pública federal, a partir dos princípios jurídicos que fundamentam o sistema brasileiro. Questiona-se: quais os limites de utilização da autocomposição em conflitos envolvendo a Administração Pública?

Assim, na perspectiva de atender ao objetivo e ao problema elucidados, a estrutura do artigo se apresenta em três seções: inicialmente, abordar-se-ão alguns princípios constitucionais que permeiam o sistema administrativo e tributário nacional para, em seguida, comentar os dispositivos legais específicos que abordam a temática proposta (artigos 35 ao 40 da Lei nº 13.140/2015) e, por fim, analisar os dados relativos a acordos na Justiça Federal e como o perfil dessa demanda (envolvendo entes públicos) interfere nas possibilidades do seu tratamento.

Com a finalidade de cumprir o objetivo proposto, utilizar-se-á o método dedutivo, partindo-se de conceitos gerais básicos para o desenvolvimento do trabalho – como o tratamento legislativo conferido aos conflitos envolvendo a Administração Pública federal, para se atingir um fim (particularidade), que seria o tratamento do conflito em si (o caso concreto). Ou seja, parte-se de uma ideia geral para o particular. O método de procedimento será o monográfico e a técnica de pesquisa empregada será a da documentação indireta (por meio de livros, artigos científicos – pesquisa documental e bibliográfica) (LEAL, 2009).

2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE DIREITO ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO

O Estado existe não como um fim em si mesmo, mas como um instrumento condicionado ao atendimento das finalidades sociais e do bem comum. Trata-se como dever estatal a atitude de proporcionar as condições que tornem viáveis o bem-estar das pessoas.

Uma das características essenciais do Estado é a detenção do poder de regulamentação das relações sociais, como o poder de tributar, uma das manifestações do chamado poder de império estatal. “Grande parte da doutrina entende que o poder é um elemento essencial ou uma característica própria do Estado. Por ser uma sociedade, o Estado não pode existir sem um poder controlador, o qual exerce sua soberania sobre os cidadãos que o compõem” (CASTILHO, 2002, p. 23). Destaca-se, contudo, que não existe Estado além da vontade coletiva dos cidadãos que o criaram e o constituíram juridicamente, portanto, o que for além disso pode ser considerado arbitrário.³

O Direito, como um ordenamento de relações sociais, torna relevante a questão da dicotomia público e privado, pois as relações sociais se dão em duas ordens: entre iguais e entre desiguais. O Estado, não interessa se total ou parcialmente, é caracterizado por relações de subordinação entre a Administração e os administrados, entre aquele que detém o poder e o seu destinatário que deve obediência – são relações pautadas pela desigualdade. Essa dicotomia também se traduz na lei e no contrato, enquanto a lei é uma norma abstrata dotada de coerção, o contrato é um instrumento permeado de concessões recíprocas. Outra modalidade dessa relação díspar ocorre por meio da ideia de justiça comutativa e distributiva. A primeira invoca uma justa troca, um preço proporcional, ao passo que a segunda inspira a questão autoritária pública no tangente à distribuição de honras ou obrigações (BOBBIO, 2005).

Constata-se uma diferença de poder entre o Estado e o cidadão. Tal divergência é refletida nos princípios que compõem o ordenamento administrativo e tributário que, enquanto disciplinas tipicamente de Direito público têm esse condão gestacional sobre a convivência em sociedade. Por outro lado, entende-se que são a partir dessas regras que a vida social é viabilizada e o seu cumprimento é essencial.

O pagamento de tributos, por exemplo, é um dever fundamental dos integrantes de uma sociedade,⁴ pois é a partir da arrecadação e de um planejamento adequado que são pensadas e executadas as políticas sociais (PAULSEN, 2012). Esse dever fundamental está vinculado com a ideia de solidariedade (BUFFON, 2009), consagrada na Constituição Federal (CF/88): “Art. 3º – Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária [...]”.

³ A arbitrariedade significa o abuso de poder por parte do gestor público, prática vedada no ordenamento jurídico brasileiro.

⁴ Nesse sentido, recomenda-se a leitura de Tipke e Yamashita (2002).

A solidariedade no campo fiscal está estreitamente relacionada com o fenômeno da extrafiscalidade. A solidariedade às vezes fundamenta uma minoração tributária, e outras vezes fundamenta um agravamento tributário, sem que o propósito visado seja a grandeza da arrecadação gerada pela exação tributária. (GODOI, 2005, p. 163).

A extrafiscalidade é um tema relevante, especialmente com o advento do Estado Social em substituição ao Estado Liberal após o período da 2ª Guerra Mundial. De modo que o Estado passa a assumir maiores atribuições por força das carências e necessidades da sociedade e, além disso, passa a socorrer-se de uma série de instrumentos políticos, econômicos e legais para cumprir com tais encargos. O uso extrafiscal do tributo se demonstra pelo alcance de fins não meramente arrecadatórios, mediante o exercício das competências tributárias – poder de criar e de alterar tributos – conferidos pela CF/88 às pessoas políticas – União, estados, Distrito Federal e municípios. Busca-se, dessa forma, atender ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Sendo a extrafiscalidade resultado do Estado Social, objetivando a criação de condições para que o Poder Público tenha facilitada sua tarefa de preservar valores de extrema importância social (BERTI, 2003).

O caráter atrelado a cada tributo, fiscal ou extrafiscal, é examinado em razão da sua finalidade, assume natureza fiscal quando for motivado pela arrecadação que gera e é julgado como extrafiscal, se o seu fim orientou para a adoção de determinadas condutas, incentivando ou desestimulando comportamentos em matéria econômica, social e política. De tal modo que o tributo utilizado como instrumento fiscal se justifica em face da necessidade de abastecimento dos cofres públicos, enquanto assume uma conotação extrafiscal, caso seja utilizado como instrumento orientador de condutas do cidadão, buscando a redução de desigualdades, à promoção do desenvolvimento e à manutenção das liberdades (CANAZARO, 2015). Pode-se dividir a extrafiscalidade em dois tipos, uma que reprime condutas (quando o Estado pretende desestimular algum comportamento) e a favorecedora, que é usada como meio de induzir alguma prática social, privilegiando o comportamento desejado (RODRIGUES; LANGARO, 2012).

Coloca-se em pauta a questão da justiça⁵ fiscal como um valor supremo, orientado por princípios, mas que não faz bastar apenas a existência do ponto de vista formal, devendo ser materializada. Pondera-se que a justiça é um conceito de difícil definição e que não existe uma uniformidade quanto ao seu significado, por isso apresentam-se os princípios como guias de atuação para uma ordem material pautada no ideal de justiça (TIPKE; YAMASHITA, 2002).

Conforme já mencionado, são distribuídas competências com a intenção de organizar a tributação – ponto central do federalismo –, as unidades federadas possuem suas competências nos termos definidos pela CF/88, reconhecendo também competências comuns (BERCOVICI, 2004). Entretanto, o poder de tributar, bem como o poder de atuação da Administração Pública, de forma geral, encontra limitações tanto na lei, quanto nos princípios que regem o ordenamento.

No Direito Administrativo, dois são os princípios que alicerçam as relações entre os entes públicos e privados: o princípio da indisponibilidade do interesse público e da supremacia do interesse público sobre o privado, pois são essenciais na construção dos demais princípios do ordenamento. A CF/88 trouxe, no art. 37, *caput*, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade administrativa, publicidade e eficiência (DI PIETRO, 2016).

A legalidade é encarada como uma das garantias de preservação dos direitos individuais, pois a lei que os estabelece acaba delimitando a atuação da Administração em benefício da coletividade. A vontade da Administração Pública encontra seus contornos dentro daquilo que a lei permite fazer ou não. Enquanto no âmbito das relações privadas, as pessoas podem fazer aquilo que não é proibido por lei (*ibid.*).

Ao formular e executar uma lei, deve-se considerar o princípio da supremacia do interesse público. Esse princípio inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa na sua atuação, provoca o ente público a ponderar o interesse que se pretende proteger – normas que observem a coletividade e seu bem-estar. Todavia, não se trata de um pressuposto absoluto, devendo-se analisar se a norma de interesse coletivo beneficiará a sociedade de modo mais amplo do que a norma privada. Nesse sentido, explica-se que as normas nem sempre possuem uma segmentação clara, como por exemplo o direito de família ser Direito

⁵ Faz-se uma distinção entre justiça e Justiça, em que no primeiro caso se refere ao acesso a uma resposta qualificada, enquanto no segundo se refere ao Poder Judiciário.

privado que por consequência atinge a esfera pública, assim como a segurança é um interesse coletivo que atinge a vida privada. Verifica-se uma linha tênue entre o interesse coletivo e o individual, devendo-se considerar as situações isoladas e tentar dimensionar o seu impacto social (DI PIETRO, 2016).

Conectado aos princípios supramencionados, está a indisponibilidade do interesse público, que significa a não disponibilidade dos interesses públicos que foram confiados às pessoas que compõem a Administração Pública (ibid.).

A impessoalidade é um princípio do qual decorre uma dupla possibilidade de interpretação, podendo ser analisada a partir de diferentes pontos de vista – um em relação aos administrados e outro em relação à própria Administração. Na primeira hipótese, tendo em vista a finalidade pública, não é adequado um comportamento por meio do qual se objetive o prejuízo ou privilégio de outrem, ideia muito próxima da isonomia, devendo a Administração tratar os casos parecidos da mesma forma, sem fazer distinção entre os particulares⁶. Já no segundo caso, imputam-se os atos administrativos ao órgão ou entidade e não ao funcionário que os executou (ibid.).

A moralidade administrativa por muitos autores não é considerada um princípio autônomo, defendem que se trata de uma disciplina que se desenvolveu no decurso do tempo e que atualmente pode ser resumida como um comportamento inserido na matéria administrativa, ainda que, de acordo com a lei, ofenda a moral, os bons costumes, a boa administração, a justiça e a equidade. Destaca-se também a publicidade, traduzida pela ampla divulgação das ações da Administração, salvo hipóteses de sigilo previstas em lei. Este princípio ganha força com a edição da Lei nº 12.527/2011, pois esta materializa os preceitos constitucionais estabelecidos no artigo 5º, XXXIII da CF/88 (SILVA, 2017). E a eficiência, que seria o modo de atuação do agente público – do qual se espera o melhor desempenho possível – e de organização e estruturação da Administração, visando a obtenção dos melhores resultados (máximo aproveitamento com o mínimo de custos) (DI PIETRO, op. cit.).

Enquanto no Direito Tributário, além de alguns conceitos já elucidados, pode-se falar em princípios constitucionais como a anterioridade da lei tributária, que não deixa de estar relacionado à questão da legalidade, bem como a impessoalidade e isonomia (que são princípios conexos). Nesses termos a CF/88 estabelece que

⁶ Para a interpretação da impessoalidade, é importante considerar o princípio da igualdade material em que cada um é tratado de acordo com as suas características próprias. Tratam-se os iguais como iguais e os desiguais como desiguais.

art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

II – instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos [...].

Nota-se que os princípios são complementares, coexistem harmonicamente no ordenamento e auxiliam na compreensão da esfera pública e privada. Todavia, além dos princípios constitucionais, existe uma gama de leis infraconstitucionais dentro da estrutura e organização administrativa e tributária brasileira. Essas legislações específicas também são fundamentais para a compreensão dessas matérias e estão pautadas nos ideários constitucionais. Percebe-se um movimento de constitucionalização do Direito, associada ao efeito expansivo conferido às normas constitucionais, cujo conteúdo irradia no sistema jurídico.

Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do Direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente na sua relação com os particulares (BARROSO, 2013, p. 202-203).

Nessas condições, o Poder Legislativo tem sua liberdade limitada quando da elaboração de leis, bem como tem o dever de atuação dentro da realização de direitos e programas constitucionais. O Executivo também possui deveres de atuação e limites impostos à sua discricionariedade, além da necessidade de fundamentar seus atos, independentemente do que for interposto pelo legislador ordinário. E, quanto ao Judiciário, além do exercício do controle de constitucionalidade, está condicionado a interpretar a legislação. Os particulares, por sua vez, também sofrem limitações na sua autonomia de vontade, pois estão subordinados aos valores constitucionais e ao respeito aos direitos fundamentais (ibid.).

Apesar de os princípios orientarem o caminho de um ordenamento que atenda as finalidades para as quais se destina o Estado, vive-se uma prática dissociada da teoria. Isso pode ser percebido no momento em que se tem como maior litigante do sistema jurídico o próprio Estado. Ou seja, o ente público é o “maior cliente” do Poder Judiciário. Tais informações podem ser facilmente acessadas no relatório sobre os “100 maiores litigantes da

Justiça”⁷ elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ocupando a primeira posição está o Instituto Nacional de Previdência Social (INSS). Além disso, o setor público federal é responsável por 83,19% das ações tramitando na Justiça Federal. Esses indicadores representam uma necessidade de mudanças na forma de agir, no sentido de um sistema jurídico que consiga apresentar respostas ou alternativas adequadas à sociedade. Caso contrário, o cenário de desestabilidade pelo qual passa o Estado⁸ e, em especial, o Poder Judiciário será agravado.

3 AS POSSIBILIDADES AUTOCOMPOSITIVAS EM CONFLITOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL

A Lei nº 13.140/2015 dispõe sobre a autocomposição de conflitos entre particulares e no âmbito da Administração Pública. Explica-se a autocomposição como uma modalidade pacífica de solução das controvérsias, por meio da qual as partes, de forma autônoma, colocam um fim à disputa. Podem-se citar três formas distintas disso acontecer: a) a desistência: o autor abdicaria do seu pleito em favor do pretense adversário; b) a submissão, que seria a admissão do pleito pela parte contrária; e c) a transação, na qual, mediante concessões recíprocas se chega a um acordo, finalizando o conflito (RODRIGUES JÚNIOR, 2007).

Calmon (2015), por sua vez, classifica a autocomposição em unilateral e bilateral. No primeiro caso, entende-se que a atitude altruísta partiu de apenas um dos lados, enquanto na bilateral, ocorre um esforço de ambos. Nesses termos, a transação unilateral pode ser caracterizada pela renúncia – abandono do pleito em favor do outro, ou pela submissão – quando o atacado cede sua resistência. Já a bilateral é caracterizada pelo uso da transação, caso em que ambos os envolvidos abrem mão parcialmente.

A transação no Direito Tributário está legitimada no art. 171 do Código Tributário Nacional (CTN):

A lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação de litígio e consequente extinção de crédito tributário.

⁷ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisasjudiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf>.

⁸ O Estado, de forma geral, apresenta dificuldades na prestação dos serviços públicos. A crise do Poder Judiciário é um exemplo de desestabilidade na prestação adequada desses serviços.

Parágrafo único. A lei indicará a autoridade competente para autorizar a transação em cada caso.

Nota-se que a lei indicará os termos pelos quais a transação poderá acontecer, bem como a autoridade competente. Assim, observando o princípio da legalidade combinado com a anterioridade da lei tributária serão estabelecidos parâmetros transacionais, que respeitem a isonomia e a impessoalidade. Combinando os princípios administrativos e tributários será viabilizada a transação por adesão⁹ tratada na “Seção II – Dos Conflitos Envolvendo a Administração Pública Federal Direta, suas Autarquias e Fundações”, da Lei nº 13.140/2015.

A lei regulamenta de forma específica os conflitos que envolvam ao menos um ente público federal, por meio de quatro categorias: a) conflitos entre a Administração Pública federal e particulares que poderão ser objeto da chamada “transação por adesão”; b) controvérsias entre dois entes federais ou entre um ente federal e outro ente da Administração; c) as questões de ordem tributária; e d) conflitos judicializados entre componentes da Administração federal (SOUZA, 2015).

O artigo 35 da Lei nº 13.140/2015 prevê que as “controvérsias jurídicas que envolvam a Administração Pública federal direta, suas autarquias e fundações poderão ser objeto de transação por adesão”, com fundamento na “autorização do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores” ou com base em “parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República”. Tratam-se dos conflitos repetitivos que consistam em questões de direito, sendo traçadas condições para a proposição de acordos a partir da pacificação da jurisprudência dos tribunais superiores, viabilizando transações em massa. Todavia, perde-se um contato mais próximo do administrado, pois inexistente o diálogo e a negociação nesses casos (ibid.).

