

Publicações da Escola da AGU

1º Curso: Le Corti Internazionale, i Diritti Umani ed il Diritto in Europa volume 2

n. 35 nov./dez. 2014 - Brasília-DF

ISSN-2236-4374

Publicações da Escola da AGU	Brasília	n. 35	p. 1-316	nov./dez. 2014
------------------------------	----------	-------	----------	----------------

Publicações da Escola da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União
Ministro Victor Nunes Leal

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 06, lote 800
CEP 70610-460 – Brasília – DF Telefones (61) 2026-7368 e 2026-7370
e-mail: eagu.secretaria@agu.gov.br

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Ministro Luís Inácio Lucena Adams

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Fernando Luiz Albuquerque Faria	Substituto do Advogado-Geral da União
Marcelo de Siqueira Freitas	Procurador-Geral Federal
Paulo Henrique Kuhn	Procurador-Geral da União
Adriana Queiroz de Carvalho	Procuradora-Geral da Fazenda Nacional
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy	Consultor-Geral da União
Ademar Passos Veiga	Corregedor-Geral da AGU
Grace Maria Fernandes Mendonça	Secretária-Geral de Contencioso

ESCOLA DA AGU

Juliana Sahione Mayrink Neiva	Diretora
André Luiz de Almeida Mendonça	Vice-Diretor
Nélida Maria de Brito Araújo	Coordenadora-Geral

EDITOR RESPONSÁVEL

Juliana Sahione Mayrink Neiva

COORDENADORA DA PUBLICAÇÃO

Mariana Filchtiner Figueiredo

Conselho Editorial

Juliana Sahione Mayrink Neiva
André Luiz de Almeida Mendonça
Mariana Filchtiner Figueiredo
Eugênio Battesini

Apoio Institucional: Escola da AGU

Diagramação/Capa: Niuza Lima/Glúcia Pereira

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas nos artigos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Publicações da Escola da AGU: 1º Curso: Le Corti Internazionale, i Diritti Umani ed il Diritto in Europa - Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal - Ano V, n. 35, v. 1 (nov./dez. 2014).

Brasília: EAGU, 2012. mensal.

A partir do ano III, n. 8 passou a ser periódico bimestral e a partir do ano IV, n° 14 periodicidade mensal.

ISSN 2236-4374

1 - Direito Público - Artigos - Brasil I. Título. II. Série.

CDU 34 (05)

CDD 340 . 5

SUMÁRIO

Apresentação	5
A Decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos Sobre a Proibição do Véu Islâmico Integral na Legislação Francesa (Acórdão de 1º de Julho de 2014): uma análise estratégica das escolhas argumentativas <i>The European Court of Human Rights ruling on the French full Islamic veil ban (judgment delivered on 1 July 2014): a strategic analysis of the Court argumentative choices</i> Gustavo Just	7
Materialidade do Direito à Previdência Social Face à Proteção Internacional dos Direitos Humanos: entendendo a norma de Benefício Lucas Mateus Louzada	25
Breves Considerações Sobre a Violação aos Direitos Humanos dos Presos na Europa e na América <i>Brief considerations about the violation of prisoners' human rights in Europe and America</i> Luíza Filizzola de Rezende Lana	83
Licitações Públicas Sustentáveis na União Europeia: caminho para o desenvolvimento sustentável <i>Sustainable Public Procurement in European Union: an instrument for the goal of a sustainable development</i> Marcela Albuquerque Maciel	113
Instituto da Entrega: os aparentes conflitos entre o estatuto de Roma de 1998 e o texto constitucional brasileiro <i>The Institution of surrender: an apparent conflict between the 1998 Rome Statute and the Brazilian Constitution</i> Maria Cristina Andreoli	139
O Direito à Saúde em Perspectiva Comparada: o uso compassivo de medicamentos experimentais. <i>The Right To Health On Comparative Perspective: the compassionate use of experimental medications.</i> Mariana Filchitner Figueiredo	163
Liberdade de Religião e Discriminação nas Relações de Trabalho: análise de caso julgado pela corte europeia de direitos humanos <i>Religious Freedom and Discrimination in Employment Relationships: analysis of case judged by the european court of human rights</i> Maurício de Medeiros Melo	187

O Sistema Europeu Continental de Controle de Constitucionalidade: Aspectos Gerais sob a Ótica Comparativa com o Modelo Brasileiro <i>The Continental European Constitutional Jurisdiction System: general aspects compared to the Brazilian model</i> Murilo Strätz	203
O Trabalho na União Europeia e no Mercosul – Breves Considerações sobre a Supranacionalidade e os Direitos Sociais <i>Work in the European Union and Mercosur - Considerations about the supranationality and the social rights</i> Rafael Franklin Campos e Souza.....	233
Sistemas jurídicos comparados – A jurisdição una brasileira e o sistema de contencioso administrativo italiano <i>Legal systems compared – The brazilian united jurisdiction and the italian system of administrative litigation</i> Regina Lopes Dias Nunes	245
Notas Acerca da Aplicação do Princípio da Subsidiariedade na União Europeia <i>Notes on the Application of the Principle of Subsidiarity in the European Union</i> Renata Garcia Paiva Heine.....	259
Estudo Comparado do Sistema Regional Europeu e Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos <i>Brief comparative study about the Regional European and the Inter-American Systems of protection of human rights</i> Ricardo Resende de Araújo.....	269
O Direito ao Esquecimento e a Internet – Censura ou Garantia? A recente decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia. O Direito ao Esquecimento no Brasil <i>Right to be Forgotten and the Internet – Censorship or Guarantee? The Recent Justice Court of Europe Union decision. The Right to be Forgotten in Brazil</i> Rosa Maria Pellegrini Baptista Dias.....	279
A Penhora “On Line” na Execução Fiscal e a Proteção dos Direitos Humanos: Uma Visão Conciliadora <i>The On-Line Paxon in Tax Execution and Protection of Human Rights: a conciliatory view</i> Valério de Freitas Mendes	301

APRESENTAÇÃO

É com imensa satisfação que apresentamos ao público a coletânea de artigos produzidos no contexto do Curso “*Le Corti Internazionale, i Diritti Umani ed il Diritto in Europa – Studi Comparati tra Istituzioni e Sistemi*”, realizado entre os dias 30 de junho e 12 de julho de 2014, nas cidades de Roma, Bruxelas e Haia. Consolidando o terceiro ano de uma parceria institucional entre a Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal e a Università di Roma – Tor Vergata, o Curso de 2014 assegurou especial relevo ao estudo dos instrumentos de proteção dos direitos humanos, em nível internacional e comunitário. Para tanto, além das intensas atividades desenvolvidas em sala de aula, oportunizaram-se visitas institucionais em Bruxelas (Parlamento Europeu, Comissão Europeia e Conselho Europeu), Haia (Corte Internacional de Justiça e Tribunal Penal Internacional) e Roma (Conselho de Estado e *Avvocatura di Stato*).

Firmando sua inserção no cenário internacional, a Escola da Advocacia-Geral da União cumpriu mais uma vez com a missão constitucional assinada às Escolas de Governo (CF, art. 39, § 2º), qual seja, atuarem para a formação e o aperfeiçoamento permanentes dos servidores públicos. Por meio de um instigante programa de estudos e visitas, este 3º Curso junto à Università di Roma – Tor Vergata propiciou a aproximação dos Advogados Públicos brasileiros com órgãos estruturantes da União Europeia: seu funcionamento, recursos materiais e humanos, desafios por serem cumpridos. Além disso, permitiu o acesso à experiência acumulada pelas Cortes Internacionais de Haia, estimulando o debate e o questionamento com os interlocutores que lá nos receberam. O convívio agradável no Campus X, marcado pela constante disponibilidade dos professores em aprofundar a análise dos pontos expostos em sala de aula, enfim, tornou os momentos de aprendizagem uma vivência muito mais rica e gratificante para todos.

A presente obra coletiva, publicada em dois volumes pela Escola da Advocacia-Geral da União, congrega os artigos científicos produzidos pelos participantes, uma turma formada precipuamente por Advogados da União, Procuradores Federais e Procuradores da Fazenda Nacional. A temática dos direitos humanos está presente em vários dos textos produzidos, grande parte dos quais optou pela perspectiva comparatista, em termos doutrinários e jurisprudenciais. Reflexo da diversidade de conteúdos abordados por esse 3º Curso, outro grupo de artigos se dedicou

ao exame de aspectos institucionais e estruturais da União Europeia e das Cortes Internacionais, igualmente suscitando as inevitáveis comparações com o sistema interamericano ou o direito brasileiro.

Resta-nos expressar, neste momento, o desejo de que a obra coletiva encontre no público o mesmo entusiasmo que a Advocacia-Geral da União, por sua Escola e por seus membros, imprime no comprometimento com suas funções e na defesa intransigente do interesse público. Que os textos aqui reunidos possam servir de estímulo ao debate e ao aprimoramento profissional, estimulando novos enlances entre os mundos acadêmico e profissional.

*Mariana Filchtiner Figueiredo*¹

¹ Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), com estágio doutoral (“doutorado-sanduiche”) junto ao *Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik* em Munique, Alemanha. Especialista em Direito Municipal pelo Centro Universitário Ritter dos Reis e pela Escola Superior de Direito Municipal (UNIRitter/ESDM). Advogada da União.

A DECISÃO DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE A PROIBIÇÃO DO VÉU ISLÂMICO INTEGRAL NA LEGISLAÇÃO FRANCESA (ACÓRDÃO DE 1º DE JULHO DE 2014): UMA ANÁLISE ESTRATÉGICA DAS ESCOLHAS ARGUMENTATIVAS

THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS RULING ON THE FRENCH FULL ISLAMIC VEIL BAN (JUDGMENT DELIVERED ON 1 JULY 2014): A STRATEGIC ANALYSIS OF THE COURT ARGUMENTATIVE CHOICES

Gustavo Just

PRFN 5ª Região. Professor adjunto da UFPE¹

SUMÁRIO: Introdução; 1 A controvérsia e o julgamento; 1.1 A Lei nº 2010-1192: conteúdo e contexto de aprovação; 1.2 O pedido da autora; 1.3 O procedimento e a decisão; 2 A carga simbólica da disputa; 3 Sua tradução na argumentação judicial; 4 A solução escapista da Corte; 5 Conclusão: questões em aberto; Referências.

¹ Gustavo.just@ufpe.br; Gustavo.silva@pgfn.gov.br

RESUMO: Este artigo se propõe a analisar um aspecto da estrutura argumentativa adotada pela Corte Europeia de Direitos Humanos em sua recente decisão que chancelou a legislação francesa que proíbe o uso, em espaços públicos, do véu islâmico integral. Inicialmente será destacado o fato de que a polêmica em torno da proibição projetou sobre o caso uma carga simbólica elevada. Em seguida se explicará como a conversão da controvérsia numa argumentação jurídica acentuou esse efeito, na medida em que colocou no centro da disputa uma potencial oposição entre a tradição europeia dos direitos humanos e a religião e a cultura islâmicas. Finalmente, o estudo sugere que a estratégia argumentativa escolhida pela Corte pode ser interpretada como uma reação a esse condicionamento simbólico do caso.

PALAVRAS-CHAVE: Corte Europeia de Direitos Humanos. Véu Islâmico. Argumentação. Jurídica. Retórica da Objetividade, Neutralidade e Universalismo.

ABSTRACT: This article purports to analyse an aspect of the argumentative structure adopted by the ECHR in its recent ruling upholding the French ban on the wearing in public of any piece of clothing designed to fully conceal the face. Firstly it will point out the fact that the public debate over the ban imposed a heavy symbolic burden on the case; secondly, it will explain how the translation of the controversy into legal terms had the effect of increasing this burden, by placing in the centre of the arena the potential opposition between the European tradition of human rights and the Islamic culture and religion; finally, it will suggest that the argumentative strategy chosen by the Court can be interpreted as a reaction to this symbolic background.

KEYWORDS: European Court of Human Rights. Full Islamic Veil in Public. Legal Argumentation. Rhetoric of Objectivity, Neutrality and Universalism.

INTRODUÇÃO

Este artigo pretende analisar a estrutura argumentativa da recente decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos que considerou compatível com a Convenção Europeia de Direitos Humanos a legislação francesa que proíbe o uso, em espaços públicos, de traje destinado à ocultação do rosto. A primeira seção narra os principais aspectos da controvérsia e do julgamento, concluído em 1º de julho de 2014. Os propósitos específicos deste estudo são três. O primeiro (seção 2) é destacar o fato de que a controvérsia gerada na opinião pública em torno da Lei da burca projetou sobre o processo uma carga simbólica elevada. O segundo (seção 3) é explicar como a organização jurídica da controvérsia, no curso do processo, confirmou e aprofundou o possível alcance simbólico do julgamento para além dos interesses concretos em jogo. O terceiro (seção 4) é analisar como a estratégia argumentativa adotada pela Corte lhe permitiu fundamentar sua decisão passando quase inteiramente ao largo de uma série de temas jurídica e politicamente sensíveis que, todavia, pareciam incontornáveis tendo em vista a forma como as próprias partes haviam delimitado o universo argumentativo do caso. As fontes utilizadas foram o texto integral do acórdão², os debates orais ocorridos na audiência do dia 27 de novembro de 2013³ e uma amostra do material jornalístico produzido pela imprensa europeia entre 11 de abril de 2011 e 2 de julho de 2014, no qual tiveram expressão tanto a polêmica gerada pela entrada em vigor da Lei quanto a expectativa formada em torno da decisão da Corte.

1 A CONTROVÉRSIA E O JULGAMENTO

1.1 A Lei nº 2010-1192: conteúdo e contexto de aprovação

O art. 1º da Lei nº 2010-1192, promulgada em 11 de outubro de 2010 após ter sido aprovada praticamente à unanimidade em ambas as casas do Legislativo francês, e em vigor desde 11 de abril de 2011, tem o seguinte teor: “A ninguém é dado trajar, em espaço público, vestimenta destinada a ocultar o próprio rosto”.⁴ “Espaço público” é definido, no art. 2º, como constituído pelas “vias públicas e pelos lugares abertos

2 Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145240> (texto em francês) e <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145466>>. (texto em inglês). Acesso em: 10 set. 2014.

3 Disponíveis em arquivo audiovisual em: <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=hearings&w=4383511_27112013&language=lang&c=&py=2013>. Acesso em: 11 set. 2014.

4 “Nul ne peut, dans l'espace public, porter une tenue destinée à dissimuler son visage.”

ao público ou destinados a um serviço público”. O mesmo art. 2º prevê como exceções o uso de traje prescrito ou autorizado por lei ou regulamento, exigido por razões profissionais ou de saúde, ou ainda no contexto de práticas esportivas e de festas ou manifestações artísticas ou tradicionais. Por fim, o art. 3º, atribuindo caráter penal à infração, institui como pena a multa prevista para “contravenções de segunda classe” (máximo de 150 euros), podendo ser substituída por, ou cumulada com, “curso de cidadania”. A mesma Lei modificou o Código Penal para tipificar a conduta consistente em forçar alguém a, em razão de seu sexo, ocultar o rosto. O Conselho Constitucional francês exerceu o controle prévio de constitucionalidade, por provocação dos Presidentes do Senado e da Assembleia Nacional, e considerou o texto compatível com a Constituição, emitindo apenas uma reserva interpretativa (algo como a nossa “interpretação conforme”) para excluir da proibição a prática de atos religiosos em locais de culto abertos ao público.⁵

Como se percebe, o texto da Lei foi redigido em termos gerais, sem fazer referência a nenhum tipo específico de traje destinado a ocultar o rosto. Apesar disso, a Lei é conhecida na Europa por expressões como “Lei da burca” ou “proibição do véu islâmico integral”. O contexto em que a medida foi aprovada explica facilmente essa associação. A própria exposição de motivos que acompanhou o projeto de lei relata alguns elementos desse contexto:

São esses os valores [liberdade, igualdade, fraternidade] que hoje se veem ameaçados pelo desenvolvimento da ocultação do rosto em espaços públicos, em especial pela prática do véu integral. Esse problema vem ensejando, há cerca de um ano, um amplo debate público. A constatação é unânime, enriquecida pelo relatório da missão de informação da Assembleia Nacional. Ainda que o fenômeno seja por ora limitado, o porte do véu integral é a manifestação comunitarista de uma rejeição dos valores da República. Por corresponder à negação da participação das pessoas em questão na vida social, a ocultação do rosto nos espaços públicos carrega uma violência simbólica e desumanizante que fere o corpo social.⁶

5 CONSEIL CONSTITUTIONNEL, Décision n° 2010-613 DC du 07 octobre 2010. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2010/2010-613-dc/decision-n-2010-613-dc-du-07-octobre2010.49711.html>>. Acesso em: 12 set. 2014.

6 ASSEMBLÉE NATIONALE. Projet de Loi n° 2520. Disponível em: <www.assemblee-nationale.fr/13/projets/pl2520.asp>. Acesso em: 12 set. 2014.

Antes disso, o relatório da missão parlamentar a que se refere a exposição de motivos fazia explícita alusão ao recente fenômeno do uso do véu integral por mulheres muçulmanas na França, acrescentando que a prática traduz “a afirmação radical de personalidades em busca de identidade no espaço social, assim como a ação de movimentos integracionistas extremistas”⁷. Assim, o material discursivo produzido em torno da lei – manifestos de organizações sociais ou religiosas, artigos ou reportagens na imprensa, peças processuais e debates orais no caso aqui estudado etc. – parece partir sempre do pressuposto de que a edição da norma foi motivada pelo crescimento do uso do véu islâmico integral (burca ou niqab) por mulheres francesas ou residentes na França ao longo da década de 2000, e de que o combate a essa prática é o seu propósito primordial, ou mesmo exclusivo. Até mesmo a argumentação do governo francês perante a Corte (a ser exposta adiante) reafirma esse pressuposto, apesar de, a certa altura, o caráter geral da Lei ter sido invocado em sua defesa pelos representantes do Estado demandado.

Em consequência, o debate público que se seguiu à publicação da Lei produziu argumentos cujas principais variáveis foram (ou vêm sendo) a liberdade de expressão, a liberdade de religião, a dignidade humana, a igualdade de gênero, o respeito às minorias, a tolerância, o comunitarismo. É interessante observar como o tema da laicidade, caro à cultura francesa e que dominara, poucos anos antes, o debate em torno da proibição de símbolos religiosos ostensivos nas escolas públicas⁸, assumiu agora um papel claramente secundário na controvérsia. Essas variáveis inspiraram uma argumentação jurídica organizada, à luz da Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950), com a provocação da Corte Europeia de Direitos Humanos (caso S.A.S. contra França, iniciado em 11 de abril de 2011).

1.2 O pedido da autora

A autora, a quem a Corte concedeu o benefício do anonimato, é uma jovem nascida e residente na França, muçulmana praticante, e que afirmou trajar a burca ou o niqab em locais públicos com o propósito de agir em conformidade com sua fé, sua cultura e suas convicções pessoais, enfatizando que nenhum membro de sua família a pressiona a se vestir dessa forma. Esclareceu que não usa tais trajes sistematicamente, que costuma dispensá-los, por exemplo, quando vai ao médico, quando

7 ASSEMBLÉE NATIONALE. *Rapport d'information n° 2262*. Disponível em: <www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/2262.asp>. Acesso em: 12 set. 2014.

8 Lei n° 2004-228, de 15 de março de 2004.

encontra amigos num local público ou quando procura conhecer pessoas; explicou, todavia, que gostaria de ter a possibilidade de cobrir o rosto quando o desejasse, em especial em função de seu humor espiritual, como naqueles momentos (a exemplo do Ramadã) em que tem o sentimento de dever expressar em público sua religião e sua fé. Deixou claro, ainda, que não se recusa a desvelar o rosto sempre que solicitada a tanto por razões de segurança ou de controle de identidade. Insurge-se, assim, particularmente contra o caráter geral e irrestrito da proibição, que impede o uso da burca ou do niqab independentemente das circunstâncias em que são trajados. Alega que com a entrada em vigor da Lei viu-se diante de um dilema: ou renuncia a portar os trajés em questão, e com isso sacrifica sua fé e suas convicções pessoais, ou os traja, e com isso se sujeita às sanções previstas na Lei. Para a autora, a proibição contraria os arts. 8, 9, 10 e 14 da Convenção.

1.3 O procedimento e a decisão

Dois aspectos do procedimento refletem a relevância que a Corte e a opinião pública reconheceram ao caso. O primeiro foi a decisão da Turma à qual o processo foi originalmente distribuído de declinar de sua competência em favor do Plenário da Corte (Grande Chambre, Grand Chamber). Trata-se de faculdade em grande parte discricionária, prevista no art. 30 da Convenção para os casos excepcionais que suscitem “questões relevantes de interpretação da Convenção ou dos respectivos Protocolos”.

O segundo aspecto é o número e a qualidade das entidades que pleitearam o direito de intervir no feito na qualidade de terceiros interessados: em tal condição foram admitidos pela Corte o governo da Bélgica (país em que também vigora uma lei proibindo o uso do véu integral), as organizações não governamentais Anistia Internacional, Liberty, Open Society Justice Initiative e Article 19, além do Centro de Direitos Humanos da Universidade de Gand. Todos intervieram na fase escrita do processo, e o governo belga também pôde fazer sustentação oral e responder às perguntas dos juízes na audiência pública realizada em 27 de novembro de 2013. O governo da França foi representado na ocasião por uma equipe de seis juristas integrantes de seus quadros, incluindo a diretora de assuntos jurídicos do Ministério das Relações Exteriores, e a autora foi assistida por um grupo liderado pelo britânico Ramby de Mello, que desfruta de grande notoriedade no Reino Unido e em cortes internacionais como advogado atuante em questões de direitos humanos e imigração.

O julgamento foi pronunciado, em sessão pública, em 1º de julho de 2014. Por maioria de quinze votos contra dois a Corte rejeitou o pedido da autora e declarou que a Lei não feriu nenhum dos dispositivos da Convenção.

2 A CARGA SIMBÓLICA DA DISPUTA

O interesse que o caso despertou na opinião pública europeia não se deve de forma alguma às consequências práticas da decisão que viria a ser tomada: mesmo sendo o país europeu no qual o uso do véu integral é mais difundido, a França registrava menos de duas mil mulheres adeptas desse costume no ano de 2009, segundo estudo da Assembleia Nacional francesa.⁹ A expectativa se formou, na verdade, em torno do alcance simbólico do caso: neutralizado, como vimos, o tema da laicidade, a controvérsia tendia a isolar no centro da arena o possível conflito entre, de um lado, valores “europeus” (representados na ocasião pela tradição europeia dos direitos humanos juridicamente veiculada na Convenção) e, de outro, a cultura e a religião islâmicas.

É claro que a formulação assim cabal do valor simbólico da disputa só é possível por meio de algumas simplificações. Nem a cultura islâmica nem a tradição europeia dos direitos humanos correspondem a práticas ou blocos de ideias homogêneos, e o debate sobre a burca ilustra perfeitamente a impossibilidade de uma confrontação linear entre elas. Variações da visão “europeia” (ou mais amplamente “ocidental”) da igualdade de gêneros e do feminismo, por exemplo, conduziram, nos debates havidos no processo ou em torno dele, a conclusões ora favoráveis, ora contrárias à proibição trazida pela lei francesa. Segundo um argumento feminista levantado nos autos pela Anistia Internacional, “a suposição de que as mulheres que trajam determinado tipo de vestimenta o fazem porque são coagidas a isso corresponde a um estereótipo sexista e religioso”, enquanto outro, lembrado pela própria autora, afirma que “o uso do véu denota muitas vezes uma emancipação das mulheres, sua autoafirmação e sua participação na sociedade”. Mas também foi em nome do feminismo que a Presidente da Liga do Direito Internacional das Mulheres (associação feminista fundada por Simone de Beauvoir), em carta dirigida ao Presidente da Corte na véspera da audiência pública, argumentou que:

O uso do véu integral, por ser uma prática que se aplica apenas às mulheres, por estigmatizar o corpo feminino ao considerá-lo fonte de

9 ASSEMBLÉE NATIONALE. *Rapport d'information* n° 2262. Disponível em: <www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/2262.asp>. Acesso em: 12 set.2014.

desordem, e por impor uma condição à liberdade de locomoção das mulheres, é totalmente incompatível com a própria noção de igualdade.

Na medida em que “literalmente enterra o corpo e o rosto”, prossegue Annie Sugier, o véu integral “constitui uma verdadeira eliminação da mulher, enquanto indivíduo, do espaço público”.¹⁰ Nesse mesmo sentido, diferentes concepções “europeias” das noções de reconhecimento e identidade inspiraram argumentos opostos: para uns, o uso do véu integral, considerado estranho por muitos que com ele se deparam em espaços públicos, é na verdade, “por sua própria estranheza, expressão de uma identidade cultural que contribui com o pluralismo de que se nutre a própria democracia”.¹¹ Assim, proibir o uso do véu equivale a privar determinados indivíduos do reconhecimento de sua identidade cultural. Para outros, invertendo a perspectiva, aquele que se cobre a face é que se recusa a “reconhecer sua humanidade compartilhada com seu interlocutor, ao mesmo tempo que sua humanidade”¹², exprimindo uma forma de desprezo pelo próximo. Da mesma forma, e segundo explicações contidas no próprio acórdão (por exemplo, §§ 76 e 86), o uso da burca ou do niqab é uma prática minoritária no mundo islâmico, obrigatória apenas segundo determinadas interpretações do Corão, enquanto outras chegam a considerá-la incompatível com os princípios do Islã.

Apesar de tudo isso, o contexto atual parece favorecer uma percepção pública reducionista dos valores envolvidos no conflito, sendo por isso compreensível que no curso do processo muitos (inclusive a própria Corte) tenham alertado para os riscos de uma apropriação da decisão pelos discursos islamofóbicos que hoje circulam na Europa.

3 SUA TRADUÇÃO JURÍDICA NA ARGUMENTAÇÃO DO CASO

O que nos interessa observar agora é que a conversão da controvérsia num debate juridicamente organizado, à luz da Convenção e das correspondentes categorias dogmáticas e metódicas de aplicação construídas ao longo dos anos a partir da jurisprudência da Corte, pareceu confirmar que o julgamento da “Lei da Burca” dificilmente deixaria de ser visto como um pequeno julgamento da própria cultura islâmica.

Como se assinalou acima, a autora considera que a Lei n° 2010-1192 contraria os direitos fundamentais previstos nos arts. 8 (respeito à

10 SUGIER, Annie, Lettre au Président de la Cour Européenne des Droits de l’Homme. Disponível em: <www.ldif.asso.fr/index.php?theme=laicite&n=558>. Acesso em: 14 set. 2014.

11 Cf. § 121 do acórdão.

12 Cf. § 82 do acórdão.

vida privada), 9 (liberdade de pensamento, de consciência e de religião), 10 (liberdade de expressão) e 14 (proibição de discriminação) da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Mas os esforços argumentativos dos envolvidos se concentraram, muito claramente, no art. 9. Todos adotaram, em última análise, uma economia argumentativa que viria a ser explicitada na fundamentação da decisão: dadas as circunstâncias do caso, a liberdade de expressar em público sua religião, contemplada pelo art. 9, termina por absorver tanto o respeito à vida privada (em sua dimensão “pública” reconhecida pela jurisprudência da Corte) quanto o direito à liberdade (genérica) de expressão, da qual a liberdade de expressar uma religião é apenas uma manifestação específica. Por outro lado, diante das mesmas particularidades do caso, a alegação de discriminação (art. 14) seria solidária da de violação à liberdade religiosa, já que ambas estariam sujeitas ao mesmo exame de “necessidade” e “proporcionalidade”, como veremos na sequência, de modo que uma teria o mesmo destino da outra. Assim, é possível afirmar que o núcleo da discussão se reduziu ao art. 9, cujo texto é o seguinte:

Art. 9

Liberdade de pensamento, de consciência e de religião

1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de crença, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua crença, individual ou colectivamente, em público e em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos.

2. A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou colectivamente, não pode ser objecto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à protecção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à protecção dos direitos e liberdades de outrem.¹³

Como se percebe, a seção 1 do artigo consagra o direito à liberdade de religião (e à de manifestação dessa religião), mas a seção 2 admite que os Estados signatários introduzam restrições a esse direito, desde que previstas em lei e que se mostrem necessárias, numa sociedade democrática, aos fins ali especificados: segurança pública, manutenção

¹³ Tradução portuguesa utilizada no âmbito do Conselho da Europa. Entretanto, convém lembrar que apenas os textos da Convenção em francês e em inglês são considerados oficiais.

da ordem, saúde e moral públicas ou proteção de direitos e liberdades alheios. A partir dessa configuração textual (praticamente idêntica nos arts. 8 e 10), a Corte desenvolveu, ao longo de décadas de aplicação da Convenção, uma metódica de análise e solução de controvérsias envolvendo possíveis violações de direitos humanos que se organiza em dois momentos. O primeiro consiste em examinar se a conduta imputada ao Estado réu configura uma restrição do direito. O segundo consiste em, admitida a existência de uma restrição, verificar a observância das condições que a autorizam (seção 2 do art. 9, no nosso caso), e que costumam ser analiticamente desdobradas em três aspectos:

- a. A restrição precisa estar prevista em lei;
- b. É preciso haver uma relação de pertinência entre a restrição ao direito e a satisfação de um dos objetivos indicados na segunda seção, e aos quais a terminologia da Corte costuma se referir como fins legítimos;
- c. A restrição precisa ser necessária à proteção dos fins legítimos.

A segunda dessas etapas – análise da pertinência entre a restrição e os fins legítimos – revelou-se crucial no julgamento aqui analisado. A primeira etapa não foi necessária, já que ninguém contestou que a Lei nº 2010-1192 atendesse aos requisitos estabelecidos na jurisprudência da Corte para que um veículo normativo seja considerado “lei” para os fins da seção 2 do art. 9; e a terceira, o exame da necessidade da medida (à luz do princípio da proporcionalidade), somente teria lugar caso se superasse a etapa anterior.

Por outro lado, quando a norma legislativa (objeto de controle) que se confronta com o art. 9 (parâmetro de controle) é uma regra proibitiva, como é o caso aqui, a verificação da pertinência com os fins legítimos produz um curioso efeito de inversão da carga argumentativa. A norma-parâmetro, ao proibir restrições a um direito (aqui, a liberdade de religião), tem *prima facie* o efeito de tornar legítima uma conduta (o porte do véu) que expressa o exercício desse direito. Mas a norma-parâmetro prevê exceções, e associa tais exceções a determinados valores (os fins legítimos). Se a norma objeto de controle (a Lei 2010-1192) é suspeita de restringir um direito ao proibir determinada conduta, então para se verificar se alguma das exceções se aplica será necessário examinar se a conduta proibida é potencialmente contrária aos valores que motivam as exceções. É claro que essa verificação não é necessariamente decisiva (dentre outras razões porque ainda restaria o exame da necessidade), mas a lógica da exceção à proibição de restrição, quando aplicada a uma norma proibitiva, pode ter

o efeito de substituir, como verdadeiro objeto de controle, a lei (suspeita de restringir um direito), pela própria conduta proibida (que num primeiro momento se reconheceria como exercício de um direito fundamental, mas que agora é suspeita de violar outro direito fundamental).

No caso aqui examinado, essa redistribuição dos vetores argumentativos tem a consequência de acentuar o potencial alcance simbólico da decisão, a que se aludiu acima. Isso porque em algumas situações pode ser difícil “julgar” a conduta (isto é, estimar o dano que possa causar a um dos fins legítimos) sem ao mesmo tempo julgar (ou sem se induzir a julgar) a cultura de que essa conduta faz parte.

Assim, ajustando-se à metódica previsão em lei – fins legítimos – necessidade, o governo da França sustentou que a proibição do véu integral se destinava a proteger dois dos “fins legítimos” indicados na segunda seção do artigo 9. O primeiro seria a “segurança pública”: a vedação seria necessária para permitir a identificação dos indivíduos e, com isso, impedir ataques à integridade das pessoas ou de seus bens. O segundo seria a “proteção dos direitos e liberdades de outrem”. Neste tópico o governo propôs (o que veio a ser considerado um argumento inovador pela Corte) que a noção geral de “direitos e liberdades de outrem” fosse traduzida, na perspectiva de sua proteção, como “o respeito dos fundamentos mínimos dos valores de uma sociedade democrática e aberta”, valores esses que seriam (a) as condições mínimas de interação social, (b) a igualdade entre homens e mulheres e (c) a dignidade humana. Como decorrência do mecanismo explicado no parágrafo anterior, isso conduziu na verdade uma das partes a afirmar, e a outra a negar, que a conduta proibida, isto é, o uso do véu islâmico integral, é, em maior ou menor medida, sempre ou em determinadas circunstâncias, contrária:

- a. à segurança pública;
- b. à dignidade humana;
- c. à igualdade entre homens e mulheres;
- d. às condições mínimas de interação social.

Como se pode facilmente imaginar, e como as discussões travadas no curso do processo efetivamente confirmam, no contexto europeu atual dificilmente uma discussão sobre a compatibilidade entre o uso do véu e os valores apontados não contribuiria para atribuir ao caso o valor simbólico de um julgamento (condenatório ou absolutório) da própria cultura islâmica.

Nesse sentido é possível observar que a defesa do governo francês, ao pretender demonstrar a incompatibilidade entre o uso do véu integral e os valores da dignidade humana, da igualdade de gêneros e da convivência social, não se concentrou em razões de ordem prática ou operacional (como fez a respeito da segurança pública), e sim em argumentos com alta carga axiológica. Assim, por exemplo, acusou-se a mulher que se cobre o rosto de atentar contra as condições da interação social porque se recusaria a reconhecer “tanto sua humanidade compartilhada com seu interlocutor quanto sua própria alteridade”, de modo que tal prática teria o efeito de “romper o vínculo social e de manifestar uma recusa da convivência” (o “vivre ensemble”). Por sua vez, a respeito da igualdade de gêneros, a argumentação do governo francês deixa claro pressupor que a prática criticada é apregoada por uma determinada doutrina, que por essa via acaba se convertendo, em última análise, no verdadeiro alvo da crítica: “considerar que as mulheres devem dissimular seu rosto no espaço público pelo simples fato de que são mulheres equivale a lhes negar o direito de existir enquanto indivíduos”. Por fim, a propósito da dignidade humana, os termos empregados para descrever os efeitos do uso da burca ou do niqab conotam uma evidente censura moral: as mulheres que se vestem assim são “apagadas” do espaço público, e esse efeito é “desumanizante” (§ 82 do acórdão). É verdade que, como já foi assinalado acima, o uso do véu integral não é uma prescrição corânica e está muito longe de ser uma prática generalizada entre mulheres muçulmanas. Mas isso não impede que a crítica à sua prática se converta, implicitamente, na crítica do próprio Islã, na medida em que muitos estão dispostos a ver na burca apenas uma manifestação extremada de algo que seria inerente à cultura islâmica como um todo: a expressão, nas diferentes formas de trajar, da submissão das mulheres e de profundas diferenças entre os papéis e o status atribuídos a mulheres e homens.

Quanto ao valor da “segurança pública” o governo se limitou a invocar razões operacionais, sem empregar termos ou raciocínios que sugerissem algum juízo acerca do valor moral da prática. Entretanto, a estigmatização crescente, no mundo ocidental, do muçulmano como terrorista potencial já é suficiente para projetar sobre essa argumentação, e sobretudo sobre a decisão que nela se fundamentasse, a carga simbólica de uma censura ao mundo islâmico.

4 A SOLUÇÃO ESCAPISTA DA CORTE

Como se acaba de ver, a moldura argumentativa que se formou no processo prolongou no âmbito judicial a tendência, que já se havia

configurado fora dele, a se converter a polêmica sobre o uso da burca em espaços públicos num confronto entre a cultura islâmica e os valores morais “europeus”. Mais do que isso, a tradução jurídica da controvérsia poderia aprofundar o efeito simbólico do seu futuro desfecho: proferido em nome não de preferências pessoais de ordem religiosa ou moral, mas de critérios de validade previamente existentes, situados num plano superior ao dos julgadores, e examinados e aplicados segundo procedimentos metódicos, o julgamento jurídico tem sua eficácia simbólica amplificada em decorrência da retórica da autonomia, da imparcialidade e da universalidade que o reveste, e cuja manutenção é uma das ambições capitais do mundo dos juristas.¹⁴

Como já se indicou antes, a Corte julgou improcedente o pedido da autora, considerando, portanto, que a proibição do véu integral contida na legislação francesa é compatível com a Convenção Europeia de Direitos Humanos. Não é propósito deste estudo avaliar o efetivo valor simbólico que essa decisão assumiu ou assumirá como julgamento condenatório da cultura islâmica. Embora nos dias seguintes à divulgação do acórdão já tenham surgido críticas acusando a Corte de, com sua decisão, estimular discursos islamofóbicos, uma avaliação minimamente segura desse impacto exigiria certamente um maior recuo temporal, além, sobretudo, de escapar às possibilidades de investigação próprias à teoria do direito.

O que já se pode fazer, em contrapartida, é analisar como, no plano da fundamentação da decisão, a Corte fez uma escolha argumentativa surpreendente e engenhosa, e que talvez possa ser interpretada justamente como uma tentativa de “neutralizar” a sua decisão, isto é, de evitar que se atribuisse ao julgamento de improcedência do pedido qualquer conotação de censura da cultura islâmica.

Para se compreender a estratégia adotada pela Corte é preciso inicialmente considerar as possibilidades de fundamentação que se colocavam à sua disposição, no que diz respeito à segunda etapa da metódica previsão em lei – fins legítimos – necessidade. A defesa elaborada pelo governo francês parecia propiciar cinco alternativas, que consistiriam em sustentar que o uso do véu integral é contrário:

14 Na sociologia de Pierre Bourdieu a formação e a manutenção de uma “retórica da autonomia, da neutralidade e da universalidade” são apontadas como parte da lógica de constituição e de funcionamento do “campo jurídico”; o efeito de neutralização e de universalização assim obtido confere à decisão judicial “a eficácia simbólica que toda ação exerce quando, uma vez ignorada no que tem de arbitrário, é reconhecida como legítima”. Ver: BOURDIEU, Pierre. *La force du droit*. *Eléments pour une sociologie du champ juridique*. Actes de la recherche en sciences sociales, n. 64, septembre 1986. p. 3-19.

- a. à segurança pública;
- b. à dignidade humana;
- c. à igualdade entre homens e mulheres;
- d. às condições de interação social;
- e. a mais de um desses valores simultaneamente.

Entretanto, a primeira dessas alternativas não era argumentativamente viável. O caráter irrestrito da proibição (o uso do véu em público é proibido mesmo na ausência de qualquer outra circunstância que indique ameaça à segurança pública e mesmo que o usuário se disponha a retirá-lo quando solicitado) impossibilitava uma fundamentação minimamente plausível da decisão na etapa seguinte do juízo de necessidade da medida, sobretudo quando se considera que a própria Lei 2010-1192 previu exceções que autorizam a ocultação do rosto em situações bem mais sensíveis do ponto de vista da segurança pública, como procissões ou festas populares tradicionais. Cautelosamente, a Corte se limitou a reconhecer que o legislador francês, ao editar a proibição, agiu motivado por preocupações securitárias, sem, todavia, esclarecer se as considerava justificadas, e tratando, na etapa seguinte, de afirmar que tal proibição irrestrita não preenche o requisito de ser “necessária numa sociedade democrática”. Assim, restavam apenas quatro caminhos possíveis (b, c, d, e).

A Corte precisava então – segundo a conjectura interpretativa aqui proposta – encontrar, nesse universo de possibilidades, uma fundamentação que demonstrasse ser o uso do véu facial incompatível com um dos fins legítimos, mas que fizesse tal demonstração sem introduzir, explícita ou implicitamente, nenhum juízo de valor moral acerca dessa prática ou da cultura na qual se insere.