Os requisitos e condições para essa modalidade de transação serão definidos em resolução administrativa própria e, ao ser feito o pedido de adesão, o interessado deverá juntar provas que demonstrem o atendimento aos requisitos e às condições definidas na resolução administrativa. Essa resolução possui efeitos gerais e será aplicada aos casos idênticos que forem tempestivamente habilitados, ainda que solucione parcialmente a controvérsia. A adesão caracteriza renúncia do interessado ao direito sobre o qual se

⁹ Serão realizadas concessões legais por parte da Administração Pública, sendo facultado ao particular a adesão ou não aos termos pré-definidos. Não se observa a possibilidade de negociação nesses casos, apenas de uma concessão inicial e parcial – pré-estipulada pelo ente público.

fundamenta a ação ou o recurso, ainda que pendentes, de natureza administrativa ou judicial, no que diga respeito aos pontos compreendidos pelo objeto da resolução administrativa.

Caso o interessado seja parte em processo judicial introduzido por ação coletiva, a renúncia será expressa e direcionada ao juiz da causa. A formalização de resolução administrativa preserva os direitos tangentes à prescrição, interrupção ou suspensão, por serem indisponíveis.

A Lei também estabelece, no artigo 36, a possibilidade de composição extrajudicial em situações que envolvam órgãos ou entidades de Direito público que integram a Administração Pública federal. A responsabilidade dessa composição é da Advocacia-Geral da União, desde que observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União. No caso de não haver a possibilidade de acordo, caberá ao Advogado-Geral da União dirimir a lide, com base na legislação afeta.

No parágrafo segundo, do artigo 36, está previsto que em casos cuja resolução da

controvérsia implicar o reconhecimento da existência de créditos da União, de suas autarquias e fundações em face de pessoas jurídicas de direito público federais, a Advocacia-Geral da União poderá solicitar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão a adequação orçamentária para quitação das dívidas reconhecidas como legítimas.

A composição extrajudicial de conflitos não inibe a responsabilização do agente público que deu causa à dívida, sempre que verificada que a sua ação ou omissão constitui, em tese, infração disciplinar. Estando a matéria objeto do litígio em discussão em ação de improbidade administrativa ou sobre ela já tenha decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o *caput* do artigo 36¹⁰ dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do ministro relator.

A “inovação” nesse artigo 36 fica por conta dos parágrafos 2º. a 4º., que preveem: a) a participação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão quando houver o reconhecimento de créditos de um ente federal em face de outro; b) a responsabilidade disciplinar de servidor público que tiver dado causa à dívida; c) a necessidade de anuência do juiz da causa, em caso de ação de improbidade (como

¹⁰ Nesse dispositivo a lei menciona a expressão “conciliação”, enquanto no artigo que inaugura a seção se comenta acerca da transação por adesão e no *caput* a que se refere esse parágrafo está escrito “composição extrajudicial” (gênero do qual a conciliação extrajudicial é espécie). Nota-se que existem inconsistências no tratamento legislativo com relação aos métodos definidos como autocompositivos, pois, por vezes, trata institutos diferentes como sinônimos. Ademais, a conciliação pressupõe a presença de um terceiro imparcial, o que não parece ocorrer quando se estipula uma conciliação em que o conciliador e as partes compõem a mesma organização – Administração Pública federal.

se não fosse suficiente prever a necessidade de homologação – pretende-se transformar o juiz em parte na negociação) ou do Ministro Relator, quando a matéria estiver em curso no Tribunal de Contas da União. Vale notar que todos estes parágrafos poderiam muito bem ser objeto de norma regulamentar, pois trazem detalhes que nada agregam ao conteúdo que seria de se esperar desse capítulo (SOUZA, 2015, p. 314).

O artigo 37 estabelece como faculdade dos estados, Distrito Federal e municípios suas autarquias e fundações públicas, bem como às empresas públicas e sociedades de economia mista federais, a submissão dos seus litígios com órgãos ou entidades da Administração Pública federal à Advocacia-Geral da União, na tentativa de composição extrajudicial do conflito.

A partir da análise do artigo 37, soa estranho que as demais entidades federadas submetam seus conflitos com o ente federal à Advocacia-Geral da União. Além do desrespeito ao princípio constitucional federativo, a norma parece de pouca utilidade, pois é improvável que estados, Distrito Federal e municípios desejem à ela se submeter. Teria sido melhor a previsão de criação de um órgão com tal incumbência no qual houvesse a participação dos entes federados, por meio das suas Procuradorias estaduais e municipais. Enquanto essa “entidade mista” não existir, o que se tem nessa categoria conflitiva é esse espaço de negociação federal. Não obstante a participação das unidades federadas seja facultativa, não parece um modelo adequado para um Estado federativo, como o brasileiro (SOUZA, 2015).

Destaca-se que as previsões dos artigos 36 e 37 já eram praticadas no “âmbito da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Advocacia-Geral da União, criada por ato regulamentar do Advogado-Geral da União em fevereiro de 2007”,¹¹ mas que agora ganharam força legislativa (ibid., p. 313). Ademais, cumpre referir que a Câmara de Conciliação mencionada já foi alvo de questionamento do Ministério Público Federal (MPF) no que tange a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), acerca da obrigação de se ouvir as comunidades tradicionais (no caso brasileiro, principalmente, as comunidades indígenas e/ou quilombolas). Ainda, foram cometidos equívocos quanto à tentativa de tratamento de conflitos coletivos, o que implicou em resultados que afetaram

¹¹ Ato Regimental AGU nº 05, de 27 de setembro de 2007. Aqui, aproveita-se para questionar novamente a imparcialidade do conciliador (possivelmente membro da Administração Pública federal) na atuação em conflitos envolvendo a União e outro ente federado – estado, Distrito Federal e/ou município.

setores da comunidade e grandes empresas que sequer tinham participado das negociações (SOUZA, 2015).

Nas controvérsias envolvendo tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil ou a créditos inscritos em dívida ativa da União, não serão aplicadas as disposições constantes nos incisos II e III do caput do artigo 32. Isso quer dizer que tais conflitos não poderão ser objeto de tratamento nas câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos no âmbito dos órgãos da Advocacia Pública, seja entre órgãos ou entidades da própria Administração ou entre particulares e pessoa jurídica de Direito público (disposições contidas no artigo 38). “Supõe-se que o assunto será tratado em legislação própria, já que em 2009 a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional elaborou projeto de lei sobre transação tributária,¹² que foi apresentado pela Presidência da República à Câmara dos Deputados” (ibid., p. 314).

A faculdade prevista no artigo 37 não abrange empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços em regime de concorrência.

Quando forem entidades de Direito público que integram a Administração Pública federal: “a) a submissão do conflito à composição extrajudicial pela Advocacia-Geral da União implica renúncia do direito de recorrer ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais”, bem como “b) a redução ou o cancelamento do crédito dependerá de manifestação conjunta do Advogado-Geral da União e do Ministro de Estado da Fazenda”.

O parágrafo único do artigo 37 dispõe que tal redação, não afasta a “competência do Advogado-Geral da União prevista nos incisos VI, X e XI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, e na Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997”.

Quanto à “propositura de ação judicial em que figurem concomitantemente nos polos ativo e passivo órgãos ou entidades de direito público que integrem a Administração Pública federal”, far-se-á necessária a prévia autorização do Advogado-Geral da União (artigo 39). Por fim, o artigo 40 alude que os

servidores e empregados públicos que participarem do processo de composição extrajudicial do conflito, somente poderão ser responsabilizados civil, administrativa ou criminalmente quando, mediante dolo ou fraude, receberem qualquer vantagem

¹² Projeto de Lei nº 5.082/2009 – dispõe sobre transação tributária, nas hipóteses que especifica e altera a legislação tributária e dá outras providências.

patrimonial indevida, permitirem ou facilitarem sua recepção por terceiro, ou para tal concorrerem.

Apesar de algumas falhas técnicas, as quais devem ser analisadas criticamente, é elogiosa a intenção de uma postura autocompositiva para o tratamento de conflitos envolvendo a Administração Pública. De forma que é essencial a discussão acerca dos métodos autocompositivos, seja para incentivar o seu uso ou para o seu aperfeiçoamento enquanto regra jurídica.

4 LIMITES E DESAFIOS DOS CONFLITOS ENVOLVENDO ENTES PÚBLICOS

O CNJ elabora anualmente o Relatório Justiça em Números, que esse ano passou a informar o índice de conciliação nas esferas estadual, federal, trabalhista, eleitoral e tribunais superiores. Esses dados são resultado do percentual de sentenças e decisões homologatórias de acordos. Em média, apenas 3,4% das sentenças e decisões foram homologatórias de acordo. Os baixos índices¹³ de conciliação percebidos na Justiça Federal são atribuídos ao perfil das demandas que prevalecem nesse ramo do Judiciário. Aponta-se que dos 10 assuntos mais recorrentes, 9 têm por objeto matérias de Direito Previdenciário, Tributário ou Administrativo, o que significa que o poder público está em um dos polos da relação jurídica processual, o que, teoricamente, impõe entraves à celebração de acordos em razão da disseminação da ideia de indisponibilidade do interesse público pelo particular.

¹³ Índice geral da Justiça do Trabalho: 25,3%; e da Justiça Estadual: 9,4%.

Gráfico 6.92 – Assuntos mais demandados na Justiça Federal

1. DIREITO PREVIDENCIÁRIO - Benefícios em Espécie/Auxílio - Doença Previdenciária	576.618 (11,44%)
2. DIREITO TRIBUTÁRIO - Dívida Ativa	406.485 (8,06%)
3. DIREITO PREVIDENCIÁRIO - Benefícios em Espécie/Aposentadoria por Invalidez	316.032 (6,27%)
4. DIREITO ADMIN. E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Organização Político-administrativa/Administração Pública/FGTS/Fundo de Garantia por Tempo de Serviço	221.955 (4,40%)
5. DIREITO PREVIDENCIÁRIO - Benefícios em Espécie/Benefício Assistencial (Art. 203, V CF/88)	189.901 (3,77%)
6. DIREITO PREVIDENCIÁRIO - Benefícios em Espécie/Aposentadoria por Idade (Art. 48/51)	177.164 (3,51%)
7. DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições/Contribuições Sociais	150.904 (2,99%)
8. DIREITO PREVIDENCIÁRIO - Benefícios em Espécie/Aposentadoria por Tempo de Contribuição (Art. 55/6)	135.296 (2,68%)
9. DIREITO CIVIL - Obrigações/Espécies de Contratos	131.574 (2,61%)
10. DIREITO PREVIDENCIÁRIO - RMI – Renda Mensal Inicial, Reajustes e Revisões Específicas/RMI – Renda Mensal Inicial	114.704 (2,27%)
11. DIREITO PREVIDENCIÁRIO - Benefícios em Espécie/Pensão por Morte (Art. 74/9)	110.052 (2,18%)
12. DIREITO PREVIDENCIÁRIO - Pedidos Genéricos Relativos aos Benefícios em Espécie/Concessão	109.646 (2,17%)
13. DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos/IRPF/Imposto de Renda de Pessoa Física	99.626 (1,98%)
14. DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições/Contribuições Corporativas	95.538 (1,89%)
15. DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições/Contribuições Previdenciárias	89.469 (1,77%)
16. DIREITO ADMIN. E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Servidor Público Civil/Sistema Remuneratório e Benefícios	83.970 (1,67%)
17. DIREITO PREVIDENCIÁRIO - Benefícios em Espécie/Aposentadoria Especial (Art. 57/8)	79.564 (1,58%)
18. DIREITO ADMIN. E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Dívida Ativa não-tributária/Multas e demais Sanções	79.061 (1,57%)
19. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO - Objetos de cartas precatórias/de ordem	78.807 (1,56%)
20. DIREITO PREVIDENCIÁRIO - RMI – Renda Mensal Inicial, Reajustes e Revisões Específicas/Reajustes e Revisões Específicos	74.760 (1,48%)

Fonte: Relatório Justiça em Números de 2016 (ano base 2015), p. 258. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

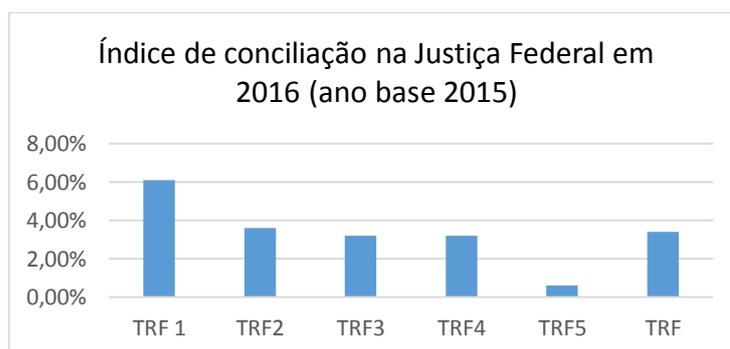
Nesse sentido, cumpre avaliar o que se entende por indisponibilidade do interesse público, pois, não seria a formalização de acordos em prol do bem-estar social uma forma de concretizar o interesse público? Tal indagação merece ser pensada, visto que além de uma possível redução de gastos, por meio desse formato de tratamento de demandas sociais é facilitada a maior proximidade entre poder público e particular.¹⁴

No relatório é salientada a possibilidade de um aumento nesses números em decorrência da entrada em vigor em março de 2016 do (novo) Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), que prevê a realização de uma audiência prévia de conciliação e mediação como etapa obrigatória, anterior à formação da lide, como regra geral para todos os processos cíveis. As únicas exceções, a teor do artigo 334, seriam os casos nos quais a petição inicial não preenche os seus requisitos essenciais ou nos processos em que seja possível decidir, desde logo, pela improcedência liminar do pedido. Além do Código de Processo Civil, cumpre destacar a Lei nº 13.140/2015 que, conforme apreciação realizada na seção anterior, também é um instrumento incentivador da composição na Justiça Federal.

¹⁴ Recomenda-se a leitura de Santos (2014).

Existe a possibilidade de um aumento no número de acordos sim, mas para que seja possível a transação nos casos em que uma parte seja pessoa jurídica de Direito público é necessária uma legislação que autorize os termos do acordo.¹⁵ Por exemplo, uma lei que permita o pagamento, por parte da Administração, em acidentes causados por servidores públicos em veículos estacionados regularmente na via pública. Então, o que se percebe é que ainda que tenha um dispositivo legal que encoraje um encontro para a possibilidade de um diálogo que resulte em acordo, existe a necessidade de uma lei específica que autorize essa negociação (ou nos casos da Administração Pública federal – a resolução administrativa para os casos regulados pela Lei nº 13.140/2015). Caso contrário, resta inviabilizada qualquer proposta.

Com relação aos números de acordos, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região apresentou o maior percentual de conciliação da Justiça Federal: 6,1%. Ao contrário, na 5ª Região, está o menor índice, com apenas 0,6%.



Fonte: Relatório Justiça em Números do CNJ.

Relevante esclarecer que a análise quantitativa de demandas é importante, contudo não é apenas por meio de uma compilação de números que se mede o atendimento adequado das demandas. Faz-se necessária uma ponderação acerca da qualidade dos serviços, se eles estão atendendo aos seus propósitos e objetivos, além do grau de satisfação da população.¹⁶

Com relação à possibilidade de ferir algum dos princípios abordados na primeira parte do texto, tem-se que a Lei nº 13.140/2015, na sua parte geral estabelece que: “Art. 3º – Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos

¹⁵ Nesse sentido também, salienta-se a questão da previsão orçamentária.