Tal condição levou a Corte a rejeitar as alegações (b e c) do governo de que o uso do véu em público seria atentatório à dignidade humana e à igualdade entre homens e mulheres, já que seria muito difícil imaginar um argumento que explorasse uma incompatibilidade apenas instrumental, prática ou circunstancial entre o véu e aqueles valores, sem conduzir a uma discussão de princípio. É interessante, aliás, observar como a Corte se valeu, em ambos os casos, de uma argumentação extremamente parcimoniosa. A invocação da igualdade sexual foi rejeitada por considerar a Corte que um Estado não pode invocar tal princípio com o propósito de proibir uma prática que as próprias mulheres reivindicam como exercício

dos direitos fundamentais que lhes são assegurados nos artigos 8 e 9, já que não se pode pretender proteger os indivíduos contra o exercício dos seus próprios direitos e liberdades fundamentais (§ 119 do acórdão). Dessa forma a alegação pôde ser rejeitada apenas apontando-se um problema de coerência interna, passando-se assim ao largo da discussão substancial do tema da igualdade. Já a invocação da dignidade humana foi descartada num único e curto parágrafo, no qual a Corte, ao mesmo tempo em que emite um juízo mais substancial sobre o tema (o uso do véu deve ser reconhecido como expressão de uma identidade cultural, o que favorece o pluralismo), conclui com a afirmação mais circunstancial e neutra de “não dispor de nenhum elemento” que permita considerar que as mulheres que se cobrem o rosto desejam expressar alguma forma de desprezo por aqueles com que cruzam em espaços públicos (§ 120).

Restava, então, a possibilidade de invocar as condições necessárias à interação social – o “vivre ensemble”, expressão trazida pela defesa e que acabou por se impor nos debates. Como vimos antes, nos arrazoados do governo esse ponto também colocava em cheque não apenas a prática do uso do véu, mas igualmente os valores morais a ela supostamente associados. A Corte precisaria, então, reformular o argumento, para que a incompatibilidade entre o véu e o “vivre ensemble” pudesse resultar de um raciocínio puramente instrumental, evacuando-se a carga axiológica antes presente. Tal objetivo foi atingido por meio de uma habilidosa mudança de perspectiva: na fundamentação da decisão pela Corte, o centro da questão deixou de ser o sujeito que porta o véu para ser o sujeito que se depara com tal prática nos espaços públicos. Em lugar de examinar se o primeiro, ao se ocultar o rosto, nega sua alteridade e sua humanidade compartilhada com seus interlocutores (como argumentou o governo), a Corte preferiu definir a posição jurídica do segundo. Dessa forma introduziu a categoria do “direito de desfrutar de um espaço de convivência social favorável à vida em conjunto”, a ser incluído no âmbito de abrangência da noção de “direitos e liberdades de terceiros”, um dos “fins legítimos” indicados na seção 2 do art. 9. Foi-lhe então possível elaborar um raciocínio instrumental: o rosto desempenha um papel central na interação social, de modo que a sua ocultação pode ser considerada atentatória do direito (de terceiros) a desfrutar das condições favoráveis à interação social.¹⁵

15 Esse e outros raciocínios da Corte foram fortemente criticados, diga-se de passagem, pelos votos dissidentes das juízas Angelika Nussberger e Helena Jäderblom, mas isso não será discutido aqui.

A fundamentação da decisão deveria incluir, ainda, o juízo de necessidade da restrição “numa sociedade democrática” (seção 2 do art. 9) e de proporcionalidade entre meios e fins; nesse ponto a Corte respaldou a sua decisão, em síntese, no respeito à “margem de apreciação” que a sua jurisprudência reconhece aos Estados membros.

Parece claro, porém, que a etapa anterior, por meio da qual a alegação de proteção das condições de interação social foi reconfigurada, foi a manobra argumentativa decisiva que permitiu à Corte realizar a proeza retórica de, contrariando todas as expectativas geradas em torno do caso, chancelar a proibição irrestrita ao uso do véu integral sem emitir expressamente nenhum juízo sobre a compatibilidade entre um elemento da cultura islâmica e a tradição europeia dos direitos humanos.

5 CONCLUSÃO: QUESTÕES EM ABERTO

A análise até aqui conduzida sugere, portanto, que o julgamento pela Corte Europeia de Direitos Humanos do caso S.A.S contra França ilustra a possibilidade de que a escolha da estrutura argumentativa empregada na fundamentação de uma decisão pode ser condicionada por um cálculo estratégico por parte do julgador, um cálculo que leva em consideração, dentre outros aspectos, o papel específico que a fundamentação desempenha na manutenção de uma retórica da objetividade com a qual todo jurista-intérprete pretende revestir sua argumentação.

Mas o estudo do caso, do ponto de vista da estratégia argumentativa empregada, não se esgota na constatação do efeito de neutralização buscado pela Corte. O aprofundamento desse estudo poderá mobilizar modelos teóricos específicos. A teoria dos constrangimentos da interpretação jurídica¹⁶, por exemplo, pode ser útil para examinar em que medida a estrutura argumentativa empregada teve o efeito de aumentar ou de restringir a liberdade interpretativa da Corte na perspectiva de futuros casos que venham a mobilizar os mesmos parâmetros normativos do caso aqui examinado. O aparecimento, por exemplo, de um direito fundamental às condições favoráveis à interação social, que a Corte foi obrigada a extrair do artigo 9 da Convenção, pode colocar o Tribunal diante de futuros problemas de coerência, como já parece ter sido antecipado,

16 Por exemplo, TROPER, Michel; CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique; GRZEGORCZYK, Christophe (org). *Théorie des contraintes juridiques*. Paris: Bruylant/L.G.D.J., 2005.

implicitamente, na crítica contida nos votos das Juízas dissidentes Nussberger e Jäderblom. Por sua vez, a retórica analítica¹⁷ pode ajudar a identificar no acórdão expedientes argumentativos que ilustrem a consciência que a Corte com certeza tinha do caráter potencialmente explosivo de sua futura decisão, o que a pode ter conduzido a explorar sutilmente, com propósitos persuasivos, elementos que produzissem alguma forma de convergência entre as premissas da decisão e as expectativas da parcela retoricamente mais sensível do seu auditório. As considerações conduzidas neste estudo já permitem intuir alguns desses novos elementos de análise, mas o seu desdobramento somente terá espaço num ensaio à parte.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional*. Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010.

ASSEMBLÉE NATIONALE. *Projet de Loi n° 2520*. Disponível em: <www.assemblee-nationale.fr/13/projets/pl2520.asp>. Acesso em: 12 set. 2014.

ASSEMBLÉE NATIONALE. *Rapport d'information n° 2262*. Disponível em: <www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/2262.asp>. Acesso em: 12 set. 2014.

BALLWEG, Ottmar. *Analytische Rhetorik als juristische Grundlagenforschung*. ARSP – Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 44, 1991.

BOURDIEU, Pierre. *La force du droit*. *Eléments pour une sociologie du champ juridique*. Actes de la recherche en sciences sociales, n° 64, septembre 1986.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL. *Décision n° 2010-613 DC du 07 octobre 2010*. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2010/2010-613-dc/decision-n-2010-613-dc-du-07-octobre2010.49711.html>>. Acesso em: 12 set. 2014.

17 Por exemplo, ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional*. Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010; BALLWEG, Ottmar. *Analytische Rhetorik als juristische Grundlagenforschung*. ARSP – Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 44, p. 45-54, 1991.

SUGIER, Annie. *Lettre au Président de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*. Disponível em: <www.ldif.asso.fr/index.php?theme=laicite&n=558>. Acesso em: 14 set. 2014.

TROPER, Michel; CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique; GRZEGORCZYK, Christophe (org). *Théorie des contraintes juridiques*. Paris: Bruylant/L.G.D.J., 2005.

MATERIALIDADE DO DIREITO À PREVIDÊNCIA SOCIAL FACE À PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: ENTENDENDO A NORMA DE BENEFÍCIO

THE LEGAL CONSISTENCY OF THE RIGHT TO SOCIAL SECURITY AND THE HUMAN RIGHTS INTERNATIONAL PROTECTION: UNDERSTANDING THE NORMS ON SOCIAL SECURITY BENEFITS

*Lucas Mateus Louzada
Procurador Federal*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Causalidade e Incidência da Norma de Benefício; 1.1 Colocação do Problema; 1.2 Compreensão Atual da Causalidade da Norma de Benefício; 1.3 Trajetória Histórica da Tipicidade das Normas de Benefício; 2 Repensando a Norma de Benefício; 2.1 A Desconstrução das Políticas Econômicas Sociais; 2.2 Surgimento e Evolução das Normas de Direitos Sociais; 2.3 Conjunção entre Legalidade Estatal e Técnica Econômica na Norma de Direitos Sociais; 2.4 As Novas Idéias sobre a Causalidade imanente às Normas de Direitos Sociais; 3 A Justiça Contributiva como

Fundamento da Causalidade da Norma de Benefício; 3.1 Âmbito de Aplicação da Norma Previdenciária; 3.2 Causalidade entre Custeio e Benefício; 3.3 Causalidade entre contingência e benefício; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Atualmente as técnicas normativas mais comumente utilizadas no Direito Previdenciário são caracterizadas pela tipicidade fechada, restando à interpretação teleológica, quando muito, tentar perscrutar os desígnios do legislador ao dispor sobre políticas sociais. A falta de justificação jurídica sistemática do arcabouço normativo, por sua vez, atrai a aplicação inadvertida de normas de direitos fundamentais e de direitos humanos de cunho social, as quais se revelam inadequadas ao preenchimento dessa lacuna em função de seu alto nível de abstração. Em uma série de artigos buscaremos levantar as dificuldades imanentes ao problema, desfazer alguns lugares-comuns equivocados e desenvolver conceitos novos pelos quais se possa apresentar uma perspectiva de análise que efetivamente delimite os termos em que as normas de benefício são coextensivas às normas de direitos fundamentais e humanos de segunda geração. No presente artigo, focamos no estabelecimento e aprofundamento do contexto da discussão sobre o direito individual à previdência social como direito social, apresentando os conceitos de justiça contributiva, causalidade custeio/benefício e causalidade contingência/benefício como figuras de discurso centrais a esta mediação normativa.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Previdenciário. Direitos Fundamentais Sociais. Direitos Humanos Sociais. Políticas Públicas. Justiça Contributiva.

ABSTRACT: Nowadays the legal techniques usually employed in Social Security Law are characterized by the strict rules-model, leaving to systematic interpretation not much more than the task of guessing the reasons of the decisions taken by the legislator when enacting social policy. As a matter of course, the lack of systematic legal justification of norms leads to the biased enforcement of fundamental and human social rights norms, however inadequate they may be in fulfilling that gap, due to its high level of abstraction. In a series of articles we shall try to bring together the difficulties intrinsic to this problem, strike some misleading commonplaces and develop new legal concepts in order to present an analytical perspective which effectively establishes the terms of coextensiveness among social security legal norms and second generation fundamental and human rights norms. In the present article we focused in the demarcation and exploration of the context of this discussion on the

individual right to social security as a social right, introducing as central elements of speech to this normative mediation the concepts of contributive justice, pay/benefit causality and contingency/benefit causality.

KEYWORDS: Social Security Law. Fundamental Social Rights. Human Social Rights. Public Policy. Contributive Justice.

INTRODUÇÃO

Há muito já se tornou comum invocar o direito à previdência social, como direito fundamental (CF/88, art. 6º), de modo a se tentar ultrapassar a árida tecnicidade imanente às regras jurídicas que compõem o ordenamento previdenciário pátrio, amoldando-as a concepções subjetivas de justiça perfilhadas por quem interpreta a lei previdenciária. Bem mais recente, contudo, é o movimento pelo qual se busca a legitimidade desse tipo de interpretação na matriz internacional dos direitos humanos de natureza social.

Para além de partirem do pressuposto de que as normas previdenciárias são juridicamente injustificáveis, como frutos de uma elaboração exclusivamente tecnocrática, ambas as abordagens têm em comum não apenas o fato de se valerem de argumentos simplistas e de um profundo desconhecimento das discussões teóricas subjacentes – de Direito Constitucional em um caso, e de Direito Internacional, no outro –, como também – e principalmente – a contraditoriedade e incomponibilidade das premissas lançadas em uma e outra seara argumentativa.

O apelo aos direitos humanos, ao invés de solucionar os problemas de aplicabilidade da norma previdenciária, apenas se somou à mais falaz retórica principiológica, tornando-a ainda mais confusa e eivada de circunlóquios e frases de efeito desabridamente tautológicas. Com certeza a consideração do direito à previdência social tanto como direito fundamental como na perspectiva dos direitos humanos de extração social são essenciais à correta compreensão e contextualização da norma previdenciária. Todavia, apenas mediante a separação precisa desses âmbitos de análise, bem como pela identificação de sua inter-relação com o Direito Previdenciário, é que se pode superar as perplexidades tornadas lugar-comum nesta matéria.

Em qualquer caso, faz-se necessário, por ora, compreender melhor a norma de benefício como norma de direito social, antes que se possa compreender a extensão de sua ambivalência como direito fundamental e como direito humano. Em seqüência procederemos à composição entre estes dois aspectos do direito à previdência social, harmonizando-os segundo uma perspectiva jurídica comum.

1 CAUSALIDADE E INCIDÊNCIA DA NORMA DE BENEFÍCIO

1.1 Colocação do Problema

O principal motivo que subjaz à atual predominância de teorias jurídicas inconsistentes e ideologicamente enviesadas sem dúvida está na falta de estudos doutrinários verdadeiramente investigativos no âmbito do Direito Previdenciário. Ocupa, sob este aspecto, uma posição peculiar no que diz respeito a outros ramos do direito estritamente técnicos e carentes de aporte teórico jurídico. Isso porque, ao contrário de diversos outros casos, as dificuldades não se remetem quase que exclusivamente aos aspectos puramente técnicos, senão que envolvem a compreensão do ordenamento previdenciário como um todo.

Se a inópia doutrinária não representa obstáculo à operacionalidade jurídica de outros ramos do Direito Objetivo cujas regras são marcadas pela tecnicidade – tais como o Direito das Telecomunicações e o Direito da Energia, assim como o tratamento jurídico da maioria das atividades econômicas reguladas –, este definitivamente não é o caso do Direito Previdenciário.

Muitos atribuem essa diferença à inexistência de qualquer técnica genuína que oriente a elaboração da norma previdenciária, quando, em verdade, seu conteúdo técnico se reporta às teorias dos seguros. Conquanto possa parecer absurdo que se olvide algo tão óbvio, trata-se de prática comum. Os doutrinadores em geral sequer conhecem suficientemente o Direito Securitário – ramo este, aliás, profundamente especializado – para avaliar as diferenças com um mínimo de propriedade, servindo-se da noção de seguro apenas nominalmente, somente para afirmar temerariamente que a previdência social não se trata de seguro em sentido próprio.

O fato de não se tratar de qualquer seguro, mas sim do seguro social, longe está de ser um fator de simplificação do Direito Previdenciário – muito pelo contrário, pois além de estarem presentes os principais elementos do Direito Securitário, há inúmeras considerações redistributivas. Por outro lado, a abordagem destes aspectos de distribuição do custo da segurança patrimonial, decorrente da cobertura dos riscos sociais que efetivamente se materializam, como regra envolve uma série de impressões deontológicas pré-concebidas que não raro fogem à percepção do intérprete ao analisar as possibilidades hermenêuticas da norma previdenciária – normalmente por ele já se encontrar toldado por pré-compreensões sobre o “resultado justo” da tarefa interpretativa.

No caso das regras aplicáveis às atividades econômicas reguladas, por outro lado, o conteúdo científico da técnica subjacente à regra já oferece os resultados, e a norma jurídica se limita a administrar esses

resultados, conhecidos de antemão à luz do conhecimento técnico. Assim, a compreensão da regra depende da compreensão do conhecimento técnico envolvido; mas este é insuscetível de ampla manipulação interpretativa, e o “resultado justo” necessariamente já é uma decorrência da opção por uma das alternativas suscitadas ao longo da análise da substância técnica.

Em matéria previdenciária, supõe-se que não há uma substância técnica em sentido apropriado, e que as regras se pautam tão-somente por uma administração financeiro-orçamentária do sistema, como se a mutabilidade das regras dependesse apenas de algoritmos contábeis tendentes ao equilíbrio. Tal percepção, porém, revela suma ignorância do conteúdo do direito à previdência social, quando não a indisposição em se buscar soluções objetivas e coerentes.

Embora coubesse à doutrina previdenciária proscrever esse tipo de casuismo oportunista, preferem os estudiosos romancear o texto das normas segundo intuições esparsas sobre o seu significado – tornando-as, assim, um pouco mais acessíveis ao público leigo –, em vez de buscar encontrar meios adequados de sistematização teleológica. Daí servir a invocação do direito à previdência social em abstrato, tanto na condição de direito fundamental quanto como direito humano, apenas para se objurgar pontualmente esta ou aquela regra tomada isoladamente em sua aplicação a determinado caso concreto, e não por se crer que tais perspectivas de princípio rejam o ordenamento previdenciário como um todo.

O resultado inevitável é a multiplicação exponencial das incompreensões, pois a leitura livre, puramente formalista e descontextualizada de dispositivos legais esparsos, sem qualquer identificação dos elementos imanentes à técnica securitária, pode levar – e em diversos casos leva – à atribuição de significados por vezes absolutamente incompatíveis com a mens legis.

O questionamento desses preceitos em face do direito à previdência social em abstrato, por sua vez, também deixa de ser apreendido segundo sua visceral vinculação à noção de proteção securitária contra riscos sociais, servindo, ao fim e ao cabo, de apanágio a invectivas que se prestam apenas à exteriorização de juízos de valor sem qualquer embasamento jurídico.

Diversas são as razões para o atual estado de coisas na doutrina previdenciária, e não faria sentido históriá-los em sua individualidade. De suma importância, contudo, evidenciar a espécie de causalidade atualmente atribuída à norma previdenciária, como resultado desse longo processo. Este é o ponto de partida pelo qual se faz possível a racionalização do direito à previdência, como direito de caráter indiscutivelmente fundamental e humano.

1.2 Compreensão atual da causalidade da norma de benefício

O Direito Previdenciário se encontra, de um modo geral, transpassado de dúvidas impertinentes e falsas colocações, sendo o principal motivo disso uma série de dilemas cujas raízes se remetem à própria compreensão da norma previdenciária, tal qual a mesma foi concebida em seu nascedouro. Apesar de consideráveis alterações dessa perspectiva inicial, decorrentes da revisão da própria função dos benefícios como prestações estatais ao longo da história, a grande maioria dos estudos técnicos continuam pautados nessa tradição vetusta.

Subjaz a este tipo de análise, em síntese, uma noção da regra de benefício segundo uma causalidade normativa fechada, tal como a que se verifica nos tipos penais e nas hipóteses de incidência tributária, sendo que, em matéria previdenciária, noções como estas em geral têm-se revelado inteiramente incompatíveis com os princípios da seguridade social consagrados na atualidade.

De modo a se alcançar o propósito da consagração do direito à previdência social como direito fundamental e humano, não apenas segundo o contexto histórico em que este emergiu como pelo seu significado puramente jurídico, torna-se imprescindível desfazer toda uma miríade de pré-compreensões que, apesar de se afigurarem reciprocamente incoerentes, quando não abertamente contraditórias, acabam sendo indevidamente compatibilizadas por esse tipo de concepção genérica acerca de como deve se dar a aplicação da norma previdenciária – precisamente por ser a única certeza já consolidada na doutrina.

O curso evolutivo das legislações previdenciária e assistencial realmente seguiu o caminho da causalidade hermética, na medida em que se buscou desvincular o Direito Previdenciário do Direito do Trabalho, e particularmente depois que passaram a ser sistematicamente instituídos na Europa sistemas previdenciários calcados em seguros obrigatórios administrados pelo Estado.

Ao se organizarem sistemas de repartição simples baseados em contribuições obrigatórias, pretendia-se nada mais nada menos do que garantir o direito à previdência social a partir de uma estrutura administrativa autônoma e segundo um núcleo normativo insuscetível às interferências dos conflitos verticais, entre capital e trabalho, bem como horizontais, entre as diversas categorias profissionais ou econômicas.

Para tanto, tentou-se, à semelhança do que ocorreu com o Direito Penal e com o Direito Tributário, neutralizar por completo os subjetivismos e valorações aleatórias que via de regra se reconduziam à legislação trabalhista e à legislação social como um todo, por meio do

mesmo mecanismo pelo qual as questões tributárias foram desvinculadas das máximas financeiro-orçamentárias e administrativas.

Nesse sentido, ao se disciplinar o *modus procedendi* de incidência da norma previdenciária específica, segundo normas de sobredireito implícitas, atingir-se-ia tal desiderato pelo seu desprendimento em relação às situações concretas do mundo do trabalho, tal como estas eram apreendidas pelo Direito do Trabalho, pelo Direito Civil e pelo Direito Comercial.

Se, porém, este tipo de hermetismo funcionou bem tanto no caso do Direito Penal e do Direito Tributário, isso se deveu ao fato de a técnica utilizada ter-se consolidado em uma redução do âmbito de validade das remissões, analogias e interpretações teleológicas, sem, contudo, prejudicar a utilização subsidiária desses instrumentos de modo a garantir a eficácia finalística da lei ao se complementar e preencher o núcleo do tipo no ato da subsunção¹.

Em outras palavras, a existência de grande discussão teórica e até mesmo filosófica relativamente à responsabilidade penal e ao poder de tributar garantia que a fixação de um núcleo estritamente reservado ao legislador não prejudicasse a própria intelegibilidade da norma, a qual restaria assegurada por já haver um arcabouço de meios de interpretação e integração que supriria eventuais lacunas de significado, além de evitar soluções incompatíveis com o núcleo do tipo. Todavia, não foi isso o que ocorreu no Direito Previdenciário, pois sequer as normas de sobredireito foram adequadamente fixadas – e, acaso o fossem, seriam obtidas no Direito do Trabalho, quando se pretendia ampla autonomia quanto a este último.

Dada a ausência de uma discussão autônoma das questões previdenciárias, para além do próprio Direito do Trabalho, o resultado natural dessa desvinculação quanto ao Direito Previdenciário – particularmente na esteira do conceito de relação jurídico-previdenciária², pelo qual a norma previdenciária se resumiria a uma instrumentalização das políticas previdenciárias e assistenciais³ –, foi a transformação dos temas previdenciários em problemas de programação financeiro-orçamentária, na medida em que competiria ao Estado garantir o equacionamento do custeio (receita) e do benefício (despesa), sendo que a distribuição de ônus e bônus, em face dos conflitos trabalhistas verticais e horizontais, se daria pelo crivo da elaboração das leis previdenciárias e assistenciais pelo Legislativo.

Os impactos das reformas previdenciárias tidas por necessárias se submeteriam, portanto, à arena parlamentar, onde todos esses interesses

1 KERN, C. A. *Typizität als Strukturprinzip des Privatrechts*. Tübingen: Mohr-Siebeck, 2013. p. 30 e ss.

2 CANNELLA, G. *Corso di Diritto della Previdenza Sociale*. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1970. p. 177; LEGA, C. II Rapporto Giuridico di Previdenza Sociale. Milão: Giuffrè, 1969. p. 171 e s.

3 SCHMID, F. *Sozialrecht und Recht der sozialen Sicherheit*. Berlin: Duncker & Humblot, 1981. p. 41 e ss.

seriam equalizados em propostas que, coerentes ou não, teriam aplicação geral e observância obrigatória. Esse paradigma político, por sua vez, se sustentou bem ao longo do século XX, pelo menos até a crise previdenciária que atingiu o Ocidente na década de 1990, em razão das reformas empreendidas quanto ao próprio modelo de Estado que se formara no início desse século e se consolidara após a Segunda Guerra Mundial.

Mesmo antes do advento desse movimento reformista, porém, já se encontravam em desenvolvimento, mormente no âmbito da doutrina constitucionalista, concepções inteiramente novas sobre políticas e direitos sociais. Tendo estas passado a colher uma legislação saturada de um tecnicismo adverso a um tratamento jurídico simplificado, e eivada de regras que encerravam uma tipologia vazia, acabaram por se desenvolver teorias que tomavam a lei previdenciária como ato de imposição unilateral e arbitrário do Estado. As consequências dessas vertentes, por sua vez, têm tido efeitos sinistros e duradouros nos debates havidos na esfera da doutrina e jurisprudência brasileiras.

Em qualquer caso, faz-se necessário desvendar as razões que explicam tanto essa ausência de um corpo de estudos propriamente previdenciários, como foi possível sua permanência por tanto tempo e porque o mesmo hodiernamente se afigura inteiramente esgotado. Em primeiro lugar, percebe-se que a vinculação ao Direito do Trabalho já foi, em si, um processo tumultuado.

1.3 Trajetória histórica da tipicidade das normas de benefício

Em princípio, toda a legislação social se resumia aos socorros públicos, os quais, mesmo antes das Revoltas de 1848, já se encontravam bastante desenvolvidos em torno de uma estrutura estatal de hierarquia e controle contábil – a qual, aliás, foi em muito aproveitada pelas primeiras leis propriamente previdenciárias⁴. Ocorre, porém, que estava ínsito aos socorros, desde sua previsão na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1793 (art. 21), que as situações de miséria e necessidade extrema se deviam a infortúnios aleatórios, ou por razões voluntárias, donde trabalhadores e não-trabalhadores eram tomados indiferentemente, sujeitando-se, ao se beneficiarem dos socorros públicos, ao dever de trabalhar, acaso tivesse condições para tanto⁵.

A percepção das origens da pobreza não se diferenciou profundamente, portanto, do Ancien Régime para a Revolução

4 HAMON, G. *Histoire Générale de L'Assurance em France et à L'Étranger*. Paris: L'Assurance Moderne, 1895. p. 607 e ss.

5 DUPIN, B. *Histoire de L'Administration des Secours Publics*. Paris: Alexis-Eymery, 1821. p. 560 e ss.

Francesa, pois embora naquele caso se a explicasse pelo fatalismo e pelos estamentos sociais, a liberdade como princípio apenas as reportou às capacidades pessoais e à vontade individual, como causas precípua da miséria em geral, permanecendo, em qualquer caso, a indistinção entre trabalhadores e não-trabalhadores⁶. Tal indistinção, por sua vez, apenas se agravou com a manutenção da remuneração do trabalho nos termos anteriores, como mínimo suficiente para evitar que se passasse fome, diante de uma exploração da mão-de-obra e de uma produtividade infinitamente mais altas e da consagração da igualdade universal⁷.

Foi contra essas explanações, bem como contra essa noção assimétrica do auxílio como caridade de fundo religioso ou humanitário – o qual pressupunha uma desvalorização do trabalho em face do acaso – que se insurgiu todo o pensamento anarquista e socialista pré-marxista⁸, no intuito de terminar a obra revolucionária em face do notório agravamento do problema com o advento da industrialização⁹. Em geral, tratar-se-ia de uma universalização dos socorros públicos em novas bases, segundo o princípio de primazia do trabalho.

Excetuadas as vertentes niilistas (Max Stirner), ludistas (Blanqui) e revolucionárias, tanto laicas (Bakunin) quanto cristãs (Weitling), colocava-se a origem da pobreza na oposição entre trabalho e propriedade, resultando a mesma, de um modo geral, da livre-concorrência capitalista tanto entre trabalhadores como entre empresários, donde as soluções deveriam ser buscadas na cooperação mútua¹⁰, baseada na igualdade de condições, complementariedade dos interesses e na valorização dos méritos do trabalho individual¹¹. Foi com essa inspiração que surgiram as diversas teorias e experimentos coletivistas e mutualistas¹².

Muito dessas doutrinas serviu à aceleração e à outorga de um novo significado aos experimentos associacionistas já existentes, pelos

6 MOLLAT, M. *Les Pauvres au Moyen Âge*. Bruxelas: Complexe, 1992. p. 83 e ss. Ao fim e ao cabo, apenas se suprimiu uma das causas da pauperização, que estava no fato de recaírem todos os principais ônus estatais – tributos, talhas, corvéias – sobre os desprivilegiados. Cf. LERMINA, J. *Histoire de la Misère*. Paris: Décembre-Alonnier, 1869. p. 139 e ss.

7 METZ, K. H. *Die Geschichte der Sozialen Sicherheit*. Stuttgart: Kohlhammer, 2008. p. 45 e ss.

8 BRAVO, P. *Socialismo Premarxista*. Caracas: UCV, 1961.

9 Cf. SAINT-SIMON, H. *Du Système Industriel*. Paris: Antoine-Augustin Reouard, 1821. p. 17 e ss.

10 BLANC, L. *Organisation du Travail*. 5. ed. Paris: Société de L'Industrie Fraternelle, 1847. p. 85 e ss.

11 PROUDHON, P.-J. *La Révolution Sociale in Oeuvres Complètes de P.-J. Proudhon*. v. 7. Paris: A. Lacroix, Verboeckhoven & Cie., 1868. p. 183 e ss.

12 Cf. MENDER, A. *El Derecho al Producto Íntegro del Trabajo en su Desarrollo Histórico*. Buenos Aires: Americalee, 1944.

quais os trabalhadores se organizaram em socorros mútuos¹³. Todavia, para além das discussões sobre o papel ou mesmo sobre a necessidade do Estado, todas essas idéias, em sua ampla variedade, não podem ser corretamente tomadas como base teórica para um tratamento jurídico da seguridade social senão pelo princípio da primazia do trabalho, vez que, em termos de fundação de instituições, seu único resultado prático foi a criação dos seguros mútuos. Estes, porém, organizados em arranjos os mais diversos e assistemáticos, não sobreviveram às necessidades de capitalização do risco, principalmente depois das restrições que lhes foram impostas com a Monarquia que se seguiu às Revoltas de 1848¹⁴.

Por outro lado, está no cerne dessas iniciativas a radical modificação dos termos da relação capitalista entre capital e trabalho, sendo que a seguridade social, ao fim e ao cabo, não substituiu o Direito do Trabalho em suas bases contratuais, mas simplesmente suprimiu a relevância previdenciária deste ao lhe extirpar o Direito Previdenciário Objetivo. Isso, porém, também não significa que as instituições securitárias forneçam o critério fundante das leis previdenciárias da atualidade.

Com efeito, não se pode tampouco – e pela mesma razão – buscar nos contratos de trabalho ou de seguros os fundamentos doutrinários da seguridade social, apesar de sua inquestionável relevância ao se delinearem os primeiros sistemas¹⁵. Sem dúvida houve iniciativas isoladas de industriais e banqueiros no sentido de se construir sistemas de proteção, assim como as caixas de previdência foram autorizadas, estimuladas e fiscalizadas pelo Estado¹⁶. Todavia, estes se limitavam ao vínculo do trabalhador com determinada empresa, não se estendendo à categoria, sendo que as caixas instituídas pelos próprios trabalhadores, em bases empresariais ou sindicais, com ou sem mediação por companhias de seguros, não proviam uma cobertura substitutiva da renda, funcionando predominantemente segundo sistemas de capitalização desvinculados de contingências preestabelecidas.

Ademais, tais iniciativas em nada resolviam a questão social e política subjacente, pois nelas o trabalhador é visto ou como ativo produtivo da empresa ou como poupador autônomo, continuando seu trabalho a ser visto como mera fonte de renda aleatória. Em uma palavra, a proliferação das caixas representou muito em termos de

13 LACUÉE-SAINT-JUST, J.-C. Histoire du Paupérisme et des Caisse d'Épargne. In: *The French Revolution*. Research Collection. Oxford: Pergamon Press, 1990.

14 VILLARD, A. *Histoire du Proletariat Ancien et Moderne*. Paris: Guillaumin & Cie, 1882. p. 561 e ss.

15 HAMON, G. op. cit., p. 305 e ss.

16 Em alguns casos, como o dos funcionários dos correios na Inglaterra (State Annuities Law), chegou-se mesmo a garantir a solvabilidade e o pagamento dos benefícios.

aprimoramento da rede de proteção oferecida pelos socorros públicos a bases de financiamento pelo trabalho, mas não produziam qualquer efeito quanto ao cerne das relações entre capital e trabalho¹⁷, particularmente porque os trabalhadores e não-trabalhadores continuavam recebendo o mesmo tratamento em face das contingências, vez que se colocava o ônus de poupar sobre o trabalhador, caso não quisesse ser reduzido à miséria¹⁸, ou sobre o empregador, mas apenas por mera liberalidade.

O fato de as primeiras legislações propriamente previdenciárias terem se valido da técnica dos seguros mútuos é, sem dúvida, um fator importante para que se entenda o funcionamento da tipificação estrita quanto às normas de benefício. Isso por se tratar de contrato aleatório que, como tal, se encontra vinculado a fatos cuja involuntariedade é essencial ao cabimento tanto da indenização como da prestação do benefício¹⁹, fazendo com que a incidência não dependa de uma avaliação mais aprofundada do sinalagma ou da consensualidade relativamente aos termos da contraprestação efetiva, quando ocorrido efetivado o prejuízo decorrente do sinistro²⁰.

Se somarmos a isso o controle fiscalizatório do Estado sobre os mesmos desde sua regulamentação em 1850, acaba que sua tipicidade meramente contratual se transforma uma tipicidade quase que estritamente legal²¹ e por vezes reciprocamente incompatível²², na medida em que para além das noções de risco como probabilidade real, ciência do risco, efeitos financeiros da consumação do sinistro e causalidade entre risco e indenização, que balizam a validade jurídica do contrato de seguro como tal²³ – as quais protegem apenas os contratantes como particulares em busca do enquadramento naquela tipificação contratual –, o tipo de risco (social) faz com que a validade da autonomia negocial só tenha cabimento dentro de um enquadramento bem mais restrito, no qual esses elementos não precisam apenas estar presentes, senão que devem ter um conteúdo mínimo determinado. O fundamento jurídico e teleológico, entretanto, está bem longe de ser o mesmo.

O papel do Estado na previdência social é a assunção direta do seguro social, ao passo que os seguros mútuos, da mesma forma que

17 LASSALLE, F. *Manifesto Operário e Outros Textos Políticos*. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1999. p. 53 e ss.

18 CASTEL, R. *As Metamorfoses da Questão Social*. Petrópolis: Vozes, 1998. p. 341 e ss.

19 KOPP, P. *Selbstverschuldete Arbeitslosigkeit nach Arbeitsloserversicherungsrecht*. Berna: P. G. Keller, 1960. p. 32 e ss.

20 MIRANDA, F. C. P. de. *Tratado de Direito Privado*. v. 45. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1964. p. 275.

21 *Ibidem*, p. 283 e ss.

22 DREHER, M. *Die Versicherung als Rechtsprodukt*. Tübingen: Mohr-Siebeck, 1991.

23 REGO, M. L. *Contrato de Seguro e Terceiros*. Coimbra: Almedina, 2010.

a intervenção estatal sobre a autonomia da vontade no tocante às previdências privada e complementar se dá até o presente, não alteram seu fundamento contratual, mas apenas lhe fixa limites finalísticos e conformações de segurança financeira²⁴. Não resta dúvida de que essa pauta finalística ultrapassa a hipossuficiência característica dos contratos de adesão ou das relações de consumo para, da mesma forma que ocorre no Direito do Trabalho, o equilíbrio das relações contratuais se remeter a questões de cunho social – particularmente a valorização do trabalho e a segurança jurídica do trabalhador segurado²⁵.

Todavia, o fundamento precípua da validade jurídica continua sendo o livre-exercício da vontade, e nem se cogita de o Estado anular por completo essa prerrogativa de contratar e de estabelecer o conteúdo do sinalagma dentro desses limites que, de resto, só se justificam quando estritamente vinculados a finalidades de ordem pública. Em outras palavras, o dirigismo estatal em relação aos seguros mútuos, à semelhança do que ocorre nos contratos de trabalho²⁶, não pode em hipótese alguma conduzir a vontade individual²⁷ para além dessas balizas sociais²⁸ – e é precisamente isso que ocorre no caso da previdência social.

O problema, portanto, está em se saber qual é a justificação, em termos jurídicos, desta arrogação do equacionamento autônomo e ex jure suo do seguro social pelo Estado. Se tomarmos as primeiras iniciativas de regulamentação estatal da seguridade social, ocorridas na Alemanha de Bismarck, observa-se que a intenção era denodadamente política, na medida em que este pretendia resolver as “causas do socialismo” em detrimento do liberalismo que, ademais, de fato nunca existira no Império.

Nesse sentido, após a aprovação das Leis Anti-Socialistas, pretendia-se esvaziar o que havia de concreto nas propostas dos reformadores social-democratas – particularmente condensadas nos Programas de Gotha e de Erfuhrtr – as quais partiam da ideia de que a correção das relações entre o capital e o trabalho só se daria com a reconstrução do Estado para além da democracia burguesa, e o que havia de formal nas propostas intervencionistas, firmando-se em que o trabalhador comum não desejava a revolução propriamente marxista,

24 BADURA, P. “Öffentliches Wirtschaftsrecht”. In: MÜNCH, I. von. *Besonderes Verwaltungsrecht*. 13. ed. Berlin: Schmidt-Assmann, 2005. p. 284 e ss.

25 RODRIGUEZ, A. P. *Princípios de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1996. p. 35 e ss.

26 LYON-CAEN, G. *Traité de Droit du Travail*. v. 2. Paris: Dalloz, 1967. p. 83.

27 BVerfGE 57, 139, 158.

28 BVerfGE 84, 212, 229; 85, 191, 213; 92, 365, 395; 1 BvR 1909/06, em 23/11/06 (52).

mas apenas segurança econômica para si e para sua família²⁹, e esta poderia ser melhor provida pelo Estado do que pelos seguros privados.

Embora as reformas tenham ocorrido no vago intuito de solucionar a “questão social” (*soziale Frage*), reputa-se inteiramente incorreta a afirmação de que se tratava de uma adoção das idéias associativistas do pensamento socialista anterior e posterior às Revoltas de 1848, por oposição ao *laissez-faire*. Por outro lado, embora as contingências tenham sido ordinariamente obtidas não apenas das caixas de previdência, como dos estatutos dos socorros públicos, a motivação legal de substituição da técnica de remediação destes pela de prevenção, mantendo-se o princípio da caridade cristã e melhorando os termos da cobertura que era prestada por instituições privadas, é igualmente falso³⁰.

Em verdade, tratava-se de manobra tipicamente calcada na *Realpolitik*, servindo o pretexto de mera modificação dos socorros públicos apenas para afastar alegações de aproximação do Reich aos socialistas, pois as leis claramente se calcavam na valorização do trabalho individual organizado em categorias profissionais³¹. Ademais, do ponto de vista político, o progressivo acolhimento desses anseios, pelo tratamento da questão social, seria o suficiente para retirar grande parte da representatividade tanto da ala revolucionária (Rosa Luxemburgo) como da reformista (Kautsky; Bebel), da semi-intervencionista (Lassale; Rodbertus; von Vollmar) e da revisionista (Bernstein)³², garantindo o amplo intervencionismo almejado pelo esquema burocrático-militar tipicamente prussiano.

Nesse sentido, as razões exteriorizadas quanto à instituição da previdência social na Alemanha pouco se diferenciam daquelas utilizadas quando das reformas sociais por Mussolini na Itália e por Franco na Espanha, pois, ao fim e ao cabo, o revestimento ideológico do discurso servia apenas para disfarçar a função central do intervencionismo e da cooptação das classes. Nada disso se modificou, aliás, quando da criação de sistemas previdenciários por países com regimes democráticos.

A imitação do paradigma tedesco – particularmente após a sistematização das leis na *Reichsversicherungsordnung* – pela Ingraterra, com o *National Insurance Act* proposto pelo liberal Lloyd George, também se deu por motivos estritamente pragmáticos semelhantes, ao se tentar preservar a base eleitoral dos whigs após a criação do Partido

29 KAUTSKY, J. H. *Political Change in Underdeveloped Countries: Nationalism and Communism*. Nov Iorque: J. Wiley & Sons, 1967. p. 82 e ss.

30 BLOCK, M. *Les Assurances Ouvrières en Allemagne*. Paris: Guillaumin & Cie., 1895. p. 8 e ss.

31 BRUCH, R. vom. *Bürgerlichkeit, Staat und Kultur im Deutschen Kaiserreich*. Munique: F. Steiner, 2005. p. 166 e ss.

32 GREBING, H. *Geschichte der Deutschen Arbeiterbewegung*. Munique: Deutscher Taschenbuch, 1968. p. 88 e ss.

Trabalhista. Mesmo nos países como Holanda, Suécia e Bélgica, em que tal absorção se deu em bases estritamente democrático-partidárias, apesar de a criação de sistemas de seguridade social ter-se devido à ascensão ao governo de partidos social-democratas organizados quando da Segunda Internacional³³, nem por isso deixaram de revestir a seguridade social desse mesmo conteúdo essencialmente ligado a uma política de regulação das relações do trabalho pela intervenção estatal.

Dado que o princípio básico era o intervencionismo, reputa-se perfeitamente compreensível que se analisasse o Direito Previdenciário como uma subseção do Direito do Trabalho – da mesma forma que anteriormente ocorrera com o Direito do Trabalho em relação ao Direito Civil – , vez que se tratava, ainda que em sentidos diametralmente diversos, de duas formas de intervenção na autonomia privada nas relações entre o capital e o trabalho. Se, porém, essa proeminência política que caracterizou as formas de intervencionismo do Welfare State então nascente não fornece critério algum por que se possam avaliar os pressupostos jurídicos básicos da cobertura previdenciária, essa situação apenas piorou com o keynesianismo.

É certo que a planificação econômica floresceu também por representar uma solução política viável, na medida em que se servia de argumentos técnicos que preservavam o capitalismo ao deslocar a discussão política sobre a igualdade material para o aumento da riqueza nacional como um todo e da segurança econômica da população em geral³⁴. Prestou-se, contudo, para neutralizar tanto a valorização do trabalho como a própria noção de seguro social, na medida em que estes foram sobrepujados pelas metas econômicas da planificação. Tornados secundários estes princípios sociais na perspectiva do intervencionismo, esvaziou-se de vez o pouco conteúdo jurídico de que ainda se revestia a cobertura previdenciária.

Surpreende, sob este aspecto, o quanto ainda é levada a sério, em debates puramente jurídicos, a oposição entre bismarckianismo e beveridgianismo – aquele “focalizado e contributivo” e este “universal” – , quando a focalização daquele tinha fundamentos políticos pragmáticos, ao passo que o programa proposto pelo Lorde Beveridge era essencialmente calcado em postulados econômicos de teor keynesiano e, como tal, via a contributividade apenas como uma forma de reduzir o grau de poupança

33 ABENDROTH, W. *A Short History of the European Working Class*. Londres: NLB, 1972. p. 51 e ss.

34 GALBRAITH, J. K. *The Affluent Society*. Boston: H. Mifflin Co., 1958. p. 78 e ss.; HANSEN, A. H. *Fiscal Policy and Business Cycles*. W. W. Norton & Co., 1941. p. 114 e ss.

das famílias³⁵, fomentando políticas de investimento, e as prestações de benefícios como forma de incremento da demanda pela vertente do consumo.

Tais concepções sobre a arquitetura da previdência e da assistência social nada tinham de propriamente jurídico, vez que se reportavam a razões políticas e econômicas imanentes a espécies diferentes de intervencionismo, sempre prevalecendo uma atuação unilateral do Estado, ainda que pelo crivo democrático. Contudo, essa unilateralidade só veio a se tornar inquestionável com as políticas keynesianas, por meio das quais surgiu a idéia de “política social” como forma de regulação estatal contínua. Nesse período, os fundamentos econômicos subjacentes às políticas sociais instrumentalizaram de tal maneira o Direito Previdenciário que o mesmo – tornado, então, autônomo – passou a ser, materialmente, uma espécie de tipificação técnica, e, em termos propriamente jurídicos, estritamente legalista-formalista³⁶ – no pior sentido da palavra.

Os ataques à técnica de planificação intrínseca às políticas desenvolvimentistas pela doutrina econômica, mormente quanto à sua eficiência comparativa ser incomensurável, por se remeter a um cálculo impraticável sobre o contexto econômico sem qualquer intervenção³⁷, bem como aos seus efeitos inflacionários e de estagnação produtiva³⁸, não alteraram esse panorama, senão que ensejaram revisões da teoria de Keynes relativamente aos seus efeitos de longo prazo – notadamente a partir das abordagens de Joan Robinson e de Samuelson.

Apenas com a superação do próprio ambiente econômico internacional o paradigma intervencionista sofreu mudanças radicais, vez que os pressupostos políticos do Estado de Bem-Estar perderam toda a sua sustentabilidade, tornando-se possível repensar o Direito Previdenciário. Há muito já se percebera as mutações do sistema econômico mundial, ao se notar que resultavam de pouco valor as análises tradicionalmente calcadas em classes sociais³⁹, pois o advento de uma sociedade tecnológica de massas mudou inteiramente os padrões de

35 KLEIN, L. R. *La Revolución Keynesiana*. Madri: RDP, 1952. p. 216 e ss.

36 Há diversos exemplos de esvaziamento doutrinário, exemplos recorrentes do qual são o legalismo de Li Si e Han Fei-zi ao defenderem a obediência cega à primeira dinastia Qin, o positivismo de Austin em relação ao utilitarismo de Bentham, e o constitucionalismo de Carl Schmitt em apoio a Hitler e de Denisov como legitimação de Stálin. Em todos esses casos, porém, se tratava de contextos políticos bem definidos pela busca da legitimação, ao passo que o Direito Previdenciário em relação às políticas sociais se deu como doutrina sistemática.

37 HAYEK, F. A. *Collectivist Economic Planning*. Clifton: A. M. Kelley, 1975. p. 135 e ss.

38 FRIEDMAN, M. *Inflation et Systèmes Monétaires*. Paris: Calmann-Levy, 1969. p. 49 e ss.

39 TOURAINE, A. *A Sociedade Post-Industrial*. Lisboa: Moraes, 1970. p. 46 e ss.

consumo⁴⁰. Vasta é a literatura sobre esse processo; mas, para os nossos propósitos presentes, podemos resumi-lo em poucas palavras.

Os paradigmas de eficiência econômica que envolviam a transposição do modelo keynesiano para a planificação estatal pressupunham que a iniciativa privada se organizava em torno de uma cadeia que ia da grande indústria aos trabalhadores-consumidores, e caberia ao Estado uma normalização dos gargalos do desenvolvimento por meio da fiscalização e condução dos agregados macroeconômicos.

Aos poucos, porém, as cadeias produtivas passaram a se pautar muito mais pelo aumento do valor agregado (qualitativo), do que pelo ganho de eficiência quantitativo. Daí que a integração vertical que caracterizara a industrialização americana e europeia desde o século XIX, bem como a dos demais países que os seguiram nesse esforço, se justificava frente a um mercado de consumo ainda voltado para bens cuja linha de produção ainda rudimentar implicava na vantagem econômica do controle das várias fases envolvidas na fabricação⁴¹.

Diante das transformações no grau de eficiência e especialização necessários à preservação de uma posição competitiva no mercado – particularmente denotado pelo surgimento de investimentos intensivos em tecnologia pelas potências orientais emergentes –, não se sustentava a lógica da verticalização – senão que, ao contrário, a da integração horizontal. Os custos do controle sobre a produção já não pagavam o seu benefício diante da complexidade exponencialmente maior de cada procedimento de agregação de valor aos bens unitários, assim como à queda dos custos de transação (destaque-se o surgimento do just-in-time ou “tempo real”).

Esse novo paradigma econômico de produção e consumo, por sua vez, gerou uma noção bem mais complexa e essencialmente nova de risco econômico, conseqüentemente forçando uma revisão da atuação por parte dos agentes que operavam no mercado financeiro, os quais passaram a securitizar seus ativos por meio de expedientes de engenharia financeira que atrelassem as dívidas de empréstimos, direta ou indiretamente, aos mercados de títulos⁴².

Com isso, os mecanismos tradicionais de intervenção estatal, calcados na concepção keynesiana de complementação de políticas monetárias, de investimento e consumo, passaram a se revelar ineficientes, pois se já ensejavam inflação, baixa competitividade e estagnação produtiva, estas acabaram minando os pressupostos políticos

40 ELLUL, J. *The Technological System*. Nova Iorque: Continuum, 1980. p. 34 e ss.

41 ARRIGHI, G. *O Longo Século XX*. São Paulo: UNESP, 2009. p. 337 e ss.

42 GOLDSTEIN, L. *Repensando a Dependência*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1994. p. 86 e ss.

de legitimidade das políticas intervencionistas, que convergiam para a preservação da segurança econômica no longo prazo.

A revisão das políticas assistenciais e previdenciárias, de sua parte, era de todo inevitável, pois o paradigma keynesiano sempre tomou esse tipo de auxílio estatal como um instrumento de planificação do consumo, e diante da disjunção entre as políticas de investimento e de consumo, tornou-se insustentável a relação de implicação inicial entre custeio e benefício. Já não bastava a formulação de ajustes e revisões de parâmetros, tornando-se essencial rever todos os pressupostos da ação unilateral do Estado⁴³.

Não resta dúvida de que havia diversos estudos jurídicos sobre os fundamentos e a função dos benefícios como direito social; mas mesmo estes se valiam amplamente da legalidade estrita da norma securitária, explicando a ampla diferenciação entre as categorias previdenciárias segundo considerações eminentemente políticas e econômicas e denotando suas razões jurídicas segundo definições sumárias de interesse estatal⁴⁴.

Desta feita, a discussão sobre a função precípua dos benefícios previdenciários e assistenciais, na linha do debate entre os modelos Beveridgiano (não-contributivo) e bismarckiano (contributivo), acabava se reduzindo à eficácia das prestações em face das contingências⁴⁵, nunca chegando a colocar o direito à previdência e à assistência social como direitos autônomos por seus próprios fundamentos, mas apenas descrevendo e explicando o porquê de o Estado instituir tais prestações e fazendo sugestões aleatórias de reforma, conquanto de natureza abertamente política.

Com o advento das reformas previdenciárias, tal paradigma foi substancialmente enfraquecido, vez que as amplas alterações na legislação previdenciária, ainda que por força da evolução da realidade econômica, tinham por propósito não a modificação do paradigma teórico-econômico acerca da função dos benefícios previdenciários – apenas se reviu a análise de seus impactos sobre os agregados macroeconômicos –, senão que propugnavam a sua exclusão de uma planificação do consumo.

Dessa forma, passaram a ser tomados apenas como despesa financeira a ser administrada segundo sua expansão ou retração, destinada a fazer face a obrigações em sentido próprio, não mais prevalecendo o

43 ROSANVALLON, P. A Crise do Estado-Providência. Goiânia: UFG, 1997.

44 Cf. DOUBLET, J. Sécurité Sociale. Paris: Presses Universitaires de France, 1967, pp. 375 e s.; DURAND, P. La Politique Contemporaine de Sécurité Sociale. Paris: Dalloz, 1953, pp. 258 e ss.; NETTER, F. La Sécurité Sociale et ses Principes. Paris: Sirey, 1959, pp. 65 e s.

45 Cf. CANO, G. A. De los Seguros Sociales a al Seguridad Social. Cidade do México: Porrúa, 1972, pp. 287 e ss./344 e s.; DUPEYROUX, J.-J. Droit de la Sécurité Sociale. 6^e ed. Paris: Dalloz, 1975, pp. 124 e ss.

ponto de vista estritamente econômico, para o qual importavam apenas as externalidades das prestações estatais em face das políticas de emprego.

Em outras palavras, tornou-se necessária uma revisão geral da política econômica social, fazendo-se necessário dissecá-la quanto ao mérito para saber por que tais contingências seriam cobertas, por que determinadas pessoas receberiam este ou aquele tipo de cobertura, bem como se se justificava onexo de causalidade entre a contingência, o custo em termos de arrecadação direta e indireta e o valor dos benefícios em face dessa contingência e desse custo. Houve, portanto, um movimento de despersonalização do Estado no âmbito da relação jurídico-previdenciária, para que se visse nele apenas um intermediário de relações entre os componentes da sociedade civil entre si, como patrocinadores e beneficiários de um mesmo tipo de cobertura⁴⁶.

2 REPENSANDO A NORMA DE BENEFÍCIO

2.1 A desconstrução das políticas econômicas sociais

Para que se compreenda essa transição quanto aos paradigmas jurídicos da norma de benefício, forçoso que se analise, antes disso, a transição havida quanto aos paradigmas econômicos em face das crises das décadas de 1970 e 1980. Isso porque o surgimento das novas idéias sobre o fundamento jurídico das normas previdenciárias só se tornou possível, por um lado, com sua desvinculação das técnicas de dirigismo estatal econômico, e, por outro, com a juridicização do contexto das relações econômicas em que o ordenamento previdenciário se insere. Nesse sentido, o principal efeito das referidas crises foi, sem dúvida, o estiolamento das ambições quanto à existência de uma racionalidade econômica de caráter universal.

Em verdade, há muito já se dirigiam críticas ao utilitarismo/marginalismo que, para além de curiosidades históricas como a doutrina política e a deontologia de Bentham, ou o homo oeconomicus de Stuart Mill, tornara-se um dogma da racionalidade econômica a partir dos economistas pós-ricardianos – desde a “matemática social” de Condorcet e a “aritmética política” de Petty até a “mecânica da utilidade e do interesse próprio” em Jevons –, e, sendo ínsito ao planejamento econômico como tal, simplesmente tolhia por completo a discussão político-democrática⁴⁷. Esta, por sua vez, restava cooptada por um discurso eminentemente técnico e eivado de promessas de resultados; as quais, embora já se afigurassem

46 WALZER, M. “Socializing the Welfare State.” In: GUTMANN, A. (ed.). *Democracy and the Welfare State*. New Jersey: Princeton University Press, 1988. p. 16 e ss.

47 PARETO, V. *Corso di Economia Politica*. v. 2. Turim: P. Boringhieri, 1948. p. 20 e ss.

insustentáveis com o episódio do crash de 1929, foram repensadas por Keynes segundo a teoria marginalista de Alfred Marshall.

Essa desconstrução da teoria da racionalidade econômica tomou vários caminhos na esteira dos movimentos de Direitos Humanos e do pluralismo político do Pós-Guerra, desde os continuadores da sociologia de Max Weber, passando Psicologia Social⁴⁸ e até mesmo pela antropologia, com destaque para Clifford Geertz⁴⁹ e Darcy Ribeiro⁵⁰. Mesmo na teoria econômica as críticas de Pareto e da Ordnungspolitik de Walter Eucken havia muito já questionavam a funcionalidade do determinismo econômico baseado no “bem estar geral”, dada sua ineficácia na realização prática dos propósitos das políticas econômicas a partir de variáveis puramente macroeconômicas.

A sobrevivência desse modelo de planejamento por mais de um século se explica, em primeiro lugar, pela premissa utilitarista da otimização individual, de que se extraem critérios objetivos pelos quais se agrupam as expectativas subjetivas dos diversos componentes de uma sociedade em categorias, identificando os anseios gerais segundo esses blocos de indivíduos e equacionando-os de modo a encontrar a solução que promova o “bem estar do maior número”.

Como se não bastasse a legitimação oriunda desta supressão das preferências individuais em favor da sociedade como um todo, conferindo o descrédito da parcialidade à sua contestação, os petrechos técnicos utilizados para sua obtenção sempre gozaram de razoável complexidade – mais do que suficiente para torná-las insuscetíveis de questionamento por não-especialistas, menos ainda de sujeição a um amplo debate democrático.

Entre os métodos de planejamento econômico afetados aos ideais mercantilistas, cameralistas e fisiocráticos – posteriormente aprimorados por James Mill e pelo utilitarista Edgeworth – e as políticas de desenvolvimento de Schmoller, de André Gide e de Keynes, de fato houve uma grande ruptura, porquanto já restara provado que nem toda oferta gera sua própria demanda (Lei de Say), a função da moeda não se restringia a um meio de se atingir o equilíbrio econômico e a riqueza da nação não poderia mais ser considerada do ponto de vista estático das políticas orçamentárias e monetárias.

Por outro lado, o equilíbrio dinâmico da relação entre emprego, consumo, poupança e investimento não poderia se limitar ao resultado

48 JOST, J. T. & KAY, A. C. “Social Justice.” In: FISKE, S. T. et alii (eds.). *Handbook of Social Psychology*. V. 2. 5. ed. New Jersey: John Wiley & Sons, 2010. p. 1122 e ss.

49 Paddlers and Princes. Chicago: University of Chicago Press, 1963.

50 As Américas e a Civilização. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 464 e ss.

positivo ou negativo de um balanço anual, como ponto de partida para a fixação de políticas cíclicas e anticíclicas. Todavia, o desenvolvimento em si, evidentemente não atende ao equacionamento da pluralidade de valores de uma sociedade democrática, pois parte de suposições erradas quanto aos seus efeitos sobre a estrutura econômica em seus diversos níveis.

Por décadas essa presunção de que o crescimento econômico promovia distribuição de renda e aumento do bem-estar se sustentou pela hipótese já suscitada por Keynes⁵¹ e estabelecida por Kuznets, a qual servia de justificativa para praticamente qualquer modelo desenvolvimentista. Ao surgir a estagflação das décadas de 1970 e 1980, fez-se presente, simultaneamente, não apenas a oportunidade de rever todos os dogmas do utilitarismo – que, antes disso, se homiziavam na argumentação técnica especializada –, como de verificar se se justificava o tratamento direto das questões sociais, independentemente de sua intermediação pela política econômica.

A revisão da amplitude de aplicação do marginalismo nas análises macroeconômicas por economistas como Gunnar Myrdal, Hirschman e Braudel acabou por deixar claro que a acuidade desse instrumento teórico tem sua precisão vinculada a pressupostos e níveis de aplicabilidade bastante específicos, onde é menor a influência das variáveis sociológicas e culturais. É nestes âmbitos de análise que se neutralizam os efeitos colaterais das ideologias econômicas⁵².

Mais ou menos na mesma época a sociologia progressivamente deixava de procurar teorias fundamentais para se voltar a “teorias de médio alcance”⁵³, cuja base conceitual permitisse tanto a positividade científica dos conhecimentos empíricos assimilados quanto a sua utilização prática – no que foi desde logo seguida pela antropologia⁵⁴ –, na esteira dos primeiros movimentos definitivamente voltados à abordagem interdisciplinar de problemas sociais específicos – valendo mencionar, sob este aspecto, a teoria dos sistemas de Talcott Parsons como tentativa de unificação do método de abordagem multidisciplinar que envolveu os diversos departamentos de ciências sociais na Universidade de Chicago⁵⁵.

Como era de se esperar, todas essas tendências convergiram para o surgimento da public policy, desde o seu início pautada por uma

51 Cf. KEYNES, J. M. “Poverty in Plenty: is the economic system self-adjusting?” In: MOGGRIDGE, D. D. *The Collected Writings of John Maynard Keynes*. v. 13. Londres: Macmillan, 1973.

52 MYRDAL, G. *Aspectos Políticos da Teoria Econômica*. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p. 162 e ss.

53 MERTON, R. K. *Sociologia: Teoria e Estrutura*. São Paulo: Mestre Jou, 1970. p. 71 e ss.

54 RAAB, L. M. & GOODYEAR, A. C. “Middle-Range Theory in Archaeology: A Critical Review of Origins and Applications” in *American Antiquity*. v. 49, abr. 1984. p. 255-268.

55 LUHMANN, N. *Einführung in die Systemtheorie*. 4. ed. Heidelberg: Carl-Auer, 2008. p. 28 e ss.

técnica de ponderação das consequências práticas de sua implementação/não-implementação segundo uma série de valores-objetivo (goal values)⁵⁶, buscando-se a identificação dos diversos cenários envolvidos na combinação de resultados da decisão política lançada⁵⁷. A interdisciplinariedade inata a essa nova técnica de solução de problemas políticos lhe garantiu eficácia mais do que suficiente para que em pouco tempo se expandisse, tomando espaço dos analistas econômicos setoriais.

Com as crises econômicas, inverteram-se os termos da complementariedade dos instrumentos de análise fornecidos pela teoria das políticas públicas em face das teorias do crescimento econômico, hipertrofiando-se aquela na mesma medida da perda da validade universal destas. Embora as variáveis macroeconômicas ainda sejam fundamentais à óptica de análise perfilhada pelas políticas econômicas setoriais e intersetoriais, donde estas ainda influenciarem as políticas públicas pela via da administração financeiro-orçamentária, a autonomia técnica destas é incontestavelmente maior do que outrora.

Ao se promover essa progressiva encampação do planejamento econômico pelas políticas públicas vinculadas às grandes áreas temáticas de atuação estatal, restou estilhaçado o propósito central das políticas econômicas anteriores – que era o desenvolvimento econômico como valor em si –, bem como a idéia de que os efeitos sociais ocupariam posição subalterna no planejamento, como meras externalidades do incremento da atividade econômica.

Apesar de o aporte de novos instrumentos teóricos ter aumentado sensivelmente a complexidade do discurso técnico produzido em torno da public policy, em comparação ao já razoavelmente sedimentado jargão dos economistas neoclássicos e keynesianos, o direcionamento da ação estatal se tornou bem mais claro quanto aos seus objetivos e metas, desmistificando-se o modus operandi da análise técnica e o tornando substancialmente mais suscetível de controle tanto democrático quanto jurídico.

Por fim, os próprios termos de integração entre políticas de crescimento econômico e políticas públicas de cunho social passou a se dar pelo estabelecimento de objetivos e metas convergentes. Com efeito, pois o próprio fenômeno do desenvolvimento econômico passou a ser assimilado por uma perspectiva de maximizações multidimensionais, buscando-se dissolver as variáveis até que pudessem as mesmas atingir a utilidade individual em termos objetivos⁵⁸.

56 LASSWELL, H. D. *National Security and Individual Freedom*. Nova Iorque: McGraw-Hill, 1950. p. 56 e ss.

57 LINDBLOM, C. E. *O Processo de Decisão Política*. Brasília: EDUnB, 1981. p. 19 e ss.

58 PERROUX, F. *A Filosofia do Novo Desenvolvimento*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1981. p. 211 e ss.

Surgiu deste movimento a noção de um “desenvolvimento baseado em direitos” (rights-based development), consagrado na Conferência de Viena (1993), pelo qual os indicadores de utilidade como “bem estar do maior número” não mais se resumiriam aos índices de atividade econômica, senão que, inversamente, seriam apurados pelas externalidades proporcionadas pelo crescimento econômico em termos de efetivo bem-estar geral, segundo os anseios da sociedade como um todo.

Seguindo essa vertente, ausente o atendimento desses objetivos gerais, medidos pelos direitos sociais básicos, sequer se pode falar em desenvolvimento, donde surgir a discussão sobre até que ponto a materialização desses direitos se dá de forma mais adequada por políticas de crescimento econômico ou políticas públicas estritamente focalizadas.⁵⁹ Em qualquer caso, abstraindo-se a discussão metodológica de fundo, mesmo em se mantendo o desenvolvimento como simples incremento da atividade econômica nacional, em diversas instâncias foi observado que a própria ampliação do acesso a direitos como educação, saúde, moradia e serviços de fornecimento de energia elétrica e saneamento básico têm, por si só, repercussões importantes sobre o crescimento econômico.

Nessa esteira, deu-se uma revisão do utilitarismo que, ao fim e ao cabo, passou a representar uma importante vertente das teorias sobre políticas públicas, pois os resultados da alocação de recursos continuam sendo medidos objetivamente⁶⁰, e se os valores-resultado abstratos guiam a implementação e podem mesmo levar à extensão de projetos a outros objetivos, tal implementação se dá com foco em objetivos específicos⁶¹. Ademais, se a utilidade não pode ser tomada por seu caráter absoluto e independentemente dos anseios individuais⁶², a apuração dos efeitos do planejamento sobre as diversas espécies de esferas finalísticas de ação não se dá mediante a multiplicação dos planos segundo preferências, mas a partir de noções objetivas sobre as opiniões exteriorizáveis (preference laundering)⁶³ valores pelos quais o “bem estar do maior número” se materializa.

De resto, o questionamento visceral das teorias keynesianas sobre a pauperização e o desemprego por economistas como Amartya Sen e Kenneth Arrow a partir de uma teoria da exploração das capacidades individuais retomou a idéia da “igualdade de oportunidades” pela potencialização

59 SEYMOUR, J. & PINCUS, D. “Human Rights and Economics: the Conceptual Basis for their Complementarity.” In: *Development Policy Review*. v. 26, p. 387-405.

60 YOUNG, M. *The Rise of Meritocracy*. Londres: Thames & Hudson, 1958. p. 93 e ss.

61 DYE, T. R. *Understanding Public Policy*. Nova Jersey: Prentice-Hall, 1972. p. 298 e ss.

62 MILL, J. S. *Sobre a Liberdade*. Lisboa: Europa-América, 1997. p. 28.

63 GOODIN, R. E. *Utilitarianism as a Public Philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995. p. 145 e ss.

comparativa segundo resultados, abrindo o caminho para que mesmo as políticas macroeconômicas pudessem ser analisadas tanto jurídica como politicamente. Dessa forma, restou plenamente viabilizada a apropriação desse discurso técnico pelas teorias jurídicas, as quais progressivamente foram abandonando a inércia da argumentação estritamente normativa para adentrar no cerne da ação estatal em matéria social.

2.2 Surgimento e Evolução das Normas de Direitos Sociais

O discurso jurídico com certeza não seguiu de perto toda essa evolução quanto à teoria do desenvolvimento econômico, e, infelizmente, até hoje está bem longe de atingir um nível adequado de tratamento das questões previdenciárias. No tocante aos seus fundamentos constitucionais e internacionais, a principal razão disso está na ausência de uma diferenciação adequada do direito à previdência social em relação aos direitos sociais em geral, como resultado inevitável da indistinção que perdurou ao longo da vigência das políticas keynesianas.

Quando estas passaram a ser revistas por razões de cunho econômico, certamente não houve retrocesso ao ponto de se vincular o seguro social ao Direito do Trabalho. Contudo, em vez de se buscar o fio condutor das instituições previdenciárias através da história – encontrando, assim, a teoria dos seguros – as políticas públicas e as políticas econômicas foram interceptadas, sem maior cautela, por toda uma teoria da interpretação dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, perdendo-se por completo a noção da proteção securitária ao se nivelar todos os direitos sociais como “direitos de segunda geração”.

Vale notar que muito disso se deve à prevalência implícita de teorias ultrapassadas que se baseavam em uma noção equivocada sobre o significado da teoria dos direitos individuais, fruto da ausência de transição clara entre os diversos paradigmas envolvidos. Com efeito, o principal motivo de ainda haver ampla controvérsia tanto sobre a noção de direitos individuais de natureza social como sobre sua exigibilidade está em se estender a estes – consciente ou inconsciente – o mesmo modelo conceitual oferecido pelos direitos patrimoniais e políticos.

Abstraindo-se análises de historiadores marxistas sobre a ideologia burguesa, a mais falsa das alegações em defesa deste seccionamento histórico das “gerações” de direitos parte do pressuposto de que não havia qualquer preocupação com a justiça social durante o Iluminismo. Porém, não é verdade que os próceres da Revolução Francesa nela não acreditassem, apenas criam bastar à realização desta

que se resguardasse a liberdade individual contra a opressão do Estado, dadas as peculiaridades de seu tempo.

Não por acaso o verbete da *Encyclopédie* de Diderot sobre a Igualdade se resumia a tratar da “igualdade moral”, como pressuposto pelo qual o resultado das ações individuais seriam fruto do mérito pessoal, quase como anverso tautológico da liberdade. Esta, sim, era o fundamento essencial e imprescindível à justiça segundo as façanhas de cada cidadão, outorgando um significado estritamente individual ao ganho econômico, e se atribuindo à criação de privilégios toda e qualquer perda para a sociedade⁶⁴.

Se observarmos as ponderações de Montesquieu sobre o luxo⁶⁵, ou de Voltaire sobre a igualdade⁶⁶, ambos reprovam a ostentação por ser não apenas fruto do trabalho alheio, mas principalmente por ser prestado em condição de sujeição, e como reprodução de relações de sujeição contrárias à *recta ratio*. Inversamente, esse mesmo tipo de reverência geral pela opulência era tida por Adam Smith como prejudicial à racionalidade econômica individual e contrário à “ordem natural”⁶⁷, servindo à estruturação das formas culturais de dominação⁶⁸.

Décadas depois do Iluminismo, essa mesma tendência à valorização servil do poder e da riqueza foi estudada por Nietzsche sob o prisma filológico, no intuito de criticar a moral burguesa⁶⁹, assim como, já no século XX, Thorstein Veblen via na cultura da opulência e da servidão uma característica essencial ao funcionamento do capitalismo⁷⁰. Todavia, durante esse Movimento não se vislumbrava qualquer necessidade de se abordar direitos sociais de caráter universal, pois a economia era uma técnica sumamente calcada no individualismo, sendo-lhe suficiente que o Estado, como pressuposto desse mecanismo natural de realização da justiça, não cerceasse a liberdade e que velasse por ela contra a interferência abusiva dos demais indivíduos.

A sociedade só faria sentido enquanto soma de indivíduos livres, e só haveria genuína racionalidade quando o indivíduo fosse capaz de usar suas energias em prol de vontades compatíveis com sua liberdade.

64 CONSTANT, B. “De la Liberté Industrielle.” In: LOUANDRE, C. *Oeuvres Politiques de Benjamin Constant*. Paris: Charpentier et Cie., 1874. p. 239 e ss.

65 De L'Ésprit des Lois, VII, 1.

66 Dictionnaire Philosophique: Égalité.

67 Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations, III, 1.

68 Theory of Moral Sentiments, III, 2, 1 e ss.

69 A Genealogia da Moral. São Paulo: Escala, 2013. p. 63 e ss.

70 Theory of the Leisure Class. Nova Iorque: Penguin, 1979.

A função do Estado, por sua vez, continuava sendo em Locke, Rousseau e Kant – como, antes deles, em Hobbes⁷¹ ou Spinoza⁷² – a preservação da ordem contra o individualismo exacerbado, só que não mais em benefício da ordem geral como valor em si, mas principalmente da liberdade reciprocamente determinada entre os indivíduos. Reconhecendo-se os benefícios do egoísmo e mesmo da ganância⁷³, competiria ao Estado o controle e intermediação dos conflitos entre duas ou mais esferas privadas de direitos.

Até a Reforma, a organização do poder político sempre foi tomada como um fato, donde predominarem teorias legitimadoras – como a tradição que vai de Santo Agostinho até Dante Alighieri e Bossuet – e as críticas baseadas em sociedades utópicas – como as de Thomas More e Campanella. Desde o surgimento de teorias do tiranicídio – com destaque para o John of Salisbury⁷⁴ – já se insinuava ser o monarca um mandatário natural de seus súditos, teoria esta que veio a ser formalizada pelos Monarcômacos, particularmente por Althusius.

A discussão sobre o “estado de natureza” não se prestou a muito mais do que alinhar essa função representativa do Estado aos direitos do indivíduo em sociedade – concebida esta como um aglomerado de indivíduos, já que os círculos intermediários não seriam muito mais do que resultado da opressão causada pela tradição irracional. Afóra Rousseau – que realmente acreditava ser historicamente verdadeira sua teoria da formação da sociedade moderna – , cuidava-se, sob este aspecto, de um instrumento de lógica ou de retórica voltado a apresentar, diacronicamente, os motivos da transição do “estado selvagem” para a “ordem civil”⁷⁵.

Nesse sentido, o contratualismo iluminista, em comparação com o idealizado pelos Monarcômacos, se limitou a ampliar o rol das liberdades – que em geral se restringiam à crença, à expropriação e ao encarceramento arbitrários – , reuni-las em torno de um conceito comum e retirar do Estado qualquer prerrogativa incompatível com a necessária preservação dessa mesma liberdade individual⁷⁶ – ou seja, só se justificaria a existência do Estado para resguardá-las. Continuava-

71 Leviatã. São Paulo: M. Claret, 2007. p. 70 e ss.

72 *Traité Politique* in SAISSET, É. *Oeuvres de Spinoza*. v. 2. Paris: Charpentier, 1861. p. 358 e ss.

73 KANT, I. *Idéia de uma História Universal de um Ponto de Vista Cosmopolita*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 9 e ss.

74 *Policraticus*, IV, 1; VII, 23; VIII, 17.

75 NOZICK, R. *Anarquia, Estado e Utopia*. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 8 e ss.; LOCKE, J. *Second Treatise on Civil Government*, I, 11.

76 ATGER, F. *Histoire des Doctrines du Contrat Social*. Nîmes: La Laborieuse, 1906. p. 244 e ss.; JELLINEK, G. *La Déclaration des Droits de L'Homme et du Citoyen*. Paris: A. Fontemoing, 1902. p. 64.

se, contudo, a organizar toda a existência humana em torno de uma relação estritamente travada entre o indivíduo e o Estado, ficando este de mediador entre os diversos cidadãos tomados em sua individualidade.

A necessidade de proteção do indivíduo contra os efeitos das relações econômicas só faz sentido quando se reconhece que a própria organização da infra-estrutura econômica se alterou substancialmente – como no caso do advento de uma sociedade industrial –, e o significado da proteção ao uso e gozo do patrimônio não mais pode ser tomado como imprescindível à subsistência e à própria identidade do indivíduo; vez que, diante do novo panorama econômico e civilizatório, o emprego ocupa esta posição.

Revelado o surgimento desses novos valores culturais, pelos quais se reconhece que o empobrecimento não resulta da indisposição para o trabalho, mas sim das condições em que o mesmo é prestado⁷⁷, o papel a ser desempenhado pelo Estado precisa ser contextualizado em termos de balanceamento entre o individualismo e a solidariedade – e não mais por puro altruísmo cristão, mas sim porque a estabilidade das relações econômicas pressupõem não apenas a liberdade como gozo da propriedade, senão que, em certa medida, esta é pressuposto daquela⁷⁸.

A sociedade, antes vista como ambiente opressor da liberdade individual, passa a ser o meio de “propriedade coletiva” pelo qual se garante que a própria liberdade individual no uso e gozo da propriedade não possa ser, em si mesma, uma forma de opressão⁷⁹. Alterada sensivelmente a estrutura social, os resultados sociais do funcionamento do capitalismo segundo uma liberdade interindividual consagrada nos direitos humanos setecentistas, esses mesmos direitos passam a prescindir de revisão e contextualização econômica.

2.3 Conjunção entre Legalidade Estatal e Técnica Econômica na Norma de Direitos Sociais

Apesar da necessidade de revisão e adequação dos direitos fundamentais às novas realidades sociais, o entusiasmo do positivismo científico predominante nas teorias econômicas e sociológicas em muito

77 Pode-se mesmo dizer que a situação piorou, vez que as proteções inerentes aos regimes de servidão, de patriarcado e das corporações foram substituídas por um salário que simplesmente não as supria. Cf. LE PLAY, M. F. *La Réforme Sociale*. v. 2. Paris: H. Plon, 1864. p. 15 e ss.

78 DUGAVE, P. *Le Problème Social*. Paris: Berger-Levrault, 1920. p. 20 e ss.; GIDE, A. “L’Idée de Solidarité em tant que Programme Économique.” In: *Revue Internationale de Sociologie*, n.º 5, set./out.1893.

79 BOURGEOIS, L. *Solidarité*. Paris: A. Colin, 1906. p. 52 e ss.; BECQUERELLE, S. *Individualisme et Solidarité*. Amiens: E. Cornely, 1903. p. 25 e ss.;

reduziu a disputa entre socialistas, anarquistas e liberais a uma discussão muito mais técnica do que jurídica, permanecendo o individualismo como princípio jurídico a ser contemporizado pela dinâmica das leis econômicas e sociais⁸⁰ – e isso certamente fez com que a justificativa dos direitos sociais implícitos só ocorresse como solução política ou econômica, pouco importando seu conteúdo jurídico.

Em contrapartida, o Estado continuava a ser visto como um ente que compunha esses interesses políticos segundo fundamentos técnicos, e se o surgimento dessas novas realidades sociais exigia uma ação estatal específica, nem por isso sua concepção estritamente jurídica – tal qual extraída da teoria geral do Estado – restaria prejudicada⁸¹. Continuava-se, assim, a tratar a ação estatal segundo os princípios do estado de direito e da legalidade democrática, não se contemplando, do ponto de vista jurídico, a necessidade ou o cabimento de sua substituição – como veio a ocorrer com o advento da Constituição de Weimar – por um estado social de direito (*soziale Rechtsstaat*) abertamente despido de neutralidade quanto às suas funções de solucionador de conflitos entre classes sociais⁸².

Ao servir à consolidação dessa nova perspectiva de atuação do Estado, a Constituição de 1919 sem dúvida representou uma evolução relativamente ao paradigma francês, pois já se vislumbrava uma função constitucional específica para o Estado, que não mais se resumiria à preservação das liberdades civis, senão que passaria a ter um papel inequívoco na efetivação de um equilíbrio entre essas garantias e os efeitos individuais destas sobre o status social dos cidadãos em geral, também definidos segundo direitos fundamentais.

Ainda assim, o Estado, como ente soberano e autônomo, permanecia sendo a figura essencial nesse processo, pois seria responsável pelas medidas correspondentes a esse equilíbrio, as quais se ordenariam pela mesma concepção tradicional de pessoa jurídica correspondente a uma comunidade política, por oposição às teorias contratualistas clássicas⁸³. Seguiria, nesse mister, todo o formalismo imanente à legalidade democrática e ao estado de direito, no que pouco se diferenciaria o modelo alemão de direitos sociais, em princípio, do formalismo legal clássico pregado pelos administrativistas franceses.

80 WALRAS, L. *L'Économie Politique et la Justice*. Paris: Guillaumin et Cie., 1860. p. 64 e ss.; GIDE, A. *Économie Sociale*. Paris: Sirey, 1905. p. 63 e ss.

81 JELLINEK, G. *L'Élément Juridique dans la Science de l'État*. Paris: A. Fontemoing, 1903. p. 9 e ss.

82 Cf. HEINIG, H. M. *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit*. Tübingen: Mohr-Siebeck, 2008. p. 42 e ss.

83 HAURIOU, op. cit., p. 19 e ss.; GIERKE, O. *Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft*. Berlin: Weidmannsche, 1868. p. 81 e ss.

Com efeito, pois inicialmente a doutrina da *puissance publique* – de que foi tributária a teoria geral do Estado tedesca, pela influência de Otto Mayer – foi construída em torno da idéia de que a lei evitaria os abusos do Executivo, mas sempre partiu do pressuposto de que qualquer atividade pública assim solenemente designada, por definição se desempenhava em benefício da soberania popular, bastando que determinados poderes fossem outorgados para que a pessoalização quanto ao seu exercício fosse tida como suficiente a garantir a supremacia de tais atos sobre os interesses privados⁸⁴. Como a função pública necessariamente pressupõe um dever de servir tanto do administrado quanto do agente público perante o Estado, não se aplica este atributo aos atos praticados pelos particulares que assistiam os agentes públicos nesse mister⁸⁵.

A partir daí, em vez de se direcionar a discussão à realização do interesse público independentemente da natureza do agente, como fato material⁸⁶, a pessoalização permaneceu sendo o critério essencial, desenvolvendo-se o debate em torno de estarem os atos fundados na competência assim atribuída dotados do atributo de supremacia, extraindo sua força cogente do tipo de regime legal a que estivessem adstritos (atos *ius imperii*/*ius gestionis*). Assim, as funções desempenhadas pelos agentes que, designados por lei, representavam o Estado, poderiam não se direcionar ao exercício de uma autoridade legal impositiva à esfera dos interesses privados, a depender de seu propósito, e independentemente de os respectivos atos estarem enquadrados na atividade genericamente descrita em lei.