¹⁶ Isso poderia ser feito por meio de pesquisas com os envolvidos nos conflitos e que realizaram alguma espécie de acordo com a Administração Pública. No âmbito dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) as pesquisas são incentivadas.

indisponíveis que admitam transação”. Sendo que é possível transacionar sobre todo o conflito ou apenas parte dele. E, em casos envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve haver a homologação em juízo, com oitiva do Ministério Público. Esse artigo da Lei seria destinado à mediação entre particulares, mas é interessante a partir dele verificar as possibilidades da Administração Pública no que toca a indisponibilidade do interesse público, haja vista alguns conflitos, ainda que envolvam o ente público, serem passíveis de acordo. Citam-se os direitos patrimoniais disponíveis, conforme referência da Lei nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem).

Ainda que existam algumas lacunas (tanto na legislação, quanto na aplicação prática dos métodos de autocomposição de conflitos) que merecem maior atenção, vislumbra-se a possibilidade de aplicação de técnicas autocompositivas em conflitos envolvendo a Administração Pública em geral. O que deve ser levado em conta, ao pensar nos princípios jurídicos que integram o ordenamento de Direito público, é uma outra possibilidade e limitação ao interpretá-los, partindo de uma visão consensual, mas que preserve a essência da esfera pública, qual seja, o ideal do bem-estar social em uma ótica de sustentabilidade das relações.

5 CONCLUSÃO

Entende-se necessária uma resposta adequada aos conflitos envolvendo a Administração Pública, pois não é apenas o fato de o número de processos com essa característica ser elevado, deve-se levar em consideração o relacionamento com o cidadão e uma prestação de serviços públicos com qualidade. Entretanto, importante relevar as particularidades da Administração Pública no momento em que se vislumbra a aplicação de um método autocompositivo, de modo que, a partir de uma avaliação principiológica, ponderando aspectos legais e práticos, acredita-se na apresentação de uma resposta adequada antes mesmo da judicialização da demanda.

Além das características peculiares que envolvem a Administração, nota-se um tratamento diferenciado à esfera federal, especialmente no tocante à organização da autocomposição como possibilidade de resolução de controvérsias. As matérias objeto dessa Justiça normalmente dizem respeito aos interesses estatais e, portanto, surge a necessidade de um olhar individualizado. O que não impede que, trabalhando-se em uma perspectiva

administrativa de tratamento de conflitos – paralela às outras modalidades como a adjudicação, compreenda-se uma possibilidade real de acesso à justiça enquanto resposta satisfatória às demandas sociais e não mero acesso ao Poder Judiciário.

Assim, compreende-se que é admissível a utilização da autocomposição em conflitos envolvendo a Administração Pública, desde que respeitados os limites e princípios constitucionais, especialmente no que concerne à legalidade, à indisponibilidade do interesse público e à supremacia do interesse público sobre o privado.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Novo Direito Constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado federal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BERTI, Flávio de Azambuja. *Impostos: extrafiscalidade e não-confisco*. Curitiba: Juruá, 2003.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional). Brasília, DF: Senado Federal, 1966.

_____. Constituição (1988). Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de arbitragem). Brasília, DF: Senado Federal, 1996.

_____. Projeto de Lei nº 5.082 apresentado em 20 de abril de 2009. Brasília: Câmara dos Deputados, 2009.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). Brasília, DF: Senado Federal, 2015.

_____. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015 (Marco legal da mediação). Brasília, DF: Senado Federal, 2015.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Paz e terra, 2005.

BUFFON, Marciano. *Tributação e dignidade humana: entre os direitos e deveres fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

CASTILHO, Paulo Cesar Baria de. *Confisco tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CANAZARO, Fábio. *Essencialidade tributária: igualdade, capacidade contributiva e extrafiscalidade na tributação sobre o consumo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório dos 100 maiores litigantes*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2012.

_____. *Relatório justiça em números*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GODOI, Marciano Seabra de. Tributo e Solidariedade Social. In: GRECO, M. A.; GODOI, M. S. de (Coords.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 141-167.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2011.

LEAL, Monia Clarissa Hennig. *Manual de Metodologia da Pesquisa para o Direito*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2009.

PAULSEN, Leandro. *Curso de Direito Tributário completo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *A prática da mediação e o acesso à justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

RODRIGUES, H. T.; LANGARO, M. N. Políticas públicas tributárias de indução ao uso de métodos alternativos à (re)solução de conflitos. In: COSTA, M. M. M. da; RODRIGUES, H. T (Orgs.). *Direito & Políticas Públicas*. Curitiba: Multideia, 2012. p. 29-52.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. Coimbra: Almedina, 2014.

SILVA, Natália Alves da. A aplicação da arbitragem na resolução de conflitos da Administração Pública. *Revista de Direito da Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 110-147, 2017.

SOUZA, Luciane Moessa de. *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Santa Cruz do Sul: Essere nel mondo, 2015.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação de conflitos: da teoria à prática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça fiscal e o princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002.

Cristina Alves da Silva Braga;¹Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson.²

Resumo: Em uma economia global crescente com políticas neoliberais que propugnam por uma descentralização das responsabilidades da Administração Pública, a temática da terceirização é matéria corrente. O objetivo do presente ensaio é exatamente aferir a dimensão jurídica do uso da terceirização na Administração Pública, no Brasil, cotejando os limites constitucionais autorizantes da Constituição Federal, em face do pleito social pela concretização da aplicação dos princípios da eficiência, economicidade e moralidade administrativa, e o uso da terceirização sem barreiras. Nesse estudo será trazido à baila a proposta do Projeto de Lei nº 4.330/04, que oferta uma nova modelagem jurídica à questão da terceirização, à Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho e à posição do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Constitucionalidade nº 16. A pesquisa em tela, fazendo uso de uma metodologia de análise qualitativa, usando-se os métodos de abordagem hipotético-dedutivos de caráter descritivo e analítico, tem por plano de fundo analisar o tema da terceirização na Administração Pública e sua adequação aos princípios constitucionais e à legislação infraconstitucional.

Palavras-chave: Eficiência e moralidade. Súmula 331. Projeto de Lei nº 4.330/2004. ADC nº 16. Terceirização na Administração Pública.

Abstract: In a growing global economy, with neo-liberal policies that advocate for a decentralisation of responsibilities of public administration, the subject of outsourcing is current matters. The aim of this essay is exactly gauge the legal dimension of the use of outsourcing in public administration, in Brazil, by matching the constitutional limits autorizantes of the Federal Constitution, in the face of social conflict by implementation of

¹ Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Advogada e Assessora Jurídica do Sindicato dos Trabalhadores em Educação Pública do Rio Grande do Norte – SINTE/RN.

² Graduou-se em direito pela Universidade Potiguar (2004). Especializou-se em Ministério Público, Direito e Cidadania pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte (2007), bem como na área de Direito Penal e Criminologia pela Universidade Potiguar (2007). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2009). Foi professor da Faculdade de Ciências Cultura e Extensão do Rio Grande do Norte - FACEX, por um período de 5 anos, tendo lecionados as cátedras de Direito Penal - I, Direito Penal II, Direito Penal III, Direito Penal IV, Direito Processual Penal - I e Direito Processual Penal - II, Direito Processual Constitucional, Direito Tributário, Direito Empresarial, Direito Administrativo, Direito da Seguridade Social. Lecionou nas pós-graduações "lato sensu" em MBA em Gestão Pública, MBA em Gestão Financeira, MBA em Auditoria e Perícia Contábil, em Elaboração e Gerenciamento de Projetos e em Assistência Sócio-jurídica e Segurança Pública. Atualmente, professor de Direito, no Instituto Federal do Rio Grande do Norte - IFRN.

the application of the principles of efficiency, economy and administrative morality and the use of outsourcing without barriers. This study will be brought up the proposal of the bill nº 4.330/04 that offers a new legal issue modeling of outsourcing, the Precedent 331 of the Superior Labor Court and the position of the Supreme Court on Direct Action of Constitutionality nº 16. The research in question, making use of a qualitative analysis methodology, using the methods of hypothetical-deductive approach of descriptive and analytical character, has as the bottom line to examine the topic of outsourcing in public administration and proportionality with the constitutional principles and infraconstitucional legislation.

Keywords: Efficiency and morality. Precedent 331. Bill nº 4.330/2004. ADC nº 16. Outsourcing on the Public Administration.

1 DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Um dos desdobramentos lógicos da pauta de flexibilização das relações de trabalho é a possibilidade de terceirização³ da mão de obra de forma indiscriminada, ou seja, a fim de evitar o vínculo empregatício (o que reduziria sensivelmente os custos sociais), usando terceiros interpostos para a prestação das atividades meio da Administração Pública e possibilitando que o Estado foque na melhor consecução das atividades fins.

A Administração Pública utiliza-se corriqueiramente da terceirização como forma de enxugar suas atividades-meio e prestar o serviço público de forma mais eficiente e menos onerosa, buscando a efetivação do princípio da eficiência nas atividades-fim, o qual ganhou *status* constitucional ao ser acrescido ao art. 37, caput, da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 19/98, a qual reestruturou a Administração Pública.⁴

Entretanto, o desenvolvimento acelerado da globalização⁵ não foi acompanhado pelo Poder Legislativo, levando-se a propagar um discurso fervoroso de que a Consolidação das

³ “Os direitos sociais trabalhistas sofreram forte impacto com a globalização e modificação do processo produtivo, haja vista a alteração das estruturas sociais e econômicas que daí decorreram. A terceirização se apresenta como um fenômeno integrante do movimento de flexibilização das relações de trabalho, e não tem, ainda, no Brasil, regulamentação legal, por meio da qual sejam estabelecidos ou assegurados os direitos dos trabalhadores, que são em número cada vez maior nela envolvidos” (CASTRO, Maria do Perpétuo Socorro W. de. *Terceirização: uma expressão do direito flexível do trabalho na sociedade contemporânea*. São Paulo: LTr, 2014, p. 127).

⁴ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

⁵ “Com o aumento da competição no mundo cada vez mais globalizado as empresas tendem a se concentrar na sua atividade-fim, delegando as atividades-meio para parceiros estratégicos ou meros fornecedores de serviços, dependendo da importância da atividade para os resultados da organização. Este processo de desverticalização ou terceirização exige uma análise de cada situação específica e a adequada decisão quanto à sua execução ou não” (OLIVEIRA, Fernanda Sousa. *Terceirização e Flexibilização das Normas Trabalhistas. Prolegômenos*.

Leis do Trabalho está fora do seu tempo, não sendo mais um uma fonte normativa, a contento,⁶ aos anseios desse mercado hiperconectado, além de ser ineficiente para regulamentar as relações terceirizadas na Administração Pública.

Cabe, ainda, um estudo mais aprofundado sobre a responsabilidade da Administração Pública pelos débitos trabalhistas oriundos das relações de contratos de terceirização, partindo da análise do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC nº 16 pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e seu pronunciamento sobre a súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), bem como do Projeto de Lei nº 4.330/2004, o qual encontra-se em um trâmite legislativo extremamente turbulento, já tendo sido aprovado na Câmara dos Deputados, no dia 22 de abril de 2015, e remetido ao Senado por meio do ofício nº 140/2015.

Por fim, analisaremos a ADI 1.923, a dispensa de licitação nos contratos de gestão com as Organizações Sociais e a utilização de terceirizados na prestação dos serviços públicos como atividade-fim da Administração Pública.

Fazendo uso de uma metodologia de análise qualitativa e utilizando-se os métodos de abordagem hipotético-dedutivos de caráter descritivo e analítico, buscar-se-á fazer uma apreciação da construção normativa, no sistema jurídico brasileiro, sobre a terceirização na Administração Pública e o desdobramento em relação à temática.

2 OS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA MORALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Com o advento da Emenda Constitucional nº 19/98, institucionalizou-se o princípio da eficiência e formalizou-se a importância da autonomia como *conditio sine qua non* do processo de descentralização administrativa, buscando-se, assim, a qualidade da atividade estatal.

O princípio da eficiência, presente no art. 37 da Constituição Federal, representa o mais importante objetivo da Reforma Administrativa, levando à remodelação das funções da

Derechos y Valores, Bogotá, v. 16, n. 31, p. 189-201 jan./jun 2013. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87628085011>>. Acesso em: 08 jan. 2015, p. 195).

⁶ “A legislação trabalhista brasileira pode ser comparada a uma máquina ultrapassada, que foi criada para trabalhar, mas que parecia não ter nascido para semelhante fim. A CLT não tem mais a mesma finalidade que tinha quando de sua criação, necessitando ser revista. Uma das formas dessa revisão é verificar mecanismos de flexibilização, de forma a adaptar à realidade de fato à norma jurídica” (MARTINS, Sergio Pinto. *Flexibilização das condições de trabalho*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 02).

Administração Pública, não competindo apenas executar as leis, mas, sobretudo, satisfazer os interesses coletivos. Nesse sentido, Lucas de Souza Lehfeld:

Na nova configuração Estado-Sociedade, com a proximidade do administrado à atuação do Estado por meio de canais de acesso e instrumentos de controle social, o conteúdo da eficiência, como princípio maior, já traz consigo ideais de economicidade e celeridade (principalmente quanto ao respeito aos direitos fundamentais. É evidente que a Constituição, a par dessa ampla concepção, decorrente de um verdadeiro Estado social, já apresenta normas específicas referentes à eficiência da Administração Pública, “entendida como boa qualidade dos serviços, satisfação dos cidadãos e economicidade no emprego dos recursos públicos.”⁷

Ao elevar o princípio da eficiência à *status* constitucional, o cidadão tornou-se o protagonista na avaliação da qualidade do serviço prestado pela Administração Pública, e sua eficácia prática pode ser medida tanto pelos meios e procedimentos de trabalho dos agentes públicos quanto pela utilização dos recursos.

Para Hely Lopes Meirelles, o princípio da eficiência é “o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e seus membros”.

Segundo Ubirajara Custódio Filho:

Aqui, eficiente seria a Administração que obtivesse os resultados que dela se esperam, pelo menor custo e no melhor tempo. Por outro lado, preferindo-se o sentido científico, o princípio da eficiência imporia ao agente administrativo somente o dever de se preocupar com o ótimo cumprimento de metas. Nessa hipótese, Administração eficiente seria aquela que utilizasse os recursos disponíveis racionalmente, com economicidade, mas descomprometida com a questão das metas e resultados, pois metas e resultados não se incluem na acepção científica de resultados.⁸

A Emenda Constitucional nº 19/98 trouxe uma nova roupagem à prestação do serviço público, visando atender o interesse público por meio da melhor utilização dos recursos públicos, menos onerosa, de maneira a evitar desperdícios e garantir uma maior rentabilidade social, extraindo dos recursos empregados a melhor qualidade na prestação dos serviços. Grotti assevera que a eficiência pode ser caracterizada como:

⁷ LEHFELD, Lucas de Souza. *Controles das agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 214.

⁸ CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. A Emenda Constitucional nº 19/98 e o princípio da eficiência na Administração Pública. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 27, p. 209, abr./jul. 1999.

Um conceito econômico, que introduz, no mundo jurídico, parâmetros relativos de aproveitamento ótimo de recursos escassos disponíveis para a realização máxima de resultados desejados. Não se cuida apenas de exigir que o Estado alcance resultados com os meios que lhe são colocados à disposição pela sociedade (eficácia), mas de que os efetue o melhor possível (eficiência), tendo, assim, uma dimensão qualitativa. (...) A eficiência diz respeito ao cumprimento das finalidades do serviço público, de molde a satisfazer necessidades dos usuários, do modo menos oneroso possível, extraindo-se dos recursos empregados a maior qualidade na sua prestação⁹.

Além de observar os princípios da eficiência e da economicidade, a Administração Pública deve seguir os parâmetros de moralidade administrativa, devendo o administrador sujeitar-se aos princípios ético-jurídicos que a legislação estabelece, impondo-se o dever de melhor administrar os recursos públicos e atuando nos limites da ética, boa-fé e honestidade.