Após essa separação dos atos administrativos dotados de supremacia, o refinamento dessa noção de *fonction publique* levou à sua recondução a uma finalidade pretendida pela lei e, conseqüentemente, à construção da teoria do *détournement de pouvoir*, pela qual não apenas a validade subjetiva do ato seria suscetível de questionamento perante a lei, mas também a compatibilidade de seu conteúdo material com esta.

84 Quanto ao tema, só se distinguem os primeiros constitucionalistas franceses de autores de dois séculos antes, como Bodin ou Domat, pela substituição da soberania do monarca pela soberania popular, já que até mesmo a legalidade já há muito era suscitada como fundamento de sua autoridade, independentemente das qualidades ou vícios pessoais do ocupante do cargo. Cf. *Six Livres de la République*, III, 5, 1; *Le Droit Public*. V. 5. Paris: Pierre Emery, 1701. p. 57.

85 BLUNTSCHLI, J. K. *The Theory of the State*. Oxford: Clarendon Press, 1885. p. 495 e ss.; SIMONET, J-B. *Traité Élémentaire de Droit Public et Administratif*. 2. ed. Paris: F. Pichon, 1893. p. 163; MAYER, O. *Droit Administratif Allemand*. v. 4. Paris: Giard & Brière, 1906. p. 10 e ss.

86 Tal discussão se limitou à distinção, constante do Código Napoleão, entre instituições de utilidade pública e instituições públicas, mas sem tocar em momento algum sobre a natureza unilateral dos atos administrativos, mas apenas sobre a competência do Conseil d'État para apreciar de recursos contra atos praticados pelas primeiras. Cf. JÈZE, G. *Cours de Droit Public*. Paris: Giard, 1924. p. 294 e ss.

Ainda assim, a atuação dos agentes da Administração Pública, para além de sua pessoalidade, continuava a ser vista como prática legitimada apenas nos termos do escopo da lei, colocando o Executivo como servo do Legislativo⁸⁷ e fazendo com que todas as questões se reportassem, ao fim e ao cabo, a uma discussão sobre o princípio da separação de poderes⁸⁸ – sempre sob um prisma estritamente formalista.

Foi nessa esteira que se desenvolveu toda a jurisprudência do Conseil d'État acerca da validade de atos administrativos praticados no exercício de competências delegadas – ou por meio de avocação de competência – à revelia de permissão expressa consagrada em lei, em desconformidade com tal permissão. Tais situações eram analisadas, então, a partir de uma compreensão bastante estrita da atividade administrativa como mero exercício de obediência à lei⁸⁹, e nada além disso – pois, de outra forma, estaria o Executivo usurpando funções legislativas. O legislador devia obediência apenas à constituição – embora não houvesse controle de constitucionalidade das leis –, e os encarregados das funções administrativas do Poder Executivo – para além dos respectivos agentes políticos, que continuavam diretamente vinculados pela constituição⁹⁰ –, se pautariam exclusivamente pela lei e pelos regulamentos destinados à sua execução⁹¹.

O advento da doutrina do *service public*, inclusive em suas versões institucionalistas, muito pouco alterou esse panorama. A pessoalização dos atos administrativos continuava sendo o fator principal, a partir do qual o fato de se tratar ou não de um “serviço público” atrairia o regime unilateral ou negocial aplicável, em substituição ao casuísmo do binômio *ius imperii/ius gestionis*. A necessidade de que haja uma regra de competência pela qual se fixem os termos de representatividade do Estado continua sendo necessária em qualquer caso; apenas os atributos do ato administrativo variam conforme a finalidade consignada em lei⁹².

Em uma palavra, tais doutrinas avaliam a finalidade como algo secundário, tomando-se a regra de competência como ordem pura e simples, direcionada ao Executivo para ser cumprida em busca de

87 HAURIUO, M. *Précis Élémentaire de Droit Constitutionnel*. 2. ed. Paris: Sirey, 1930. p. 150 e ss.

88 BERTHÉLEMY, H. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. Paris: A. Rousseau, 1900. p. 15 e s.; LAFERRIÈRE, É. *Traité de la Juridiction Administrative*. v. 2. Berger-Levrault et Cie., 1888. p. 471.

89 MARIENHOFF, M. S. *Tratado de Derecho Administrativo*. v. 1. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1966. p. 261 e ss.

90 MICHOD, L. *Des Actes de Gouvernement*. Grenoble: F. Allier, 1889. p. 11 e ss.; JÈZE, G. *Principes Généraux du Droit Administratif*. Paris: Berger-Levrault et Cie, 1904. p. 30 e ss.

91 ESMEIN, A. *Éléments de Droit Constitutionnel*. Paris: L. Larose, 1896. p. 500 e ss.

92 DUGUIT, L. *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*. Paris: F. Alcan, 1908. p. 70 e ss.

resultados práticos (finalidade imediata)⁹³, estritamente definidos em seus aspectos objetivos e subjetivos, sendo o escopo legal (finalidade mediata), firmado em conceitos indeterminados – “interesse público”, “serviço público”, “interesses coletivos da sociedade”⁹⁴, etc – importavam apenas na medida em que delineavam seus efeitos jurídicos. Fala-se em equilíbrio entre privilégios e garantias⁹⁵ como se o ato de constituição das autoridades públicas fosse uma atribuição singular de parte da soberania popular, a que apenas as liberdades civis seriam objetáveis – privilégios e garantias seriam, portanto, regalias de espécies diferentes e contrapostas, vez que inteiramente despidas de qualquer conteúdo finalístico suprapessoal.

Com certeza a doutrina e a jurisprudência tedesca, já havia algum tempo, seguiam um caminho metodológico diverso da francesa, pois ainda que o Estado continuasse a ser visto como um servidor da soberania popular cujos atos se impunham aos administrados, já se constituíra um mecanismo de controle baseado na discricionariedade como contemporização de técnica das medidas possíveis segundo a relação entre fins e meios (*Zweckmässigkeit*) completamente diferente do *détournement de pouvoir*⁹⁶.

Essa técnica, por sua vez, foi aplicada ao Direito Constitucional com a introdução da teoria de Smend⁹⁷ sobre a organização dos direitos fundamentais como valores culturais, na esteira da filosofia neokantiana de Windelband, Rickert e, principalmente, Hartmann. A crítica lançada por Richard Thoma e Carl Schmitt, apontando a imprecisão dos valores como simples perspectivas decisórias⁹⁸, levou ao desenvolvimento da técnica de ponderação de valores (*Güterabwägung*)⁹⁹, pela qual a legitimação dos agentes públicos está no preenchimento dos espaços de contemporização definidos na hierarquia normativa¹⁰⁰ segundo a competência de cada

93 LABAND, P. *Le Droit Public de L'Empire Allemand*. v. 2. Paris: Giard & Brière, 1901. p. 515 e ss.

94 Cf. JACQUELIN, R. *Une Conception d'Ensemble du Droit Administratif*. Paris: Giard & Brière, 1899. p. 20 e ss.

95 ENTERRÍA, E. G. de. *Curso de Derecho Administrativo*. V. 1. Madrid: Civitas, 1999. p. 46 e ss.

96 FLEINER, F. *Droit Administratif Allemand*. Paris: Delagrave, 1933. p. 96; LAUN, R. *Das freie Ermessen und seine Grenzen*. Leipzig: F. Deuticke, 1910; STIER-SOMLÒ, F. *Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung*. Berlin: Mohr, 1908. p. 457 e ss.

97 SMEND, R. *Constitución y Derecho Constitucional*. Madri: CEC, 1985. p. 17 e ss.

98 SCHMITT, C. *La Tiranía de los Valores*. Buenos Aires: Hydra, 2010.

99 HÄBERLE, P. *Hermenêutica Constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997. p. 41 e ss.; HESSE, K. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998. p. 281 e ss.

100 BVerfGE 21, 73, 79; 35, 79, 117; 31, 255, 264; 37, 132, 142; 82, 6, 12; 83, 130, 145; 90, 1, 16; 96, 375, 394; 109, 190, 252; 111, 333, 355; 113, 88, 103; 127, 87, 116.

Poder¹⁰¹, sempre se sujeitando tal ato, em qualquer caso, a ser testado no caso concreto quanto à sua proporcionalidade (Verhältnismässigkeit).

Dessa forma, o “interesse público” não se impõe apenas pela legitimação pessoal do agente do Estado, senão que esta é condição do próprio ato de ponderação tanto no tocante à competência formal¹⁰² quanto em relação ao conteúdo¹⁰³. Tampouco se pode falar, de antemão, em supremacia do interesse público sobre o privado em razão do mero preenchimento dos requisitos formais, senão que tudo passa a depender da forma como esse âmbito constitucional de ponderação é preenchido.

Todavia, a transposição desses corolários ao controle de constitucionalidade em face das normas de direitos fundamentais para os direitos sociais rapidamente se revelou problemática, não apenas por não se ter desenvolvido uma perspectiva de análise econômica desses direitos – que continuavam sendo tomados como os direitos os principalmente por ainda se ter o Estado como ponto de partida na materialização desses direitos. Há muito já se dirimira a questão da aplicabilidade das normas de direitos fundamentais a outros entes que não o Estado (Drittwirkung), mas nem por isso o protagonismo do Estado deixa de ocorrer na função de mediador desses conflitos¹⁰⁴.

Não resta dúvida sobre tal mediação ser inevitável em vista do “monopólio da violência”; mas nem por isso se torna menos obscura a compreensão tanto do papel do Estado como da função dos direitos fundamentais em face deste, da sociedade e do indivíduo.

2.4 As novas idéias sobre a causalidade imanente às normas de direitos sociais

A alteração desse impasse inevitavelmente impunha tanto a superação do Estado como sujeito passivo por excelência das normas de direitos fundamentais como a concepção de direitos especificamente calcados no posicionamento do indivíduo diante da realidade econômica dos novos tempos, dada a insuficiência da vinculação entre liberdade e prosperidade individual no contexto das sociedades industriais. Muito embora isso só tenha vindo a ocorrer com a tradução jurídica das teorias

101 BVerfGE 77, 170, 214; 79, 174, 202; 92, 26, 46; BverfG, 1 BvR 2270/05 (83), em 11/09/05; 357/05 (120), em 15/02/06.

102 BÖCKENFÖRDE, E. W. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madri: Tratta, 2000. p. 62 e ss.

103 2 BvR 133/10, em 18/01/12, 80 e ss.; 2 BvR 2433/04, em 20/12/07, 152 e ss.; 2 BvL 5/98, em 5/12/02, 135 e s.; BVerfGE 47, 253, 275; 52, 95, 130; 77, 1, 40; 83, 60, 72; 93, 37, 66. Cf. ÖSSENBUHL, F. *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschlands*. V. 5. 3ª ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2007, p. 336.

104 TUSHNET, M. *Weak Courts, Strong Rights*. Princeton: Princeton University Press, 2008. p. 183.

necontratualistas de Rawls e Gauthier por Ronald Dworkin, as primeiras teorias contratualistas modernas versando direitos humanos, apesar de não reconhecerem a existência de direitos sociais, já traziam consigo a noção dos direitos individuais como normas de interação recíproca entre indivíduos, atribuindo ao Estado mera função operacional.

Desde o debate havido entre Edmund Burke e Thomas Paine ficara claro que a divergência estava não tanto na existência de direitos por força da tradição institucional (“entailed inheritance”)¹⁰⁵ ou pela “natureza humana”, mas sim na fixação de direitos como princípios de organização das relações entre governo, sociedade e indivíduo¹⁰⁶. De tal maneira o foco estava na consideração dos direitos individuais como princípios que regem essas relações jurídicas que os founding fathers tiveram por dispensáveis uma declaração na Constituição de 1787, julgando ser suficiente à preservação da liberdade o sistema de checks and balances. Homens como James Madison entendiam ser até mesmo perigoso lançar uma declaração de direitos que poderia levar o Judiciário a tomá-las como normas positivas¹⁰⁷, quando, de fato, são princípios que devem guiar o Estado, muito mais do que limitá-lo.

É certo que, a despeito de tentativas como a de Dworkin e Alexy, a distinção entre regras e princípios está muito longe de ter um mínimo de precisão conceitual que lhe outorgue operacionalidade em termos de metodologia jurídica, e sequer tem qualquer valor para além de uma mudança de perspectiva quanto à experiência hermenêutica¹⁰⁸. Porém, se tal distinção tem qualquer importância no que diz respeito à interpretação dos direitos fundamentais, isto se deve ao fato de estes disporem sobre o conteúdo teleológico mínimo das relações jurídicas ordinárias entre o Estado, a sociedade e o indivíduo, no que têm aplicação ampla e operam de forma ambivalente, tanto na fixação de finalidades como na estipulação de limites e obrigações a todos estes¹⁰⁹. Pouco importa, sob este aspecto, qual a categoria a que determinado direito fundamental supostamente pertence, pois os direitos fundamentais evidentemente só poderão ser considerados direitos subjetivos públicos na medida em que se revelarem em uma relação jurídica específica.

105 BURKE, E. *Reflections on the Revolution in France*. Londres: Penguin, 2004. p. 119 e ss.

106 PAINE, T. *Senso Comum*. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2009. p. 82 e ss.

107 SCHWARTZ, B. *The Bill of Rights: a Documentary History*. v. 2. Nova Iorque: McGraw-Hill, 1971. p. 1031.

108 HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 337 e ss. (post scriptum).

109 COHN, H. “A Human Rights Theory of Law: Prolegomena to a Methodology of Instruction.” In: IIDH. René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber. V. 4. Paris: A. Pedone, 1972. p. 55 e s.

Somente com o advento das teorias neocontratualistas foi possível retomar essa perspectiva, vez que, até então, o Estado continuava sendo contemplado como um ente autônomo, e, embora sujeito a diversos controles constitucionais e metas, permanecia, para todos os efeitos, diverso da nação – com exceção da teoria pura do direito, que sustentava a hipostasia dessa figura –, e inclusive do próprio ordenamento jurídico.

Apenas quando se vislumbra os direitos fundamentais como princípios fundantes essenciais à validade de toda e qualquer relação jurídica – seja ela de ordem social, política, econômica ou cultural –, relegando ao Estado o papel de simples intermediador das respectivas pretensões de validade, se passa a compreender como se operam as relações jurídicas em que este figura na condição de coadjuvante. Embora essa perspectiva de análise já estivesse evidenciada na filosofia política do pluralismo democrático¹¹⁰, e fosse até possível inferi-la de autores como Rudolf Smend, a associação clara e sistemática entre o Estado, os direitos fundamentais e os indivíduos vivendo em sociedade – sob o prisma de suas relações de cooperação econômica, e não mais do direito à propriedade – só veio a ocorrer com o neocontratualismo.

O debate que contextualizou esse novo movimento teórico começou com as controvérsias em torno dos direitos humanos no pós-Guerra, os quais gradualmente passaram a se centrar em princípios de organização política. Percebe-se dessas primeiras tentativas o fato de hesitarem diante do nível de abstração dos discursos metaéticos, esbarrando em inúmeras indefinições que exigiam a multiplicação de conceitos abstratos. Bons exemplos são o artigo de Bernard Williams sobre a Igualdade e o discurso de Isaiah Berlin sobre as liberdades positiva e negativa¹¹¹.

Em todos esses casos fica claro que, ao contrário do que acontecia com os autores dos séculos XVII e XVIII, a discussão não se centrou na preservação da liberdade individual como razão da existência do Estado – e, por conseguinte, sua função precípua –, se estendendo à igualdade tanto na distribuição dos resultados individuais como na definição de méritos, necessidades e obstáculos comparativos. Os princípios da liberdade e da igualdade se materializariam, portanto, segundo a construção de contextos hipotéticos, pelos quais esses valores se evidenciariam como processos de identificação de hipóteses abstratas em que se verificaria sua preservação ou violação.

110 LASKI, H. *Authority in the Modern State*. Kitchener: Batoche, 2000.

111 WILLIAMS, B. A. O. "The Idea of Equality." In: POJMAN, L. P.; WESTMORELAND, R. *Equality: Selected Readings*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1997. p. 91-102; BERLIN, I. "Two Concepts of Liberty." In: *Four Essays on Liberty*. Oxford: Oxford University Press, 1969; GALTUNG, J. ;

Logo ficou claro – como já ocorrera com as teorias de direitos fundamentais – que não se poderia mais partir de princípios esparsos como “liberdade”, “igualdade” ou “paz” de modo a se obter sistemas coerentes de pensamento, pois a extensão indefinida de sua aplicabilidade inevitavelmente os desfigurava por completo, donde a necessidade de se estabelecer a justiça como conceito unificador¹¹². A teoria de John Rawls preencheu essa lacuna com vantagem, no que foi seguida, criticada e desenvolvida por Buchanan, Gauthier, Scanlon, Brandt, Martha Nussbaum e Amartya Sen, entre outros.

Abstraindo dos méritos dessas teorias, correto dizer que, ao contrário dos contratualistas clássicos, cuida-se de teorias relacionais, as quais promovem, pela combinação, composição e decomposição de processos decisórios, reflexões metaéticas sobre o funcionamento de uma sociedade democrática. Preocupam-se, portanto, não tanto com a justificação do Estado ou com a definição de suas funções precípuas, mas principalmente com os parâmetros de moralidade objetiva envolvidos, por um lado, na intervenção da sociedade sobre a esfera individual – de modo a garantir que este desenvolva suas capacidades –, e, por outro, na maneira como se daria a justa redistribuição dos resultados das benesses da sociedade entre os indivíduos.

Cuida-se, portanto, de especulações pelas quais se investigam os parâmetros mais básicos e mais abstratos que possam servir de fundamento positivo e baliza moral às relações entre os indivíduos entre si e entre estes e a sociedade. Nesse sentido, trata-se, sem dúvida, de guinada substancial quanto às teorias precedentes, na medida em que, depurando os interesses e subjetivismos valorativos, coloca os indivíduos, tomados em sua singularidade ou coletivamente, no centro da discussão sobre a organização política da sociedade segundo seus interesses econômicos.

Se os direitos e deveres recíprocos antes eram vistos sob a perspectiva do jusnaturalismo, reputando-se inquestionáveis na condição de revelação da *recta ratio*, a legitimidade desses parâmetros de inter-relação entre indivíduos e de redistribuição social das benesses que são produto do esforço coletivo se dá por processos deliberativos guiados por valores fundamentais – particularmente a liberdade e a igualdade. Embora a secularização democrática dos direitos fundamentais já tivesse sido propugnada pelos doutrinadores envolvidos com a Constituição de Weimar, apenas com os debates que se cingiram à justiça equitativa de Rawls (“justice as fairness”) encontrou-se um paradigma seguro para os direitos sociais – não mais como máximas políticas unilaterais ou

112 RAKOWSKI, E. “A Critique of Welfare Egalitarianism.” In: POJMAN; WESTMORELAND, op. cit., p. 242-261.

valores vinculados a classes econômicas, mas como direitos fundados nas relações econômicas entre cada indivíduo singular e a sociedade, segundo contextos democrático-liberais.

Não tardou para que essa nova perspectiva de análise fosse apropriada pelo discurso jurídico. Apesar de diversos juristas da Critical Legal Studies terem passado a desenvolver teses em torno dessa nova maneira de identificação de direitos fundamentais derivados da igualdade e da liberdade no âmbito de uma democracia liberal capitalista (“rights debate”), sem dúvida Ronald Dworkin foi, com sobra, o principal doutrinador na matéria – ele mesmo, um participante ativo na discussão com John Rawls¹¹³.

A partir de então, iniciou-se a convergência entre a ponderação de direitos fundamentais e políticas públicas em que a participação do Estado ocupa posição meramente subsidiária – paralelamente à doutrina e jurisprudência alemães, que continuaram tomando-o como protagonista, seguindo sua tradição histórica. Nesse sentido, a crítica ao utilitarismo foi transposta para a seara jurídica ao se colocar os direitos fundamentais como esfera individual insuscetível de negociação ou preferência por razões supostamente coletivas – ou seja, conceitualmente só faz sentido se falar em o direito a partir de seu conteúdo inegociável¹¹⁴, à semelhança do “núcleo essencial” (Wesenkern) da doutrina tedesca.

Em face dessa intangibilidade dos direitos fundamentais, as considerações sobre justiça distributiva devem – tal como defendido pelo rights based development model – partir desses mesmos direitos como propósito inequívoco de qualquer ação coletiva, vez que os mesmos representam um prius na definição da validade jurídica de qualquer iniciativa da sociedade, e não um objeto de composição segundo preferências havidas na consideração recíproca desses mesmos direitos, mas a estes alheias¹¹⁵.

Apesar de essa convergência ter diversas vantagens do ponto de vista da justificação e da análise crítica da atuação estatal, apresentava, todavia, falhas notórias no tocante à teoria econômica subjacente – principalmente porque, derivando de bases aristotélicas ou kantianas, partiam de uma perspectiva eminentemente estática no tocante ao ambiente econômico, vez que focavam no bem-estar individual segundo

113 RAWLS, John. “What is Equality? Part 2: Equality of Resources.” In: *Philosophy and Public Affairs*. v. 10, 1981. p. 285-331.

114 DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. 193 e ss.

115 Idem, p. 272 e ss.

direitos individuais, e estes, ao fim e ao cabo, se reportavam a juízos igualmente individuais de necessidade¹¹⁶.

Em outras palavras, a realização da justiça estava vinculada à composição de interesses com foco na maximização individual e perfeitamente racional – já que o “véu da ignorância” de Rawls só valeria para a “posição original”¹¹⁷ –, independentemente da realidade de sua inserção em uma economia de mercado, quando é exatamente nesta que os interesses, direitos e necessidades fazem qualquer sentido, surgindo, desaparecendo ou se modificando.

Como se não bastassem as dificuldades de o paradigma rawlsiano lidar com as questões relativas às incapacidades individuais que necessitariam de auxílio prévio de modo a permitir o desenvolvimento de suas potencialidades – pois pressupunha um nível razoavelmente idêntico de participação cooperativa complementar¹¹⁸ –, apresentava problemas ao ter de reconhecer a existência de atividades voltadas ao bem-estar coletivo, independentemente dos interesses individuais (princípio da diferença). Tais atividades, sempre consideradas essenciais ao ordenamento da sociedade para além de juízos individuais de preferência e do curso normal das atividades econômicas em um ambiente de mercado¹¹⁹, acabavam rompendo com a idéia de uma titularidade à redistribuição proporcional das vantagens coletivas, pois nesses casos os indivíduos são tomados como aglomerados, e não em sua singularidade¹²⁰.

Como esse tipo de atuação se reputa essencial à própria justiça distributiva em sentido apropriado, e não se cogita do retrocesso às filosofias do Estado como ente superior à própria sociedade¹²¹, o ideal de acordo da sociedade quanto ao *modus procedendi* das ações coletivas deve se dar pela busca da imparcialidade objetiva nas decisões políticas e econômicas quanto à definição dos objetivos focais¹²², e não pela busca do consenso de todos os indivíduos em abstrato quanto a qualquer espécie de ação coletiva.

116 Cf. WALDRON, J. “Rights and Needs: the Myth of Disjunction.” In: SARAT, A.; KEARNS, T. R. (eds.). *Legal Rights*. Ann Arbor: The University of Michigan Press. p. 93 e ss.

117 RAWLS, *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971. p. 136 e ss.

118 NUSSBAUM, M. *Fronteiras da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 135 e ss.

119 GALBRAITH, J. K. *A Sociedade Justa*. Rio de Janeiro: Campus, 1996, pp. 22 e s.

120 NOZICK, op. cit., p. 240 e ss.

121 Além da *volonté générale* de Rousseau, destaque-se, aqui, as filosofias do Estado de Fichte e de Hegel, que influenciaram diretamente a formação jurídica da teoria geral do Estado.

122 SEN, A. *A Idéia de Justiça*. Londres: Penguin, 2009. p. 174 e ss.

Conquanto seja perfeitamente possível que toda e qualquer ação social seja analisada a posteriori, segundo seu contexto, à luz dos direitos fundamentais de um ponto de vista estático, certamente não é possível pressupor que toda e qualquer ação dessa espécie parta, a priori, do exercício consciente de um direito de conteúdo predeterminado que é imposto unilateralmente ao indivíduo ou à sociedade, pois a função dos diversos círculos de convivência da sociedade civil está nas transações recíprocas pelas quais se opera a mutação da própria noção desses direitos¹²³. Denotado esse defeito na apreensão do efetivo exercício dos direitos, bem como em relação à percepção da radical alteração de seu conteúdo em cada contexto econômico, promoveu-se desde logo a revisão do paradigma dworkiano; a qual se deu, primordialmente, pelos juristas vinculados à Law and Economics.

Embora esta Escola derive do realismo norte-americano de Karl Lewellyn e tenha seguido em muito a sociologia jurídica de Eugen Ehrlich, se afastando por completo da discussão sobre a aplicabilidade das normas jurídicas para analisar a jurisprudência *in fieri*, também seguiu de perto a vertente de Oliver Wendell Holmes e Benjamin Cardozo no que diz respeito aos pressupostos da decisão judicial. Em outras palavras, apesar de se vincular ao Critical Legal Studies, não seguia a tradição de Julius Stone, da *freies Rechtsfindung* de Kantorowicz e do realismo escandinavo de Karl Olivecrona, preferindo desprezar a tentativa de desmascarar as motivações inerentes ao formalismo positivista pela indicação de suas predisposições morais e econômicas para partir do pressuposto de que os juízes não fixam limites peremptórios e definitivos entre liberdade e autoridade¹²⁴, nem conduzem os rumos da civilização¹²⁵, mas apenas o ajustam à realidade econômica em que cada situação se encontra inserida¹²⁶.

Por isso, se opunham esses autores veementemente às insinuações de Dworkin de que, diante das incertezas quanto à precisão econômica do desfecho de suas decisões, os juízes deveriam em qualquer caso se ater à ponderação de valores morais sob a perspectiva individual de forma a encontrar soluções principiológicas sustentáveis para os litígios¹²⁷, quando os direitos fundamentais – particularmente os de cunho social – expressam, antes de tudo, ideais nacionais pautados na realidade

123 COASE, R. H. "The Problem of Social Cost." In: *The Journal of Law & Economics*. v. 3, out. 1960. p. 17.

124 FRANKFURTER, F. *Mr. Justice Holmes and the Supreme Court*. 2. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1961. p. 43.

125 CARDOZO, B. *The Paradoxes of Legal Science*. Nova Iorque: Columbia University Press, 1928. p. 57 e ss.

126 POSNER, R. A. *Law, Pragmatism and Democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003. p. 400.

127 DWORKIN, *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

econômica subjacente¹²⁸, e não obrigações objetivamente exequíveis a despeito do funcionamento do mercado, sendo certo que as incertezas dos julgadores relativamente a esse funcionamento tornam sua postura tradicionalmente pragmática plenamente justificável¹²⁹.

Em princípio suas avaliações não teriam maior pertinência para a contextualização jurídica dos direitos sociais, pois se limitavam à desconstrução econômica da teoria de Dworkin ao provar a insustentabilidade de decisões econômicas institucionais baseadas em direitos diante do mercado capitalista, em sentido denodadamente destrutivo. Todavia, a indicação dessas falhas indubitavelmente serviu à renovação da teoria dos direitos sociais na medida em que desvinculou os méritos redistributivos da participação individual para, suplantando a teoria das preferências ou necessidades segundo direitos (individual welfare), colocá-la em função de sacrifícios econômicos impostos à sociedade como um todo ou parte dela.

Em suma, a impossibilidade material de que todas as preferências em termos de, por um lado, liberdade de ação, e, por outro, de ganho redistributivo, bem como a inviabilidade da própria distinção objetiva dessas preferências diante de situações em que a moralidade torna a ação economicamente irracional¹³⁰, obrigam a que a relação entre ação individual e a participação na redistribuição não sejam tomados como uma causalidade necessária e inexorável. Pelo contrário: como a ampliação do nível geral de liberdade individual de ação é o fator que engendra a necessidade de redistribuição em face do mecanismo de mercado, assim como, inversamente, cada redistribuição gera um custo que impacta negativamente essa mesma liberdade de ação, compete ao Estado equilibrar ambas as funções segundo considerações jurídicas estritas¹³¹.

Dessa forma, provado que “levar os direitos a sério” não anula a subjetividade das pretensões calcadas em direitos fundamentais, e tomar essas pretensões como prius da ação coletiva – como no caso da equiparação do mercado a um “leilão”, tal como realizada por Dworkin – é incompatível com a definição de seu custo no próprio mercado, a solução está em partir de uma noção essencialmente econômica dos direitos sociais para se chegar ao seu “núcleo essencial”¹³².

128 SUNSTEIN, C. R. *Free Markets and Social Justice*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1997, pp. 213 e ss.

129 POSNER, R. A. *A Problemática da Teoria Moral e Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 404 e ss.

130 KAHNEMAN, D. et alii. “Fairness and the Assumptions of Economics.” In: *Journal of Business*. V. 54, 1986. p. 285-300.

131 SUNSTEIN, C. *The Partial Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1993. p. 166 e ss.

132 HOLMES, S. & SUNSTEIN, C. R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. Nova Iorque: Norton & Co., 1999.

3 A JUSTIÇA CONTRIBUTIVA COMO FUNDAMENTO DA CAUSALIDADE DA NORMA DE BENEFÍCIO

3.1 Âmbito de aplicação da norma previdenciária

No tocante às políticas sociais em geral, os primeiros efeitos da crise do Estado de Bem-estar foram vaticínios de ordem econômica. Assim, Rosanvallón¹³³ e Esping-Andersen¹³⁴ verificaram nas alterações do ambiente econômico internacional, em pleno movimento de integração, a necessidade de serem revistas as contingências, dado que estas, praticamente inalteradas desde os estatutos dos socorros públicos, estas já não mais correspondiam aos parâmetros de previsibilidade do indivíduo diante da sociedade.

Por outro lado, Bob Jessop viu nesse movimento da integração vertical para a acumulação flexível os sinais de uma transição da ideologia econômica keynesiana para outra schumpeteriana, a qual, baseada no empreendedorismo e no valor da iniciativa individual, faria com que o welfare, caracterizado pelos sacrifícios coletivos em prol da riqueza de todos, passasse ao workfare, o qual – pelo menos em seu delineamento nos Estados Unidos – tem por base o condicionamento do auxílio estatal à disponibilidade para a contraprestação pelo trabalho em prol da sociedade¹³⁵.

Com o advento de uma sociedade pós-industrial, a própria concepção de segurança patrimonial se alterou radicalmente, deixando de ser uma preservação da capacidade de prover à própria subsistência e de sua família para se alçar à manutenção de um padrão de vida adequado¹³⁶. O trabalho, por sua vez, deixa de ser visto como um valor em si, na medida em que se presta à preservação da subsistência, para se tornar um meio de inserção em uma sociedade de consumo¹³⁷. Em suma, a própria maneira de o trabalhador encarar as repercussões das contingências sobre o trabalho também se modificou substancialmente.

De tal modo a percepção dos riscos se modificou ao longo da história que a própria idéia do benefício como forma de suprir o prejuízo causado pela contingência, prevalente no debate tradicional sobre os fundamentos jurídicos da contributividade, passou a ser questionada diante das mudanças no ambiente econômico. Segundo essa vertente, as contingências colocadas nos seguros

133 ROSANVALLÓN, *A Nova Questão Social*. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1998. p. 31 e ss.

134 ESPING-ANDERSEN, *Social Foundations of Postindustrial*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2003. p.145 e ss.

135 JESSOP, B. "Towards a Schumpeterian Workfare State? Preliminary Remarks on Post-Fordist Political Economy." In: *Studies in Political Economy*. v. 40, spr/1993. p. 7-39.

136 TAWNEY, R. H. The Acquisitive Society in ADLER, M. J. (ed.). *Great Books of the Western World*. v. 57. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1996. p. 208 e ss.

137 BAUDRILLARD, J. *La Société de Consommation*. Paris: Danöel, 1970. p. 72 e ss.

sociais em geral, surgidas ainda na época dos socorros públicos assistenciais, não mais atenderiam aos verdadeiros riscos a que se encontravam expostos os indivíduos, vez que o advento da idade, por exemplo, é perfeitamente previsível e, conseqüentemente, suscetível de planejamento.

Essa foi a tônica das reformas previdenciárias promovidas na década de 1990 no mundo inteiro – à qual também se alinhou o Brasil – mantendo-se as contingências consagradas pela tradição, mas firmando a subsidiariedade da previdência social como mecanismo de proteção securitária situado entre as previdências privada e complementar e a proteção assistencial não-contributiva.

Estes últimos, por não se estriarem nos valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa, e sim na proteção do indivíduo contra o advento da extrema vulnerabilidade social e miséria, não têm seu valor relacionado à substituição da renda do trabalho – pois seu pressuposto é o depauperamento pela contínua impossibilidade material de prover ao próprio sustento – e sim na prevenção da irreversibilidade das situações de marginalização pelo empoderamento¹³⁸.

Por outro lado, a vulnerabilidade não pode ser considerada um risco em sentido apropriado, vez que se trata de um status social consolidado em que a maior ou menor previsibilidade só importa para fins de fixação de políticas de emprego, devendo-se o auxílio estatal à necessidade de reintegração social e conseqüente retomada da condição de auto-sustentabilidade¹³⁹. Assim, os riscos implicados na vulnerabilidade – ao contrário da proteção previdenciária – não dizem com a subtração da remuneração e com a conseqüente perda do auto-sustento, se reputando incogitáveis por sua extrema gravidade exatamente por já se encontrar o indivíduo destituído de condições mínimas de subsistência¹⁴⁰.

Dáí não haver a estipulação de contingências como pressupostos da prestação estatal, pois, não havendo risco de perda do auto-sustento – cuja ausência é pressuposto da vulnerabilidade –, a legislação assistencial nivelam seu público-alvo a situações objetivamente caracterizadas como de marginalização social por ausência de condições imediatas de retomada do auto-sustento pelo trabalho.

138 BRONZO, C. "Vulnerabilidade, Empoderamento e Metodologias Centradas na Família: Conexões e uma Experiência para Reflexão." In: *Concepção e Gestão da Proteção Social Não Contributiva no Brasil*. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome/UNESCO, 2009. p. 177 e s.

139 BOSCHETTI, I. *Assistência Social no Brasil: um Direito entre Originalidade e Conservadorismo*. 2. ed. Brasília: Ivanete Boschetti, 2003. p. 83 e s.

140 SPOSATI, A. "Modelo Brasileiro de Proteção Social Não Contributiva: concepções fundantes." In: *Concepção e Gestão da Proteção Social Não Contributiva no Brasil*. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome/UNESCO, 2009. p. 35

Por outro lado, foi dito anteriormente que o seguro social se diferenciava do seguro privado por ser fundado em lei, e por ter servido a propósitos primeiro político-pragmáticos e, depois, político-econômicos. Subtraídos esses pressupostos intervencionistas, em que poderia influenciar o fato de estar instituído em lei? Há, entre nós, diversas espécies de seguros obrigatórios cujo propósito jamais foi social – como é o caso seguro contra acidentes de trânsito (Lei 6.194/74), desenhado para estimular a incipiente indústria de seguros –, assim como há seguros sociais não-previdenciários – como o FGTS, baseado em capitalização de longo prazo – e houve seguros sociais previdenciários – a exemplo dos benefícios acidentários, que por muito tempo não se submeteram às regras da Lei Orgânica da Previdência Social¹⁴¹.

Nenhum deles, todavia, tem ou teve função de substituição da remuneração do trabalho pela impossibilidade ou inexigibilidade do auto-sustento decorrente do advento da contingência, se restringindo a indenizações patrimoniais individuais ou a poupança individual obrigatória, resumindo-se a relação jurídica entre a instituição responsável e o segurado, sem qualquer mutualidade no âmbito de uma coletividade de segurados. Entretanto, esta é – como já tratado acima – uma característica essencial da proteção previdenciária, na medida em que o Estado apenas administra os termos da cobertura contra a perda do auto-sustento por cada segurado segundo as contingências estipuladas, permanecendo a relação jurídica de fundo imanente ao pacto intergeracional.

Em contrapartida, o caráter social dessa função substitutiva do benefício não serve de esteio à afirmação de que nos seguros privados se previne quanto aos prejuízos de um dano, ao passo que, no seguro social, garante-se uma renda de subsistência¹⁴². Do ponto de vista meramente formal, ambos são riscos perfeitamente enquadráveis na tipificação básica do seguro, sendo que tarifação do prêmio por lei e a maior elasticidade quanto à fixação do risco, conquanto incompatíveis com um seguro privado, nem por isso lhe subtraem o caráter securitário. Tanto é assim, que a previdência

141 Os seguros coletivos contra acidentes de trabalho foram tornados obrigatórios com o Decreto 24.637/34, os quais, por terem sido contratados pelas próprias empresas até o advento da Lei 1.985/53, e pelas CAP e IAP a partir da Lei 1.985/53 até o advento dos Decretos-Lei 72/66 e 293/67, demandavam regulamentação específica quanto a valores por tipo de acidente/profissão (Decreto-Lei 7.036/44, a Portaria SAT n.º 04/59) e a taxas de risco para fins de prêmios (Resolução s/n.º, do MTIC, publicada no DOU de 16/03/35; Decreto 18.809/45, arts. 46 e ss.; Portarias DSA n.ºs 32/45 e 08/47). Apenas com a Lei 5.316/67 houve a integração da proteção de riscos decorrentes de acidentes laborais ao sistema de cobertura instituído pela Lei Orgânica da Previdência Social (Lei 3.807/60) baseando-se o valor das prestações não mais no binômio perda funcional/ocupação, mas apenas na perda funcional em face do salário-de-benefício ou do salário-de-contribuição vigente na data do sinistro, sendo que a assunção plena da administração desses benefícios pela Previdência Social só veio a ocorrer com a Lei 6.367/76.

142 PINTO, S. B. *El Seguro*. Santiago: EJC, 1978. p. 36 e s.

privada cobre exatamente o mesmo tipo de risco que a pública, apenas variando quanto à abrangência e os termos da remuneração do risco.

Na esteira do quanto anteriormente tratado, a característica diferencial da previdência pública está no fato de se organizar em torno de contingências tidas por indisponíveis, em relação às quais a garantia da substituição da remuneração do trabalho pela renda do benefício realmente encerra direito fundamental. Essa indisponibilidade, haurida na valorização social do trabalho, subtrai a neutralidade dos mecanismos tradicionais de avaliação do risco em contratos de seguros, obrigando tanto à fixação tanto de parâmetros de substituição como de condições de acesso ao benefício diferenciados. Este é o contexto em que se inserem as relações entre cada segurado e a coletividade de segurados, jungidos por causalidades tipicamente focadas no risco social.

3.2 Causalidade entre custeio e benefício

Tal prioridade quanto à garantia dos benefícios, vigente nos sistemas de repartição simples, por óbvio não significa a total desinfluença dos parâmetros contributivos individuais sobre as prestações previdenciárias. Há, de fato, uma causalidade entre o custeio e o benefício em que os segurados são tomados em sua integralidade, simultaneamente como contribuintes e beneficiários, pela qual são estabelecidos os critérios mínimos de acesso à cobertura previdenciária de modo a garantir a sustentabilidade do sistema segundo seu planejamento contábil sem prejuízo da continuidade do pagamento dos benefícios.

Afora essa perspectiva de conjunto, a participação individual no custeio e no benefício passa a ser objeto de conflitos entre as pretensões genericamente reconhecidas à coletividade de segurados e as peculiaridades do status cada um desses segurados tomados individualmente. Embora tais conflitos se reportem a pretensões individuais das mais diversas espécies, todas elas se cingem à natureza securitária das regras que densificam o direito à previdência social.

Nesse sentido, ao se mencionar a contributividade como um atributo do sistema previdenciário, tende-se a desconsiderar que o propósito do legislador ou do constituinte não é outro senão atrelar a sustentabilidade da cobertura dos riscos sociais a fontes de custeio específicas, entre as quais a principal é aquela incidente sobre a remuneração dos trabalhadores – como, entre nós, pela tributação dos ganhos habituais que compõem o salário-de-contribuição (CF/88, arts. 195, II, e 201, § 11). Longe de servir de simples auxílio à cobertura dos gastos com benefícios, a prévia participação do beneficiário no custeio, para além de se remeter ao adimplemento de

uma obrigação tributária de cunho individual, é a fonte de custeio por excelência, servindo as demais, isso sim, à cobertura complementar da despesa decorrente de oscilações do custeio de contribuições individuais e do pagamento de benefícios que pontualmente possam vir a ultrapassar a margem de erro do planejamento financeiro.

Por outro lado – e reciprocamente –, somente pela consideração da expansão ou retração do valor e do volume de contribuições é possível calcular o custo da segurança patrimonial e projetar a despesa com benefício. Daí que mesmo em sistemas previdenciários não-contributivos em que as fontes de custeio são exclusivamente estatais – como os sistemas de matriz soviética – os valores de remuneração são computados para a projeção da despesa, pois a sustentabilidade financeira do sistema não se dá a despeito da segurança patrimonial ocasionada pela cobertura securitária.

Desta feita, o direito individual à previdência social, conquanto direito fundamental, não pode ser gratuito na exata medida em que é contributivo. Isso porque a segurança patrimonial quanto ao advento de contingências que é proporcionada a cada trabalhador segurado importa em um custo coletivo, decorrente dos gastos oriundos da materialização desses riscos em determinados casos tomados individualmente; donde o custo da segurança quanto a cada espécie de contingência pressupor o preenchimento de determinados requisitos essencialmente contributivos.

Assim, o caráter contributivo do direito ao benefício, ao se o condicionar ao preenchimento de determinados requisitos – entre os quais, o recolhimento de um número mínimo de contribuições a título de carência – fixa não apenas padrões mínimos de sustentabilidade do sistema como um todo, senão que também estabelece o mínimo de participação no custeio devida por cada segurado, individualmente, para que se lhe possa assegurar a respectiva cobertura contra os riscos sociais abrangidos. Em contrapartida, preenchidos os requisitos mínimos ao gozo do direito ao benefício, a análise de cada pretensão individual deve ser promovida a partir de uma ponderação entre os princípios constitucionais da equidade na participação no custeio, por um lado, e, por outro, da seletividade e distributividade. Apenas assim se pode falar em justiça contributiva.

Em tais hipóteses, a causalidade entre a participação individual no custeio e, advinda a contingência, o gozo de benefício, deve observar, no âmbito da esfera individual de cada segurado, determinados parâmetros de justiça contributiva na relação jurídico-previdenciária, da mesma forma que na relação tributária¹⁴³. Com efeito, pois mesmo em não havendo uma correspondência direta entre os tributos e os serviços

143 NOTHELLE-WILDFEUER, U. "Was ist eigentlich Steuergerechtigkeit?" In: *Die Neue Ordnung*. v. 66, 2012. p. 325 e ss.

públicos prestados – excetuadas as taxas –, sem dúvida prevalece, ainda que indiretamente, uma concepção normativa de causalidade¹⁴⁴.

Como princípio que permeia a relação jurídico-previdenciária individualmente, se manifesta a necessidade de preservação da justiça contributiva, por exemplo, ao não se permitir que a organização e alteração do sistema previdenciário se dê em detrimento da proteção já é garantida. Para além da garantia constitucional inerente à segurança jurídica, que se realiza pelas consequências concretas da proibição do arbítrio, restando contrariado o estado de direito na ausência de razões coletivas suficientes¹⁴⁵, proíbe-se veementemente o retrocesso substancial quanto à cobertura prevista¹⁴⁶, assim como o incisivo cerceamento das posições jurídicas individuais, asseguradas pelo caráter contributivo das prestações¹⁴⁷.

Desta feita, a compatibilização entre as receitas de custeio e as despesas com benefícios certamente não é mera operação financeira-contábil que se dá segundo o arbítrio do Estado. A validade de tal compatibilização releva por suas repercussões sobre o status previdenciário dos segurados tomados individualmente, devendo se pautar pela justiça contributiva cada medida estatal voltada a esse ajuste pelo qual se alcança o equilíbrio econômico-financeiro. A vedação ao arbítrio estatal na compatibilização entre custeio e benefício no tocante a cada relação jurídico-previdenciária representa, portanto, uma maneira pela qual a justiça contributiva se manifesta individualmente, promovendo a interface entre o equilíbrio geral entre custeio e benefício e a participação de cada espécie de segurado nas duas faces desse mesmo equilíbrio.

Há que se atentar, de fato, para a forma como se expressa a causalidade custeio/benefício no âmbito de cada relação jurídico-previdenciária que se forma com o preenchimento dos requisitos do benefício. Nesse sentido, à semelhança do que ocorre quanto à relação tributária, prevalece o critério da capacidade contributiva como forma de ensejar o custeio dos serviços públicos de acesso universal, em contrapartida à garantia de uma cobertura securitária indisponível.

Entretanto, no caso da relação jurídico-previdenciária, a lógica redistributiva dos critérios de seletividade e distributividade, imanente ao vínculo de solidariedade, também não pode ser tomada aleatoriamente – precisamente por se inserir num contexto de equidade na participação

144 VANONI, E. *Natureza e Interpretação das Leis Tributárias*. Rio de Janeiro: Financeira, 1932. p. 117 e ss.

145 2 BvR 305/93, em 05/02/02 (29).

146 ADI 3.104/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 08/11/07.

147 BVerfGE 53, 257, 291 e ss; 58, 81, 122 e ss.; 100, 138, 182; RE 610.290/MS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 15/08/13.

no custeio da segurança patrimonial, e não de mera isonomia formal no gozo dos benefícios. Em suma, se não há uma correspondência paritária entre a participação individual no custeio e no gozo de benefícios, pois a garantia da segurança patrimonial a todos os segurados é o primado de qualquer sistema de repartição simples, decididamente deve haver uma proporção adequada entre ambos.

Ultrapassados os requisitos mínimos de concessão, o direito a que haja uma proporção adequada entre custeio e benefício no âmbito de cada relação jurídico-previdenciária, tomada individualmente, já ocorre na medida em que o direito ao benefício pressupõe o direito à substituição da renda oriunda da remuneração do trabalho em face do advento de uma contingência. Em se tratando de cobertura securitária, onde a retributividade das contribuições individuais ao par pressupõe a total ausência de riscos, não tem qualquer cabimento pregar que tal substituição deve ocorrer segundo uma paridade pelo valor – como em um sistema de capitalização –, assim como não se cogita, inversamente, a total ausência de regras objetivas que desconsiderem inteiramente a efetiva participação no custeio.

Não obstante, a proporção entre custeio e benefício estabelecida individualmente, já descontados das contribuições vertidas o custo coletivo da segurança patrimonial permanente a todos os segurados – correspondente tanto à efetiva ocorrência de contingências como à sua previsão no futuro – deve ser preservada¹⁴⁸, sob pena de ofensa à justiça contributiva. Inversamente, a pretensão de obtenção de benefício em valor desproporcionalmente superior à participação individual no custeio importa, igualmente, supina afronta à justiça contributiva, pois transfere à coletividade dos segurados, no todo ou em parte, o custo individual da segurança patrimonial, apurado em termos da expectativa de substituição da remuneração do trabalho pelo benefício segundo as hipóteses e nos termos do ordenamento previdenciário.

Em suma, o direito à previdência social, como direito individual à cobertura previdenciária, se exerce em relação à coletividade dos segurados que, como tais, estão sujeitos aos mesmos riscos e são potenciais usuários desses serviços públicos. Daí a necessidade de que, ao se levar em consideração eventuais peculiaridades de situações individuais, sob argumentos subjetivos de justiça segundo improvisos de ocasião, tenha-se em mente que, afora o parâmetro mais básico de sustentabilidade financeira do sistema – a todos aplicável – o reconhecimento de pretensões individuais, quando incompatível com as regras a que se submete toda

148 ADI 1.946/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU de 16/05/03.

a coletividade de segurados, projeta-se sobre esta coletividade o custo individual pela segurança patrimonial.

Disso se extrai ser necessário verificar se cada uma dessas alterações casuísticas na concepção da cobertura podem ser validamente estendidas a todo e qualquer segurado em situação objetivamente idêntica, bem como se cada uma dessas hipóteses, tornada abstrata e ampliada à coletividade de segurados, prejudica a equação original de equilíbrio do sistema – a qual, como visto, deve ser analisada, antes de tudo, sob o prisma individual. Sem isso, fere-se o princípio da imprescindibilidade da prévia fonte de custeio.

3.3 Causalidade entre contingência e benefício

Até o momento foi tratada a causalidade entre a participação individual no custeio e no benefício em vista da necessária distribuição homogênea do custo da segurança patrimonial, correspondente à efetiva materialização das contingências tidas por indisponíveis. Entrementes, a forma como as contingências intermediam essa causalidade entre a participação individual no custeio e no benefício, também é de suma importância; pois se deve haver uma distribuição homogênea do custo da segurança patrimonial, este se define pelo nível de imprevisibilidade da contingência, devendo sempre seguir critérios objetivos de remuneração de risco.

A proporção entre a participação individual no custeio e no benefício fixa uma perspectiva de análise pela qual o custo da segurança patrimonial é identificado em termos abstratos, já se pressupondo a ausência de assimetrias graves quanto à percepção individual da probabilidade imanente ao risco. Nesse sentido, a estruturação dos diversos tipos de cobertura previdenciária em torno da combinação entre as espécies de categoria de segurado tomadas genericamente e de benefícios enumerados segundo as contingências abrangidas pelo sistema, diferenciados estes segundo requisitos mínimos de acesso e nexos de substituição da remuneração do trabalho pela renda do benefício, parte de uma dosimetria essencialmente calcada na expectativa de materialização do risco e na identificação dessa materialização pelo advento da contingência.

Além de variarem segundo a espécie de prova dos requisitos de acesso, cada um desses elementos tem influência diversa sobre a percepção individual do risco e, conseqüentemente, sobre a imprevisibilidade da contingência; donde servir sua combinação no âmbito da norma de benefício à neutralização das assimetrias individuais tanto em relação à imprevisibilidade do risco quanto no tocante à forma de comprovação dessa imprevisibilidade. Sem isso, resta inteiramente subvertida a lógica da proteção securitária, subtraindo-se à norma de benefício sua função

de intermediação de conflitos entre pretensões de segurados tomados em sua individualidade e por sua coletividade, relegando ao sistema previdenciário à mais exultante anarquia.

Vale notar, antes de tudo, que a causalidade entre o advento da contingência e o benefício se pauta pela preservação da contribuição como ato cuja realização pressupõe um risco puro e a priori imprevisível. Assim, por exemplo, no ordenamento pátrio não são computadas para fins de benefícios de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez as contribuições realizadas posteriormente ao advento da própria incapacidade laboral, nem tampouco se admite o recolhimento de contribuições posteriormente ao óbito do instituidor como forma de garantir o direito à pensão para os dependentes.

Admiti-lo importaria subverter a própria noção de seguro, substituindo o fundamento do benefício, que é a materialização de um risco, em uma remuneração direta de investimento financeiro. Toda a administração de riscos, porém, parte da distribuição do custo de incertezas quanto ao advento de contingências, e, suprimida ou substancialmente prejudicada tal incerteza, a remuneração de investimento, em substituição à remuneração da materialização do risco imprevisto, tem por efeito fazer com que o retorno desse investimento – às expensas da coletividade dos segurados – seja muitíssimo maior do que de fato seria em circunstâncias ordinárias. O efeito inelutável dessa deturpação do risco, por sua vez, é a insustentabilidade financeira do sistema.

Por outro lado, as categorias de segurados ocupam no arranjo sistêmico do ordenamento previdenciário uma posição central, na medida em que servem de elo entre o custeio, como figuras que delimitam a hipótese de incidência tributária, e o benefício, na medida em que fixam os termos de correspondência entre os critérios contributivos e a cobertura previdenciária a ser garantida. São, em suma, pontos de convergência das causalidades que regem a justiça contributiva imanente ao sistema como vínculo de solidariedade, pouco importando a relação jurídica pela qual se deu o trabalho remunerado.

Assim, se tomarmos exemplos do ordenamento previdenciário pátrio, os segurados especiais, segundo a morfologia de sua atividade produtiva, seria um contribuinte individual, ao passo que o empregado doméstico e o avulso não deixariam de ser empregados como quaisquer outros, vez que trabalham sob subordinação. Ocorre, porém, que cada uma dessas categorias está marcada por uma capacidade contributiva média diferente, além de se reportar sua relação jurídica-padrão a uma estrutura burocrática completamente diversa, donde a cobertura previdenciária também variar tanto em sua extensão (tipos de

benefícios garantidos) como em relação ao seu montante (valor das prestações), bem assim no tocante à prova do trabalho, como fato essencial à filiação.

Dessa forma, embora sejam uniformemente preservados os prazos de carência relativamente a cada espécie de prestação previdenciária, os segurados especiais, a título de exemplo, contribuem obrigatoriamente sobre a receita bruta da comercialização, mas em princípio gozam apenas de alguns benefícios de valor mínimo, ao passo que os contribuintes individuais e os empregados domésticos só têm seu tempo de serviço contado para a carência a partir do recolhimento da primeira contribuição em dia.

Por fim, as contingências variam consideravelmente quanto à sua previsibilidade, não sendo possível tratar a invalidez e a morte acidentárias, por exemplo, nos mesmos termos das aposentadorias. Todavia, a imprevisibilidade pressupõe a ocorrência, no futuro, do fato que ocasiona a subtração da remuneração do trabalho, e se o advento de contingências como óbito, encarceramento, desemprego involuntário ou invalidez são razoavelmente identificáveis quanto às suas características, o mesmo já não ocorre quanto à idade avançada, como contingência a que se remetem todas as espécies de aposentadoria – excetuada a aposentadoria por invalidez.

Dessa contextualização do risco segundo a maior ou menor previsibilidade da contingência decorre a diferenciação tanto das carências mínimas de cada benefício – ou sua dispensa, a exemplo do óbito e do encarceramento – como da consideração de períodos contributivos na composição da renda do benefício – tanto para o cálculo do valor-síntese para fins de substituição da remuneração do trabalho, como efeito da composição do período básico de cálculo, quanto para a equalização da renda mensal à participação no custeio a partir do coeficiente e do fator previdenciário, incidentes sobre o salário-de-benefício.

Em suma, o núcleo da causalidade entre o custeio e o benefício, em se tratando de uma proteção securitária, está na apuração do risco efetivo, homogeneamente atribuído a cada contingência segundo sua imprevisibilidade, desta última derivando a maior ou menor necessidade de se ampliar a participação individual no custeio, ou a representatividade desta participação em termos de benefício para fins de estabelecimento do nexo de substituição da remuneração decorrente do trabalho.

4 CONCLUSÃO

Para se compreender o quanto releva ao direito à previdência social a incidência das normas de direitos fundamentais e humanos de cunho

social, reputa-se imprescindível, antes de tudo, compreender o próprio conteúdo da norma de benefício. Em se tratando de norma pautada pela técnica securitária, impõe-se à sua compreensão a tradução jurídica dessa técnica, ultrapassando a tipicidade hermética e estritamente legal.

Ademais, como a norma de benefício se caracteriza por ser, simultaneamente, norma securitária e norma de direito social, a composição de ambas as perspectivas no âmbito dos arranjos político-econômicos do Welfare State torna necessário desfazer esse hibridismo pelo qual se protrai essa noção equivocada de tipicidade normativa. A norma de benefício concebida nesses termos simplesmente não se justifica perante o direito à previdência social, como direito fundamental e humano, levando a reiteradas perplexidades e incongruências.

Retomando a noção de seguro social, diferenciando-a da assistência social e compondo-a aos instrumentos de análise de direitos sociais mais recentes, percebe-se que o melhor caminho metodológico das questões previdenciárias está no dimensionamento da análise das pretensões individuais na condição de conflitos entre as situações peculiares em que se encontra cada segurado em face da coletividade de segurados.

Para tanto, afiguram-se essenciais a qualquer avaliação de sistemas de repartição simples as categorias causais de custeio/benefício e contingência/benefício, as quais além de servir de fio condutor a toda a estrutura normativa do ordenamento previdenciário, permitem o alinhamento das normas de benefício e das normas de direitos fundamentais e humanos versando o direito à previdência social.

REFERÊNCIAS

ABENDROTH, W. *A Short History of the European Working Class*. Londres: NLB, 1972.

ARRIGHI, G. *O Longo Século XX*. São Paulo: UNESP, 2009.

ATGER, F. *Histoire des Doctrines du Contrat Social*. Nîmes: La Laborieuse, 1906.

BADURA, P. "Öffentliches Wirtschaftsrecht." In: MÜNCH, I. von. *Besonderes Verwaltungsrecht*. 13. ed. Berlim: Schmidt-Assmann, 2005.

BAUDRILLARD, J. *La Société de Consommation*. Paris: Danöel, 1970.

BECQUERELLE, S. *Individualisme et Solidarité*. Amiens: E. Cornely, 1903.

- BERLIN, I. "Two Concepts of Liberty". In: *Four Essays on Liberty*. Oxford: Oxford University Press, 1969.
- BERTHÉLEMY, H. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. Paris: A. Rousseau, 1900.
- BLANC, L. *Organisation du Travail*. 5. ed. Paris: Société de L'Industrie Fraternelle, 1847.
- BLOCK, M. *Les Assurances Ouvrières en Allemagne*. Paris: Guillaumin & Cie., 1895.
- BLUNTSCHLI, J. K. *The Theory of the State*. Oxford: Clarendon Press, 1885.
- BÖCKENFÖRDE, E. W. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madri: Tratta, 2000.
- BODIN, J. *Six Livres de la République*. Paris: J. du Puys, 1576.
- BOSCHETTI, I. *Assistência Social no Brasil: um Direito entre Originalidade e Conservadorismo*. 2. ed. Brasília: Ivanete Boschetti.
- BOURGEOIS, L. *Solidarité*. Paris: A. Colin, 1906.
- BRAVO, P. *Socialismo Premarxista*. Caracas: UCV, 1961.
- BRONZO, C. "Vulnerabilidade, Empoderamento e Metodologias Centradas na Família: Conexões e uma Experiência para Reflexão." In: *Concepção e Gestão da Proteção Social Não Contributiva no Brasil*. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome/UNESCO, 2009.
- BRUCH, R. v. *Bürgerlichkeit, Staat und Kultur im Deutschen Kaiserreich*. Munique: F. Steiner, 2005.
- BURKE, E. *Reflections on the Revolution in France*. Londres: Penguin, 2004.
- CANNELLA, G. *Corso di Diritto della Previdenza Sociale*. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1970.
- CANO, G. A. *De los Seguros Sociales a al Seguridad Social*. Cidade do México: Porrúa, 1972.
- CARDOZO, B. *The Paradoxes of Legal Science*. Nova Iorque: Columbia University Press, 1928.

- CASTEL, R. *As Metamorfoses da Questão Social*. Petrópolis: Vozes, 1998.
- COASE, R. H. "The Problem of Social Cost." In: *The Journal of Law & Economics*. V. 3, out.1960.
- COHN, H. "A Human Rights Theory of Law: Prolegomena to a Methodology of Instruction." In: IIDH. *René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber*. v. 4. Paris: A. Pedone, 1972.
- CONSTANT, B. "De la Liberté Industrielle." In: LOUANDRE, C. *Oeuvres Politiques de Benjamin Constant*. Paris: Charpentier et Cie., 1874.
- DOMAT, J. *Le Droit Public*. v. 5. Paris: Pierre Emery, 1701.
- DOUBLET, J. *Sécurité Sociale*. Paris: Presses Universitaires de France, 1967.
- DREHER, M. *Die Versicherung als Rechtsprodukt*. Tübingen: Mohr-Siebeck, 1991.
- DUGAVE, P. *Le Problème Social*. Paris: Berger-Levrault, 1920.
- DUGUIT, L. *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*. Paris: F. Alcan, 1908.
- DUPEYROUX, J-J. *Droit de la Sécurité Sociale*. 6. ed. Paris: Dalloz, 1975.
- DUPIN, B. *Histoire de L'Administration des Secours Publics*. Paris: Alexis-Eymery, 1821.
- DURAND, P. *La Politique Contemporaine de Sécurité Sociale*. Paris: Dalloz, 1953.
- DWORKIN, R. "What is Equality? Part 2: Equality of Ressources." In: *Philosophy and Public Affairs*. v. 10, 1981.
- _____. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.
- _____. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.
- DYE, T. R. *Understanding Public Policy*. Nova Jersey: Prentia-Hall, 1972.
- ELLUL, J. *The Technological System*. Nova Iorque: Continuum, 1980.
- ENTERRÍA, E. G. de. *Curso de Derecho Administrativo*. v. 1. Madrid: Civitas, 1999.

- ESMEIN, A. *Éléments de Droit Constitutionnel*. Paris: L. Larose, 1896.
- ESPING-ANDERSEN, G. *Social Foundations of Postindustrial*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2003.
- FLEINER, F. *Droit Administratif Allemand*. Paris: Delagrave, 1933.
- FRANKFURTER, F. *Mr. Justice Holmes and the Supreme Court*. 2. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1961.
- FRIEDMAN, M. *Inflation et Systèmes Monétaires*. Paris: Calmann-Levy, 1969.
- GALBRAITH, J. K. *The Affluent Society*. Boston: H. Mifflin Co., 1958.
- _____. *A Sociedade Justa*. Rio de Janeiro: Campus, 1996.
- GEERTZ, C. J. *Paddlers and Princes*. Chicago: University of Chicago Press, 1963.
- GIDE, A. “L’Idée de Solidarité em tant que Programme Économique.” In: *Revue Internationale de Sociologie*, n. 5, set./out./1893.
- _____. *Économie Sociale*. Paris: Sirey, 1905.
- GIERKE, O. *Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft*. Berlin: Weidmannsche, 1868.
- GOLDSTEIN, L. *Repensando a Dependência*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1994.
- GOODIN, R. E. *Utilitarianism as a Public Philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
- GREBING, H. *Geschichte der Deutschen Arbeiterbewegung*. Munique: Deutscher Taschenbuch, 1968.
- HÄBERLE, P. *Hermenêutica Constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.
- HAMON, G. *Histoire Générale de L’Assurance em France et à L’Étranger*. Paris: L’Assurance Moderne, 1895.
- HANSEN, A. H. *Fiscal Policy and Business Cycles*. W. W. Norton & Co., 1941.

- HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- HAURIOU, M. *Précis Élémentaire de Droit Constitutionnel*. 2. ed. Paris: Sirey, 1930.
- HAYEK, F. A. *Collectivist Economic Planning*. Clifton: A. M. Kelley, 1975.
- HEINIG, H. M. *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit*. Tübingen: Mohr-Siebeck, 2008.
- HESSE, K. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998.
- HOBBS, T. *Leviatã*. São Paulo: M. Claret, 2007.
- HOLMES, S. & SUNSTEIN, C. R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. Nova Iorque: Norton & Co., 1999.
- JACQUELIN, R. *Une Conception d'Ensemble du Droit Administratif*. Paris: Giard & Brière, 1899.
- JELLINEK, G. *La Déclaration des Droits de L'Homme et du Citoyen*. Paris: A. Fontemoing, 1902.
- _____. *L'Élément Juridique dans la Science de l'État*. Paris: A. Fontemoing, 1903.
- JESSOP, B. "Towards a Schumpeterian Workfare State? Preliminary Remarks on Post-Fordist Political Economy." In: *Studies in Political Economy*. v. 40, spr/1993.
- JÈZE, G. *Cours de Droit Public*. Paris: Giard, 1924.
- _____. *Principes Généraux du Droit Administratif*. Paris: Berger-Levrault et Cie, 1904.
- JOST, J. T. & KAY, A. C. "Social Justice." In: FISKE, S. T. et alii (eds.). *Handbook of Social Psychology*. v. 2. 5. ed. New Jersey: John Wiley & Sons, 2010.
- KAHNEMAN, D. et alii. "Fairness and the Assumptions of Economics." In: *Journal of Business*. v. 54, 1986.
- KANT, I. *Idéia de uma História Universal de um Ponto de Vista Cosmopolita*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KAUTSKY, J. H. *Political Change in Underdeveloped Countries: Nationalism and Communism*. Nov Iorque: J. Wiley & Sons, 1967.

KERN, C. A. *Typizität als Strukturprinzip des Privatrechts*. Tübingen: Mohr-Siebeck, 2013.

KEYNES, J. M. "Poverty in Plenty: is the economic system self-adjusting?" In: MOGGRIDGE, D. D. *The Collected Writings of John Maynard Keynes*, v. 13. Londres: Macmillan, 1973.

KLEIN, L. R. *La Revolución Keynesiana*. Madri: RDP, 1952.

KOPP, P. *Selbstverschuldete Arbeitslosigkeit nach Arbeitsloserversicherungsrecht*. Berna: P. G. Keller, 1960.

LABAND, P. *Le Droit Public de L'Empire Allemand*. v. 2. Paris: Giard & Brière, 1901.

LACUÉE-SAINTE-JUST, J-C. *Histoire du Paupérisme et des Caisse d'Épargne in The French Revolution Research Collection*. Oxford: Pergamon Press, 1990.

LAFERRIÈRE, É. *Traité de la Juridiction Administrative*. v. 2. Berger-Levrault et Cie., 1888.

LASKI, H. *Authority in the Modern State*. Kitchener: Batoche, 2000.

LASSALLE, F. *Manifesto Operário e Outros Textos Políticos*. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1999.

LASSWELL, H. D. *National Security and Individual Freedom*. Nova Iorque: McGraw-Hill, 1950.

LAUN, R. *Das freie Ermessen und seine Grenzen*. Leipzig: F. Deuticke, 1910.

LEGA, C. *Il Rapporto Giuridico di Previdenza Sociale*. Milão: Giuffrè, 1969.

LE PLAY, M. F. *La Réforme Sociale*. v. 2. Paris: H. Plon, 1864.

LERMINA, J. *Histoire de la Misère*. Paris: Décembre-Alonnier, 1869.

LINDBLOM, C. E. *O Processo de Decisão Política*. Brasília: EDUnB, 1981.

- LOCKE, J. Second Treatise on Civil Government. In: TEGG, T. *Works of John Locke*. v. 3. Aalen: Scientia, 1963.
- LUHMANN, N. *Einführung in die Systemtheorie*. 4. ed. Heidelberg: Carl-Auer, 2008.
- LYON-CAEN, G. *Traité de Droit du Travail*. v. 2. Paris: Dalloz, 1967.
- MARIENHOFF, M. S. *Tratado de Derecho Administrativo*. v. 1. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1966.
- MAYER, O. *Droit Administratif Allemand*. v. 4. Paris: Giard & Brière, 1906.
- MENGER, A. *El Derecho al Producto Íntegro del Trabajo en su Desarrollo Histórico*. Buenos Aires: Americalee, 1944.
- MERTON, R. K. *Sociologia: Teoria e Estrutura*. São Paulo: Mestre Jou, 1970.
- METZ, K. H. *Die Geschichte der Sozialen Sicherheit*. Stuttgart: Kohlhammer, 2008.
- MICHOUD, L. *Des Actes de Gouvernement*. Grenoble: F. Allier, 1889.
- MILL, J. S. *Sobre a Liberdade*. Lisboa: Europa-América, 1997.
- MIRANDA, F. C. P. de. *Tratado de Direito Privado*. v. 45. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1964.
- MOLLAT, M. *Les Pauvres au Moyen Âge*. Bruxelas: Complexe, 1992.
- MONTESQUIEU, C. L. de S., Baron de. *De L'Éprit des Lois*. Paris: Garnier, 1961.
- MYRDAL, G. *Aspectos Políticos da Teoria Econômica*. São Paulo: Abril Cultural, 1984.
- NETTER, F. *La Sécurité Sociale et ses Principes*. Paris: Sirey, 1959.
- NIETZSCHE, F. *A Genealogia da Moral*. São Paulo: Escala, 2013.
- NOTHELLE-WILDFEUER, U. "Was ist eigentlich Steuergerechtigkeit?" In: *Die Neue Ordnung*. v. 66, 2012.
- NOZICK, R. *Anarquia, Estado e Utopia*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

- NUSSBAUM, M. *Fronteiras da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- ÖSSENBUHL, F. *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschlands*. v. 5. 3. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2007.
- PAINE, T. *Senso Comum*. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2009.
- PARETO, V. *Corso di Economia Politica*. v. 2. Turim: P. Boringhieri, 1948.
- PERROUX, F. *A Filosofia do Novo Desenvolvimento*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1981.
- PINTO, S. B. *El Seguro*. Santiago: EJC, 1978.
- POSNER, R. A. *Law, Pragmatism and Democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.
- _____. *A Problemática da Teoria Moral e Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- PROUDHON, P.-J. *La Révolution Sociale in Oeuvres Complètes de P.-J. Proudhon*. v. 7. Paris: A. Lacroix, Verboeckhoven & Cie., 1868.
- RAAB, L. M. & GOODYEAR, A. C. “Middle-Reange Theory in Archaeology: A Critical Review of Origins and Applications.” In: *American Antiquity*. v. 49, abr. 1984.
- RAKOWSKI, E. “A Critique of Welfare Egalitarianism.” In: POJMAN, L. P. & WESTMORELAND, R. *Equality: Selected Readings*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1997.
- RAWLS, J. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.
- _____. *Political Liberalism*. Nova Iorque: Columbia University Press, 2005.
- REGO, M. L. *Contrato de Seguro e Terceiros*. Coimbra: Almedina, 2010.
- RIBEIRO, D. *As Américas e a Civilização*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- RODRIGUEZ, A. P. *Princípios de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1996.
- ROSANVALLON, P. *A Crise do Estado-Providência*. Goiânia: UFG, 1997.

- _____. *A Nova Questão Social*. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1998.
- SAINT-SIMON, H. *Du Système Industriel*. Paris: Antoine-Augustin Reouard, 1821.
- SALISBURY, J. de. *Policraticus*. Nova Iorque: Octagon Books, 1972.
- SCHMID, F. *Sozialrecht und Recht der sozialen Sicherheit*. Berlim: Duncker & Humblot, 1981.
- SCHMITT, C. *La Tiranía de los Valores*. Buenos Aires: Hydra, 2010.
- SCHWARTZ, B. *The Bill of Rights: a Documentary History*. v. 2. Nova Iorque: McGraw-Hill, 1971.
- SEN, A. *A Idéia de Justiça*. Londres: Penguin, 2009.
- SEYMOUR, J. & PINCUS, D. “Human Rights and Economics: the Conceptual Basis for their Complementarity.” In: *Development Policy Review*. v. 26.
- SIMONET, J-B. *Traité Élémentaire de Droit Public et Administratif*. 2. ed. Paris: F. Pichon, 1893.
- SMEND, R. *Constitución y Derecho Constitucional*. Madri: CEC, 1985.
- SMITH, A. *Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. v. 1. Oxford: Clarendon Press, 1976.
- _____. *Theory of Moral Sentiments*. Oxford: Clarendon Press, 1979.
- SPINOZA, B. *Traité Politique*. In: SAISSET, É. *Oeuvres de Spinoza*. v. 2. Paris: Charpentier, 1861.
- SPOSATI, A. “Modelo Brasileiro de Proteção Social Não Contributiva: concepções fundantes.” In: *Concepção e Gestão da Proteção Social Não Contributiva no Brasil*. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome/UNESCO, 2009.
- STIER-SOMLÒ, F. *Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung*. Berlim: Mohr, 1908.
- SUNSTEIN, C. R. *Free Markets and Social Justice*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1997.

- _____. *The Partial Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.
- TAWNEY, R. H. The Acquisitive Society. In :ADLER, M. J. (ed.). *Great Books of the Western World*. v. 57. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1996.
- TOURAINÉ, A. *A Sociedade Post-Industrial*. Lisboa: Moraes, 1970.
- TUSHNET, M. *Weak Courts, Strong Rights*. Princeton: Princeton University Press, 2008.
- VANONI, E. *Natureza e Interpretação das Leis Tributárias*. Rio de Janeiro: Financeira, 1932.
- VEBLEN, T. *Theory of the Leisure Class*. Nova Iorque: Penguin, 1979.
- VILLARD, A. *Histoire du Proletariat Ancien et Moderne*. Paris: Guillaumin & Cie, 1882.
- VOLTAIRE, F. M. A. *Dictionnaire Philosophique*. Paris: Garnier-Flammarion, 1964.
- WALDRON, J. “Rights and Needs: the Myth of Disjunction.” In: SARAT, A. & KEARNS, T. R. (eds.). *Legal Rights*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2007.
- WALRAS, L. *L'Économie Politique et la Justice*. Paris: Guillaumin et Cie., 1860.
- WALZER, M. “Socializing the Welfare State.” In: GUTMANN, A. (ed.). *Democracy and the Welfare State*. New Jersey: Princeton University Press, 1988.
- WILLIAMS, B. A. O. “The Idea of Equality.” In: POJMAN, L. P. & WESTMORELAND, R. *Equality: Selected Readings*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1997.
- YOUNG, M. *The Rise of Meritocracy*. Londres: Thames & Hudson, 1958.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS DOS PRESOS NA EUROPA E NA AMÉRICA

*BRIEF CONSIDERATIONS ABOUT THE VIOLATION OF PRISONERS'
HUMAN RIGHTS IN EUROPE AND AMERICA*

*Luíza Filizzola de Rezende Lana
Advogada da União*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Origens, conceito e características dos direitos humanos; 2 A realidade atual de violação aos direitos humanos dos presos na Europa e na América; 3 A atuação das Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo trata do atual desrespeito aos direitos humanos dos presos, existente nos continentes europeu e americano, ainda que em graus e intensidades variáveis conforme a nação. Através da abordagem de situações reais de sujeição dos detentos a condições indignas de subsistência, a maus tratos e a tortura dentro dos centros de custódia, pretende-se evidenciar que a incapacidade da jurisdição interna de conter tais abusos gerou a premente necessidade de intervenção subsidiária das Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos. Demonstra-se, contudo, que persistem os inúmeros casos de ofensa à dignidade humana dos presidiários e que urge soluções efetivas para a verdadeira barbárie em que se transformaram as prisões.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos. Sistema Penitenciário. Condições de Detenção na Europa e na América.

ABSTRACT: This article addresses the current disrespect to prisoners' human rights in the european and american continents, though in different degrees of severity depending on the country. Mentioning real cases of inhuman or degrading treatment and torture in custody centers, the present study aims to demonstrate that the inability of domestic jurisdiction to curb such abuses resulted in the immediate need for subsidiary intervention of European and Inter-American Human Rights Courts. It can be shown, however, that numerous cases of offenses to prisoners' human dignity continue to abound and that urgent measures are necessary in order to impede barbarism inside the prisons.

KEYWORDS: Human Rights. Penitentiary System. Prison Conditions in Europe and America.

INTRODUÇÃO

Em pleno século XXI, os registros de atos abomináveis de violação aos direitos humanos dos presos se repetem com frequência assustadora na Europa e na América.

Os espetáculos de punições corporais e execuções sangrentas de criminosos que divertiam o público do Coliseu, no período da Roma Antiga, passaram, hoje, a caracterizar o cotidiano das unidades do sistema penitenciário mundial.

Submetidos a todos os tipos de agressões físicas e morais no interior das prisões, os detentos, além de privados do direito fundamental à liberdade, sofrem com o desrespeito constante à sua integridade pessoal e acompanham o célere esvaziamento da dignidade a que efetivamente fazem jus como seres humanos que são.

A proibição da tortura e do tratamento cruel, desumano ou degradante consta formalmente das leis e das Constituições internas, bem como dos mais diversos tratados internacionais de tutela aos direitos humanos. Episódios inadmissíveis de ofensa às normas protetivas ensejam, todavia, a condenação recorrente de diversos países no âmbito dos Tribunais Internacionais de Justiça.

Se o comportamento estatal de descaso com relação à precariedade do sistema prisional na Europa e na América tornou essencial a atuação complementar dos órgãos internacionais de proteção, por outro lado, a continuidade do cometimento de abusos contra os detentos evidencia que a solução do problema encontra-se muito além da responsabilização casual dos Estados.

Não se pretende, no presente artigo, diminuir o louvável e relevante papel desempenhado pelas Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos na seara do controle e da repressão das condutas de violação à dignidade dos presos. Objetiva-se, contudo, demonstrar que a efetividade dos pronunciamentos e recomendações dos mencionados Tribunais Internacionais depende de uma mudança total de mentalidade da população, cujo ponto de partida está na forma como o preso é visto socialmente.

1 ORIGENS, CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS HUMANOS

A concepção atual de direitos humanos constitui produto de um longo processo histórico de luta contra a opressão.

A marcha rumo à efetivação dos direitos humanos, desencadeada na Antiguidade Clássica a partir das reflexões do homem acerca dos seus direitos e do estabelecimento de normas para protegê-los, avançou

significativamente com os ideais propugnados pela doutrina cristã, segundo a qual todos os seres humanos, criados à imagem e semelhança de Deus, são titulares de direitos inatos, inalienáveis, irrenunciáveis e anteriores à construção do Estado. Importante contribuição para a conquista da liberdade, da igualdade e da justiça social adveio, também, das revoluções liberais do século XVIII e da positivação das aspirações iluministas em documentos declaratórios de direitos.

Embora os alicerces da evolução e da proteção dos direitos humanos tenham sido construídos desde tempos remotos na história da humanidade, apenas no século XX, através da Declaração Universal dos Direitos Humanos, delineou-se o marco principal da internacionalização dos direitos da pessoa humana. Aprovada pelas Nações Unidas em 1948, referida declaração representa o auge do processo ético iniciado com a Declaração da Independência Americana de 1776 e com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

As inúmeras atrocidades e massacres cometidos ao longo das duas grandes guerras mundiais evidenciaram a premente necessidade de se construir uma ordem jurídica que atingisse a todos e que buscasse a paz e a cooperação mundial na defesa dos direitos. Comprovou-se, sobretudo em função do regime de terror nazista, no qual imperava a lógica da destruição, bem como do holocausto, que a proteção dos direitos humanos limitada às fronteiras do Estado era insuficiente. A notável doutrinadora Flávia Piovesan¹ aduz, a respeito do tema:

O “Direito Internacional dos Direitos Humanos” surge, assim, em meados do século XX, em decorrência da Segunda Guerra Mundial e seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte dessas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse.

O jurista português Jorge Miranda², por outro ângulo, assevera:

A crença oitocentista na Constituição supusera que onde esta existisse, estariam também garantidos os direitos fundamentais.

1 PIOVESAN, Flávia. A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. In: *Os direitos humanos e o direito internacional*. Org. Carlos Eduardo de Abreu Boucault e Nadia de Araujo. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 116.

2 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. t. IV, 2. ed. revista e atualizada, Coimbra: Coimbra, 1993. p. 30.

Num contexto de subsistência do dogma da soberania do Estado, isto levaria a que não se concebesse senão uma proteção interna dos direitos fundamentais. Mas, quando o Estado, não raramente, rompe as barreiras jurídicas de limitação e se converte em fim de si mesmo e quando a soberania entra em crise perante a multiplicação das interdependências e das formas de institucionalização da comunidade internacional, torna-se possível reforçar e, se necessário, substituir, em parte, o sistema de proteção interna por vários sistemas de proteção internacional dos direitos do homem. Com antecedentes que remontam ao século XIX, tal é a nova perspectiva aberta pela Carta das Nações Unidas e pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e manifestada, em seguida, em numerosíssimos documentos e instâncias a nível geral, sectorial e regional.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos recebeu, doutrinariamente, o título de instrumento jurídico decisivo “no processo de *generalização* da proteção dos direitos humanos”, por ter fundado o sistema internacional de tutela dos referidos direitos, “permanecendo como fonte de inspiração e ponto de irradiação e convergência dos instrumentos de direitos humanos a níveis global e regional”³. Indispensável observar que o seu texto, mediante a conciliação de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, introduziu a concepção contemporânea de direitos humanos como uma unidade fundamental interdependente e indivisível.