A constitucionalização do princípio da moralidade administrativa trouxe consigo a busca pela máxima efetivação na consecução da realização do interesse público, almejando administradores que prezam pela probidade. Corroborando com tal entendimento, Mazzilli assevera que:

Então, o que quis a Constituição? Quis que o administrador observasse não a moralidade filosófica, nem a suposta moralidade jurídica, e sim a *moralidade administrativa*, como vem instituída pela ordem jurídica. Em outras palavras, a Constituição supõe que o administrador fique sujeito aos princípios ético-jurídicos que a legislação descreve, e cuja violação sanciona, entre os quais a honestidade, a imparcialidade e a lealdade. Isso decorre do art. 37, *caput*, da Constituição, e do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, que, ao sancionar comportamentos que recrimina, está, *ipso facto*, definindo que é a *imoralidade administrativa*, com contraposição ao princípio constitucional da moralidade administrativa.¹⁰

Evidente que não é apenas simbólica, ou simplesmente informativa, a constitucionalização do princípio da moralidade administrativa no sistema constitucional brasileiro, mas é fruto do anseio popular, com vistas à necessidade de moralização da conduta do administrador, comprometido com os fins e os interesses sociais que regem a gestão da coisa pública e a própria Administração Pública.

⁹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço público e a constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 298-299.

¹⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultura, patrimônio público e outros interesses*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 194.

Nesse sentido, Anjos Neto esclarece que “entendida a Constituição como a ‘norma, por excelência’, a consequência lógica é transferir igual importância aos princípios que nela guardam assento.”¹¹

Segundo Meirelles, o agente administrativo deve ponderar sua conduta, efetuando escolhas corretas, não apenas ditadas pela legalidade, mas também pela honestidade, oportunidade e justiça, uma vez que está adstrito à lei ética da própria instituição em face do princípio da moralidade administrativa.¹² Ainda, segundo o autor, a moralidade administrativa constitui, atualmente, pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública,¹³ respeitando-se, assim, o disposto no art. 37, caput, da Constituição.

Di Pietro lapida que a escolha do administrador público deve ser guiada tanto pelo Direito quanto pela moral, de modo que seja garantido o “mínimo ético” da instituição.¹⁴ E, que a moral administrativa “corresponde àquele tipo de comportamento que os administrados esperam da Administração Pública para a consecução de fins de interesse coletivo, segundo uma *comunidade de valores*, expressos por meio de *standards*, modelos ou pautas de conduta”.¹⁵

Visando alcançar os fins propostos pelos princípios administrativos da eficiência, economicidade e moralidade, no que concerne à terceirização, torna-se necessário uma maior transparência nos contratos de prestação de serviços terceirizados pela Administração Pública, exigindo-se, por exemplo, a publicação de planilhas de custos e formação de preços de contratos, comprovantes de efetuação de pagamento de fatura, nomes e CPFs dos empregados terceirizados e lotação, evitando-se a contratação de funcionários fantasmas ou duplicação de nomes em contratos firmados, de forma a evitar que a prática de contratar

¹¹ O autor segue o raciocínio citando os ensinamentos de Espíndola: “(...) evidencia a Constituição como norma jurídica, como normas das normas, como *lex superior*, como fonte suprema da produção normativa, como *norma normarum*, como ‘norma’ dotada de efetiva ‘normatividade’, como norma cujos enunciados normativos componentes também são normas e se endereçam à realização jurídica e a operatividade, como qualquer norma integrante de um sistema jurídico vigente e eficaz. E não interessa a qualidade das matérias reguladas na Constituição, ou a natureza das normas que as expressam formalmente, pois todas elas, sem exceção, têm juridicidade, vinculatividade e atualidades de normas jurídicas, de normas constitucionais. ‘Está hoje definitivamente superada a ideia da Constituição como um simples concentrado de princípios *políticos*, cuja eficácia era a de simples *directivas* que o legislador ia concretizando de forma mais ou menos discricionária’. [...] seus preceitos vinculam tanto os órgãos do poder estatal quanto os cidadãos e as instituições particulares”. ANJOS NETO, Francisco Chaves dos. *Princípio da Probidade Administrativa: Regime Iguatário no Julgamento dos Agentes Políticos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 212 e ss.

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 92 e ss.

¹³ *Ibid.*, p. 90.

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionabilidade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 116.

¹⁵ *Ibid.*, loc. cit.

terceirizados potencialize as possibilidades de desvio de dinheiro público, crie procedimentos desnecessários e burocratize a prestação de serviço público ou substitua os concursos públicos.

3 DA ACESSIBILIDADE DOS CARGOS PÚBLICOS E A TERCEIRIZAÇÃO

A Constituição de 1988 exauriu as formas de ingresso nos cargos da Administração Pública, sendo elas: concurso público de provas ou de provas e títulos (art. 37, inciso II); nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração (art. 37, inciso II); e contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, inciso IX).

A respeito do concurso público, Di Pietro afirma:

Quando a Constituição fala em concurso público, ela está exigindo procedimento aberto a todos os interessados, ficando vedados os chamados concursos internos, só abertos a quem já pertence ao quadro de pessoal da Administração Pública. Daí não terem mais fundamento algumas formas de provimento, sem concurso público, previstas na legislação ordinária anterior à Constituição de 1988, como a transposição (ou ascensão) e a readmissão.¹⁶

O amplo acesso aos cargos públicos é garantido a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros na forma da lei (art. 37, inciso I). Nesse sentido, José Afonso da Silva:

A Constituição estatui que os cargos, empregos e funções são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei (art. 37, I). Esta está limitada pela própria regra constitucional, de sorte que os requisitos nela fixados não poderão importar em discriminação de qualquer espécie ou impedir a correta observância do princípio da acessibilidade de todos ao exercício de função administrativa.¹⁷

A terceirização, apesar de ser utilizada de forma corriqueira na Administração Pública para contratos de serviços de atividades-meio, não tem previsão constitucional, motivo pelo qual há inúmeras discussões doutrinárias a respeito de sua constitucionalidade.

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 523.

¹⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, p. 654.

Pode-se assegurar que a contratação de terceirizados para exercerem atividades-meio restringe, ainda que parcialmente, a realização de concursos públicos. Entretanto, tal possibilidade pode ser justificada em face da eficiência e economicidade. Contudo, a contratação de terceirizados para realização de atividades-fim, poderia, em suma, reduzir drasticamente o número de concursos realizados, ferindo, assim, princípios como a isonomia (art. 5º, caput), moralidade e impessoalidade (art. 37, caput).

Considerando a contratação de atividades-fim inconstitucional, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no Recurso Especial nº 772.241 – MG (2005/0129312-3), interposto pelo Ministério Público de Minas Gerais, de relatoria do ministro Luiz Fux, reconheceu como ato de improbidade administrativa a contratação de funcionários para trabalharem em instituição bancária estadual (BEMGE S/A) sem a realização de concurso público, por meio de contratos de fornecimento de mão de obra, via terceirização de serviços:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES SEM REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO. MANUTENÇÃO DE CONTRATOS DE FORNECIMENTO DE MÃO-DE-OBRA. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS. VIOLAÇÃO DOS DEVERES DE MORALIDADE E IMPESSOALIDADE. LESÃO À MORALIDADE ADMINISTRATIVA. PENA DE RESSARCIMENTO. DANO EFETIVO. SANÇÕES POLÍTICO-ADMINISTRATIVAS COMPATÍVEIS COM A INFRAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 535, I e II, DO CPC. NÃO CONFIGURADA. 1. Ação Civil Pública ajuizada por Ministério Público Estadual em face de ex-dirigentes de instituição bancária estadual, por suposta prática de atos de improbidade administrativa, decorrentes da contratação de funcionários para trabalharem na mencionada instituição bancária estadual, sem a realização de concurso público, mediante a manutenção de vários contratos de fornecimento de mão de obra, via terceirização de serviços, com inobservância do art. 37, II, da Constituição Federal. 2. A Lei nº 8.429/92, da Ação de Improbidade Administrativa, explicitou o cânone inserto no artigo 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988, tendo por escopo impor sanções aos agentes públicos incursos em atos de improbidade nos casos em que: a) importem em enriquecimento ilícito (artigo 9º); b) causem prejuízo ao erário público (artigo 10); e c) atentem contra os princípios da Administração Pública (artigo 11), aqui também compreendida a lesão à moralidade administrativa. (...) 4. *O ato de improbidade sub examine se amolda à conduta prevista no art. 11, da Lei 8429/92, revelando autêntica lesão aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, tendo em vista a contratação de funcionários, sem a realização de concurso público, mediante a manutenção de vários contratos de fornecimento de mão-de-obra, via terceirização de serviços, para trabalharem em instituição bancária estadual, com inobservância do art. 37, II, da Constituição Federal. (...) 7. Subjaz, assim, a afronta à moralidade administrativa, o que recomenda o afastamento dos recorrentes no trato da coisa pública, objetivo que se aufere pela proibição de para contratar com a Administração Pública. (...) 11. Recurso especial parcialmente provido para, com fulcro no art. 12, III da Lei 8.429/92, impor aos recorridos a proibição de contratar com o Poder Público, pelo prazo de 03 (três) anos, tendo em vista que as sanções da Lei 8.429/92 não são cumulativas (REsp 658389/MG, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 03.08.2007)*

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). REsp 772.241 MG. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 15 de abril de 2008). (Grifos nossos).

Assim, não se pode permitir a contratação de terceirizados para o exercício de atividades-fim na Administração Pública, sob pena de inviabilizar a realização de concursos públicos, abrindo portas para o nepotismo e os denominados “apadrinhamentos” políticos, já que a seleção de contratação de funcionários pela empresa terceirizada não passa por controle administrativo.

Nesse sentido, Amorim afirma:

Por meio da terceirização, o capital se organiza estrategicamente em todos os vieses da máquina estatal na defesa dos interesses de mercado, em privilégio de camadas empresariais muito restritas da sociedade, acentuando o ambiente propício à promiscuidade entre o público e o privado, e aprofundando o caráter patrimonialista da relação entre os governos e as elites econômicas.¹⁸

O Supremo Tribunal Federal no julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 776.070 – MA, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, entendeu que se houver contratação de terceirização de atividades durante o prazo de validade de concurso público para realizarem as mesmas funções, faz nascer para os concursados o direito a nomeação, por imposição do art. 37, inciso IV, da Constituição. Vejamos:

Nesses termos, aplica-se ao caso a jurisprudência pacífica desta Corte no sentido de que a ocupação precária, por comissão, terceirização, ou contratação temporária, de atribuições próprias do exercício do cargo efetivo vago, para o qual há candidatos aprovados em concurso público vigente, configura ato administrativo eivado de desvio de finalidade, equivalente à preterição da ordem de classificação no certame, fazer nascer para os concursados o direito à nomeação, por imposição do artigo 37, inciso IV, da Constituição Federal. Nesse sentido confirmam-se os seguintes julgados: SS-AgR 4196 Rel. Min. Cezar Peluso (Presidente), Tribunal Pleno, DJe 27.8.2010; AI-AgR 777.644, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe 14.5.2010; AI-AgR 440.895, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 20.10.2006. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma), Agravo Regimental (AgR) no Agravo de Instrumento (AI) nº 776.070. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 22 de março de 2011).

A terceirização deve ser utilizada com caráter excepcional da Administração Pública, apenas para o exercício de atividades-meio, visando uma maior eficiência e economicidade,

¹⁸ AMORIM, Helder Santos. *A terceirização no serviço público à luz da nova hermenêutica constitucional*. São Paulo: LTr, 2009, p. 76.

atentando o administrador a agir dentro dos limites da moralidade administrativa, sob pena de tornar ilícita a contratação.

4 DO PROJETO DE LEI Nº 4.330/2004

Dos diversos projetos de lei que trata sobre terceirização (são quase trinta projetos de lei), o que se encontra mais adiantado em sua tramitação é o Projeto de Lei nº 4.330/2004, do deputado federal Sandro Mabel, o qual fora apresentado no dia 26 de outubro de 2004.

O respectivo projeto sofreu diversas emendas, sendo sua culminância no mês de abril de 2015, com as pressões dos mais diversos segmentos da sociedade e dos debates acalorados, nas diversas sessões de plenária da Câmara dos Deputados, tendo sido sua versão final aprovada na plenária do dia 22 de abril de 2015, com a denominação de Projeto de Lei nº 4.330-I/2004, sendo remetido ao Senado Federal, pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados por meio do ofício nº 140/2015.

O cerne normativo trazido nesse projeto de lei, se aprovado no Senado Federal e sancionado pela Presidente da República, seria a autorização que liberaria de forma generalizada o uso da terceirização, no âmbito das empresas privadas e equiparadas, independentemente da prestação de serviços, está relacionada às atividades-meio ou atividades-fim da atividade econômica organizada, como se extrai da redação do art. 4º do respectivo projeto:

Art. 4º É lícito o contrato de terceirização relacionado a parcela de qualquer atividade da contratante que obedeça aos requisitos previstos nesta Lei, não se configurando vínculo de emprego entre a contratante e os empregados da contratada, exceto se verificados os requisitos previstos nos arts. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. (Grifos nossos)

No próprio conceito de terceirização dado no projeto de lei, supra, não é feito qualquer distinção entre a atividade-meio e a atividade-fim, deixando de ter relevância normativa para traçar os limites da terceirização:

Art. 2º Para os fins desta Lei, consideram-se: I – terceirização: a transferência feita pela contratante da execução de parcela de qualquer de suas atividades à contratada para que esta a realize na forma prevista nesta Lei;

Em evento da ANAMATRA, o professor Mauricio Godinho criticou o respectivo projeto durante a sua vigência, tendo em vista que o mesmo deveria restringir a já epidemia que é a terceirização, no Brasil, o qual precariza o trabalhador, causando redução de salários, aumento dos acidentes de trabalhos, fragilizando a organização sindical, comprometendo até mesmo a existência de categorias profissionais:

Eu nunca vi um projeto de precarização do trabalho tão impactante como esse, de tamanha amplitude e efeitos danosos, que desrespeita dezenas de milhões de pessoas que vivem do trabalho. (...)

(...). É como se o brasileiro fosse o problema do Brasil. Trata-se de uma visão retrógrada, com saudades do século XIX ou embevecida pela precarização de certas realidades asiáticas. É como se o trabalhador fosse uma matéria-prima que tem de ser cada vez mais barata, ao invés de ser um partícipe e co-construtor das empresas e do Brasil. (...)

A terceirização, ao reverso do que o projeto faz, tem de ser restrita. O projeto teria de restringir a terceirização, pois ela já se tornou uma epidemia; epidemia restringe-se e se controla; ou seja, coloca-se o fenômeno dentro de margens de segurança, ao invés de se instigar a sua generalização. O PL não regulamenta, restringindo, a terceirização; ele, na verdade, desregulamenta, liberaliza, generaliza o fenômeno da terceirização.¹⁹

O Projeto de Lei 4.330/2004 excluiu a aplicação dos seus dispositivos nos contratos de terceirização no âmbito da Administração Pública, entretanto, estendeu os direitos nele previstos aos terceirizados da Administração direta e indireta. Assim, manteve-se a aplicação da Súmula 331 do TST, sendo possível a contratação de serviços terceirizados apenas para as atividades-meio na Administração Pública, sendo o concurso público a entrada para o desenvolvimento de atividades-fim, respeitando-se os princípios da impessoalidade e do amplo acesso aos cargos públicos por meio de concurso público de provas e de provas e títulos (respectivamente, art. 37 caput, e inciso II).

5 A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELOS DÉBITOS TRABALHISTAS ORIUNDOS DOS CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO

5.1 AS ALTERAÇÕES NA SÚMULA 331 DO TST

¹⁹ Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/index.php/noticias/mauricio-godinho-afirma-que-regulamentacao-da-terceirizacao-vai-esvaziar-o-papel-da-justica-do-trabalho>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

A edição da Súmula 331 do TST foi uma resposta ao art. 71, § 1º da Lei 8.666/93, que isentava a Administração Pública da responsabilidade de adimplir as obrigações fiscais e contratuais acessórias ao objeto do contrato.