Os direitos humanos são direitos inerentes a todos os seres humanos, independentemente de sua origem, raça, sexo, cor, idade, religião, língua ou situação geográfica. Encontram-se estabelecidos em tratados, convenções e declarações internacionais e desfrutam de proteção supraestatal.

A interdependência e a indivisibilidade dos direitos humanos consistem na impossibilidade de se fixar níveis hierárquicos entre direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e de solidariedade, já que todos se encontram em constante interação, complementam-se e dependem uns dos outros para que se assegure o efetivo respeito à dignidade humana. Dessarte, não é possível tutelar apenas alguns dos direitos humanos, pois eles formam um complexo único e indivisível direcionado à busca da vida digna e da felicidade.

3 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 01.

A universalidade, que igualmente permeia a noção de direitos humanos, traduz-se no fato de que qualquer pessoa merece ampla proteção aos referidos direitos.

2 A REALIDADE ATUAL DE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS DOS PRESOS NA EUROPA E NA AMÉRICA

Apesar da plenitude teórica do conceito de direitos humanos exposto, verifica-se na realidade prática de diversos países, inclusive no desenvolvido continente europeu e na desigual América, que aos detentos, embora humanos, atribui-se a condição de titulares meramente formais de direitos.

Os presos são comumente vistos como encargos ou pesos sociais que não merecem a atenção das autoridades públicas e aos quais não devem ser conferidos quaisquer direitos. A pena, por sua vez, é encarada como uma forma de vingança, e não como um meio de se realizar a justiça.

O esquecimento generalizado dos detentos é estampado nas notícias diárias de afronta à dignidade dos mesmos, seja por parte do Estado, da sociedade civil ou de outros detentos. Não se atenta, porém, para o fato de que o próprio Estado e a sociedade em que vivemos são responsáveis pelos altos índices de violência e insegurança pública existentes.

Em todo o mundo, a marginalização, a desigualdade social e a concentração da renda são fatores que propiciam a prática de crimes. Grandes contingentes populacionais sofrem com a miséria, a fome, a falta de acesso à educação e à saúde, a discriminação racial e o desemprego. Privados dos direitos básicos essenciais para uma subsistência condigna, esses indivíduos, que nunca puderam alcançar o *status* de cidadãos propriamente ditos, são conduzidos, sem alternativas, ao cometimento de delitos.

Wagner Rocha D' Angelis⁴ assevera, de forma clara e objetiva, que:

Ao manter-se pessoas famintas, sem saúde, sem escola, sem emprego, sem salário digno, sem moradia, sem segurança, sem esperanças, enfim, se está compactuando com o aviltamento do ser humano e corroborando com a destituição de suas capacidades naturais. Quando assim se procede, pela indiferença, pela omissão, pela alienação, pela discriminação, pela falta de ética e pela corrupção eleitorais, pelo desvirtuado exercício do poder, pela negação da justiça, pela adoção de políticas públicas excludentes, alimenta-se

⁴ D'ANGELIS, Wagner Rocha. *As raízes dos direitos humanos: do princípio da liberdade à cidadania*. In: Liber Amicorum Cançado Trindade 107.

subterraneamente a violência e, por tabela, as suas mais amplas e diversificadas expressões.

Uma vez encarceradas para cumprimento de pena, essas pessoas, que já não possuíam acesso aos direitos fundamentais fora das prisões, permanecem alvo de todas as formas de violação à dignidade humana, embora com diferentes contornos.

Conforme será demonstrado na sequência do texto, as penitenciárias, cuja função é reeducar o preso e ressocializá-lo, são locais de abusos à incolumidade física e mental dos internos e de aprendizado para o crime. Consolidou-se, assim, um ciclo vicioso no qual a exclusão social extramuros potencializa a prática de crimes, o que aumenta o número de pessoas presas. As péssimas condições dos presídios e os maus tratos sofridos só aumentam a revolta dos reclusos, que retornam ao convívio social mais propensos a cometer delitos, inclusive mais graves, do que antes de presos. Como resultado, a insegurança pública aumenta cada vez mais.

Na Europa, continente que possui a maior economia do planeta, surpreendente é a frequência com que são desrespeitados os direitos humanos dos presos. Embora haja disparidades de riqueza e desenvolvimento na região, os casos de violação aos direitos humanos não estão presentes apenas nos Estados europeus de economia incipiente, mas também naqueles países que são classificados como as maiores economias nacionais do mundo com base no Produto Interno Bruto - PIB.

No sul do continente, região também chamada de Europa Mediterrânea, situações concretas de violação aos direitos humanos dos presos já foram verificadas, por exemplo, em Portugal, na Itália e na Espanha.

Em Portugal, identificam-se problemas humanitários de uso excessivo de força pela polícia, abusos contra detentos por guardas prisionais, ausência de separação dos menores e dos adultos, más condições nas prisões e falta de direito eficaz a um advogado.

O Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura⁵ apontou, em abril de 2013, preocupação com relação a alegações de tratamento cruel de pessoas sob a custódia policial e de más condições das prisões da Espanha. Reportou também, em novembro de 2013, a superlotação das prisões na Itália e o tratamento desumano conferido aos detidos, sobretudo aos estrangeiros, pela polícia civil e militar.

5 COMITÊ EUROPEU PARA A PREVENÇÃO DA TORTURA E DAS PENAS OU TRATAMENTOS DESUMANOS OU DEGRADANTES. Disponível em: <<http://www.cpt.coe.int/portuguese.htm>> Acesso em: 10 ago. 2014.

Na região da Europa Ocidental, cumpre mencionar que países extremamente ricos e desenvolvidos como a França, o Reino Unido e a Bélgica já foram condenados pela Corte Europeia de Direitos Humanos em casos de desrespeito aos direitos dos presos. Na Alemanha, a preocupação com os abusos cometidos por policiais tornou-se pública em agosto de 2013, quando uma comissão federal de inquérito fez recomendações para melhorar a prática policial no país, entre as quais se incluiu o aumento da ênfase em direitos humanos no treinamento dos agentes da polícia alemã.

Na Europa Oriental, composta pelo conjunto dos antigos países socialistas do leste e pelas repúblicas que formavam a parcela europeia da extinta União Soviética, concentram-se muitos casos de violação aos direitos humanos dos presos. Já foram alvo de condenação pela Corte Europeia em razão das condições de detenção e do tratamento conferido aos prisioneiros nessa região a Rússia, a Polônia, a Geórgia, a Moldávia, a Romênia, a Ucrânia, a Letônia, a Estônia, a Eslovênia e a Lituânia.

Se é fato que na Europa os detentos são vítimas constantes de violação aos direitos humanos, as condições mais precárias do sistema penitenciário, porém, encontram-se na América Latina. A superlotação das celas, as péssimas condições de higiene, a má-alimentação oferecida, a falta de assistência médica, de orçamento suficiente e de estrutura jurídica adequada, a ausência de separação entre homens e mulheres e entre os prisioneiros que já foram condenados e os que ainda aguardam julgamento e os abusos cometidos por parte de autoridades policiais, comissiva ou omissivamente, são alguns dos problemas vivenciados pelos presos e diuturnamente reportados pela imprensa mundial.

Em setembro de 2012, a revista britânica *The Economist* chamou a atenção para o sucateamento total dos presídios na América Latina, sobretudo na Venezuela, no México, em Honduras, no Chile e no Brasil, e classificou-os como verdadeiras “jornadas para o inferno”. Trata-se de verdadeiros campos de concentração, que, ao invés de propiciarem a reabilitação dos presos, estimulam a reincidência, a violência, as rebeliões, os massacres e os incêndios dolosos.

Em 2013, a revista britânica *Vice Magazine* mostrou fotos chocantes de jaulas prisionais secretas em El Salvador; minúsculas e sufocantes, onde são despejados, como animais, membros de duas das gangues mais violentas do país.

A crise do sistema prisional de Honduras é duramente criticada em razão das condições desumanas a que são submetidos os detentos e da corrupção policial reinante.

Em 14 de fevereiro de 2012, mais de trezentos e cinquenta presos morreram em um incêndio na penitenciária de Comayagua, numa das piores tragédias carcerárias do mundo. Segundo a Comissão Interamericana de Direitos Humanos⁶, as prisões hondurenhas estão sob controle dos reclusos porque o Estado se omitiu de suas funções básicas em relação ao cárcere.

Nos Estados Unidos da América, país que possui a maior população carcerária do mundo, são frequentemente denunciadas graves violações aos direitos humanos mediante discriminação racial, pena de morte, tortura e violência policial.

O Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas⁷ apresentou, em março de 2014, relatório que faz menção à pena de morte como um tópico polêmico nos Estados Unidos, único país da América com execuções ativas. Além de frisar que a quantidade de afrodescendentes condenados à pena capital é desproporcional, o Comitê alertou para o alto número de pessoas inocentes sentenciadas à morte.

Cumpra salientar, ainda, o absurdo decorrente da manutenção da prisão de Guantánamo, campo de detenção militar estadunidense situado na base naval da Baía de Guantánamo, em Cuba.

Após o ataque às Torres Gêmeas de Nova York, em 11 de setembro de 2001, foram autorizadas operações de combate no Afeganistão. Em 2002, os primeiros detidos foram levados para a prisão de Guantánamo, amarrados como cargas. Ex-guardas de Guantánamo narraram a barbárie instalada naquela prisão, incluindo o transporte dos detentos em jaulas, o abuso sexual cometido por médicos, a prática de tortura e de espancamentos brutais que deixavam o chão encharcado de sangue, a prisão de crianças e o desrespeito às práticas religiosas dos detentos, fazendo-os comer carne de porco e assistir profanações do Alcorão.

Em janeiro de 2009, logo após assumir o mandato presidencial, Barack Obama assinou uma ordem executiva de fechamento da prisão de Guantánamo no período máximo de um ano. Até hoje, mais de cinco anos depois, o campo de detenção militar continua a funcionar, o que representa flagrante descaso dos Estados Unidos da América com o cumprimento de suas obrigações internacionais em matéria de direitos humanos. A maioria dos detentos, suspeitos de terrorismo, estão presos por tempo indefinido, pois não paira contra eles quaisquer acusações formais ou julgamentos

6 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2013/058.asp>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

7 COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS DA ONU. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/comite-da-onu-alerta-para-violacoes-sistematicas-de-direitos-humanos-nos-estados-unidos>>. Acesso em: 05 ago. 2014.

pendentes, o que constitui, por si só, tratamento cruel, desumano e degradante causador de graves danos psicológicos e fisiológicos.

Na Colômbia, a campanha *Traspasa los muros*, desenvolvida em prol da libertação dos prisioneiros políticos, pessoas que foram privadas da liberdade em razão do exercício de oposição política ao regime vigente e como consequência do conflito social e armado colombiano, já denunciou uma série de acontecimentos de flagrante violação aos direitos humanos. Na penitenciária de Valledupar, por exemplo, foram relatados casos de constante restrição de água potável, presença de vidros na comida, humilhações e abusos sexuais por parte de guardas. Cabe reproduzir frase que traduz o lema da mencionada campanha e a forte insatisfação com o sistema prisional colombiano:

*En la cárcel está nuestro pueblo y un pedazo de nuestro país. En ningún otro sitio puede reflejarse tan bien su miseria, su tragedia, su impotencia y toda la corrupción y la evidencia de lo que es nuestra sociedad. Millones de colombianos ignoran la tremenda tragedia que significa vivir encarcelado y las proyecciones para familiares o para allegados.*⁸

No âmbito do continente americano, imprescindível tecer, enfim, comentários sobre a débil situação do sistema prisional brasileiro.

Segundo diagnóstico apresentado em junho de 2014 pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário do Conselho Nacional de Justiça - DMF/CNJ⁹, o Brasil ostenta o terceiro lugar no ranking dos países com maior população prisional, atrás apenas dos EUA e da China. O cômputo da quantidade de pessoas que estão em prisão domiciliar fez com que o Brasil, cujo número de detentos alcançou o total de 711,4 mil, ultrapassasse a Rússia, nação que possui 676,4 mil cidadãos presos. O déficit de vagas no sistema penitenciário brasileiro, por sua vez, alcançou o número de 354 mil.

A superlotação, a falta de saneamento, a tortura praticada em delegacias de polícia e centros de detenção, entre outros problemas, fazem parte da rotina diária dos detentos, em sua maioria jovens pobres, negros

8 Disponível em: <<http://www.traspasalosmuros.net/traspasamuros>>. Acesso em: 14 ago. 2014. Em português: “No cárcere está nosso povo e um pedaço de nosso país. Em nenhum outro lugar se pode refletir tão bem sua miséria, sua tragédia, sua impotência e toda a corrupção e a evidência do que é a nossa sociedade. Milhões de colombianos ignoram a imensa tragédia que significa viver preso e as projeções para familiares ou para amigos”.

9 Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/28746-cnj-divulga-dados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileira>>. Acesso em: 22 ago. 2014.

e de baixa escolaridade que, destituídos de qualificação profissional suficiente para o ingresso no mercado de trabalho, passam a cometer crimes como meio de sobreviver.

Cenário comum nas penitenciárias brasileiras, relatado e registrado em imagens por organismos de defesa dos direitos humanos em visita a uma penitenciária de segurança máxima em João Pessoa/PB é o amontoamento de inúmeros detentos nus, em celas lotadas, entre fezes e urina, sem colchão, água ou sistema de ventilação. Em reportagem exibida no caderno “Ilustríssima” do jornal “Folha de São Paulo” de 17 de agosto de 2014, consta assertiva do Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, no sentido de que preferiria morrer a cumprir pena nos presídios brasileiros, que qualificou de “masmorras medievais”.

Segundo relatório da organização não-governamental Human Rights Watch¹⁰ de 2014, agentes da segurança pública do Estado do Paraná foram denunciados criminalmente pelo espancamento, sufocamento e aplicação de choques elétricos a quatro homens para forçá-los a confessar o estupro e o assassinato de uma menina de quatorze anos em julho de 2013. Em agosto de 2013, a imprensa divulgou imagens das câmeras de segurança do complexo prisional de Vila Maria, no Estado de São Paulo, que mostram agentes da Fundação CASA (Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente) espancando seis adolescentes. No complexo penitenciário de Pedrinhas, em São Luís/MA, mais de sessenta presos foram mortos desde 2013, tendo sido exibidas pela mídia fotos e vídeos chocantes de três detentos decapitados após brigas entre facções rivais. Perfeitamente justificáveis, assim, os altos índices de reincidência no país, onde se estima que sete de cada dez presos sejam reincidentes.

Foram as sucessivas violações aos direitos humanos dos presos no âmbito doméstico dos Estados soberanos e a nítida insuficiência dos mecanismos internos para conter as barbaridades praticadas que ensejaram a atuação subsidiária dos órgãos internacionais de proteção aos direitos humanos também nesta seara.

O encarceramento em massa de pessoas com vistas ao combate da criminalidade e a conseqüente superlotação dos presídios, os maus tratos praticados por agentes públicos dos quais se espera a aplicação da lei e o controle das prisões por organizações criminosas são alguns dos fatores que escancaram a falência da política governamental de contenção do caos existente no sistema penitenciário de inúmeras nações da América e da Europa.

10 HUMAN RIGHTS WATCH. Disponível em: <<https://www.hrw.org/world-report/2014>>. Acesso em: 15 ago. 2014.

Descortinou-se, assim, um crescente número de denúncias contra os Estados por tratamento cruel e degradante dos detentos, dirigidas aos organismos internacionais de direitos humanos.

Tanto a Corte Europeia de Direitos Humanos como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, cujas atuações serão analisadas no tópico seguinte deste texto, desempenham a essencial função de complementar a proteção aos direitos e liberdades fundamentais existente no âmbito interno das nações.

3 A ATUAÇÃO DAS CORTES EUROPEIA E INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

No âmbito regionalizado de proteção internacional aos direitos humanos, encontram-se, entre outros sistemas, o sistema europeu e o sistema interamericano, cujos mecanismos judiciais de tutela e monitoramento dos direitos humanos são, respectivamente, a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O sistema regional europeu de proteção aos direitos humanos tem como instituição principal e mais antiga em funcionamento o Conselho da Europa, composto por quarenta e sete países, incluindo-se todos os membros da União Europeia.

Fundado em 1949, o Conselho da Europa adotou, no ano seguinte, como instrumento normativo primordial de salvaguarda dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, cuja vigência se iniciou em 1953. Referida convenção internacional, por sua vez, instituiu a Corte Europeia de Direitos Humanos, tribunal efetivamente criado pelo Conselho da Europa em 1959 com o intuito de controlar judicialmente as alegadas violações à Convenção Europeia dos Direitos do Homem e de assegurar a observância aos seus ditames protetivos.

A Corte Europeia de Direitos Humanos ou Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, situado em Estrasburgo, na França, constitui órgão jurisdicional internacional permanente com competência para condenar os Estados signatários da Convenção Europeia dos Direitos do Homem que não honrarem o compromisso de proteção e desenvolvimento dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

Através da interpretação do texto da Convenção Europeia e da prolação de decisões de ampla repercussão, o Tribunal Europeu, que recebe anualmente mais de cinquenta mil queixas, assegura a pretendida efetividade da tutela aos direitos humanos.

O acesso à Corte Europeia é facultado a qualquer pessoa singular, grupo de particulares ou organização não-governamental que se considere vítima de violação aos direitos reconhecidos na Convenção Europeia. Um Estado-parte também pode apresentar queixa contra outro Estado-parte na Convenção.

Importante condição de admissibilidade das queixas dirigidas ao Tribunal Europeu, sejam elas individuais ou interestaduais, é o esgotamento prévio de todas as vias de recurso internas, em conformidade com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos.

O artigo 3º da Convenção Europeia prevê expressamente que “ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes.”

Depreende-se da análise da jurisprudência do Tribunal Europeu que, a partir do ano de 2000, ampliou-se a aplicação do dispositivo da Convenção Europeia supramencionado, incluindo-se, no conceito de tratamentos desumanos ou degradantes, as más condições penitenciárias a que são submetidos milhares de detentos. Firmou-se, no caso *Kudla versus Polónia*¹¹, cujo acórdão data de 26 de outubro de 2000, o posicionamento de que o Estado deve garantir que qualquer pessoa seja detida em condições compatíveis com o respeito a sua dignidade humana, que a forma e o método da execução da medida não a submeta a angústia ou agonia de uma intensidade superior ao nível inevitável de sofrimento inerente à detenção e que, dadas as exigências práticas de prisão, sua saúde e bem-estar estejam devidamente assegurados por, entre outras coisas, fornecimento da assistência médica necessária.

A título exemplificativo, cabe destacar alguns dos inúmeros casos mais recentes, envolvendo presos de diversos países europeus, em que a Corte Europeia concluiu pela existência de grave violação ao teor do artigo 3º da Convenção Europeia.

A França foi condenada a pagar dez mil euros ao requerente no caso *Canali v. France*, julgado em 25 de abril de 2013, em razão das condições higiênicas das celas. Enzo Canali, cidadão francês, condenado a seis anos de prisão pela prática do crime de homicídio, começou a cumprir pena no Presídio Charles III, na cidade de Nancy, construído em 1857 e fechado em 2009 em razão de seu estado crítico de deterioração. A Corte considerou que as condições de higiene das celas eram inadequadas e que não havia privacidade para o uso de sanitários, elementos essenciais de um ambiente para humanos, o que acarretou a humilhação do requerente e a configuração de tratamento nitidamente degradante.

11 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Factsheets*. Prisoners' health-related rights. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/>>. Acesso em: 03 set. 2014.

O tratamento inadequado dos detentos por oficiais da prisão foi o motivo da condenação da Estônia a pagar cinco mil euros por danos morais ao reclamante. Cuida-se do caso *Tali v. Estonia*, julgado em 13 de fevereiro de 2014, no qual o requerente, Andrei Tali, nacional da Estônia, alegou ter sido mal tratado por agentes da prisão quando se recusou a cumprir determinadas ordens. Segundo a vítima, vários guardas usaram força desproporcional para levá-lo para uma cela de punição disciplinar, tendo pressionado seu pescoço tão forte que perdeu a respiração e quebrou a costela. Sustentou Andrei Tali que, no dia seguinte, quando ele se recusou a entregar seu colchão aos guardas penitenciários, um deles jogou *spray* de pimenta em seu rosto sem aviso prévio e subsequentemente bateu em suas costas quando ele já estava algemado. Após, o detido foi amarrado a uma cama de contenção por mais de três horas. Exames médicos detectaram uma série de ferimentos, incluindo hematomas e sangue na urina.

A Corte considerou, em consonância com posição adotada pelo Comitê Europeu de Prevenção de Tortura e Tratamento Desumano ou Degradante, que o *spray* de pimenta é uma substância potencialmente perigosa que não deve ser usada em espaços fechados e nunca deve ser aplicada contra um prisioneiro que já está sob controle. Referido *spray* pode acarretar sérios danos à saúde, como irritações respiratórias e dos olhos, espasmos, alergias e, se usado em grandes doses, edemas pulmonares ou hemorragia interna. Assim, diante da existência de alternativas à disposição dos guardas para imobilizar o detento, a Corte considerou injustificável o uso do *spray* de pimenta.

No que tange ao fato de ter sido amarrado a uma cama por três horas e meia, a Corte entendeu igualmente desproporcional a medida, ante a ausência de qualquer demonstração de que o detento significaria uma ameaça a si mesmo e aos demais, estando preso em uma cela disciplinar individual. Considerou-se que a prolongada imobilização teria causado grande angústia e desconforto físico ao requerente.

Diante do efeito cumulativo das medidas usadas contra o reclamante, a Corte concluiu que houve sujeição do primeiro a tratamento desumano e degradante, em desrespeito à previsão do artigo 3º da Convenção.

A tortura de um prisioneiro até a morte ensejou a condenação da Ucrânia a pagar trinta mil euros de danos morais ao requerente, pai da vítima, no caso *Yuriy Illarionovich Shchokin v. Ukraine*, julgado em 03 de outubro de 2013. O caso diz respeito à morte de um prisioneiro, filho do requerente Yuriy Shchokin, em seguida a atos de tortura, inclusive violência sexual, praticados por outros reclusos durante a sua detenção numa colônia penitenciária, com o possível envolvimento de oficial de

prisão. As censuráveis condutas foram praticadas dentro de um escritório oficial e nos banheiros, espaços situados em áreas comuns dentro da prisão, por várias horas. As autoridades ucranianas falharam na garantia da proteção do prisioneiro, que estava sob sua responsabilidade. Os perpetradores dos atos não foram todos identificados e julgados e não houve investigação séria dos fatos. Na realidade, foi aberto procedimento apuratório que resultou no julgamento e condenação de alguns internos, mas a responsabilidade da administração da prisão e, mais genericamente, das autoridades ucranianas, não foi examinada.

A Corte concluiu ter havido violação ao artigo 2º da Convenção Europeia¹², o qual impõe aos Estados-parte uma obrigação não apenas de se abster de provocar a morte dolosamente ou pelo uso desproporcional de força, mas também de tomar as medidas necessárias para assegurar a proteção das vidas dos indivíduos sob sua jurisdição. O detento assassinado foi submetido, dentro de um presídio de segurança máxima, a atos de violência particularmente cruéis, o que representou uma primeira violação ao artigo 2º da Convenção. Houve, ainda, uma segunda violação ao mencionado artigo, decorrente da negligência com que foram conduzidas as investigações das circunstâncias que levaram à morte da vítima. Considerou-se que o governo ucraniano não se empenhou em esclarecer como diversas pessoas puderam torturar e estuprar um detento por tão longo período nas áreas comuns do estabelecimento prisional.

Estabeleceu-se, também, que houve lesão ao artigo 3º da Convenção, visto que a vítima recebeu inúmeros golpes, provocados em particular por cassetetes, em várias partes do corpo. Tais golpes causaram, além de extrema agonia ao detento, sérios ferimentos, hematomas, hemorragia e fraturas de costelas, acarretando a sua morte. Em razão da ausência de efetiva investigação a respeito da participação presumida de um agente oficial do Estado e das circunstâncias que levaram aos incidentes dentro da prisão, a Corte concluiu que houve também dupla violação ao artigo 3º da Convenção.

Ao longo dos últimos anos, mais especificamente a partir de 2004, a Corte Europeia de Direitos Humanos desenvolveu um procedimento novo para responder ao grande número de queixas resultantes de problemas estruturais existentes em alguns países. Trata-se do procedimento de

12 "Artigo 2º: Direito à vida: 1. O direito de qualquer pessoa à vida é protegido pela lei. Ninguém poderá ser intencionalmente privado da vida, salvo em execução de uma sentença capital pronunciada por um tribunal, no caso de o crime ser punido com esta pena pela lei. 2. Não haverá violação do presente artigo quando a morte resulte de recurso à força, tornado absolutamente necessário: a) Para assegurar a defesa de qualquer pessoa contra uma violência ilegal; b) Para efetuar uma detenção legal ou para impedir a evasão de uma pessoa detida legalmente; c) Para reprimir, em conformidade com a lei, uma revolta ou uma insurreição."

pilot judgement ou caso piloto, que consiste em identificar, mediante a análise de uma queixa singular, questões sistêmicas que implicam violação à Convenção Europeia de Direitos Humanos, e, sucessivamente, indicar as providências necessárias para resolver tais situações.

O procedimento de caso piloto não objetiva apenas facilitar a implementação efetiva de medidas individuais e gerais pelo Estado demandado em cumprimento ao julgamento da Corte, mas também induz esse Estado a solucionar um extenso rol de casos provenientes do mesmo problema estrutural no âmbito doméstico, além de reforçar o princípio da subsidiariedade que sustenta o sistema da Convenção.

O caso *Ananyev and Others v. Russia*, julgado em 10 de janeiro de 2012, é um bom exemplo de aplicação do procedimento de caso piloto em situação de violação aos direitos humanos dos detentos. Os requerentes Sergey Ananyev, Gennadiy Bashirov and Gulnara Bashirova, todos cidadãos russos, alegaram ter sido submetidos a condições desumanas e degradantes nos centros de prisão preventiva em que ficaram detidos enquanto aguardavam o julgamento criminal que contra eles ocorreria. Sustentaram a superlotação das celas, escassez de locais para que todos os presos pudessem dormir, ausência de divisórias ou cortinas que garantissem a privacidade para o uso do banheiro, existência de grossas redes nas janelas que impediam o acesso à luz natural e ao ar fresco e que não havia na Rússia um remédio efetivo que os detidos pudessem usar para reclamar das condições de detenção.

A Corte considerou que o fato de os requerentes terem sido detidos em celas lotadas, onde também comiam e usavam o banheiro, sem locais suficientes para que todos os presos dormissem, e com saídas apenas uma hora por dia para a prática de exercícios, implicou afronta ao artigo 3º da Convenção. Concluiu, ainda, que não haveria no sistema legal russo um meio efetivo através do qual a vítima de violação de direitos humanos pudesse reclamar das condições das celas, extinguir a situação de penúria vivenciada e obter compensação suficiente, razão pela qual restou lesado, também, o artigo 13¹³ da Convenção. Para fins de satisfação, a Corte sustentou, com fulcro no artigo 41¹⁴, que a Rússia teria que pagar um total de quinze mil euros aos requerentes por danos morais.

13 “Artigo 13: *Direito a um recurso efetivo*: Qualquer pessoa cujos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção tiverem sido violados tem direito a recurso perante uma instância nacional, mesmo quando a violação tiver sido cometida por pessoas que atuem no exercício das suas funções oficiais.”

14 “Artigo 41: *Reparação razoável*: Se o Tribunal declarar que houve violação da Convenção ou dos seus protocolos e se o direito interno da Alta Parte Contratante não permitir senão imperfeitamente obviar as consequências de tal violação, o Tribunal atribuirá à parte lesada uma reparação razoável, se necessário.”

A Corte apurou que as condições inadequadas de detenção constituíam problema estrutural recorrente na Rússia, tendo constatado a existência de mais de oitenta julgamentos por violação aos artigos 3º e 13 da Convenção desde o primeiro caso julgado, em 15 de julho de 2002. Verificou, ademais, que mais de duzentos e cinquenta casos relativos a condições de detenção estavam pendentes na Corte.

Com fundamento no artigo 46 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, a Corte determinou que o governo russo melhorasse as condições materiais de detenção através da blindagem dos banheiros das celas, da remoção de grossas redes que cobriam as janelas e do aumento da frequência dos banhos. Fixou-se, também, o dever de modificação da estrutura legal aplicável, inclusive práticas e atitudes, o dever de garantia de que o recurso a detenções preventivas apenas ocorresse em casos absolutamente necessários e a obrigação de estabelecer-se uma capacidade máxima para cada centro de prisão preventiva. Restou estabelecido, ademais, que o governo russo deveria assegurar a possibilidade de que as vítimas de violações aos direitos humanos reclamassem efetivamente das condições inadequadas de detenção e garantir que obtivessem justa compensação.

Com vistas a alcançar a execução do julgado pretendida, determinou-se que as autoridades russas produzissem, em cooperação com o Comitê de Ministros do Conselho da Europa, dentro de seis meses do julgamento final, um esquema vinculante e cronológico para a solução das questões sistêmicas apuradas. Estabeleceu-se, também, que a Rússia providenciasse a correção e a compensação das vítimas em todos os casos levados à Corte dentro do prazo de doze meses a partir da data do julgamento final ou a partir da data da comunicação, na hipótese de novos casos.

Na Itália, a superlotação das prisões ensejou a condenação do país no caso piloto *Torreggiani and Others v. Italy*, julgado em 08 de janeiro de 2013. O Tribunal Europeu determinou que a Itália solucionasse o problema estrutural de superlotação das prisões, que é incompatível com a Convenção Europeia de Direitos Humanos. Os requerentes Torreggiani, Bamba, Biondi, Sela, El Haili, Hajjoubi e Ghisoni, que estavam cumprindo sentença nas prisões de Busto Arsizio e Piacenza, alegaram, com fundamento no artigo 3º da Convenção, que as condições de detenção nas referidas prisões equivaliam a tratamento desumano e degradante, pois eram obrigados a dividir uma cela de nove metros quadrados com mais dois detentos, de modo que cada um possuía um espaço individual de três metros quadrados, além de não haver, nas celas, água quente e iluminação e ventilação adequadas. Sustentaram, ainda, quebra do princípio da igualdade de tratamento entre prisioneiros, visto que havia detentos em condições mais favoráveis.

A Corte Europeia reiterou, em sua decisão, que o aprisionamento não implica a perda dos direitos garantidos pela Convenção. Apontou-se que o padrão recomendado pelo Comitê de Prevenção da Tortura em termos de espaço nas celas é de quatro metros quadrados por pessoa. Considerou-se que as condições de detenção a que foram submetidos os detentos, tendo-se em vista a duração do aprisionamento, causou-lhes um sofrimento de intensidade que excedeu o inevitável nível de penúria já intrínseco à detenção, razão pela qual houve violação ao artigo 3º da Convenção.

Destacou-se que a superlotação das prisões italianas não afetava apenas os requerentes daquele caso específico, tratando-se de um problema de natureza estrutural e sistêmica que veio à tona claramente mediante a declaração de um estado de emergência nacional feita pelo Primeiro-Ministro Italiano em 2010. A Corte convocou as autoridades da Itália a adotarem, dentro de um ano a partir da data do julgamento final, medidas em prol da extinção das afrontas à Convenção que decorressem da superlotação das prisões e fixou indenização relativa aos danos morais sofridos, equivalente ao montante total de noventa e nove mil e seiscentos euros.

Asseverou-se, ademais, no julgamento do referido caso, o teor das recomendações do Comitê de Ministros do Conselho da Europa para que promotores e juízes fizessem uso de medidas alternativas à detenção quando possível e elaborassem sua política penal com uma visão de redução do recurso à prisão, para se enfrentar o problema do crescimento da população detida.

Explicitado, exemplificativamente, o quadro contemporâneo de responsabilização internacional dos países europeus por afronta aos direitos humanos dos presos, passa-se à exposição da situação vigente na América.

O sistema regional interamericano de tutela dos direitos humanos atua no âmbito da Organização dos Estados Americanos - OEA -, entidade internacional constituída em 1948 e integrada pelas trinta e cinco nações independentes da América. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos são os órgãos da OEA especializados na proteção aos direitos humanos, criados pela Convenção Americana de Direitos Humanos, cujo texto foi assinado na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em São José, Costa Rica, no ano de 1969.

Também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, a Convenção Americana de Direitos Humanos constitui mecanismo preceptivo essencial do processo de tutela das liberdades públicas fundamentais no continente americano. Reiterou-se, por meio dela, o

intuito dos Estados Americanos de consolidar, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social fundado no respeito aos direitos essenciais do homem.

O art. 1º da Convenção Americana determina o comprometimento dos Estados Parte de “respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos” e de “garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição”, no que é complementado pelo art. 2º, mediante o qual se exige dos referidos Estados que adotem as medidas necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades, seja suprimindo normas e práticas de qualquer natureza que impliquem violação às garantias previstas na Convenção, seja expedindo normas e desenvolvendo práticas que conduzam à observância efetiva de ditas garantias.

Além de aderir à Convenção Americana de Direitos Humanos, os Estados Americanos que reconheceram a competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação do texto da Convenção submetem-se à jurisdição contenciosa do mencionado Tribunal Internacional de Direitos Humanos.

A Corte Interamericana exerce a missão primordial de aperfeiçoar a tutela internacional determinada na Convenção, por meio da prolação de decisões definitivas, irrecorríveis e incontestáveis nos casos de violação aos direitos humanos submetidos à sua apreciação. Seus pronunciamentos gozam, ainda, de eficácia *ultra-partes*, competindo a todos os Estados integrantes da Convenção se adequar aos mesmos. A proteção jurisdicional por ela exercida é subsidiária face à proteção nacional, ou seja, a sua atuação ocorre somente após exauridas todas as possibilidades recursais internas.

Diversamente do que se expôs a respeito da Corte Europeia de Direitos Humanos, o acesso à Corte Interamericana de Direitos Humanos é facultado apenas aos Estados e à Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Nos termos do artigo 44 da Convenção Americana, qualquer pessoa, grupo de pessoas ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros da OEA pode apresentar à Comissão Interamericana petições que contenham denúncias ou queixas de violação à Convenção Americana de Direitos Humanos por um Estado-parte.

Uma vez admitida a petição, a Comissão Americana, conforme disposto nos artigos 48 a 51 da Convenção Americana, coloca-se à disposição da vítima e do Estado infrator para obter uma solução amigável da causa. Se não for possível alcançar a conciliação, a Comissão redigirá um relatório no qual exporá os fatos e suas conclusões. Tal

relatório será encaminhado aos Estados interessados com as proposições e recomendações que a Comissão julgar adequadas.

Na hipótese de o Estado demandado não solucionar o caso no prazo de três meses a partir do recebimento do relatório, a Comissão pode submetê-lo à decisão da Corte se entender conveniente para a proteção aos direitos humanos violados e desde que referido Estado haja reconhecido a sua jurisdição obrigatória. Pode a Comissão, ao contrário, emitir, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, sua opinião e conclusões sobre a questão submetida à sua consideração.

O artigo 5º da Convenção Americana estabelece que “toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral”, que “ninguém deve ser submetido a torturas nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes” e que “toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o devido respeito à dignidade inerente ao ser humano.”

A infringência recorrente ao teor do artigo retrotranscrito por vários Estados americanos desencadeou a remessa de inúmeras queixas e denúncias à Comissão Interamericana, solucionadas através da expedição de recomendações de medidas em prol da tutela dos direitos humanos e da elaboração de sucessivos relatórios com exposição dos fatos e das conclusões acerca da questão submetida a sua apreciação.

A título de exemplo da atuação da Comissão Interamericana na proteção dos direitos humanos dos detentos, cabe destacar um dos relatórios conclusivos exarados em face do Estado brasileiro, a saber, o relatório nº 34/00, de 13 de abril de 2000, que diz respeito ao caso *Carandiru*.

Em 02 de outubro de 1992, iniciou-se uma rebelião no Pavilhão 9 da Casa de Detenção Carandiru, em São Paulo, onde estavam encarcerados réus primários, muitos deles ainda não condenados e amparados pela presunção de inocência, a sua maioria com idade de dezoito a vinte e cinco anos. Em razão do motim, os guardas penitenciários saíram do estabelecimento e o diretor do presídio pediu o auxílio da Polícia Militar do Estado. Cerca de trezentos e cinquenta agentes policiais ocuparam o Pavilhão 9. Onze horas depois, após a retirada da polícia militar, comprovou-se a morte de cento e onze prisioneiros, entre eles oitenta e quatro presos provisórios, e o ferimento de cerca de trinta e cinco internos. Nenhum agente policial foi morto. As investigações demonstraram que os disparos nas celas eram de origem policial e estavam dirigidos em um único sentido e que muitos detidos foram mortos quando estavam rendidos, com as mãos para o alto, em geral nus.

A Comissão Interamericana aferiu ter havido violação ao texto da Convenção e ressaltou que, na trágica história de massacres de que tinha memória, havia poucos casos de selvageria e brutalidade comparáveis ao

ocorrido naquela tarde em Carandiru. Sete anos após os acontecimentos, concluiu a Comissão que subsistia a mais geral impunidade dos responsáveis e não foram impostas reparações adequadas às vítimas e suas famílias.

Diante do fracasso no estabelecimento da verdade e da responsabilidade dos autores das execuções sumárias de inúmeros detentos, a Comissão recomendou que o Brasil investigasse completa, imparcial e efetivamente os fatos com o propósito de identificar e processar os responsáveis, que indenizasse as vítimas e seus familiares, e que desenvolvesse políticas e estratégias destinadas a acabar com a superlotação dos presídios, a reabilitar e reinserir os detentos e a treinar o pessoal penitenciário e policial para negociação e solução pacífica dos conflitos e recuperação da ordem com o mínimo de risco para a vida e a integridade dos internos e das forças policiais.

Transcorridos os prazos concedidos pela Comissão sem que o Estado brasileiro cumprisse referidas recomendações para remediar os problemas denunciados, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos decidiu publicar o relatório e incluí-lo em seu Relatório Anual à Assembléia Geral da OEA, tendo salientado que continuaria a avaliar as providências tomadas pelo Estado brasileiro até que todas as recomendações formuladas fossem postas em prática.

Relevante destacar que, anos depois, a situação crítica de barbárie existente nas prisões brasileiras continua a ensejar a atuação repreensiva da Comissão Interamericana. Face à superlotação, às péssimas condições de detenção e à ausência de controle das autoridades estatais no Complexo Penitenciário de Pedrinhas, em São Luís/MA, a Comissão Interamericana solicitou ao Brasil, em 16 de dezembro de 2013, através da Resolução nº 11/13, que adotasse as medidas necessárias e efetivas para evitar a perda de vidas e os danos à integridade pessoal dos presos, que reduzisse imediatamente a superlotação e que investigasse os fatos que resultaram no óbito de vários detentos naquele ano de 2013. No dia seguinte ao da publicação da resolução, uma rebelião e disputa de poder entre facções rivais no presídio provocou a morte e a decapitação de três presos.

Iniciando-se a abordagem da atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, importante salientar que referido tribunal já condenou inúmeros Estados americanos por ofensa ao artigo 5º da Convenção. Extrai-se de pesquisa à jurisprudência da Corte que o tratamento indigno conferido aos detentos tem resultado de condutas como o impedimento de comunicação, o isolamento prolongado, falta de água potável para consumo ou higiene, falta de atenção médica, falta de

cama para repouso, falta de luz e ventilação adequadas, superlotação, más condições físicas e sanitárias das prisões, restrições indevidas a visitas, entre outros.

A título ilustrativo, cumpre fazer menção a alguns casos de condenação de Estados americanos por desrespeito aos direitos dos detentos.