Em sua redação original,²⁰ a Súmula 331/93 instituía genericamente a responsabilidade subsidiária do tomador de serviço, ficando implícita a inclusão da Administração Pública. Em 2000, houve a alteração do inciso IV e tornou-se explícito o Poder Público entre os tomadores de serviço, o que aconteceu por meio do Incidente de Uniformização de Jurisprudência (IUJ) RR 297751-31.1996.5.04.5555, de relatoria do Ministro Milton de Moura França. Tal decisão foi publicada em 20 de outubro de 2000, modificando a redação da Súmula pela Resolução nº 96/2000, e manteve-se a mesma redação na sua republicação em 2003.

Ao incluir a Administração Pública no inciso IV da Súmula 331, o TST demonstrou que, na prática, já considerava o art. 71, §1º da Lei nº 8.666/93 inconstitucional, e embora não tenha explicitado tais palavras no texto sumulado, demonstrou que quando o assunto de terceirização versasse sobre Administração Pública, constatada sua culpa na fiscalização do contrato, haveria sua responsabilização, caso contrário, aplicar-se-ia o dispositivo legal vigente.

Portanto, diante da ausência de um firme posicionamento do TST, a discussão a respeito da responsabilidade da Administração Pública nas relações de trabalho dos terceirizados continuou gerando controvérsias nos tribunais trabalhistas.

Evidencia-se que a Justiça do Trabalho defende que o Juiz do Trabalho deverá decidir, no caso concreto, se aplica o art. 71, §1º da Lei nº 8.666/93 ou se afasta sua incidência para aplicar o inciso IV da Súmula nº 331 do TST, verificando se houve culpa da Administração Pública no seu dever *in vigilando*.

Ressalta-se aqui uma formação jurisprudencial falha e ineficiente pela Justiça do Trabalho, porque afirma-se que a Administração deve observar seus deveres *in eligendo* e *in vigilando*, e que a sua inobservância gera culpa da Administração e as consequências serão por ela suportadas, utilizando-se do art. 37, §6º da Constituição incorretamente para

²⁰ A primeira redação do inciso IV da Súmula 331 era a seguinte: “O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial”.

fundamentar tais decisões, já que o dispositivo constitucional é de responsabilidade extracontratual, assim, nota-se uma dificuldade na correta fundamentação jurisprudencial da responsabilização da Administração.

5.2 O ENTENDIMENTO DO STF NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 16

Em 2007, o Governo do Distrito Federal ajuizou a Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC nº 16, tendo como objeto da ação o pronunciamento da Corte Constitucional sobre a constitucionalidade do art. 71, §1º da Lei 8.666/93, visto que o TST negava sua vigência diante da aplicabilidade da Súmula 331. Por interessar a diversos órgãos públicos, a União, os governos de vários estados e muitos municípios pediram para se aderirem ao feito na qualidade de *amicus curiae*.

Ajuizada em março de 2007, em maio do mesmo ano o relator, ministro Cezar Peluso, negou o pedido de liminar, por entender que a matéria era complexa demais para ser decidida individualmente. Assim, foi colocada em pauta para julgamento em setembro de 2008, quando o ministro Menezes Direito pediu vista dos autos, quando o relator não havia conhecido da ação. Em novembro de 2010, a matéria retornou ao Plenário pela ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, uma vez que o ministro Dias Toffoli, sucessor do ministro Menezes Direito, declarou-se impedido de participar do julgamento por ter atuado no processo como advogado geral da União. Momento em que o então presidente do STF, e relator da matéria, ministro Cezar Peluso, justificou o seu voto pelo arquivamento da matéria, segundo o qual não havia controvérsia a ser julgada, já que o TST, na edição da Súmula nº 331, não declarou a inconstitucionalidade do artigo 71, § 1º da nº Lei 8.666/93.

Nesses termos afere-se a decisão supra:

Verifica-se que em nenhum momento o Tribunal cogitou de declarar inconstitucional o art. 71, § 1º da Lei nº 8.666/93, apenas afirmou que a sua aplicação, relativamente aos contratos de terceirização de mão-de-obra firmados pela Administração Pública em geral, empresas públicas e sociedades de economia mista, está submetida, também, à regência de outros dispositivos constitucionais e legais²¹.

²¹ Decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Constitucionalidade nº 16, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=16&classe=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>.

Em seu voto, a ministra Cármen Lúcia divergiu do ministro Cezar Peluso a respeito da controvérsia. Sob seu ponto de vista existia controvérsia, visto que o enunciado do TST embasou várias decisões nos Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs) e do próprio TST, além de uma série de Reclamações junto ao Supremo. Assim, ela se pronunciou pelo conhecimento e pelo pronunciamento da Suprema Corte no mérito, seguindo o voto do ministro Marco Aurélio.

Este observou que houve uma declaração branca de inconstitucionalidade da Lei nº 8.666/93, evidenciando que o TST editou um verbete que passou a ser usado pelas demais instâncias dos tribunais trabalhistas, ignorando o disposto no art. 71, §1º da Lei 8.666/93.

Ressalta-se que o único que votou pela inconstitucionalidade do dispositivo foi o ministro Ayres Britto, nas seguintes balizas:

(...) a Constituição esgotou, exauriu as formas de recrutamento de mão de obra permanente para a Administração Pública. Ela exauriu. São três: concurso público; nomeação para cargo de comissão e contratação temporária por prazo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, pronto. A Constituição não falou de terceirização. (...) A terceirização significa um recrutamento de mão de obra para a Administração Pública, finalisticamente é isso, uma mão de obra que vai servir não a empresa contratada, à terceirizada, mas ao tomador de serviço que é a Administração. É uma modalidade de recrutamento de mão de obra inadmitida pela Constituição.

No voto-vista a ministra Cármen Lúcia, discorre:

(...) A aplicação do art. 71, §1º, da Lei 8.666/93 não exime a entidade da Administração Pública do dever de observar os princípios constitucionais a ela referentes, entre os quais os da legalidade e da moralidade administrativa. Isso não importa afirmar que a pessoa da Administração Pública possa ser diretamente chamada em juízo para responder por obrigações trabalhistas devidas por empresas por ela contratadas. Entendimento diverso resultaria em duplo prejuízo ao ente da Administração Pública, que, apesar de ter cumprido regularmente as obrigações previstas no contrato administrativo firmado, veria ameaçada sua execução e ainda teria de arcar com consequência do inadimplemento de obrigações trabalhistas pela empresa contratada. (...). *Logo, não se tem qualquer vício a contaminar e infirmar a validade constitucional do §1º do art. 71 por contrariedade ao art. 37, §6, da Constituição da República. Pelo exposto, voto no sentido da declaração de constitucionalidade do §1º, do art. 71, da Lei 8.666/93.*

Vencido o voto do ministro Ayres Britto, conforme se observa na Ementa da decisão de mérito proferida na ADC nº 16, a Suprema Corte seguiu o voto da ministra Cármen Lúcia.

EMENTA: RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). ADC 16. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 24 de novembro de 2010, DJe-173 DIVULG 08-09-2011 PUBLIC 09-09-2011 EMENT VOL-02583-01 PP-00001 RTJ VOL-00219- PP-00011).

Verifica-se que mesmo diante do julgamento da ADC nº 16 pelo STF, o conflito sobre a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada continuou sem solução, permeando, assim, as discussões por meio dos órgãos de defesa da Fazenda Pública.

6 DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.923

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.923 tramitava desde 1998, tendo sido proposta pelo Partido dos Trabalhadores (PT) e pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) que questionavam a Lei nº 9.637/1998, e o inciso XXIV do art. 24 da Lei nº 8.666/1993 (Lei das Licitações), tendo sido julgada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 16 de abril de 2015, que por votação majoritária, julgou parcialmente procedente, dando interpretação conforme a Constituição às normas que dispensam licitação em celebração de contratos de gestão firmados entre o Poder Público e as organizações sociais para a prestação de serviços públicos de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação ao meio ambiente, cultura e saúde.

Corroborar-se, aqui, com o entendimento do Ministro Marco Aurélio que, em seu voto restou vencido, tendo sido acompanhado pela Ministra Rosa Weber. Vejamos:

A modelagem estabelecida pelo Texto Constitucional para a execução de serviços públicos sociais, como saúde, ensino, pesquisa, cultura e preservação do meio ambiente, não prescinde de atuação direta do Estado, de maneira que são incompatíveis com a Carta da República leis e programas de governo que emprestem ao Estado papel meramente indutor nessas áreas, consideradas de grande relevância social pelo constituinte. A extinção sistemática de órgãos e entidades públicos que prestam serviços públicos de realce social, com a absorção da respectiva estrutura pela iniciativa privada – característica central do chamado “Programa Nacional de Publicização”, de acordo com o artigo 20 da Lei nº 9.637/98 –, configura privatização que ultrapassa as fronteiras permitidas pela Carta de 1988.

O Estado não pode simplesmente se eximir da execução direta de atividades relacionadas à saúde, educação, pesquisa, cultura, proteção e defesa do meio ambiente por meio da celebração de “parcerias” com o setor privado (Grifo nosso).

Não se divergiu do posicionamento do ministro Marco Aurélio que firma no positivismo de Konrad Hesse, em seu voto, já que a intensidade da força normativa da Constituição mostra-se como uma questão de vontade normativa da mesma, que, quanto mais intensa, mais diminui os limites e as restrições impostos à sua força normativa,²² devendo os aplicadores da Constituição conferir máxima efetividade às normas constitucionais.

Ainda, compactua-se com Barroso ao afirmar que a atribuição à norma constitucional de status de norma jurídica traz consigo o reconhecimento de sua força normativa, de caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições.²³

Ora, se a Constituição preconiza que os serviços na cultura (CF, art. 215), na saúde (CF, art. 199, caput), na ciência e tecnologia (CF, art. 218), na educação (CF, art. 209, caput), no desporto e lazer (CF, art. 217), e no meio ambiente (CF, art. 225) são serviços públicos e que “são deveres do Estado e da Sociedade”, é razoável dizer que o constituinte originário quis que as empresas privadas que atuassem nesses setores não visassem apenas o lucro, estando obrigadas a buscar em primeiro lugar a satisfação dos interesses da sociedade e, cumprindo ao Estado, a obrigação de impedir a mercantilização desses serviços e efetivar políticas públicas para a sua execução e não somente transferir sua responsabilidade para o setor privado.

Para o Ministro Marco Aurélio, *o modelo estabelecido na Constituição Federal para a execução de serviços públicos sociais não dispensa a atuação direta do Estado, “de maneira que são incompatíveis com a Carta da República leis e programas de governo que emprestem papel meramente indutor nessas áreas, consideradas de grande relevância social pelo constituinte”, não havendo “como se admitir a transferência integral da execução direta dessas atividades para a iniciativa privada, assumindo o Estado o papel de mera indução e coordenação”.*

O Ministro ainda assevera que:

²² HESSE, Conrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

²³ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 09, 2007.

Estou convencido de que as normas das Leis 9.637/1998 e 9.648/1998 – que admitem a destinação de receitas orçamentárias, bens e servidores públicos a entidades qualificadas como organização social sem observância do regime jurídico público aplicável à administração – consubstanciam verdadeira fraude à regra do artigo 37, inciso XXI, da Carta Federal e implicam grave afronta ao princípio republicano, razão pela qual descabe a utilização da técnica da interpretação conforme.

Assim, em sua exposição o Ministro Marco Aurélio considerou inconstitucional o art. 4º, inciso X, o art. 9º e o art. 10, caput, da Lei nº 9.637/1998, de modo a afastar toda e qualquer interpretação no sentido de que os órgãos de controle interno e externo, em especial o Ministério Público e o Tribunal de Contas, estejam impedidos de exercer a fiscalização de forma independente e o art. 1º da Lei nº 9.648/1998, na parte em que inseriu o inciso XXIV ao art. 24.

Por fim, votou pela procedência parcial da ADI para declarar a inconstitucionalidade do art. 1º; 2º, inciso II; 4º, incisos V, VII e VIII; 5º e 6º, cabeça e parágrafo único; 7º inciso II; arts. 11 a 15; arts. 17, 20 e 22 da Lei nº 9.637/1998, tendo sido voto vencido.

O voto do Ministro Luiz Fux foi acompanhado pela maioria, no sentido de “que o poder público e a iniciativa privada podem exercer essas atividades simultaneamente porque ambos são titulares desse direito”. A ministra Cármen Lúcia considerou que o particular pode prestar tais serviços, observando-se os princípios e regras da Administração Pública, visando o “ganho ao usuário do serviço público”. O ministro Gilmar Mendes ressaltou a necessidade de controle por tribunal de contas e de fiscalização pelo Ministério Público, visto que os recursos continuam sendo públicos.

O ministro Celso de Mello enfatizou a necessidade de redefinição do papel do Estado para “viabilizar de políticas públicas em áreas em que se mostra ausente o próprio Estado”, o que ao nosso ver, o voto evidencia o reconhecimento da falência da administração dos recursos públicos e projetos sociais desenvolvidos pelo Estado brasileiro.

Não há como prever uma melhoria na prestação dos serviços públicos por meio da “terceirização” e/ou “privatização”, vez que esse modo de execução é mercantilizado, visando, primeiramente, o lucro da prestadora de serviços por ser voltado para lógicas do mercado econômico, bem como não se pode sacrificar o interesse público em nome de uma suposta eficiência utópica.

Nota-se que pela decisão do Supremo permitiu-se a terceirização da atividade-fim no setor público, mediante a “terceirização” da própria administração, ultrapassando os limites

das hipóteses previstas no art. 175 da Constituição, qual sejam, a concessão e permissão de serviços públicos. Além disso, um ente público poderá transferir para uma Organização Social (OS), *verbi gratia*, uma atividade de educação, que recebendo dinheiro e bens públicos poderá prestar esses serviços por intermédio de professores contratados sem concurso público de provas ou provas e títulos, ferindo, dessa forma, o princípio do livre acesso aos cargos públicos por meio de concurso.

Por se tratarem de serviços públicos, ainda que por meio das Organizações Sociais (OS), estes não poderão ser cobrados da população e, conseqüentemente, o lucro das organizações sociais só concretizar-se-á com a precarização das condições de trabalho dos profissionais contratados, confirmando-se, tal afirmativa, pelo voto do relator Ministro Luiz Fux, ao afirmar que:

Os empregados das Organizações Sociais não são servidores públicos, mas sim empregados privados, por isso que sua remuneração não deve ter base em lei (CF, art. 37, X), mas nos contratos de trabalho firmados consensualmente. Por identidade de razões, também não se aplica às Organizações Sociais a exigência de concurso público (CF, 37, II), mas a seleção de pessoal, da mesma forma como a contratação de obras e serviços, deve ser posta em práticas através de um procedimento objetivo e impessoal.

Portanto, ao prever a contratação de pessoal sem concurso público, estar-se-á negando que as garantias jurídicas dos estatutários sejam estendidas a estes, e, ainda, deixando margem para estabelecer remunerações fora dos limites da legalidade.

Por serem receptoras de recursos públicos, as Organizações Sociais não poderiam deixar de observar as regras da licitação, conforme o art. 175, art. 22, XXVII, e 37, XXI da CF/88. Ocorre que os arts. 4º, VIII, e 17 da Lei nº 9.637/98, preveem que as Organizações Sociais editarão regulamentos próprios para contratação de obras e serviços com dinheiro público. E o art. 12, §3º, do mesmo dispositivo legal, prevê a permissão de uso de bem público, que poderá ser outorgada à Organização Social, pelo Poder Público, com dispensa de licitação.

Ainda, o art. 1º da Lei nº 9.648/98 alterou o art. 24, XXIV da Lei nº 8.666/93, instituindo a dispensa de licitação para o Poder Público contratar Organização Social para prestação de serviços relacionados às atividades contempladas no contrato de gestão, quebrando, assim, a lógica isonômica do certame licitatório.

Apesar do voto do ministro estabelecer que “impõe-se que o Poder Público conduza a celebração do contrato de gestão por um procedimento público e impessoal e pautado em critérios objetivos”, abre-se uma imensa margem de liberalidade dos “rigores formais da licitação, tal como concebida pela Lei nº 8.666/93, em concretização do art. 37, XXI, da CF”, o que poderá favorecer a corrupção e o desvio de verba pública.

Sabe-se que as efetivações dos contratos de gestão com as Organizações Sociais podem vir ou não a ser concretizadas no plano real, mas torna-se necessário a formação de uma resistência consistente à precarização do trabalho, ao trato com a coisa pública e a busca do interesse público.

7 DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

No atual cenário de crise político-econômica, retorna a discussão a respeito das reformas no modelo constitucional de prestações do Estado, e tem-se buscado a terceirização como uma das formas para diminuir as despesas, diminuindo os custos sociais e, ao mesmo tempo, precarizando as condições do trabalhador, sacrificando todo o aparato de normas infra e constitucionais em detrimento de alcançar maior efetividade dos princípios da eficiência e economicidade.

Ora, evidente que não se pode prever uma melhoria na prestação dos serviços públicos por meio da “terceirização” e/ou “privatização”, vez que esse modo de execução é mercantilizado, visando, primeiramente, o lucro da prestadora de serviços por ser voltado para lógicas do mercado econômico, e colocando o interesse público em um plano secundário.

A contratação de terceirizados no âmbito da Administração Pública fere o princípio do livre acesso aos cargos públicos via concurso, além de negar que as garantias jurídicas dos estatutários sejam estendidas a estes, e, ainda, deixando margem para estabelecer remunerações fora dos limites da legalidade. Ressalta-se ainda a falta de tecnicidade da contratação para a ocupação dos cargos públicos, podendo, de certa forma, prejudicar o fornecimento dos serviços ao contratar pessoas despreparadas para o exercício da atividade.

A respeito da responsabilidade da Administração pelos débitos oriundos da contratação de terceirizados, o Projeto de Lei 4.330/2004 excluiu a aplicação dos seus dispositivos nos contratos de terceirização no âmbito da Administração Pública. Entretanto,

estendeu os direitos nele previstos aos terceirizados da Administração direta e indireta, mantendo-se a aplicação da Súmula 331 do TST, sendo possível a contratação de serviços terceirizados para as atividades-meio na Administração Pública, em que o concurso público seria a entrada para o desenvolvimento de atividades-fim.

Ocorre que, com o recente julgamento da ADI 1.923 pelo STF, que deu interpretação conforme a Constituição às normas que dispensam licitação em celebração de contratos de gestão firmados entre o Poder Público e as organizações sociais para a prestação de serviços públicos de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação ao meio ambiente, cultura e saúde, inseriu-se o desenvolvimento da terceirização nas atividades-fim da Administração Pública.

Entendemos que a terceirização deve ser utilizada em caráter excepcional pela Administração Pública, apenas para o exercício de atividades-meio, visando uma maior eficiência e economicidade, atentando o administrador a agir dentro dos limites da moralidade administrativa, sob pena de tornar ilícita a contratação.

Além disso, torna-se necessário um cuidado maior no combate à precarização do trabalho e transparência nas contratações, para, só assim, a Administração Pública agir buscando, efetivamente, o interesse público.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Helder Santos. *A terceirização no serviço público à luz da nova hermenêutica constitucional*. São Paulo: LTr, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 09, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: atualizada até a Emenda Constitucional nº 93. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 set. 2016.

_____. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 09 de agosto de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 20 jun. 2016.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 22 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 20 jun. 2016.

CASTRO, Maria do Perpétuo Socorro W. de. *Terceirização: uma expressão do direito flexível do trabalho na sociedade contemporânea*. São Paulo: LTr, 2014.

CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. A Emenda Constitucional nº 19/98 e o princípio da eficiência na Administração Pública. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 27, p. 209, abr./jul. 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FRIEDMAN, L. Thomas. *O mundo é plano: uma breve história do século XXI*. Tradução Cristian Serra S. Duarte. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

HESSE, Conrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

LEHFELD, Lucas de Souza. *Controles das agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS, Sergio Pinto. *Flexibilização das condições de trabalho*. 4. ed. São Paulo: Atlas.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultura, patrimônio público e outros interesses*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

OLIVEIRA, Fernanda Sousa. Terceirização e Flexibilização das Normas Trabalhistas. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, Bogotá, v. 16, n. 31, p. 189-201, jan./jun 2013. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87628085011>>. Acesso em: 08 jan. 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros.

TENSÃO ENTRE PROPRIEDADE PRIVADA E MEIO AMBIENTE À LUZ DA
MULTIPOLARIDADE

*TENSION AMONG PRIVATE PROPERTY AND ENVIRONMENT UNDER THE ASPECT OF
MULTIPOLARITY*

Giselle Marques Araujo.¹

Resumo: O objetivo deste artigo é investigar em que medida o direito de propriedade vem sendo atingido pelo processo de constitucionalização, em especial verificando se poderia continuar a ser considerado um “direito fundamental”, já que frontalmente atingido pela obrigatoriedade de atender à função social e ambiental. A reflexão se desenvolve sob o referencial teórico da Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, trazendo à luz a proposta de ponderação na perspectiva multipolar elaborada por Christian Calliess, que destaca a proteção ambiental como verdadeira condição de legitimidade do Estado de Direito. A conclusão é no sentido de que a propriedade continua a ser um direito fundamental, porém apresentando atualmente um novo perfil ambientalmente qualificado, no qual a intervenção do Estado em favor da sociedade e do ambiente pode e deve ocorrer, porém adstrita a limitar o mínimo possível os direitos de liberdade. O artigo apresenta, ainda, estudos acerca de como as constituições de outros países, em especial da Alemanha, tratam a questão da proteção ambiental.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Direitos fundamentais; Propriedade privada. Meio ambiente.

Abstract: The objective of this paper is to investigate to what extent the right to property has been hit by the constitutional process, in particular checking if it could still be considered a “fundamental right” since frontally hit by the obligation to meet the social and environmental function. The reflection is developed under the theoretical framework of the General Theory of Fundamental Rights, bringing to light the proposed weighting in the multipolar perspective elaborated by Christian Calliess, highlighting environmental protection as true condition of the rule of law legitimacy. The conclusion is towards the continuation of property as a fundamental right, but currently presenting a new environmentally qualified profile, in which state intervention in favor of society and the environment can and does occur, but enrolled to limit the minimum possible the rights of freedom. The article also presents studies on how the constitutions of other countries treat the issue of environmental protection.

¹ Advogada. Doutora em Direito pela Universidade Veiga de Almeida. Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho; Professora Titular de Direito Civil da Universidade Católica Dom Bosco. Ex-bolsista Nota 10 da FAPERJ.

Keywords: Constitutionalism. Fundamental rights. Private property. Environment.

1 INTRODUÇÃO

O fenômeno da constitucionalização vem atingindo institutos do direito privado, de modo a desenhá-los em um novo perfil. O objetivo deste artigo é investigar em que medida o direito de propriedade foi atingido pelo processo de constitucionalização: o direito de propriedade poderia continuar a ser considerado um “direito fundamental”, eis que gravado dos ônus decorrentes do dever de atender à função social e ambiental? Para responder a essa importante indagação, parte-se de critérios para identificar os direitos fundamentais.²

A hipótese que ora se propõe é no sentido de que a propriedade privada continua a ser um direito fundamental, porém apresentando novo conteúdo, no qual sobressaem as funções social e ambiental. Para verificá-la será utilizado o referencial teórico oferecido pela Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, a partir do estudo comparado das experiências constitucionais de outros países, em especial a alemã, apreciada à luz do referencial teórico desenvolvido por Calliess³ (2001, p. 18-23) que traduz uma análise da tensão efetiva e potencial entre a proteção ambiental e a proteção aos direitos fundamentais enquanto função central do Estado de Direito.

Recentemente a doutrina alemã passou a estudar aspectos constitucionais envolvendo a colisão entre direitos fundamentais. No que diz respeito à tensão entre propriedade privada e meio ambiente (cerne do presente artigo), a partir do ano de 1994, quando a lei fundamental alemã acolheu no artigo 20a uma norma objetiva de proteção ambiental, vem sendo amadurecido o debate acerca da seguinte questão: se a proteção do ambiente é alçada a objetivo fundamental que orienta todo o ordenamento – não de forma exclusiva, mas em conjunto com os princípios da dignidade humana, do Estado de Direito e do Estado Social –

² Há aqueles que defendam como critério para identificar os direitos fundamentais a menção expressa a esta condição feita pela própria Constituição, o que a primeira vista apresenta-se como um caminho seguro (dentre estes, Lorenzo Martín-Retortillo, na obra *Regimen constitucional de los derechos fundamentales* (1988, p. 65); e Konrad Hesse, no clássico *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha* (1998, p. 225); mas por outro lado pode significar um “engessamento” reduzir a noção de direitos fundamentais a um mero critério formal, ainda que fornecido pela própria Carta Magna. Compartilham desta opinião, Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 97) e Flávia Piovesan (1997, p. 78-80).

³ Christian Calliess é professor da Universidade Livre de Berlim e da pós-graduação sobre a integração europeia do Instituto Europeu da Universidade de Saarland. Membro do Conselho Consultivo do Meio Ambiente (SRU); o foco do seu trabalho científico é a política ambiental no âmbito da lei europeia e os direitos humanos fundamentais (incluindo os direitos de proteção).

, seria possível conciliá-la com os direitos fundamentais de modo a evitar que estes sejam excessivamente restringidos em nome do interesse ambiental?

A resposta a essa questão pode ser construída a partir de diferentes perspectivas. A proposta oferecida por Calliess surge como inovadora, na medida em que indica como solução a superação da bipolaridade no que diz respeito à colisão de direitos fundamentais, em favor de um raciocínio mais amplo, de multipolaridade. Por isso o pensamento deste autor é importante, e será objeto do presente estudo.

Ao analisar o disposto no artigo 20^a da Lei Federal Alemã, Calliess defende que tal dispositivo obriga o legislador à produção de normas de proteção ambiental, permitindo o controle judicial relativo à proibição de proteção deficiente, na mesma linha da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais da formulação de Claus-Wilhelm Canaris para os deveres de proteção. Assim, em um mesmo caso concreto incidem a proteção dos direitos fundamentais na perspectiva subjetiva – posição subjetiva, geralmente uma obrigação de abstenção face ao Estado – e na perspectiva objetiva – deveres de proteção que dependem da atuação estatal. Segundo essa proposta, as colisões não são mais bipolares, mas sim multipolares.

A formulação de Calliess está direcionada para a análise da tensão efetiva e potencial entre a proteção ambiental e a proteção dos direitos fundamentais, compreendidos como função central do Estado de Direito. Essa tensão verifica-se em situações nas quais a proteção ambiental colide com os direitos fundamentais, como o direito de propriedade. O Estado de Direito está, portanto, em posição delicada: deve, no cumprimento de sua responsabilidade estatal pela proteção ambiental em meio a medidas restritivas e realizadoras da liberdade, efetivar uma ponderação que seja o mais protetora possível da liberdade. Essa dupla tarefa do agir estatal no âmbito da proteção ambiental conduziria a um “déficit de Estado de Direito”?

Para responder a essa questão, Calliess coloca a proteção ambiental como condição de legitimidade do Estado, significando que este talvez não esteja obrigado a garantir absoluta segurança no âmbito de uma tarefa de otimização ecológica, mas sim a tomar o devido cuidado para que riscos de dano aos bens individuais fundamentais não se tornem tão grandes a ponto de transformarem-se em um perigo no sentido jurídico. Aqui, o “Estado de Direito” deve prestar atenção ao fato de que deve coordenar as esferas de direito dos cidadãos em função de uma máxima liberdade possível. Desta forma, concepções que poderiam

resultar em uma “Ecoditadura”, estariam afastadas. Nesse diapasão, pretende-se analisar a tensão entre direito de propriedade, enquanto direito de liberdade, em face do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, contextualizando tal reflexão no âmbito do processo de constitucionalização do direito privado.

2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

O que é a constitucionalização do direito privado? Ela, de fato, existe? Este é um debate que ainda não alcançou a unanimidade, especialmente no Brasil. Capanema⁴ e quase toda a doutrina paulista, e, no Rio de Janeiro, o professor Ricardo Lira, posicionaram-se no sentido de que não houve a “constitucionalização do Direito Civil”, dentre outros motivos porque, segundo eles, a Lei de Introdução ao Código Civil, que é de 04 de setembro de 1942, já previa grande parte dos princípios que foram abraçados pela Constituição de 1988.

Ainda assim, é inegável que houve recentemente uma mudança de enfoque. Outrora as normas constitucionais dirigiam-se não diretamente aos cidadãos, mas ao legislador infraconstitucional, funcionando como limites à atuação do Estado. Acreditava-se que as relações entre particulares eram estabelecidas e tuteladas pelo Código Civil, sem nenhum influxo das normas constitucionais. A interferência do Estado no âmbito das relações privadas era admitida apenas para “manter a coexistência pacífica entre as esferas individuais”, conforme a lição de Costa (2005, p. 63).

O século XIX inaugurou mudanças significativas em decorrência da industrialização, e as demandas sociais passaram a exigir a intervenção do Estado na economia. Especialmente após a Segunda Grande Guerra, surgiram as grandes constituições democráticas permeadas por valores sociais que substituíram os liberais. O individualismo cedeu lugar ao solidarismo, inserindo uma nova tábua de valores na qual a Constituição deixou de ser vista apenas como depositária de “normas programáticas”, reclamando-se o reconhecimento de sua “força normativa”. Este movimento vem resultando em uma nova personalização dos institutos civis.

⁴ A posição de Sylvio Capanema de Souza foi externada em palestra por ele proferida, intitulada “Contrato, titularidade e família: da codificação a constitucionalização”, em evento organizado pela CEPAD, sob a coordenação do professor desembargador Sérgio Cavalieri Filho, no dia 02 mai. 2005. Disponível em: <<http://aulascivilconstitucional.blogspot.com.br>>. Acesso em: 20 jul. 2012.

A dicotomia entre o direito público e o privado vem sendo relativizada, conforme apontou Trabucchi (1973, p. 9), defendendo que a distinção não vem em uma linha reta e constante, estando sujeita a mudanças no tempo e no espaço, segundo tendências sociais e políticas. Perlingieri (1997, p. 183) chegou até mesmo a sugerir a unificação das duas áreas do Direito, tendo como sustentáculo a Constituição, que passaria a regular diretamente as relações privadas. Raiser (1990, p. 32), por sua vez, propôs a visão deste fenômeno jurídico a partir de dois focos centrais de força normativa, distintos, mas não estanques entre si, sugerindo a imagem de uma única elipse, com dois polos de irradiação distintos, o público e o privado, um em cada extremidade. A esse respeito, Barroso (2010, p. 60) assevera:

O debate jurídico e filosófico da atualidade deslocou-se da diferenciação formal entre direito público e direito privado para uma discussão mais ampla, complexa e sutil acerca das esferas *pública* e *privada* na vida dos povos e das instituições. A percepção da existência de um espaço privado e de um espaço público na vida do homem remonta à Antiguidade, no mínimo ao advento da *polis* grega. Aristóteles já afirmava a diferença de natureza entre a cidade, esfera pública, e a família, esfera privada. A demarcação desses dois domínios tem variado desde então, no tempo e no espaço, com momentos de quase desaparecimento do espaço público e outros que em sua expansão opressiva praticamente suprimiu valores tradicionais da vida privada. As constituições modernas influenciam e sofrem a influência dessa dicotomia, que guarda, no entanto, algumas dimensões metajurídicas, isto é, fora do alcance do Direito. O tema merece uma reflexão interdisciplinar.

Na história do Direito, houve quase sempre concordância dos juristas no sentido de que os princípios constitucionais estão no topo da pirâmide. Nunca se duvidou disso. Entretanto, o que mudou a partir do fenômeno do constitucionalismo foi o caráter que se atribui a estes princípios. Há até bem pouco tempo, a eles era atribuída uma função quase utópica, no sentido de que constituiriam ideais a serem buscados; porém, situados no campo do “dever ser”, muito longe de ser alcançados.⁵ Já o Direito Civil parecia oferecer caminhos mais seguros, instrumentos para a realização daquilo que “é”.