No caso Penal Miguel Castro Castro v. Perú¹⁵, julgado em 2006, o Estado do Peru, no contexto de um conflito armado no país, no mês de maio de 1992, causou a morte de pelo menos quarenta e dois detentos, feriu cento e setenta e cinco e submeteu trezentos e vinte e dois a tratamento cruel, desumano e degradante. Sob o alegado pretexto de transferência de cerca de noventa mulheres detidas na Penitenciária Miguel Castro Castro a uma prisão feminina, a polícia demoliu com explosivos a parede externa de um dos pavilhões do centro de detenção e disparou, contra os internos, tiros com armas de fogo e de guerra, gás lacrimogêneo e bombas de efeito moral. O Peru foi condenado, entre outras obrigações, a reparar economicamente as vítimas pelos danos materiais e morais sofridos.

No caso Pacheco Teruel y otros v. Honduras, decretou-se a responsabilidade internacional do Estado de Honduras pela morte de cento e sete detentos do Centro Penal de San Pedro Sula, resultante de um incêndio. As condições de detenção eram inadequadas, pois as celas eram superlotadas, sem ventilação e luz natural e não havia assistência médica. Em 17 de maio de 2004, um incêndio provocado por uma sobrecarga de produtos eletrodomésticos resultou na morte, por asfixia ou queimaduras, dos inúmeros detentos que não puderam sair de sua cela por cerca de uma hora. O presídio carecia de mecanismos adequados de prevenção e gestão de incêndios.

No caso Tibi v. Ecuador, julgado em 2004, Daniel Tibi, cidadão francês que residia no Equador e se dedicava ao comércio de pedras preciosas e arte, foi detido em 27 de setembro de 1995 por agentes da Interpol por suspeita de envolvimento com o tráfico de drogas. Daniel Tibi permaneceu detido preventivamente até 21 de janeiro de 1998, quando foi libertado. Durante sua detenção, foi alvo de atos de tortura e ameaçado pelos guardas do cárcere com a finalidade de que confessasse o cometimento do delito que lhe foi imputado. Exames médicos realizados por duas vezes enquanto preso apontaram feridas e traumatismos em seu corpo, mas o detento nunca recebeu tratamento à saúde e nunca houve investigação da causa das feridas. Interpôs recursos

15 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <www.corteidh.or.cr>. Acesso em: 05 ago. 2014.

de defesa e uma queixa que não prosperaram. A Corte declarou que o Estado do Equador infringiu as normas da Convenção Americana que vedam a submissão de qualquer pessoa a tratos cruéis, desumanos ou degradantes e condenou-o, entre outros deveres, a indenizar a vítima em um montante de cento e cinquenta mil euros pelos danos materiais e imateriais sofridos.

O Estado do México também já foi responsabilizado por violação aos direitos humanos de detentos. No caso *Cabrera García y Montiel Flores v. México*, julgado em 2010, a Corte Interamericana condenou referido país a pagar vinte mil dólares a cada uma das vítimas, os senhores Cabrera e Montiel, por compensação aos danos imateriais sofridos. Eles foram detidos ilegal e arbitrariamente e sofreram maus tratos enquanto se encontravam sob a custódia do Exército Mexicano. Houve demora para que fossem apresentados a um juiz que controlasse a legalidade da detenção, o processo penal contra eles movido foi permeado de irregularidades, não houve investigação e sanção adequadas das alegações de tortura sofridas e utilizou-se do foro militar para a investigação e julgamento das violações aos direitos de integridade e liberdade pessoais dos requerentes detidos.

Em 23 de novembro de 2011, o Haiti foi condenado no caso *Fleury y otros v. Haiti*. Procedeu-se, em junho de 2002, à detenção ilegal do defensor de direitos humanos Lysias Fleury, dentro de sua casa, sob a alegação de que teria adquirido um objeto roubado. Durante as dezessete horas em que ficou detido em uma delegacia em Porto Príncipe, a vítima não recebeu água nem alimentação e foi obrigada a limpar os excrementos da cela superlotada em que foi encarcerado. Foi golpeado na cabeça e no corpo por policiais. Exame médico comprovou que Fleury fraturou o antebraço esquerdo e padecia de surdez no ouvido direito. Na sentença restou declarada a responsabilidade internacional do Estado do Haiti pela violação aos direitos de liberdade e integridade pessoal da vítima, tendo sido condenado a indenizar a vítima pelos danos materiais e morais sofridos.

O relato sintético de alguns dos inúmeros casos de violação aos direitos humanos dos presos que foram submetidos à apreciação das Cortes Europeia e Interamericana demonstra que tem sido intensa a atuação dos referidos Tribunais Internacionais na tentativa de controlar a crítica situação dos presídios na Europa e na América. A manutenção das queixas e denúncias de desrespeito às normas internas e internacionais protetivas, contudo, evidencia que a solução para a crise estrutural do sistema penitenciário não advirá, isoladamente, da repressão internacional dos Estados infratores.

É necessária uma mudança radical de postura e de atitude das próprias autoridades estatais e das sociedades envolvidas em prol do respeito aos direitos humanos dos presos, cidadãos que precisam de regeneração, readaptação social, reabilitação pessoal e reintegração familiar para não reincidirem no erro cometido.

4 CONCLUSÃO

Os direitos humanos, conforme apontado no primeiro capítulo deste artigo, são direitos intrínsecos a todas as pessoas físicas, independentemente de sua origem, condição, cor, sexo, raça, idade, religião, língua ou situação geográfica.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 estabeleceu, em seu artigo 1º, que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos, são dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

O cometimento de um crime, indubitavelmente, deve ser reprimido pelo Estado. A suspensão do *status libertatis* do criminoso se justifica pela necessidade de preservação da ordem e da segurança públicas. Contraditoriamente, o modelo prisional vigente, ao invés de reeducar e ressocializar o detento, permitindo que retorne ao convívio social consciente do crime que cometeu e predisposto a cumprir os ditames legais, sujeita-o aos mais diversos abusos e atrocidades e se presta a incentivar a reincidência delituosa.

O impacto dos tratados internacionais de direitos humanos na jurisdição nacional dos Estados revela que houve algum avanço no sentido da emancipação da pessoa humana *vis-à-vis* o Estado na Europa e na América. A doutrina especializada nutre reais expectativas quanto ao poder dos esforços conjuntos dos órgãos estatais e internacionais na promoção dos direitos humanos. Esperançoso, o jurista Fernando Jayme¹⁶ manifestou-se da seguinte forma em artigo sobre a presente temática:

Vislumbra-se, em relação aos direitos humanos, um futuro promissor, na medida em que *crece a consciência da existência destes direitos e da necessidade de protegê-los*. Acredita-se que as incessantes violações de direitos humanos noticiadas cotidianamente não significam retrocesso na concretização destes direitos, porquanto os sistemas internos e internacionais de proteção destes direitos têm atuado no sentido de restaurar o *status quo ante* de processar e punir os responsáveis por tais

16 JAYME, Fernando Gonzaga. *Direitos Humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 192.

violações. Além disso, a publicidade que se atribui a esses eventos contribui para a construção de uma cultura dos direitos humanos, fundamentalmente amparada na liberdade e na igualdade. (grifo nosso)

Apesar da importante participação dos Tribunais Internacionais no árduo labor de assegurar a pretendida efetividade dos direitos humanos dos detentos, a infração ao dever de respeitar o texto das Convenções Europeia e Interamericana de Direitos Humanos permanece, lamentavelmente, como uma constante no âmbito do sistema penitenciário das nações.

A responsabilização dos Estados europeus e americanos no plano internacional constitui medida que certamente auxilia na contenção dos abusos diariamente cometidos contra os presos, mas não tem sido suficiente para solucionar a contento o problema.

Aventam-se como estratégias para combater a crise dos presídios, entre outras, a construção de novas unidades prisionais, a desmistificação do encarceramento massivo como remédio para a criminalidade, a aplicação de medidas alternativas à prisão para os delitos de menor gravidade, a separação dos presos provisórios e dos presos definitivos, o fim das revistas vexatórias aos familiares dos detentos na ocasião das visitas, a erradicação da corrupção vigente em centros penitenciários, a investigação efetiva dos casos de tortura e maus tratos praticados contra os presos e a intensificação do controle judicial da execução penal. Trata-se, todavia, de medidas paliativas, que, embora essenciais para o controle da situação, não estão focadas na eliminação das origens do problema.

Entende-se que toda e qualquer evolução na esfera da garantia dos direitos humanos dos presos passa pela implantação efetiva de projetos de educação e conscientização para os direitos humanos. No século VI antes de Cristo, já profetizava o filósofo grego Pitágoras: “Educai as crianças para que não seja necessário punir os adultos”.

Uma atuação estatal firme e compromissada que tenha por prioridade a educação, desde a formação infantil, permitirá que a parcela mais carente da população, marginalizada, desenvolva-se intelectual e moralmente, ingresse no mercado de trabalho e obtenha condições dignas de sobrevivência. Ao investir na educação, o Estado automaticamente altera os rumos dos seus cidadãos. A criminalidade, resultante, sobretudo, da pobreza e da exclusão social, reduzirá na medida inversamente proporcional à implementação de programas educacionais.

Pesquisas feitas por economistas de centros universitários de várias partes do mundo constataram que o aumento de 10% no número de graduações no ensino médio reduz os índices de criminalidade em 9,4%,

que o crescimento de 1% da evasão escolar eleva em até 0,1% os homicídios e que aumentos de 10% no salário médio de trabalhadores sem formação universitária diminuem em 25,3% os crimes violentos. Estudos feitos por especialistas na área de Política Criminal apontaram também que o encarceramento foi responsável por apenas 25% da queda dos níveis de criminalidade nos Estados Unidos entre 1990 e 2005. Os 75% restantes resultaram de investimentos em educação, policiamento, aumento no poder aquisitivo da população e redução da taxa de desemprego¹⁷.

Afigura-se imprescindível, paralelamente à educação igualitária e perene de todas as crianças e jovens livres, assegurar aos cidadãos presos o acesso gratuito ao ensino fundamental, médio, técnico, profissional e superior, segundo o nível de instrução de cada um. A disponibilização de livros, jornais e revistas educativas e a possibilidade de que os detentos participem de atividades culturais e esportivas também contribuirá sobremaneira para a sua reabilitação pessoal e regeneração.

Ao lado da educação, conferir aos detentos o direito ao trabalho e à percepção de remuneração compatível constitui medida que combate o ócio e o tédio enfrentados dia e noite na carceragem. A profissionalização dos presos permite, ainda, que alcancem empregos no retorno à vida em sociedade.

Essencial, outrossim, promover-se a conscientização da coletividade como um todo acerca dos direitos humanos e da importância de se respeitar o semelhante. A disseminação do pensamento retrógrado de que o preso não é gente e não merece qualquer proteção estatal faz com que a sociedade civil aceite tacitamente ou até mesmo apoie os atos de abuso de autoridade e de maus tratos praticados diariamente contra os detentos.

Acredita-se que a negligência dos governos face à falência e à debilidade do sistema prisional só será percebida e criticada no momento em que a sociedade tiver consciência de que sofrerá as conseqüências da insegurança pública, a qual se intensifica em razão do desrespeito aos direitos humanos dos presos antes, durante e após as prisões.

Dados os altos índices de tortura e violência cometidos por agentes penitenciários e autoridades policiais, revela-se indispensável, também através da educação em direitos humanos, treiná-los e instruí-los a enxergar o preso como uma pessoa digna de respeito. Programas de formação e capacitação para o pessoal penitenciário reduzirão os casos de uso desproporcional da força e de tratamento desumano dos presos.

A mídia, com maestria, estigmatiza a figura do preso como uma pessoa violenta e criminosa a ser perseguida e punida a qualquer custo e sob quaisquer condições. Não se interessa, contudo, pela difusão

17 Dados extraídos da reportagem “O futuro das masmorras”, publicada na edição de 17 de agosto de 2014 do Jornal “Folha de São Paulo”, caderno “Ilustríssima”.

de conhecimento, pelo esclarecimento de que a grande maioria dos criminosos foi, no passado, vítima de um sistema social em crise que lhes negou acesso aos mais básicos direitos sociais. Não se empenha em demonstrar que a violência gera violência e que não há razoabilidade alguma em prender criminosos para contra eles praticar crimes igualmente repudiáveis.

Através da educação e da conscientização da sociedade em direitos humanos será possível devolver aos detentos a dignidade a que têm direito. Kant já dizia que a dignidade é tudo aquilo que não tem preço. O constitucionalista Alexandre de Moraes¹⁸, no mesmo sentido, de forma elogiável, asseverou:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Por tudo que foi analisado no presente trabalho, conclui-se que as medidas preventivas necessárias para a melhoria do sistema prisional podem ser sintetizadas em uma só palavra, qual seja, educação. Educação no sentido formal do termo, voltada para a escolarização, e educação em direitos humanos, direcionada à formação de uma consciência coletiva em direitos humanos.

Conforme ensinamentos memoráveis do pensador e filósofo brasileiro Paulo Reglus Neves Freire, “ninguém caminha sem aprender a caminhar” e “a educação não transforma o mundo, mas muda pessoas e as pessoas transformam o mundo”.

REFERÊNCIAS

ALVES, J. A. Lindgren. A Declaração dos direitos humanos na pós-modernidade. In: *Os direitos humanos e o direito internacional*. Org. Carlos Eduardo de Abreu Boucault e Nadia de Araujo. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <www.oas.org/pt/cidh>.

18 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 16

COMITÊ EUROPEU PARA A PREVENÇÃO DA TORTURA E DAS PENAS OU TRATAMENTOS DESUMANOS OU DEGRADANTES. Disponível em: <<http://www.cpt.coe.int/portuguese.htm>>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <www.cnj.jus.br>.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/>>.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <www.corteidh.or.cr>.

D'ANGELIS, Wagner Rocha. As raízes dos direitos humanos: do princípio da liberdade à cidadania. In: *Liber Amicorum* Cançado Trindade 107.

HUMAN RIGHTS WATCH. Disponível em: <<https://www.hrw.org/world-report/2014>>.

JAYME, Fernando Gonzaga. Direitos Humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. t. IV, 2. ed. revista e atualizada. Coimbra: Coimbra, 1993.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PIOVESAN, Flávia. A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. In: *Os direitos humanos e o direito internacional*. Org. Carlos Eduardo de Abreu Boucault e Nadia de Araujo. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

LICITAÇÕES PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS NA UNIÃO EUROPEIA: CAMINHO PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

*SUSTAINABLE PUBLIC PROCUREMENT IN EUROPEAN UNION: AN
INSTRUMENT FOR THE GOAL OF A SUSTAINABLE DEVELOPMENT*

Marcela Albuquerque Maciel¹

SUMÁRIO: Introdução; 1 Estado e Meio Ambiente; 1.1 O papel do Estado frente ao desenvolvimento sustentável; 1.2 As licitações sustentáveis no cenário político internacional; 1.3 O As licitações sustentáveis como instrumento de política ambiental; 2 Licitações sustentáveis na União Europeia; 2.1 Histórico da implementação; 2.2 Diretivas nº 24 e 25/2014; 3 Conclusões; 4 Referências.

¹ Procuradora Federal. Mestra em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Especialista em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Universidade de Brasília – UnB. Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário do Distrito Federal – UDF.

RESUMO: O presente artigo busca analisar em que medida as licitações públicas sustentáveis servem ao objetivo do desenvolvimento sustentável, com foco na sua utilização no âmbito da União Europeia - UE. Para tratar do tema proposto, o trabalho foi dividido em duas partes principais. A primeira visa apresentar o cenário atual referente à conservação do meio ambiente, abordando o advento da questão ambiental e das alterações nas relações do Estado e da sociedade face à temática do desenvolvimento sustentável. Trata, ainda, no âmbito do referencial apresentado, das licitações sustentáveis como instrumento de política ambiental. Após, entramos na análise do tema na UE, com destaque para o cenário normativo. Ao final, apresentamos as conclusões a que se chegou com o estudo, esperando que possa contribuir para futuras avaliações da efetiva implementação das licitações sustentáveis na realidade brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Desenvolvimento Sustentável. Direito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado. Responsabilidade do Estado. Licitações Sustentáveis. União Europeia.

ABSTRACT: This essay aims to analyze the sustainable public procurement as an instrument for the goal of sustainable development, focusing on their use within the European Union - EU. To address the theme, the work was divided into two main parts. The first is to present the current situation regarding the conservation of the environment, the advent of environmental issues and the changes in the objectives of the State to achieve the sustainable development. It also comes within the framework presented, the sustainable procurement as an instrument of environmental policy. After we discuss the issue in the EU, highlighting the normative scenario. Finally, we present the, hoping to contribute to future assessments of the effective implementation of sustainable public procurement in the Brazilian reality.

KEYWORDS: Sustainable Development. State Responsibility. Sustainable Public Procurement. European Union.

INTRODUÇÃO

O termo “desenvolvimento sustentável” foi cunhado historicamente no processo de tentativa de conciliação das agendas do meio ambiente e do desenvolvimento, incorporando a ideia de que este poderia ocorrer de modo que, na relação do homem com o ambiente natural, não restassem esgotadas as bases materiais de reprodução das suas atividades econômicas, sociais e culturais². No centro do debate acerca da conciliação do desenvolvimento econômico e da preservação ambiental, tendo-se o desenvolvimento sustentável como meta, a responsabilidade do Estado em promover a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é tema essencial. Para o alcance dessa meta, questionam-se quais os instrumentos de política ambiental mais adequados e eficazes a serem adotados.

O presente artigo tem essas questões como fundo, na medida em que visa apresentar o cenário das licitações sustentáveis na União Europeia (UE) num contexto mais amplo, isto é, como instrumento de política ambiental. O interesse pelo tema no âmbito da UE, por sua vez, denota a importância não só de se buscar compreender o tratamento dado às questões ambientais por outros países — já que o meio ambiente não conhece fronteiras —, mas também por se tratar do bloco regional mais desenvolvido, seja no nível social, político ou jurídico, no qual podemos analisar processos e normas comuns a vários Estados. Apreender exemplos e tecer comparações é essencial para aprimorarmos nossos próprios instrumentos. A UE é campo de pesquisa vasto nesse sentido.

Para tratar do tema proposto, o trabalho foi dividido em duas partes principais. A primeira visa apresentar o cenário atual referente à conservação do meio ambiente, abordando o advento da questão ambiental e das alterações nas relações do Estado e da sociedade face à temática do desenvolvimento sustentável. Trata, ainda, no âmbito do referencial apresentado, das licitações sustentáveis como instrumento de política ambiental. Após, entramos na análise do tema na UE, com foco no cenário normativo. Ao final, apresentamos as conclusões a que se chegou com o estudo, esperando que possa contribuir para futuras avaliações da efetiva implementação das licitações sustentáveis na realidade brasileira.

1 ESTADO E MEIO AMBIENTE

Para uma melhor compreensão do papel do Estado e sua atuação perante as questões ambientais, é importante a apresentação, ainda que de forma breve, dos fatos históricos que mais influenciaram a incorporação

² LEUZINGER, Márcia; CUREAU, Sandra. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 11.

dos problemas relativos ao meio ambiente nas políticas públicas, com destaque para a inserção das licitações sustentáveis no cenário político internacional. Após, apontamos os principais instrumentos de política ambiental utilizados pelo Estado e do enquadramento das licitações sustentáveis como tal.

1.1 O PAPEL DO ESTADO FRENTE AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Até o início do século XX, prevaleceu a concepção liberal de que a promoção do progresso seria realizada pelas forças da economia de mercado, não cabendo ao Estado exercer uma política nesse sentido³. O Estado focava-se na manutenção da tranquilidade e segurança da sociedade, segundo os ideais da “inação” e do “repouso”⁴, de modo a garantir a segurança jurídica necessária ao desenvolvimento do mercado capitalista. O conceito de desenvolvimento utilizado à época foi cunhado em consonância com o de crescimento econômico, na medida em que desenvolver um país significava implantar uma economia de mercado que pudesse incluir, ao menos, a maior parte dos seus cidadãos. Os países industrialmente avançados representavam modelos a serem seguidos pelos demais⁵.

A partir do final da década de 1960, alguns fatores passaram a tornar evidente a necessidade de compreensão do sistema econômico como imerso num outro maior, com o qual interage e se choca, o sistema ecológico⁶. Pode-se citar dentre eles⁷: a acentuação da poluição que acompanhou a prosperidade do período pós 2ª Guerra Mundial nas economias industrializadas; as crises do petróleo da década de 1970; e a

3 HEIDERMAN, Francisco G. Do sonho do progresso às políticas de desenvolvimento. In: Francisco G. Heiderman, e José Francisco Salm. (orgs.). *Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. Brasília: UnB, 2009. p. 23-39. p. 24-25.

4 COMPARATO, Fabio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 35, n. 138, abr./jun. 1998. p. 39-48. p. 43.

5 HEIDERMAN, op. cit. p. 26-27.

6 MUELLER, Charles C. Os economistas e as relações entre o sistema econômico e o meio ambiente. Brasília: Finatec, 2007. p. 11-12 e NUSDEO, Fábio. Direito econômico ambiental. In: *Curso interdisciplinar de direito ambiental*. Arlindo Philippi Jr. e Alaôr Caffé Alves (editores). São Paulo: Manole, 2005b. p. 717-738. p. 720.

7 Para maiores informações quanto à cronologia dos fatos que marcaram o advento da questão ambiental no cenário internacional e brasileiro, ver: BURSTYN, Marcel; PERSEGONA, Marcelo. *A grande transformação ambiental: uma cronologia da dialética homem-natureza*. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

publicação, pelo chamado Clube de Roma⁸, do relatório intitulado “Limites do Crescimento”, também conhecido como “Relatório Meadows”⁹, em 1972, que propunha o crescimento zero como solução possível para evitar o colapso ambiental anunciado. Até então, o sistema econômico e seu desenvolvimento eram tratados de forma isolada, autocontida, como se o meio ambiente pudesse fornecer recursos naturais como insumos, de forma abundante e ilimitada, e servir como depósito, também ilimitado, aos resíduos e rejeitos desse sistema¹⁰.

Ainda em 1972, a Organização das Nações Unidas (ONU) realizou, em Estocolmo, a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano, considerada um marco no ambientalismo moderno. Nessa Conferência, ficou marcada a resistência dos países do Sul às conclusões do Relatório Meadows¹¹. Também pela primeira vez, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado foi declarado formalmente como um direito humano fundamental. A resistência dos países do Sul às proposições de crescimento zero do citado Relatório demonstra que a definição dos problemas ambientais, e das soluções escolhidas para enfrentá-los, envolve decisões políticas que refletem os valores e interesses de cada parte, determinando a forma como os custos e benefícios dessas ações serão distribuídos¹².

Em 1980, num estudo da União Internacional para Conservação da Natureza (UICN)¹³, intitulado “Estratégia mundial para a conservação”, foi utilizada, pela primeira vez, a expressão “desenvolvimento sustentável”. Esse termo se difundiu ao ser conceituado, em 1987, no Relatório¹⁴ da Comissão Mundial para o Ambiente e Desenvolvimento, ligada à ONU, como “aquele capaz de satisfazer às necessidades presentes sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazer as suas próprias necessidades”¹⁵.

8 Surgido, em 1968, de uma reunião informal, de trinta economistas, cientistas, educadores e industriais, em Roma, para discutir a crise daquele momento e as crises futuras da humanidade. (BURSTYN; PERSEGONA, op. cit. p. 136).

9 Por ser de autoria de Denis Meadows, do *Massachusetts Institute of Technology* (MIT), e de uma equipe de pesquisadores liderada por ele. (BURSTYN; PERSEGONA, op. cit. p. 145).

10 MUELLER, op. cit. 12.

11 LE PRESTE, Philippe. *Ecopolítica internacional*. 2. ed. São Paulo: Senac, 2005. p. 25-26.

12 *Ibidem*, p. 25-26.

13 Em inglês: *International Union for Conservation of Nature* (IUCN)

14 Esse Relatório foi denominado “Nosso Futuro Comum” é também conhecido como “Relatório Brundtland”, em razão da Comissão ter sido presidida pela então primeira-ministra da Noruega, Gro Brundtland.

15 ONU, Organização das Nações Unidas. *Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Our common future. 1986. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/ocf-01.htm#VIII>>. Acesso em: mar. 2012. Capítulo 1, item 49. Tradução livre da autora.

Na sequência histórica do processo de inserção da temática ambiental no cenário internacional, foi realizada, em 1992, a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD), a Rio-92. Ao contrário de Estocolmo, a inter-relação entre meio ambiente e desenvolvimento não foi mais uma questão posta em discussão¹⁶. Na Rio-92, foram aprovados três documentos principais: a Declaração do Rio; a Agenda 21; e uma Declaração sobre florestas. Na mesma ocasião, abriu-se, também, a oportunidade para a assinatura de duas Convenções: a Convenção-quadro sobre mudanças climáticas; e a Convenção sobre diversidade biológica (CDB).

A Declaração do Rio visava guiar o comportamento dos Estados e mobilizar as sociedades, sendo um documento de consenso¹⁷, que possui 27 princípios¹⁸, de extrema importância, a nortear o trato das questões ambientais, dos quais se destacam os seguintes, com relação ao conceito de desenvolvimento sustentável:

Princípio 3

O direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de desenvolvimento e de meio ambiente das gerações presentes e futuras.

Princípio 4

Para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental constituirá parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isoladamente deste.

A Agenda 21¹⁹, por sua vez, constitui a identificação das questões que mereciam atenção política e atuação dos Estados, consolidando um amplo programa de ação a ser adotado pelos signatários. Apesar de não ser um instrumento juridicamente impositivo, a Agenda 21 merece destaque quanto ao tema tratado por dedicar todo um capítulo à necessidade de mudança dos padrões de produção e consumo, reconhecendo o papel

16 LE PRESTE, op. cit. p. 233-234.

17 Ibidem, p. 219-220.

18 ONU, Organização das Nações Unidas. *Declaração do rio*. 1992. Disponível em: <Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: set./2014.

19 ONU, Organização das Nações Unidas. *Agenda 21*. 1992b. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/agenda21.pdf>>. Acesso em: set. 2014.

do Estado nesse sentido, tanto como grande consumidor, quanto como indutor desses novos padrões²⁰.

Vê-se, assim, que com a introdução do conceito de desenvolvimento sustentável ao longo do processo histórico, a proteção do meio ambiente passou a ser considerada como elemento fundamental do desenvolvimento, pois toda forma de crescimento não sustentável seria oposta ao conceito de desenvolvimento em si, ao implicar a redução das liberdades das gerações futuras²¹. Com isso, o crescimento econômico, ainda que acelerado, não significa desenvolver um país, não sendo suficiente maximizar o crescimento do Produto Interno Bruto (PIB). O objetivo maior deve ser a redução da pobreza e atenuação das desigualdades, sem depreciação da força de trabalho e dos recursos naturais²². Quando se fala em desenvolvimento sustentável não se está, portanto, restringindo-se a questões ambientais ou ecológicas, pois as dimensões econômica e social — o chamado tripé da sustentabilidade: econômico, social e ambiental — também fazem parte do conceito, o que exige medidas que as promovam em equilíbrio.

Ao ensejar um problema econômico, evidenciado na discussão sobre quem deve pagar os “custos marginais resultantes da produção de bens necessários à economia de bem-estar que a modernidade criou”²³, o enfrentamento da questão ambiental sinaliza propostas em dois extremos: de um lado o Estado interventor, que tudo controla, e do outro o mercado que tudo resolve, dispensando a intervenção estatal²⁴. A realização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, apesar de não estar ligada exclusivamente à figura do Estado — tendo em vista que, como direito de terceira dimensão, sua efetividade depende também da atuação do próprio titular, revelando-se a responsabilidade perante o meio ambiente como de dimensão pública e privada, a exigir esforços compartilhados do Estado e da sociedade — é tarefa que não pode lhe ser retirada e transferida ao mercado²⁵.

20 TEIXEIRA, Maria Fernanda de Faria Barbosa. *Desafios e oportunidades para a inserção do tripé da sustentabilidade nas contratações públicas: um estudo dos casos do governo federal brasileiro e do governo do estado de São Paulo*. 2013. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Sustentável). Universidade de Brasília, Brasília. p. 41.

21 ¹⁶VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional econômico ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 43.

22 SACHS, Ignacy. *Desenvolvimento incluyente, sustentável, sustentado*. Rio de Janeiro: Garamond, 2004. p.14.

23 GARCIA, Maria da Glória F. P. D. *O lugar do direito na proteção do ambiente*. Coimbra, PT: Almedina, 2007. p. 159 e 172.

24 *Ibidem*, p. 244.

25 BENJAMIN, Antônio Herman. O meio ambiente na constituição federal de 1988. In: Sandra Akemi Shimada Kishi et al (orgs.). *Desafios do direito ambiental no século XXI: estudos em homenagem a Paulo Afonso Leme Machado*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 363-398. p. 387-388.

A autorregulação pelos agentes econômicos demonstrou-se insuficiente para conter a degradação ambiental. Com a introdução do conceito de desenvolvimento sustentável, o sistema econômico não mais pode ser tratado de forma isolada, autocontida, como se o meio ambiente pudesse fornecer recursos naturais como insumos de forma abundante e ilimitada, e servir como depósito, também ilimitado, aos resíduos e rejeitos desse sistema²⁶. A superação da visão do sistema econômico isolado, que enxerga o meio ambiente como fonte inesgotável, visando à promoção do desenvolvimento sustentável, passa pela necessária internalização aos custos da produção, dos seus efeitos negativos externos não captados pelo sistema de preços. Tais efeitos são chamados externalidades negativas pela economia, a exemplo do lançamento de poluentes químicos num rio, que não é contabilizado como custo do ponto de vista do empreendedor, mas que provoca diversos impactos ambientais negativos, que acabam sendo suportados pela coletividade e, inclusive, pelas gerações futuras.²⁷

Neste cenário, a função do direito, e especialmente do direito ambiental, é, por meio da instituição de instrumentos jurídicos capazes de promover a mitigação ou eliminação dos efeitos lesivos da degradação ambiental, buscar a harmonia entre diversos bens e valores, como o desenvolvimento econômico, social e cultural, e o meio ambiente ecologicamente equilibrado²⁸. Dentre tais instrumentos, temos o princípio do poluidor-pagador. Por tal princípio, o poluidor deve arcar com os custos das medidas de prevenção, controle e remediação da poluição, de forma a induzir a inserção nos custos da produção, do valor dos bens e serviços que a causam, objetivando que tais custos não sejam suportados nem pelos poderes públicos, nem por terceiros²⁹. Os custos ambientais e sociais externos que acompanham uma atividade econômica passam a ser arcados pelos agentes econômicos como parte integrante dos seus custos de produção, retirando do Estado, e assim, da coletividade, a responsabilidade de suportá-los.

26 ³MUELLER, op. cit. p. 12.

27 IRIGARAY, Carlos Teodoro José Huguency. O emprego de instrumentos econômicos na gestão ambiental. In: José Rubens Morato Leite e Ney de Barros Bello Filho (orgs.). *Direito Ambiental Contemporâneo*. São Paulo: Manole, 2004. p.51-73. p. 58-59.

28 BECHARA, Erika. *Licenciamento e compensação ambiental na lei do sistema nacional das unidades de conservação (SNUC)*. São Paulo: Atlas, 2009. p.1.

29 IRIGARAY, op. cit. p. 62-63.

1.2 AS LICITAÇÕES SUSTENTÁVEIS NO CENÁRIO POLÍTICO INTERNACIONAL

Para a compreensão das licitações sustentáveis como instrumento de política ambiental é importante verificarmos a inclusão das questões envolvendo a produção e o consumo sustentáveis no cenário político internacional.

Como visto, a Conferência de Estocolmo de 1972 representou um marco no ambientalismo. Na ocasião, contudo, os problemas ambientais foram relacionados diretamente a falhas no processo produtivo, sem relaciona-los também aos padrões de consumo. As ações adotadas para a gestão ambiental nas décadas que se seguiram tiveram, nessa linha, um caráter reativo marcado pelos instrumentos de comando e controle, com foco no final do processo industrial³⁰. A atuação era pautada não pela prevenção, mas especialmente após a ocorrência do dano.

A partir de meados da década de 1980 é que os estilos e padrões de consumo, especialmente dos chamados países desenvolvidos, começam a ser relacionados com a problemática ambiental³¹. Em 1987, o Relatório Brundtland traz expressamente o reconhecimento da influência do consumo na degradação ambiental.

O início da década de 1990, Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) definiu um novo conceito quanto ao tema, o de “produção mais limpa”, na tentativa de abarcar de forma mais completa o processo produtivo, como sendo a “aplicação contínua de uma estratégia ambiental preventiva integrada aos processos, produtos e serviços para aumentar a ecoeficiência e reduzir os riscos ao homem e ao meio ambiente”³². Firmado o conceito de desenvolvimento sustentável, a ideia de “produção mais limpa” evoluiu de modo a enfatizar também as questões sociais, passando-se a utilizar o termo “produção e consumo sustentáveis”.

Na Rio-92 a questão da produção e consumo sustentáveis foi tratada como essencial para a promoção do desenvolvimento sustentável. O princípio 8 da Declaração do Rio o reconhece expressamente, ao estabelecer que “para alcançar o desenvolvimento sustentável e uma qualidade de vida mais elevada para todos, os Estados devem reduzir e

30 TEIXEIRA, Maria Fernanda de Faria Barbosa. Desafios e oportunidades para a inserção do tripé da sustentabilidade nas contratações públicas: um estudo dos casos do governo federal brasileiro e do governo do estado de São Paulo. 2013. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Sustentável). Universidade de Brasília, Brasília. p. 39-40.

31 Ibidem, p. 40.

32 Ibidem, p. 40.

eliminar os padrões insustentáveis de produção e consumo, e promover políticas demográficas adequadas”³³. A Agenda 21³⁴, por seu turno, dispõe no item 4.23 que:

4.23 Os próprios Governos também desempenham um papel no consumo, especialmente nos países onde o setor público ocupa uma posição preponderante na economia, podendo exercer considerável influência tanto sobre as decisões empresariais como sobre as opiniões do público. Consequentemente, esses Governos devem examinar as políticas de aquisição de suas agências e departamentos de modo a aperfeiçoar, sempre que possível, o aspecto ecológico de suas políticas de aquisição, sem prejuízo dos princípios do comércio internacional.

Em 2002, o Conselho da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)³⁵ emitiu recomendação no sentido de que “os países membros [...] deveriam levar mais em conta as considerações ambientais na licitação pública de produtos e serviços incluindo, mas não se limitando a, materiais de consumo, bens de capital, infraestrutura, construção e trabalhos públicos”³⁶.

Também em 2002, realizou-se, em Johannesburgo, a Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável, conhecida como Rio+10. Na ocasião, a avaliação da implementação dos compromissos assumidos na Rio-92 pelos países participantes, demonstrou que a maioria ainda não havia adotado políticas públicas capazes de enfrentar os problemas ambientais relacionados, especialmente no que dizia respeito à produção e o consumo sustentáveis. Para tanto, foi aprovado o Plano de Johannesburgo, cujo capítulo III, denominado “mudando padrões insustentáveis de consumo e produção” propôs a autoridades em todos os níveis “a levar em conta considerações de desenvolvimento sustentável na tomada de decisão, incluindo no planejamento de desenvolvimento nacional e local, investimento em infraestrutura, desenvolvimento de negócio e a licitação pública, englobando ações para promover políticas

33 ONU. 1992. op. cit.

34 ONU. 1992b. op. cit.

35 Em inglês: *Organisation for Economic co-operation and development*.

36 BIDERMAN, Rachel. et.al. *Guia de compras públicas sustentáveis: uso do poder de compra do governo para a promoção do desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p; 27.

de licitação pública que incentivem o desenvolvimento e a difusão de bens e serviços ambientais saudáveis”³⁷.

Visando cumprir o Plano de Johannesburgo, o PNUMA, em conjunto com o Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais das Nações Unidas (UNDESA), foi encarregado de elaborar um conjunto de programas para apoiar e acelerar iniciativas nacionais e regionais de mudança de padrões de produção e consumo, com duração de dez anos, denominado *10 Year Framework Program* (10YFP). Para tanto, foi lançado em 2003 o processo para o seu desenvolvimento, que ficou conhecido como Processo de Marrakesh³⁸. Forças-tarefa, formadas por governos nacionais em cooperação com o PNUMA e a UNDESA, foram criadas para tratar de temas específicos relacionados ao Processo de Marrakesh, sendo uma delas direcionada a promover às licitações públicas sustentáveis³⁹.

No âmbito da força-tarefa do Processo de Marrakesh, foi elaborada uma metodologia de implementação das compras públicas sustentáveis, visando orientar os diversos países. Em resumo, a metodologia apresenta um passo a passo no seguinte sentido: a) avaliação do estado atual das contratações públicas (*status assessment*); b) análise e eventual revisão do marco legal (*legal review*), em conjunto com uma avaliação da preparação do mercado (*market readiness analysis*); c) estabelecimento de uma política de licitações sustentáveis (*sustainable public procurement policy plan*); d) capacitação dos envolvidos (*training*); e, por fim e) implementação (*implementation*)⁴⁰. Destacamos, ainda, que a abordagem do Processo de Marrakesh para as licitações sustentáveis busca o equilíbrio entre os pilares econômico, social e ambiental do desenvolvimento sustentável, e não apenas dos aspectos ecológicos ou “verdes” dessas contratações⁴¹. Assim, utiliza o termo “*sustainable public procurement*” e não “*green public procurement*”, além de orientar a priorização de ações para os grupos de despesas que apresentem maior impacto socioambiental⁴².

Como resultado das forças-tarefa do Processo de Marrakesh, o 10YFP foi elaborado, assumindo o PNUMA a responsabilidade por sua implementação. No documento final da Conferência das Nações

37 BIDERMAN, Rachel. et.al. *Guia de compras públicas sustentáveis: uso do poder de compra do governo para a promoção do desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

38 TEIXEIRA, p.42.

39 MTF, Marrakech Task Force. *Marrakech task force on sustainable procurement*. 2008. Disponível em: <<http://www.unep.fr/scp/marrakech/taskforces/pdf/Procurement2.pdf>>. Acesso em: set. 2014. p. 2.

40 Ibidem, p. 2-3.

41 TEIXEIRA, op. cit. p.43.

42 MTF, op. cit. p. 4.

Unidades sobre o Desenvolvimento Sustentável, realizada em 2012 e conhecida como Rio + 20, denominado “O Futuro que Queremos” consta a aprovação do 10YFP⁴³. O 10YFP prevê cinco programas iniciais necessários à promoção do consumo e produção sustentáveis: a) informação ao consumidor; b) estilo de vida sustentáveis e educação; b) compras públicas sustentáveis; d) construção de edifícios sustentáveis; e d) turismo sustentável⁴⁴. Para tanto, o 10YFP fornecerá apoio à capacitação e assistência técnica e financeira aos países em desenvolvimento, por meio de um fundo a ser criado pelo PNUMA, com recursos provenientes de contribuições voluntárias⁴⁵.

A Rio + 20 também trouxe outro resultado positivo no que toca às licitações sustentáveis, o lançamento, pelo PNUMA, da iniciativa denominada *International Sustainable Public Procurement Initiative* (SSPI), cuja finalidade é promover o desenvolvimento sustentável por meio do uso do poder de compra dos Estados, aumentando os gastos com produtos e serviços que maximizem benefícios ambientais e sociais⁴⁶.

É no âmbito desse cenário internacional que vários países passaram a utilizar as contratações públicas como mecanismo de fomento a práticas e iniciativas voltadas à produção e o consumo sustentáveis, incorporando critérios de sustentabilidade nos seus processos seletivos de contratação⁴⁷. Com a União Europeia, como veremos, não foi diferente, em que pese os países membros se encontrarem em graus diversos de implementação.