Apenas recentemente é que, conforme afirma Moraes (1993, p. 29), “a norma constitucional assume, no Direito Civil, a função de, validando a norma ordinária aplicável

⁵ O debate acerca da efetividade dos princípios constitucionais, no Brasil, aconteceu concomitante ao processo de amadurecimento da Constituição de 1988, pois, no momento que sucedeu à promulgação da Constituição que ora completa vinte e oito anos, a finalidade dos princípios tanto na visão dos doutrinadores quanto na dos tribunais era a de “orientar”, ou de “programar” as ações do Estado. Careciam tais princípios de força normativa. Conforme asseverou Barroso (1994, p. 30-60), “não é próprio das normas jurídicas – e, *ipso facto*, das normas constitucionais – sugerir, aconselhar, alvitar. São elas comandos imperativos. O resgate da imperatividade do texto constitucional, por óbvio que possa parecer, é uma instigante novidade neste país habituado a maltratar suas instituições”.

no caso concreto, modificar, à luz de seus valores e princípios, os institutos tradicionais”. Dentre estes, está o direito de propriedade, que atualmente deve ser visto em consonância com um sistema de valores no qual a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e o respeito ao meio ambiente adquirem relevância, conforme será tratado na seção a seguir.

Sarmento (2003, p. 273) argumenta que a noção de que a Constituição é uma norma jurídica, dotada de caráter imperativo, cujos comandos podem ser tutelados em juízo quando não forem espontaneamente respeitados, embora possa parecer uma completa obviedade, demorou algum tempo para se firmar. Na atualidade, a força normativa da Constituição não mais pode ser afastada, de modo que os institutos tradicionais do Direito Civil devem ser redesenhados. É o caso do direito de propriedade, instituto do direito civil sobre os influxos dos imperativos constitucionais, como é o caso do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, proclamado no *caput* artigo 225 da Constituição brasileira.

3 O DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO NO ÂMBITO DA TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No caso brasileiro, os direitos fundamentais estão em sua quase totalidade enumerados no artigo 5º da Constituição, em vigor desde 1988. O direito ao meio ambiente equilibrado, no entanto, não consta neste rol, estando insculpido no artigo 225. Segundo Derani (1988, p. 91), isso não significa que deva ser desconsiderado, “pois um direito é fundamental quando o seu conteúdo invoca a liberdade do ser humano”.

A clássica obra “A Era dos Direitos” de Norberto Bobbio é referência obrigatória quando se pretende compreender os direitos fundamentais.⁶ Segundo o autor (1992, p. 5), os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são históricos, nascidos sob determinadas circunstâncias, “caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra

⁶ Não são poucas as críticas à formulação das “gerações” de direitos fundamentais propostas por Bobbio. A esse respeito, Trindade (2003, p. 41) opõe-se ao que chamou de “visão fragmentária dos direitos humanos”, defendendo a “natureza complementar” de todos os direitos humanos, com o que concordou Sarlet (2013, p. 31). Em que pese a sabedoria reconhecida dos autores que compartilham dessa visão, no entanto, discorda-se desse entendimento, na medida em que Bobbio não defendeu que uma geração de direitos revogaria ou excluiria a outra. Ao identificar as “gerações de direitos humanos”, Bobbio pretendeu ilustrar como aconteceu o surgimento de cada classe dos direitos humanos, de acordo com cada momento histórico. A teoria de Bobbio não propôs a divisibilidade dos direitos humanos, ou a hierarquia entre eles, como equivocadamente entendem alguns autores. Seu pensamento contribuiu sobremaneira para que se pudesse, de forma didática, vislumbrar o surgimento e a positivação dos direitos humanos, como decorrência da luta de “novos direitos” contra “velhos poderes”.

velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez, e nem de uma vez por todas”.

O direito de propriedade em uma primeira fase de seu desenvolvimento histórico fundamentava-se na necessidade do indivíduo em usufruir de uma liberdade negativa, consubstanciada na não intervenção do Estado na esfera individual, classificado por Bobbio como “direito de primeira geração”, nascido da luta dos parlamentos contra os soberanos absolutos. As liberdades políticas e sociais, por sua vez, na visão de Bobbio, seriam resultado do nascimento, crescimento e amadurecimento do movimento dos trabalhadores assalariados, “dos camponeses com pouca ou nenhuma terra”, que passaram a exigir do Estado “não só o reconhecimento da liberdade pessoal e das liberdades negativas”, mas também “a proteção do trabalho contra o desemprego”, o direito à educação, à saúde, enfim, os direitos sociais, classificados por Bobbio como “de segunda geração”. Ao lado destes, emergiram os direitos de terceira geração, os quais:

[...] constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede compreender do que efetivamente se trata. *O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído.* (BOBBIO, 1992, p. 6)

É em face desta incerteza quanto ao conteúdo do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e seus reflexos no âmbito da propriedade que se desenvolve este artigo, com o objetivo de contribuir para a compreensão deste fenômeno, acerca do qual as teorias existentes são ainda insuficientes, a despeito do fato de que a consciência ecológica avança a passos largos, estando presente hoje no arcabouço legislativo da maioria dos países ocidentais. Sarlet (2008, p. 50-51) identifica o direito ao ambiente equilibrado dentre os direitos fundamentais que classificou como de “terceira dimensão”:

Os direitos fundamentais de terceira dimensão, também denominados direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa.

Algumas constituições incluem o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no rol dos direitos fundamentais. Na Europa, a Conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente que aconteceu em Estocolmo (Suécia) no ano de 1972 influenciou

decisivamente as constituições dos povos que se libertavam de regimes ditatoriais, como é o caso da Espanha e de Portugal. A Constituição da República Portuguesa de 1976, no artigo 66, inseriu dentre os direitos econômicos, sociais e culturais “o direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado”. Inspirada nesse dispositivo, a Constituição da Espanha em 1978 disciplinou no artigo 45:⁷

1) Todos têm o direito de desfrutar de um meio ambiente adequado para o desenvolvimento da pessoa, assim como o dever de conservá-lo; 2) Os poderes públicos devem assegurar o uso racional dos recursos naturais com a finalidade de proteger e melhorar a qualidade de vida, defender e restaurar o meio ambiente, contando com a inescusável solidariedade coletiva; 3) Para aqueles que violarem o disposto nos itens anteriores, nos termos da lei serão estabelecidas sanções penais ou, conforme o caso, administrativas, assim como a obrigação de reparar o dano causado.

No caso da Alemanha, após a Conferência de Estocolmo, intensos debates doutrinários ocorreram sobre a necessidade de incorporar o direito ao meio ambiente sadio no âmbito constitucional. Apesar disso, somente em 1994 a Lei Fundamental acolheu o artigo 20a, cujo teor é o seguinte:⁸

O Estado deve proteger as bases naturais da vida, tendo em conta também a sua responsabilidade para com as futuras gerações, no âmbito da ordem constitucional, segundo a lei e o Direito, por meio do poder Legislativo, e dos poderes Executivo e Judiciário.

A Lei Fundamental Alemã, portanto, atribuiu ao Estado o dever de proteção ao meio ambiente, ao invés de instituir um direito fundamental ao ambiente. Ainda assim, a doutrina daquele país atribui peso considerável ao referido princípio. É o caso do Professor Christian Calliess, para quem esse dispositivo constitucional, na medida em que vinculou o legislador à produção de normas de proteção ambiental, permitiu o controle judicial em face da

⁷ Tradução livre da autora. Texto original: 1) Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo; 2) Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la inexcusable solidaridad colectiva; 3) Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.

⁸ Em tradução livre da autora. A versão original: “Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung.” Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gg/gesamt.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2013.

proibição de proteção deficiente, à semelhança da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, e em consonância com a formulação de Canaris (2009, p. 36).⁹

A obra de Christian Calliess apresenta uma análise da tensão efetiva e potencial entre a proteção ambiental e a proteção aos direitos fundamentais, que seria a função central do Estado de Direito. Essa tensão verifica-se em situações nas quais a proteção ambiental colide com outros direitos fundamentais, como o direito de propriedade, que é também o núcleo central do presente artigo. Por isso, a reflexão de Calliess pode ser utilizada para verificar se o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado constitui-se em um “direito fundamental”.

Ainda que no caso da Alemanha o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não esteja entre os direitos fundamentais, Calliess (2001, p. 29) defende que a proteção ambiental é atualmente condição de legitimidade¹⁰ do Estado. Por isso, o Estado deve tomar o devido cuidado para que os riscos de dano aos bens individuais fundamentais não se tornem tão grandes a ponto de transformarem-se em um perigo no sentido jurídico. Ao Estado de Direito, segundo este autor, cabe se atentar ao fato de que deve coordenar as esferas de direito dos cidadãos em função de uma máxima liberdade possível, afastando as concepções que possam resultar em uma “ecoditadura”.

Em outras palavras, a tarefa de proteção ambiental que o artigo 20a da Lei Fundamental Alemã atribuiu ao Estado não pode significar um “déficit de Estado de Direito”. Como efetivar isso? Calliess propõe que o Estado, em meio a medidas restritivas e garantidoras da liberdade, realize uma ponderação o mais protetora possível da liberdade e com isso digna de um verdadeiro Estado de Direito.

A ponderação proposta por Calliess vai muito além das discussões sobre colisão entre direitos fundamentais que se tornaram bastantes conhecidas no Brasil a partir das contribuições de Alexy e Dworkin. A colisão entre princípios constitui-se em um dos grandes desafios para o direito constitucional contemporâneo. A chave para a solução deste problema, segundo Alexy (2008, p. 85), estaria na análise da estrutura das normas de direitos fundamentais, buscando-se

⁹ Claus-Wilhelm Canaris é um jurista alemão considerado um dos mais importantes dogmáticos do Direito Civil. Antecedeu Karl Larenz na Cátedra de Direito Civil e Filosofia do Direito da Universidade Ludwig-Maximilians, em Munique. Tratando da questão da eficácia dos direitos fundamentais no direito privado, propôs um modelo dogmático fundamentado na distinção entre a função dos direitos fundamentais como proibições de intervenção e como imperativos de tutela.

¹⁰ A legitimidade é destacada aqui como um elemento externo ao sistema, mas que o justifica. Nino (1994, p. 62) argumenta que “a validade de certo ordenamento jurídico não pode fundar-se em regras desse mesmo sistema jurídico, mas deve derivar de princípios externos ao próprio sistema”.

a distinção entre princípios e regras. No caso de conflito entre regras, seria possível aplicar uma “cláusula de exceção” a uma delas, ou até mesmo a invalidação daquela que tivesse menor incidência na análise de um caso concreto. A distinção entre princípios, no entanto, não pode resultar na invalidação ou revogação de quaisquer destes. Um princípio nunca revoga ou invalida o outro. Com base nessa linha de raciocínio, Alexy propõe uma fórmula através da qual seriam atribuídos pelo intérprete valores baseados no peso de cada princípio, segundo as características de incidência destes no caso concreto. Haveria dois métodos para a solução de conflitos, a ponderação e o balanceamento. Alexy desenvolve a proposta da ponderação como alternativa ao método da subsunção para a interpretação e aplicação do Direito. Dworkin (1978, p. 40-42), enfrentando a questão da diferença entre princípios e regras, afirma que os primeiros possuem uma dimensão de peso ou importância que as segundas não têm, de modo que, em caso de colisão, o que tiver maior peso de incidência naquele caso concreto, sobrepor-se-á ao outro que, no entanto, não perderá a sua validade, apenas se afastará momentaneamente, a fim de que o princípio mais adequado àquele caso concreto possa incidir com maior amplitude.

Calliess, por sua vez, argumenta que as colisões não devem mais ser bipolares, mas sim “multipolares”. E é nessa perspectiva que, mesmo sem a inserção expressa do direito ao ambiente no catálogo dos direitos fundamentais na Alemanha, seria possível naquele sistema jurídico a identificação de um “Estado Ambiental”, termo que evidencia a necessidade de considerar o divisor de águas no qual se encontra o Estado de Direito em relação à tensão entre proteção ambiental e garantia de outros direitos fundamentais, dentre os quais está o direito de propriedade.

Considerando-se que a atividade humana quase sempre implicará na alteração das condições naturais, o foco do “Estado Ambiental” estaria nos critérios de definição para melhores condições ambientais, dentre os quais Calliess destaca o princípio da precaução e o postulado do desenvolvimento sustentável. Essas seriam diretrizes a serem também observadas na interpretação judicial das questões que envolvem o meio ambiente. O Estado, portanto, tem a tarefa de não deixar o desenvolvimento seguir livremente em uma época na qual o avanço tecnológico caminha a passos largos, e sim de dar direção a esse desenvolvimento. Deste poder-dever do Estado resultaria um duplo monopólio da força estatal, de modo que os deveres de proteção ambiental do Estado fixados pelo artigo 20a da Lei Fundamental Alemã estariam fortalecidos a ponto de ser colocados em igual força em relação aos direitos fundamentais na perspectiva subjetiva individual.

Os interesses de direito subjetivo e objetivo seriam em um primeiro momento realizados na dimensão de defesa dos direitos fundamentais dos indivíduos subjetivamente protegidos; no segundo momento, pela dimensão dos deveres de proteção decorrentes de direitos fundamentais no caso dos interessados. No terceiro momento, pelo interesse comum de proteção ambiental pelo Estado, conforme disciplinado no artigo 20a. Esses interesses não poderiam ser tratados de forma isolada, e sim conjuntamente, dentro de uma perspectiva de ponderação, na linha da concepção de Robert Alexy. Para além da fórmula da ponderação de Alexy, no entanto, a proposta de Calliess é desenvolver um exercício de proporcionalidade que seja multipolar para solucionar os casos concretos que surgem quando se articula um Estado Ambiental em um Estado de Direito.

Assim, mesmo sem o reconhecimento expresso da Lei Fundamental Alemã quanto ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental, a doutrina naquele país expressa a proteção ambiental como condição de legitimidade do Estado de Direito. O que dizer, então, dos países nos quais as constituições vigentes incluíram o direito ao meio ambiente saudável no rol dos direitos fundamentais, como é o caso do Brasil? Não são poucas as vozes que o afirmam como direito fundamental. Canotilho e Moreira (1993, p. 37) dizem que o direito ao meio ambiente é um dos “novos direitos fundamentais”. Raposo (1994, p. 15) o considera “direito da personalidade e, simultaneamente, um direito e uma garantia constitucional”. Prieur (2004, p. 23) avança no sentido de dizer que a proteção do ambiente não está ligada ao *non facere* do Estado, mas, ao contrário, exige prestações positivas em reforço aos deveres infraconstitucionais de garantia pelas autoridades públicas dos processos ecológicos essenciais. A inclusão do direito ao meio ambiente equilibrado no rol dos direitos fundamentais traz consigo avanços que vão muito além de um abstrato impacto político e moral, podendo resultar em benefícios significativos no relacionamento do ser humano com a natureza.

3 O DIREITO DE PROPRIEDADE ENQUANTO GARANTIA CONSTITUCIONAL

Na seção anterior ficou claro que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado tem sido considerado nas constituições democráticas modernas como um direito fundamental. E, mesmo nos casos em que não alcança este *status* – como a Alemanha cuja Lei Fundamental atribuiu ao Estado o dever de proteger o meio ambiente, ao invés de instituir

um direito fundamental ao ambiente –, tal dever do Estado estaria fortalecido a ponto de ser colocado em igual força em relação aos direitos fundamentais na perspectiva subjetiva individual. Contudo, neste novo momento em que o direito ao ambiente exsurge como direito fundamental, o direito de propriedade continuaria a ser um direito fundamental?

O direito de propriedade foi apontado por Rodotà (1990, p. 22) como um “direito terrível”, por ser de exclusão, exercido por um ou alguns dos membros integrantes da sociedade contra os demais (*rectius: erga omnes*). Por essa razão, atua como elemento propulsor das desigualdades sociais. Seria necessário, portanto, questionar se o acesso à cidadania social ocorreria através da propriedade ou dos demais direitos. O direito de propriedade se desdobraria, não podendo mais significar apenas um direito a não intervenção estatal ou de terceiros, mas passando a traduzir-se em um direito enquanto instrumento de efetivação da cidadania do indivíduo.

A ideia de exclusão dos demais sujeitos de direito de qualquer relação com a coisa assume lugar destacado nas definições de propriedade do Código Civil alemão.¹¹ Não se pode olvidar, por outro lado, que inúmeras declarações de direitos humanos reconhecem o direito de propriedade como um direito fundamental. O artigo 17 da Declaração de direitos do homem e do cidadão de 1789 proclamou: “Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização”. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, de seu turno, declarou que “todo ser humano tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros” e, ainda que “ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade”.

Os direitos humanos compreendem, no entanto, um lado passivo. Falar deles deve significar também a clara noção de que há deveres humanos. O direito de propriedade, nesse diapasão, compreende também deveres (dentre os quais está a função social e a ambiental). Nesse sentido, é o disposto no art. 14, segunda alínea, da Lei Fundamental de Bonn: A propriedade implica em obrigações. Seu uso deve servir, por igual, ao bem-estar da coletividade (*Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen*). Assim, o dever de atender à função ambiental não se trata de uma diretriz à

¹¹ (§ 903: Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschliessen) European Law. German Law Journal, v. 10, n. 10, p. 1367-1382, 2009. RAO, Pemmaraju Sreenivasa. Multiple.

legislação, ao titular da propriedade privada e aos tribunais, mas, sim, de vinculação jurídica efetiva, tanto do Estado quanto dos particulares.

O descumprimento dos deveres inerentes ao direito de propriedade pode resultar até mesmo na desapropriação por interesse social (e ambiental), podendo inclusive implicar na inexistência de indenização por parte do Estado, ou indenização abaixo do valor de mercado, como aduz Comparato:

Instrumento clássico para a realização da política de redistribuição de propriedades é a desapropriação por interesse social. Ora, essa espécie de expropriação não representa o sacrifício de um direito individual às exigências de necessidade ou utilidade pública patrimonial. Ela constitui, na verdade, a imposição administrativa de uma sanção, pelo descumprimento do dever, que incumbe a todo proprietário, de dar a certos e determinados bens uma destinação social. Por isso mesmo, é antijurídico atribuir ao expropriado, em tal caso, uma indenização completa, correspondente ao valor venal do bem, mais juros compensatórios, como se não tivesse havido abuso do direito de propriedade. A Constituição, aliás, tanto no art. 5º – XXIV quanto no art. 182, § 3º e no art. 184, não fala em indenização pelo valor de mercado, mas sim em justa indenização, o que é bem diferente. A justiça indenizatória, no caso, é obviamente uma regra de proporcionalidade, ou seja, adaptação da decisão jurídica às circunstâncias de cada caso. Ressarcir integralmente aquele que descumpra o seu dever fundamental de proprietário é proceder com manifesta injustiça, premiando o abuso.

O direito de propriedade precisa ser compreendido neste novo momento na perspectiva do desenvolvimento histórico dos direitos humanos, em consonância com a visão de Bobbio (1992, p. 4) no sentido de que “a afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão na relação Estado/cidadão ou soberano/súditos, influenciada pelas guerras de religião”, através das quais se vai afirmando o direito de resistência à opressão, ou seja, o direito de o indivíduo a não ser oprimido, e a gozar de algumas liberdades fundamentais. Dentre estas se encontra o direito de propriedade, intrinsecamente ligado ao direito à liberdade ou à não intervenção estatal.

Nessa passagem, verifica-se como a questão do direito à liberdade continua presente e atual. Não ficou estagnada no tempo, como um direito de uma época passada. Renovou-se ao assumir um novo conteúdo, composto não mais exclusivamente pela taxativa proibição de intervenção estatal, mas também por imperativos de tutela, na linha do que defende Sen (2000, p. 54) quando fala das “liberdades instrumentais”, que seriam aquelas que contribuem, direta ou indiretamente, para as liberdades globais que as pessoas têm para viver como desejariam. Essa metamorfose que permeia o conteúdo da liberdade foi destacada por

Lira (1997, p. 107), redefinindo-se ao longo do tempo em função das circunstâncias históricas, contenção e liberação das forças econômicas.

Lira traz à luz a definição de André Lalande segundo a qual a liberdade pode ser tomada em três sentidos. No sentido geral, liberdade seria “o estado de ser que não sofre constrangimento, agindo conforme a sua vontade, a sua natureza”. No sentido político e social a liberdade traduziria a “ausência de uma constrição social imposta ao indivíduo”, que é livre para recusar tudo o que a lei não ordena e para fazer tudo o que a lei não veda. Haveria ainda um terceiro sentido, que poderia ser denominado como “psicológico ou moral”, segundo o qual a liberdade é o estado do ser que, após refletir em conhecimento de causa, se decide para o bem ou para o mal, realizando em seus atos sua verdadeira natureza. De acordo com estes sentidos, Lira (op. cit., p. 108) conclui que não se pode negar que a liberdade e o direito à terra se ligam como noções indissociáveis.

O solo, conforme destacou Lira, possui “incomensurável valor, tanto para os particulares como para o povo em seu conjunto”. Isto porque nele “se radicam a fonte de alimentação das gentes”, os elementos indispensáveis para a satisfação das necessidades vitais, a habitação, “as substâncias curativas e de fortalecimento” enfim, conforme a afirmação de Hedeman “o solo é toda hipótese e possibilidade de vida”.

A consciência sobre esta ligação entre solo e vida, entre meio ambiente e cosmos, característica da segunda metade do século XX e início do XXI, é que delinearam um novo perfil para a propriedade: outrora um direito de liberdade garantido pela não intervenção do Estado; atualmente vinculado ao dever jurídico de atender à função social e ambiental.

A Constituição em vigor no Brasil considerou tanto o direito de propriedade quanto a defesa do meio ambiente como princípios gerais da atividade econômica, conforme se pode verificar do disposto no artigo 170, em especial nos incisos II e VI. Na opinião de Ferreira (apud. BENJAMIN, 2010, p. 292), essa nova redação parece propor, de forma objetiva, a necessidade de que as imposições resultantes dos deveres de proteção do meio ambiente atendam ao princípio da proporcionalidade, de modo a admitir que a defesa do meio ambiente somente se realiza por meio de medidas de proteção que atendam aos objetivos de segurança ambiental; porém, também permitindo o exercício da atividade econômica. Assim, as medidas de proteção, segundo esta autora, devem ser aquelas que “importem o menor grau de restrição aos demais bens ou direitos envolvidos na relação, e que se demonstrem concretamente necessárias e suficientes para a garantia de proteção esperada”.

Sarmento (1997, p. 52) defende que a intervenção direta do Estado nas relações de direito privado não significa o agigantamento do direito público em detrimento do direito civil; ao contrário: a perspectiva de interpretação civil-constitucional permite que sejam revigorados os institutos de direito civil que estejam defasados da realidade econômica e social contemporânea.

Essa linha de raciocínio também presente no pensamento de Calliess (2001, p. 32)¹² conduz à conclusão de que os deveres de proteção ao meio ambiente devem ser buscados de forma a evitar o menor grau de restrição possível ao direito de propriedade. Até porque, no caso brasileiro, este direito foi proclamado no artigo 5º, XXII da Constituição Federal de 1988. Não restam dúvidas, portanto, que em decorrência de expressa previsão constitucional, o direito de propriedade continua a ser uma garantia. O que se busca é a compreensão do novo conteúdo desse instituto, em face da disposição contida no inciso XXIII do mesmo artigo 5º, segundo a qual “a propriedade atenderá a sua função social”, e no caput do artigo 225, no sentido de que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”.

O meio ambiente se consolida no meio físico, enquadrado na moldura da propriedade. É nesse palco que o espetáculo da vida se realiza, sem destruí-la ou revogá-la. Assim, a grande diferença entre o passado e o presente é que atualmente “o direito de propriedade aparece ambientalmente qualificado”, conforme afirmou Benjamin (2010, p. 294), cuja lição merece ser destacada:

A apropriação dos espaços pela intervenção humana – seja pela ocupação da terra, seja pelo parcelamento do solo e do planejamento urbano das cidades – encontra-se condicionada por finalidades e usos que devem ser protegidos. O princípio da função social da propriedade se superpõe à autonomia privada, que rege as relações econômicas, para proteger os interesses de toda a coletividade em torno de um direito ao ambiente ecologicamente equilibrado. Somente a propriedade privada que cumpra sua função social possui proteção constitucional. Por essa razão, seu descumprimento importa a imposição de uma sanção: a expropriação compulsória. Esta é suportada pelo proprietário exatamente em razão do exercício irresponsável do direito e da gestão inadequada dos recursos naturais.

Com base nessas reflexões, é possível afirmar que o direito de propriedade continua a ser um direito fundamental, porém vinculado ao dever de cumprir a função social e a

¹² A ideia desenvolvida por Calliess (2001, p. 32) de que o Estado deve prestar atenção ao fato de que deve coordenar as esferas de direito dos cidadãos em função de uma máxima liberdade possível, afastando as concepções que possam resultar em uma “ecoditadura” foi utilizada como referencial teórico para o desenvolvimento da seção anterior.

ambiental. Este condicionamento, além de constituir-se em uma obrigação do titular da propriedade, será fiscalizado e gerido pelo Estado de modo a interferir em menor grau possível no direito de propriedade. Em outras palavras, a intervenção do Estado é legítima desde que se dê na medida necessária ao cumprimento da função social e ambiental.

Nessa tarefa de gestão o Estado deve coordenar as esferas de direito dos cidadãos em função de uma máxima liberdade possível, tomando cuidado para que os riscos de dano aos bens individuais fundamentais (dentre os quais o direito de propriedade) não se tornem tão grandes a ponto de transformarem-se em um obstáculo para o próprio Estado de Direito. O papel do Estado, nesse contexto, passa a ser o de gerenciador dos riscos, conforme apontou Giddens (1999, p. 5). Eis que de um lado deve agir para evitar o aprofundamento dos danos coletivos gerados pelo modo de vida contemporâneo (poluição, desmatamento, novas tecnologias etc.) e, de outro, deve esforçar-se para garantir a menor interferência possível nos direitos fundamentais já consagrados.

Nessa direção, faz-se necessária a construção de uma nova perspectiva conceitual para o direito de propriedade, não mais como um direito absoluto, mas como direito/função, conforme vem sendo construído no âmbito do constitucionalismo contemporâneo. Kataoka (2000, p. 465) fala em “direito que permite a um titular usar, gozar e dispor de certos bens, desde que ele o faça de modo a realizar a dignidade da pessoa humana”. Um novo conceito de propriedade é preciso, especialmente em decorrência dos sinais de esgotamento do meio ambiente que tornam a tarefa de conservação planetária a mais urgente deste início de século.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A hipótese formulada no início deste artigo no sentido de que o direito de propriedade continua a ser um direito fundamental foi se confirmando ao longo das pesquisas desenvolvidas para sua elaboração. Porém, deve-se ter em conta que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado também adquiriu *status* de direito fundamental, assim consagrado na maioria das constituições em vigor no Ocidente, razão pela qual quando incidirem tais direitos no caso concreto e estiverem em rota de colisão, será necessário o exercício da ponderação não apenas em uma perspectiva bipolar, como sugerem Dworkin e Alexy, mas sim em uma visão multipolar, na linha da proposta de Calliess (apresentada ao longo deste artigo).

O direito ao meio ambiente sadio revela-se de tal forma importante que deve ser considerado como verdadeira condição de legitimidade do Estado de Direito, o que não significa, no entanto, que o direito de propriedade possa ser obstado sem uma razão forte o suficiente para justificar a interferência na esfera de liberdade individual do titular da propriedade. Cabe ao Estado o papel de gestor dessa tarefa e à sociedade o dever de zelar contra as possíveis arbitrariedades estatais, a fim de que não se percam as garantias de direitos individuais conquistadas e consolidadas ao longo da história humana.

Os princípios da função social e ambiental da propriedade se superpõem à autonomia privada. Porém, devem incidir *in concreto* de modo a significar o menor grau possível de interferência e limitação aos direitos individuais. Este monumental desafio está colocado ao poder público e à cidadania neste início de século e vencê-lo pressupõe uma nova forma de lidar com a propriedade privada.

Não se pode perder de vista, com efeito, que o direito de propriedade consiste em um direito de liberdade, conquistado ao longo do tempo como uma garantia do cidadão contra a interferência e arbitrariedade do Estado. E continua a sê-lo. Porém, a propriedade está inserida em um contexto no qual não pode permanecer imune às necessidades de proteção e conservação ambiental.

Demonstrou-se no presente artigo que as constituições em vigor no Ocidente abraçaram a proteção ambiental, atualmente reconhecida dentre o rol dos Direitos Fundamentais de forma inexorável, ante aos sinais de esgotamento dos recursos naturais do planeta Terra. Nesse contexto, o Estado de Direito deve ser também o Estado Ambiental. À propriedade deve ser reconhecido o inevitável perfil ambiental.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (1949). Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gg/gesamt.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Efetividade das normas constitucionais revisitada. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 197, jul./set. 1994.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. Constitucionalização do Ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CALLIESS, Christian. *Rechtsstaat und Umweltstaat: Zugleich ein Beitrag zur Grundrechtsdogmatik im Rahmen mehrpoliger Verfassungsverhältnisse*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. São Paulo: Almedina, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. In: *A questão agrária e a justiça*. STROZAKE, Juvelino José (Org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 138-139.

COSTA, Pedro Oliveira da. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2005.

DERANI, Cristiane. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: direito fundamental e princípio da atividade econômica. In: FIGUEIREDO, Guilherme José de. *Temas de direito ambiental e urbanístico*. São Paulo: Max Limonad, 1988.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Harvard: University Press, 1978.

ESPANHA. Constituição (1978). Disponível em: <www.lamoncloa.gob.es/NR/.../constitucion_ES.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2016.

FRANÇA. Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

GIDDENS, Anthony. Risk and responsibility. *Modern Law Review*, v. 62, n. 1, jan. 1999.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luíz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

KATAOKA, Eduardo Takemi. Declínio do individualismo e propriedade. In: *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. 2000.

LIRA, Ricardo Pereira. *Elementos de direito urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MARTIN-RETORTILLO. Regimen constitucional de los derechos fundamentales. In *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid: Civitas, 1988.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil*, n. 65, 1993.

NINO, Carlos Santiago. *Derecho, moral y política: una revisión de la teoría general del derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 3. ed. atual. São Paulo: Max Limonad, 1997.

PRIEUR, Michel. *Droit de l'environnement*. 5. ed. Paris: Dalloz, 2004.

RAISER. Il futuro del diritto privato. In: *Il compito del diritto privato*. Trad. Marta Grazadieri. Milão: Giuffrè, 1990. p. 32.

RAPOSO, Mário. O direito ao ambiente como direito fundamental. In: *Centro de Estudos Judiciários, Textos, Ambiente*. Lisboa, 1994.

RODOTÀ, Stefano. *Il terribile diritto: studi sulla proprietà privata*. Bolonha: Il Mulino, 1990.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *Direito constitucional ambiental*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARMENTO, Daniel. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, n. 5, 1997.

_____. A normatividade da Constituição e a constitucionalização do Direito Privado. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, v. 6, n. 23, 2003.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das letras, 2000.

SOUZA, Sylvio Capanema. *Contrato, titulariedade e família: da codificação a constitucionalização*. Palestra proferida em evento organizado pela CEPAD, sob a coordenação do professor desembargador Sérgio Cavalieri Filho, 02 mai. 2005. Disponível em: <<http://aulascivilconstitucional.blogspot.com.br>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

TRABUCCHI. *Instituzioni di diritto civile*. 19. ed. Pádova: Cedam, 1973.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 2003. v. 1.