1.3 AS LICITAÇÕES SUSTENTÁVEIS COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA AMBIENTAL

É frente ao desafio da promoção do desenvolvimento sustentável e da realização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que a regulamentação do Estado em matéria ambiental tem sido cada vez maior. Sem olvidar as restrições financeiras e orçamentárias para melhor direcionar os esforços para a preservação ambiental, o Estado utiliza-se de instrumentos de política ambiental, com o objetivo tanto de coibir as

43 ONU, Organização das Nações Unidas. *The future we want*. 2012. Disponível em: <<http://www.un.org/en/sustainablefuture/>>. Acesso em: set. 2014

44 ONU, Organização das Nações Unidas *A 10-year framework on sustainable consumption and production patterns*. 2012b. Disponível em: <<http://www.unep.org/resourceefficiency/Policy/SCPPoliciesandthe10YFP/The10YearFrameworkProgrammesonSCP.aspx>>. Acesso em: set. 2014.

45 ONU. 2012b. op. cit.

46 TEIXEIRA, op. cit. p.46.

47 VALENTE, Manoel Adam Lacayo. *Marco legal das licitações e compras sustentáveis na administração pública*. Brasília: Câmara dos deputados, 2011. p. 4.

atividades nocivas ao meio ambiente, como incentivar as que guardem pertinência com o desenvolvimento sustentável. Ao fazê-lo, está também promovendo a assunção da parte da responsabilidade que cabe ao setor privado, a exemplo da internalização ou redução das externalidades ambientais por parte dos produtores de bens e fornecedores de serviços.

Os instrumentos de política ambiental mais comumente adotados pelos diversos estados, no exercício da função ambiental pública, podem ser divididos em três grupos principais: a) regulatórios; b) econômicos; e c) educação ou informação⁴⁸.

Os instrumentos regulatórios consistem no estabelecimento de normas visando ordenar os processos de exploração ou características de produtos e limitar o acesso a bens⁴⁹. Esse tipo de regulação caracteriza-se, basicamente, por um “conjunto de normas, regras, procedimentos e padrões a serem obedecidos pelos agentes econômicos de modo a adequar-se a certas metas ambientais, acompanhado de um conjunto de penalidades previstas para os recalcitrantes”⁵⁰. Em razão do exercício do poder de polícia que lhes é subjacente, visando ressaltar a ideia de que a norma seja aprovada e confirmada pela autoridade ambiental, são também chamados de instrumentos de comando e controle⁵¹. Entretanto, deve-se ressaltar que não basta o poder de polícia, já que tais mecanismos somente serão efetivos se o órgão ambiental competente possuir estrutura e poder político para fazer valer sua autoridade⁵². Ademais, não é suficiente a existência de normas para que as políticas ambientais sejam implementadas. O sucesso do instrumento dependerá do funcionamento eficaz e coordenado dos papéis de regulação e de polícia, ou seja, do poder político e da capacidade do órgão de controle ambiental de assegurar a obediência à lei e fazer com que os poluidores se conformem aos padrões, punindo os infratores⁵³.

Os instrumentos econômicos, por sua vez, que objetivam “assegurar um preço apropriado para os recursos ambientais, de forma a promover seu uso e alocação, o que permite garantir aos ativos/serviços ambientais

48 IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *O uso do poder de compra para a melhoria do meio ambiente. Sustentabilidade Ambiental no Brasil: biodiversidade, economia e bem-estar humano. Série: eixos do desenvolvimento. Comunicados do Ipea n. 82, mar. 2011. p. 2.*

49 LE PRESTE, op. cit. p. 46-47.

50 MARGULIS, Sérgio. *A regulamentação ambiental: instrumentos e implementação*. Texto para Discussão nº 437. Rio de Janeiro: IPEA, 1996. p. 5.

51 MOTA, José Aroudo. *O valor da natureza: economia e política dos recursos naturais*. Rio de Janeiro: Garamond, 2009. p. 125.

52 Ibid, p. 125-126.

53 MARGULIS, op. cit. p. 5.

tratamento similar aos demais fatores de produção⁵⁴, a exemplo das taxas, licenças de mercado e subvenções⁵⁵. Visam influenciar a decisão econômica, refletindo nos preços dos bens e serviços, a fim de que a opção adotada seja a mais adequada do ponto de vista ambiental, constituindo-se em alternativa às políticas repressivas de comando e controle.

Ao lado dos instrumentos de comando e controle e dos econômicos, destacam-se também os de educação e informação, ou de comunicação, que objetivam prover a população de dados necessários à compreensão e avaliação dos riscos ambientais envolvidos nas diversas atividades, tecnologias menos agressivas, produtos mais sustentáveis e atitudes preventivas. Têm por objetivo, com isso, possibilitar a adoção de medidas adequadas a evitar ou minimizar os efeitos indesejáveis e promover a cooperação entre os agentes econômicos e consumidores na busca de soluções para o desafio da sustentabilidade⁵⁶. Com as informações necessárias, os consumidores podem fazer escolhas mais conscientes, inclusive quanto às externalidades relacionadas ao seu próprio padrão de consumo, estimulando-se a demanda por produtos e serviços mais sustentáveis⁵⁷.

Do tratamento dado ao tema no âmbito internacional, verifica-se que as licitações sustentáveis se caracterizam como importante instrumento de política ambiental. A orientação dos documentos e programas elaborados no âmbito da ONU é a de que os Estados, como grandes consumidores de bens e serviços — o PNUMA estima que as compras públicas representem entre 15 e 30% do Produto Interno Bruto (PIB) dos países⁵⁸ —, utilizem o seu poder de compra de modo a promover externalidades positivas sobre o meio ambiente e a sociedade, buscando-se o desenvolvimento sustentável como meta. É, assim, um instrumento econômico, na medida em que, diferentemente do comando e controle, utiliza as forças do próprio mercado para buscar os objetivos a que se propõe⁵⁹. Ao sinalizar o seu interesse por produtos e serviços mais eficientes, econômicos, e social e ambientalmente adequados, o Estado promove o desenvolvimento de mercados e induz a competição e a inovação.

54 MOTA, op. cit. p. 129.

55 Ibid., p. 123-124.

56 IPEA. op. cit. p. 4.

57 IPEA. op. cit. p. 4.

58 PNUMA, Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente. *Sustainable Public Procurement Initiative Harnesses Power of Public Spending to Fast-track Green Economy*. 2012. Disponível em: <<http://www.unep.org/newscentre/default.aspx?DocumentID=2688&ArticleID=9188>>. Acesso em: set. 2014.

59 VALENTE, Manoel Adam Lacayo. *Marco legal das licitações e compras sustentáveis na administração pública*. Brasília: Câmara dos deputados, 2011. p. 4..

Além disso, ao orientar o cumprimento de normas e regulamentos pelos agentes econômicos, as licitações sustentáveis também auxiliam que as regras impostas pelos instrumentos regulatórios sejam observadas, diminuindo a necessidade de atuação dos órgãos de polícia ambiental. Ademais, serve como importante instrumento de comunicação na medida em que fornece aos demais consumidores, informações quanto aos impactos ambientais e sociais associados aos diferentes padrões de consumo⁶⁰.

No contexto da sustentabilidade, as contratações públicas vão, deste modo, além do objetivo imediato de suprimento do Estado.

2 LICITAÇÕES SUSTENTÁVEIS NA UNIÃO EUROPEIA

Vejam, agora, as licitações sustentáveis no contexto da União Europeia, abordando-se o seu histórico e o cenário normativo atual.

2.1 HISTÓRICO DA IMPLEMENTAÇÃO

A primeira Diretiva comunitária envolvendo os contratos públicos data de 1971, e tratava da empreitada de obras públicas. Desde então, várias diretivas relativas a contratações públicas foram adotadas no âmbito da União Europeia, seja para o fornecimento de bens ou serviços. Até 2004, porém, nenhuma diretiva relativa aos contratos públicos tratava expressamente da inserção de critérios de sustentabilidade nas contratações, o que pode encontrar justificativa nas datas em que adotadas, que vão de 1971 a alterações sofridas em 1998.

A importância dos aspectos sociais dos contratos públicos foi ressaltada na Agenda de Política Social de 2000. Com relação aos critérios ecológicos ou ambientais, em 2001, a proposta da Comissão, por meio de Comunicação, para o Sexto Programa de Ação da Comunidade Europeia em matéria ambiental, para os anos 2001 a 2010, intitulado “Ambiente 2010: o nosso futuro, a nossa escolha”, apontou as contratações públicas como um instrumento essencial para a visão de desenvolvimento sustentável da União⁶¹. As estratégias do Programa incluíram:

60 IPEA. op. cit. p. 4.

61 EC, European Commission. Comunicação interpretativa da comissão sobre o direito comunitário aplicável aos contratos públicos e as possibilidades de integrar considerações ambientais nos contratos públicos. 2001. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1411235931379&uri=CELEX:C2001/333/07>>, acesso em: set. 2014. p. 1.

- a) monitoramento regular, através de indicadores relevantes, e apresentação no processo de integração setorial;
- b) promoção de uma solução integrada da política que incentive a consideração de exigências ambientais durante todo o ciclo de vida do produto, e uma aplicação mais difundida de processos e produtos ambientalmente amigáveis;
- c) incentivo a compromissos e acordos voluntários para alcançar objetivos ambientais transparentes;
- d) incentivo ao uso de ecorrotulagem; e) promoção de compras sustentáveis, respeitando as normas de concorrência da Comunidade Europeia e o mercado interno, com linhas e diretrizes em melhores práticas, começando com uma pesquisa sobre as compras sustentáveis em instituições da comunidade.⁶²

Visando contribuir para o cumprimento da Agenda de Política Social de 2000 e do Programa de Ação da Comunidade Europeia em matéria ambiental para o decênio 2001 a 2010, a Comissão elaborou, em 2001, duas comunicações interpretativas sobre o direito aplicável aos contratos públicos. Uma tratou das possibilidades de integração das considerações ambientais e outra dos aspectos sociais⁶³. Em tais documentos, a Comissão, ressaltando que não poderia por meio da interpretação exceder o regime existente, analisa as possibilidades de integração nas licitações de critérios ecológicos e sociais, tomando-se como base enquadramento jurídico comunitário da época.

Na Comunicação sobre os aspectos ecológicos, conclui a Comissão não só pelo cabimento da inserção de critérios ambientais nas licitações — especialmente na especificação técnica, nos critérios de seleção e de adjudicação —, mas também por sua necessidade ante obrigações assumidas pela União e diversos países-membro no âmbito internacional, a exemplo do Protocolo de Quioto, bem como por ter o Tratado de Amsterdã reforçado que a integração de exigências ambientais com

62 BIDERMAN, Rachel. et.al. *Guia de compras públicas sustentáveis: uso do poder de compra do governo para a promoção do desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 27.

63 EC. 2001. op. cit. e EC, European Commission. *Comunicação interpretativa da Comissão sobre o direito comunitário aplicável aos contratos públicos e as possibilidades de integrar aspectos sociais nesses contratos*. 2001b. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1411515377879&uri=CELEX:52001DC0566>>. Acesso em: set. 2014.

outras políticas é um elemento chave para se atingir o desenvolvimento sustentável⁶⁴. Já na que tratou dos aspectos sociais foi destacado que a expressão designa medidas que abarcam acepções e domínios diversos, a exemplo da igualdade de tratamento e não discriminação entre homens e mulheres, de cláusulas preferenciais visando promover a inserção de pessoas menos favorecidas no mercado, e de ações positivas no âmbito da luta contra o desemprego e a exclusão social. Ademais, ressaltou-se que, ainda que as diretivas sobre contratos públicos não contenham disposições específicas nesse sentido, a execução dos contratos deve observar todas as normas obrigatórias em matéria social⁶⁵.

Após a adoção dessas Comunicações Interpretativas pela Comissão em 2001, as instituições centrais europeias passaram a enfatizar a importância da adoção de critérios ambientais e sociais nas contratações públicas por parte dos Estados-membros⁶⁶. Como o foco se deu quanto a critérios ambientais e sociais em separado, as referências ao tema passaram a se referir a duas distintas siglas: a) *green public procurement* (GPP) ou contratações públicas ecológicas (CPE); e b) *socially responsible public procurement* (SRPP) ou contratações públicas socialmente responsáveis (CPSR).

Em Comunicação sobre a Política Integrada de Produtos de 2003, a Comissão ressaltou novamente o potencial dos GPPs, recomendando aos Estados-Membros a adoção de planos de ação nacionais, nos moldes das orientações constantes do Processo de Marrakesh, até o final de 2006⁶⁷.

As propostas de diretivas dos contratos públicos com a inclusão de características ambientais e sociais nas especificações técnicas, critérios de seleção e adjudicação, que datavam de 2000, todavia só foram adotadas em 2004, com as Diretivas nº 17, relativa aos contratos dos setores de água, energia, transportes e serviços postais, e 18, concernente aos contratos de empreitada de obras, fornecimento de bens e serviços em geral. Até então, apesar da orientação da Comissão e de outras instituições centrais, muitos

64 EC. 2001. op. cit. p. 2.

65 EC. 2001b. op. cit. p. 8.

66 EC, European Commission. The uptake of green public procurement in the EU 27. 2012. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/CEPS-CoE-GPP%20MAIN%20REPORT.pdf>>. Acesso em: set. 2014. p. i.

67 EC, European Commission. *Comunicação da comissão ao parlamento europeu, ao conselho, ao comitê econômico e social europeu e ao comitê das regiões: contratos públicos para um ambiente melhor*. 2008. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1411422641576&uri=CELEX:52008DC0400>>. Acesso em: set. 2014. p. 4.

gestores deixavam de adotar tais medidas com receio de violar à livre circulação de mercadorias, pessoas e serviços, ponto central da política do mercado único⁶⁸.

A Diretiva nº 18/2004 previu expressamente: a) a inclusão de requisitos ecológicos nas especificações técnicas (art. 23(3)b); b) a utilização da rotulagem ambiental ou certificações ecológicas (art. 23(6)); c) o estabelecimento de condições sociais e ambientais para a performance do contrato (art. 26); d) a exigência de comprovação do cumprimento das obrigações ambientais e de gestão por parte dos operadores econômicos (arts. 27, 48(2)f e 50); e) estabelecimento de critérios de seleção baseados em características ambientais (art. 53)⁶⁹. A Diretiva nº 17/2004 apresenta dispositivos semelhantes.

Ainda em 2004, foi lançada pela Comissão a primeira edição de um manual de contratos públicos ecológicos, intitulado *Buying Green*, visando orientar os Estados-Membros na adoção das GPPs⁷⁰. Em 2006, a Estratégia de Desenvolvimento Sustentável renovada da União Europeia, fixou, como um dos objetivos políticos para 2010, o aumento das GPPs de todos os Países-Membros para os níveis atingidos pelos de melhor desempenho no ano⁷¹. Em 2008, a Comissão, como parte do Plano de Ação para um Consumo e Produção Sustentáveis e para uma Política Industrial Sustentável, emitiu nova Comunicação denominada “Contratos Públicos para um ambiente melhor”⁷². Nesse documento, a Comissão, destacando que no início de 2008, apenas 14 Estados-Membros tinham adotado planos de ações nacionais, apresenta o resultado de um estudo que apontou os principais obstáculos à aceitação dos GPPs, quais sejam:

- Critérios ambientais limitados estabelecidos para produtos/serviços - e quando estes existem são frequentemente mecanismos insuficientes (como bases de dados) para a sua divulgação.

68 EC, European Commission. Comunicação da comissão ao parlamento europeu, ao conselho, ao comité económico e social europeu e ao comité das regiões: contratos públicos para um ambiente melhor. 2008. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1411422641576&uri=CELEX:52008DC0400> >. Acesso em: set. 2014. p. 5.

69 EC. op. cit. p. ii.

70 EC, European Commission. *Buying green: a handbook on environmental public procurement*. 1ª ed. 2004. Disponível em: <http://ec.europa.eu/environment/gpp/buying_handbook_arch.htm>, acesso em: set. 2014.

71 EC. 2008. op. cit. p. 4.

72 EC. 2008. op. cit.

- Informação insuficiente sobre o cálculo do custo de todo o ciclo de vida dos produtos e dos custos relativos de produtos/serviços respeitadores do ambiente.
- Sensibilização insuficiente para os benefícios de produtos e serviços respeitadores do ambiente.
- Incerteza sobre as possibilidades legais de incluir critérios ambientais em cadernos de encargos.
- Falta de apoio político e consequentes recursos limitados para a implementação/promoção de Contratos Públicos Ecológicos - CPE (é especialmente necessária uma melhor formação).
- Falta de um intercâmbio coordenado de melhores práticas e de informações entre regiões e autoridades locais.⁷³

Conclui a Comissão em sua Comunicação que os GPPs são um meio eficaz de promover a aceitação de produtos e serviços mais ecológicos pelo mercado, sendo forma de não só viabilizar um consumo mais sustentável, mas também promover a eco-inovação e, assim, a competitividade da economia da União Europeia. Para tanto, propõe aos Estados-Membros que:

- aprovem a abordagem e o método propostos para a definição de critérios comuns em matéria de contratos públicos ecológicos, bem como o objetivo político e as ferramentas recomendadas que visam a adjudicação de mais e melhores contratos públicos ecológicos,
- procedam à respectiva implementação através de estratégias nacionais em matéria de contratos públicos ecológicos e de uma maior cooperação, em particular ao aplicar mecanismos de financiamento da UE;
- apoiem os trabalhos em curso destinados a propor medidas complementares com vista a assegurar o desenvolvimento harmonizado de objetivos e critérios Contratos Públicos Ecológicos e a maximizar o apoio político aos CPE⁷⁴.

73 EC. 2008. op. cit. p. 5.

74 EC. 2008. op. cit. p. 13.

As questões sociais envolvendo as contratações públicas passam a contar com maior incentivo a partir de 2010, quando a Comissão lança um manual nos moldes do *Buying Green*, denominado *Buying Social*, com versão em português de 2011⁷⁵. A importância das CPSR é ressaltada pois, ao adotá-las, as autoridades públicas podem não só incentivar as empresas a desenvolverem uma gestão socialmente responsável, mas também promover oportunidades de emprego, trabalho digno, inclusão social, acessibilidade, comércio ético, e respeito aos direitos humanos, contribuindo para o desenvolvimento sustentável⁷⁶.

Em 2010 foi lançada a Estratégia Europa 2020, para o decênio seguinte, com a finalidade de criar condições para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo, em superação à crise do momento em que adotada. Os cinco grandes objetivos da Estratégia para 2020 são: a) emprego: aumentar para 75% a taxa de emprego na faixa etária dos 20-64 anos; b) inovação e desenvolvimento: aumentar para 3% do PIB o investimento da EU; c) alterações climáticas e sustentabilidade energética: c.1) reduzir as emissões de gases com efeito de estufa em 20% (ou em 30%, se forem reunidas as condições necessárias) relativamente aos níveis registrados em 1990; c.2) obter 20% da energia a partir de fontes renováveis; c.3) aumentar em 20% a eficiência energética; d) educação: d.1) reduzir a taxa do abandono escolar precoce para menos de 10%; d.2) aumentar para, pelo menos, 40% a percentagem da população na faixa etária dos 30-34 anos que possui um diploma do ensino superior; e e) luta contra pobreza e a exclusão social: reduzir, pelo menos, em 20 milhões o número de pessoas em risco ou em situação de pobreza ou de exclusão social⁷⁷. Para tanto, a Estratégia indica a necessidade de utilização das contratações públicas sustentáveis pelos Estados-Membros, tanto nos aspectos sociais quanto ambientais.

Recentemente, em fevereiro de 2014, foram adotadas novas Diretivas sobre os contratos públicos, as de nº 24 e 25, em substituição às Diretivas nº 17 e 18 de 2004. Nelas, como veremos a seguir, a questão das licitações sustentáveis foi ainda mais ressaltada no âmbito da UE.

75 EC, European Commission. Compra social: guia para ter em conta os aspectos social nos concursos públicos. 2011b. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=606&furtherPubs=yes>>, acesso em: set. 2014

76 EC. 2011b. op. cit. p.1.

77 _____. A estratégia Europa em poucas palavras. 2014. Disponível em: <http://ec.europa.eu/europe2020/europe-2020-in-a-nutshell/index_pt.htm>, acesso em set./2014.

1.2 DIRETIVAS Nº 24 E 25 DE 2014⁷⁸

A Diretiva nº 25/2014 trata dos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, energia, transportes e serviços postais. Como tal, revogou e substituiu a Diretiva nº 17/2004. A Diretiva nº 24/2014, por sua vez, revoga a Diretiva nº 18/2014 e é relativa aos contratos públicos em geral.

A justificativa para a adoção das novas Diretivas consta dos preâmbulos e considerandos das normas, dos quais destacamos especialmente:

Considerando que a contratação pública desempenha um papel fundamental na Estratégia Europa 2020, estabelecida na Comunicação da Comissão, de 3 de março de 2010, intitulada “Europa 2020, uma estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo”, como um dos instrumentos de mercado a utilizar para alcançar um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo, assegurando simultaneamente a utilização mais eficiente dos fundos públicos. Para tanto, as regras de contratação pública, adotadas nos termos da Diretiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e da Diretiva 2004/18/CE, deverão ser revistas e modernizadas a fim de aumentar a eficiência da despesa pública, em particular facilitando a participação das pequenas e médias empresas na contratação pública, e de permitir que os adquirentes utilizem melhor os contratos públicos para apoiar objetivos sociais comuns.

Quanto ao conteúdo das normas, como os dispositivos que tratam dos critérios ambientais e sociais são semelhantes, focaremos a análise na Diretiva nº 24/2014, que trata dos contratos públicos em geral. O art. 2º da Diretiva traz conceitos relevantes ao processo de contratação, incluindo o de ciclo de vida, inovação, rótulo e requisitos de rotulagem. No art. 18(2) consta a obrigação dos Estados-Membros de adotar as medidas necessárias para assegurar que, ao executarem os contratos públicos, os operadores econômicos respeitem as obrigações aplicáveis em matéria ambiental, social e laboral, sejam elas estabelecidas pelo direito da União, por legislação nacional, convenções coletivas ou disposições do direito internacional.

No que diz respeito ao fomento à inovação, foi definida uma nova espécie de contratação, a chamada parceria para a inovação, cujo objetivo

78 Disponíveis em: <http://eur-lex.europa.eu/homepage.html;ELX_SESSIONID=LgWfJvcKdTk3LH2V5NrRYdGtHzh4nPxbR5QM9LdQGS07XWNnTG!-2009021437?locale=pt>

é definido no art. 31(2) como sendo o desenvolvimento de produtos, serviços ou obras inovadores e a posterior aquisição dos fornecimentos, serviços ou obras daí resultantes, desde que correspondam aos níveis de desempenho e custos máximos previamente acordados entre as autoridades adjudicantes e os participantes.

A consulta preliminar ao mercado é prevista expressamente nas normas (art. 40), e tem como finalidade preparar o procedimento de contratação e informar os operadores econômicos dos planos de contratação dos órgãos e respectivos requisitos. Para tanto, podem as autoridades adjudicantes solicitar ou aceitar pareceres de peritos, autoridades independentes ou de participantes no mercado, que possam ser utilizados no planejamento e na condução da contratação, observados os princípios da não discriminação e da transparência.

No artigo que trata das especificações técnicas (art. 42) consta a previsão expressa de que as características exigidas para obras, serviços e bens podem incluir a referência ao processo ou método específico de produção ou execução, ou a um processo específico relativo a outra fase do seu ciclo de vida, desde que estejam ligados ao objeto do contrato e sejam proporcionais ao seu valor e aos seus objetivos. Nos casos em que o objeto do contrato se destine à utilização pública, as especificações técnicas devem ser elaboradas de modo a observar os requisitos de acessibilidade para pessoas com deficiência ou de concepção para todos os utilizadores. (art. 42 (1)).

As especificações técnicas devem ser formuladas segundo uma das seguintes modalidades (art. 42(2)): a) em termos de desempenho ou de requisitos funcionais, que poderão incluir características ambientais, desde que os parâmetros sejam suficientemente precisos para permitir que os proponentes determinem o objeto do contrato e que as autoridades adjudicantes procedam à respectiva adjudicação; b) por referência a especificações técnicas definidas e, por ordem de preferência, a normas nacionais que transponham normas europeias, a homologações técnicas europeias, a especificações técnicas comuns, a normas internacionais, a outros sistemas técnicos de referência estabelecidos pelos organismos europeus de normalização ou — quando estes não existam — a normas nacionais, a homologações técnicas nacionais ou a especificações técnicas nacionais em matéria de concepção, cálculo e execução das obras e de utilização dos fornecimentos; cada referência deve ser acompanhada da menção, ou equivalente; c) com a mescla dos itens anteriores.

A questão dos rótulos é tratada no art. 43, que estabelece que sempre que a pretensão for adquirir obras, bens ou serviços com características específicas do ponto de vista ambiental, social ou outro,

as autoridades adjudicantes podem, nas especificações técnicas, nos critérios de adjudicação ou nas condições de execução dos contratos, exigir um rótulo específico para atestar que as obras, fornecimentos ou serviços correspondem às características exigidas, desde que estejam preenchidas todas as seguintes condições: a) os requisitos de rotulagem dizem exclusivamente respeito a critérios associados ao objeto do contrato e que são apropriados para definir as características das obras, fornecimentos ou serviços a que se refere o contrato; b) os requisitos de rotulagem baseiam-se em critérios objetivamente verificáveis e não discriminatórios; c) os rótulos são criados através de um procedimento aberto e transparente em que podem participar todas as partes interessadas, nomeadamente organismos governamentais, consumidores, parceiros sociais, fabricantes, distribuidores e organizações não governamentais; d) os rótulos estão acessíveis a todas as partes interessadas; e) os requisitos de rotulagem são definidos por um terceiro sobre o qual o operador econômico que solicita o rótulo não possa exercer uma influência decisiva. Ademais, sempre que for exigido um determinado rótulo, devem também ser aceitos todos os demais que confirmem que o objeto obedece a requisitos de rotulagem equivalentes. Caso um rótulo inclua requisitos que não estejam ligados ao objeto do contrato, não poderá ser exigido (art. 43 (2)).

As autoridades adjudicantes podem, ainda, exigir a apresentação de um relatório de ensaio de um organismo de avaliação da conformidade ou um certificado emitido por tal organismo como meio de prova da conformidade com os requisitos ou critérios estabelecidos nas especificações técnicas, com os critérios de adjudicação ou com as condições de execução dos contratos. E sempre que for exigida a apresentação de certificados emitidos por organismos de avaliação da conformidade, devem também ser aceitos os certificados de outros organismos equivalentes (art. 44 (1)).

Com o objetivo de incrementar a participação de micro e pequenas empresas e ampliar a competição, os objetos dos contratos podem ser divididos em lotes (art. 46).

A adjudicação dos contratos deve se dar com base no critério da proposta mais vantajosa, a ser identificada com base no preço ou custo, utilizando uma abordagem de custo-eficácia, como os custos do ciclo de vida, e pode incluir a melhor relação qualidade/preço, que deve ser avaliada com base em critérios que incluam aspetos qualitativos, ambientais ou sociais ligados ao objeto do contrato (art. 67). Estes critérios podem compreender, por exemplo: a) qualidade, designadamente valor técnico, características estéticas e funcionais, acessibilidade, concepção para

todos os utilizadores, características sociais, ambientais e inovadoras, negociação e respectivas condições; b) organização, qualificações e experiência do pessoal encarregado da execução do contrato em questão, caso a qualidade do pessoal empregue tenha um impacto significativo no nível de execução do contrato; ou c) serviço e assistência técnica pós-venda, condições de entrega, tais como a data de entrega, processo de entrega e prazo de entrega ou de execução (art. 67 (2)).

A forma do cálculo dos custos do ciclo de vida encontra-se, por sua vez, detalhada no art. 68, e inclui: a) custos suportados pela autoridade adjudicante ou outros utilizadores, nomeadamente: a.1) custos relacionados com a aquisição; a.2) custos de utilização, tais como consumo de energia e de outros recursos; a.3) custos de manutenção; e a.4) custos de fim de vida, tais como custos de recolha e reciclagem; b) custos imputados a externalidades ambientais ligadas ao produto, serviço ou obra durante o seu ciclo de vida, desde que seja possível determinar e confirmar o seu valor monetário; estes custos podem incluir o custo das emissões de gases com efeito de estufa e de outras emissões poluentes, assim como outros custos de atenuação das alterações climática.

Já nos artigos que tratam das condições para a execução dos contratos é ressaltado que essas condições podem incluir considerações de natureza econômica, em matéria de inovação, de natureza ambiental, de ordem social ou de emprego (art. 70).

3 CONCLUSÕES

Para a realização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, buscando-se o desenvolvimento sustentável como meta, cabe ao Estado adotar medidas de política ambiental visando minimizar, mitigar ou compensar os efeitos ambientais adversos provocados pela atividade econômica, seja por meio de instrumentos econômicos, regulatórios ou de comunicação. As licitações sustentáveis, nesse contexto, aparecem como importante instrumento a ser utilizado pelos diversos Estados.

No âmbito da União Europeia, seguindo-se as orientações dos organismos internacionais, as licitações sustentáveis têm sido objeto de preocupação dos órgãos centrais, de modo que sejam efetivamente implementadas pelos Estados-Membros. Para o alcance dos objetivos da Estratégia Europa 2020, as licitações sustentáveis são indispensáveis. Atualmente, encontram-se reguladas por meio de vários dispositivos constantes das Diretivas nº 24 e 25, de fevereiro de 2014, de observância obrigatória pelos Estados-Membros.

REFERÊNCIAS

BECHARA, Erika. *Licenciamento e compensação ambiental na lei do sistema nacional das unidades de conservação (SNUC)*. São Paulo: Atlas, 2009.

BENJAMIN, Antônio Herman. O meio ambiente na constituição federal de 1988. In: Sandra Akemi Shimada Kishi et al (orgs.). *Desafios do direito ambiental no século XXI: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BIDERMAN, Rachel. et.al. *Guia de compras públicas sustentáveis: uso do poder de compra do governo para a promoção do desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

BURSTYN, Marcel; PERSEGONA, Marcelo. *A grande transformação ambiental: uma cronologia da dialética homem-natureza*. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra, PT: Coimbra, 2001.

COMPARATO, Fabio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 35, n. 138, abr./jun. 1998.

EC, European Commission. Comunicação interpretativa da comissão sobre o direito comunitário aplicável aos contratos públicos e as possibilidades de integrar considerações ambientais nos contratos públicos. 2001. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1411235931379&uri=CELEX:C2001/333/07>>. Acesso em: set. 2014.

_____. *Comunicação interpretativa da Comissão sobre o direito comunitário aplicável aos contratos públicos e as possibilidades de integrar aspectos sociais nesses contratos*. 2001b. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1411515377879&uri=CELEX:52001DC0566>>. Acesso em: set. 2014.

_____. *Buying green: a handbook on environmental public procurement*. 2004. Disponível em: <http://ec.europa.eu/environment/gpp/buying_handbook_arch.htm>. Acesso em: set. 2014.

_____. *Comunicação da comissão ao parlamento europeu, ao conselho, ao comité económico e social europeu e ao comité das regiões: contratos públicos para um ambiente melhor*. 2008. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1411422641576&uri=CELEX:52008DC0400>>. Acesso em: set. 2014.

_____. *Comprar ecológico!*: manual de contratos públicos ecológicos. 2ª ed. 2011. Disponível em: <http://ec.europa.eu/environment/gpp/buying_handbook_en.htm>. Acesso em: set. 2014.

_____. *Compra social*: guia para ter em conta os aspectos social nos concursos públicos. 2011b. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=606&furtherPubs=yes>>. Acesso em: set. 2014.

_____. *The uptake of green public procurement in the EU 27*. 2012. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/CEPS-CoE-GPP%20MAIN%20REPORT.pdf>>. Acesso em: set. 2014.

_____. *A estratégia Europa em poucas palavras*. 2014. Disponível em: <http://ec.europa.eu/europe2020/europe-2020-in-a-nutshell/index_pt.htm>. Acesso em: set. 2014.

_____. *Comunicação da comissão ao parlamento europeu, ao conselho, ao comité económico e social europeu e ao comité das regiões: estado atual da estratégia Europa 2020 – para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo*. 2014. Disponível em: <http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/europe2020stocktaking_pt.pdf>. Acesso em: set. 2014.

GARCIA, Maria da Glória F. P. D. *O lugar do direito na protecção do ambiente*. Coimbra, PT: Almedina, 2007.

HEIDERMAN, Francisco G. Do sonho do progresso às políticas de desenvolvimento. In: Francisco G. Heiderman, e José Francisco Salm. (orgs.). *Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. Brasília: UnB, 2009.

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *O uso do poder de compra para a melhoria do meio ambiente*. Sustentabilidade Ambiental no Brasil: biodiversidade, economia e bem-estar humano. Série: eixos do desenvolvimento. Comunicados do Ipea n. 82, mar. 2011.

IRIGARAY, Carlos Teodoro José Huguency. O emprego de instrumentos econômicos na gestão ambiental. In: José Rubens Morato Leite e Ney de Barros Bello Filho (orgs.). *Direito Ambiental Contemporâneo*. São Paulo: Manole, 2004.

LE PRESTE, Philippe. *Ecopolítica internacional*. 2. ed. São Paulo: Senac, 2005.

LEUZINGER, Márcia; CUREAU, Sandra. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARGULIS, Sérgio. *A regulamentação ambiental: instrumentos e implementação*. Texto para Discussão nº 437. Rio de Janeiro: IPEA, 1996.

MTF, Marrakech Task Force. *Marrakech task force on sustainable procurement*. 2008. Disponível em: <<http://www.unep.fr/scp/marrakech/taskforces/pdf/Procurement2.pdf>>. Acesso em: set. 2014.

MOTA, José Aroudo. *O valor da natureza: economia e política dos recursos naturais*. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

MOTTA, Ronaldo Seroa da; RUITENBEEK, Jack; HUBER, Richard. *O uso de instrumentos econômicos na gestão ambiental da América Latina e Caribe: lições e recomendações*. Texto para Discussão nº 440. Rio de Janeiro: IPEA, 1996.

MUELLER, Charles C. *Os economistas e as relações entre o sistema econômico e o meio ambiente*. Brasília: Finatec, 2007.

NUSDEO, Fábio. Direito econômico ambiental. In: *Curso interdisciplinar de direito ambiental*. Arlindo Philippi Jr. e Alaôr Caffé Alves (editores). São Paulo: Manole, 2005b.

ONU, Organização das Nações Unidas. *Our common future*. 1986. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/ocf-01.htm#VIII>>. Acesso em: mar. 2012.

_____. *Declaração do rio*. 1992. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: set. 2014.

_____. *Agenda 21*. 1992b. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/agenda21.pdf>>. Acesso em: set. 2014.

_____. *The future we want*. 2012. Disponível em: <<http://www.un.org/en/sustainablefuture/>>. Acesso em: set. 2014.

_____. *A 10-year framework on sustainable consumption and production patterns*. 2012b. Disponível em: <<http://www.unep.org/resourceefficiency/Policy/SCPPoliciesandthe10YFP/The10YearFrameworkProgrammesonSCP.aspx>>. Acesso em: set. 2014.

PNUMA, Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente. *Sustainable Public Procurement Initiative Harnesses Power of Public Spending to Fast-track Green Economy*. 2012. Disponível em: <<http://www.unep.org/newscentre/default.aspx?DocumentID=2688&ArticleID=9188>>. Acesso em: set. 2014.

SACHS, Ignacy. *Desenvolvimento incluyente, sustentável, sustentado*. Rio de Janeiro: Garamond, 2004.

SCHMIDT, Caroline Assunta; FREITAS, Mariana Almeida Passos de. *Tratados internacionais de direito ambiental: textos essenciais ratificados pelo Brasil*. Curitiba: Juruá, 2004.

TEIXEIRA, Maria Fernanda de Faria Barbosa. *Desafios e oportunidades para a inserção do tripé da sustentabilidade nas contratações públicas: um estudo dos casos do governo federal brasileiro e do governo do estado de São Paulo*. 2013. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Sustentável). Universidade de Brasília, Brasília.

VALENTE, Manoel Adam Lacayo. *Marco legal das licitações e compras sustentáveis na administração pública*. Brasília: Câmara dos deputados, 2011.

VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional econômico ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

INSTITUTO DA ENTREGA: OS APARENTES CONFLITOS ENTRE O ESTATUTO DE ROMA DE 1998 E O TEXTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

*THE INSTITUTION OF SURRENDER: AN APPARENT CONFLICT
BETWEEN THE 1998 ROME STATUTE AND THE BRAZILIAN
CONSTITUTION*

Maria Cristina Andreoli

Procuradora da Fazenda Nacional na 4ª Região

*Especialista em Direito Internacional Público e Privado e da Integração pela
Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Administração Pública
pela Fundação Getúlio Vargas. Especialista em Direito Tributário e Empresarial pela
Fundação Getúlio Vargas. Professora da ESMAFE/RS*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A ratificação do Tratado de Roma pelo Brasil e a sua entrada em vigor; 2 O Tribunal Penal Internacional e a entrega de indivíduos; 3 Diferenciação entre os institutos da extradição e da entrega de indivíduos; 4 Do embasamento constitucional; 5 Do Direito Comparado; 6 Conclusões; Referências.

RESUMO: Trata o presente trabalho das aparentes inconstitucionalidades oriundas do cotejo entre o Estatuto de Roma de 1998 – o qual criou o Tribunal Penal Internacional, situado em Haia (Holanda), representando a primeira jurisdição penal supranacional independente, permanente e com competência não retroativa – e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no que concerne ao instituto da “entrega” de indivíduos (*surrender*), diferenciando-o do instituto da extradição, em relação ao qual existe proibição para brasileiros natos e aplicação restritiva para brasileiros naturalizados. Para tanto, propõe-se uma breve análise do conceito de entrega de indivíduos (*surrender*), previsto no artigo 89, § 1º, do referido estatuto, explicitando as diferenças em relação à extradição, a qual encontra amparo no artigo 5º, incisos LI e LII, da Constituição Federal brasileira de 1988. Por fim, resta demonstrado que as inconstitucionalidades por ventura suscitadas são meramente aparentes. Procura-se apresentar, brevemente, que as referidas inconstitucionalidades também são arguidas em face de textos constitucionais estrangeiros contemporâneos.

PALAVRAS-CHAVE: Estatuto de Roma de 1998. Tribunal Penal Internacional. Entrega de Indivíduos. Extradição. Inconstitucionalidades Aparentes. Direito Comparado.

ABSTRACT: This work is a discussion of the apparent unconstitutionality arising from a comparison between the Rome Statute of 1998 (which created the International Criminal Court, located in The Hague, Netherlands, thereby establishing the first supranational independent, permanent and non-retroactive criminal jurisdiction), and the 1988 Constitution of the Federal Republic of Brazil, regarding the institution of “Delivery” (surrendering) of individuals, differentiating it from the Institution of Extradition, for which there is a prohibition protecting native born and naturalized Brazilians. We propose a brief analysis of the concept of “delivering” (surrendering) individuals, provided for in Article 89, § 1 of the Rome Statute, explaining the differences in relation to extradition, which finds support in Article 5, sections and LI LII, of the Brazilian Federal Constitution of 1988. Finally, we will show that the unconstitutionality raised is apparent. We seek to present that such actions are unconstitutional in the face of contemporary foreign constitutions and comparative law.

KEYWORDS: 1988 Rome Statute. International Criminal Court. Delivery of Individuals. Extradition. Apparent Unconstitutionality. Comparative Law.

INTRODUÇÃO

Há muito a humanidade carecia de uma Justiça Penal Internacional efetiva, de caráter permanente e com jurisdição universal¹. Nesse sentido, a criação do festejado Tribunal Penal Internacional pelo Estatuto de Roma de 1998 inaugura uma nova era na história do Direito Internacional e das relações internacionais.

As regras constantes do Estatuto de Roma revelam a preocupação da comunidade internacional em evitar que uma possível impunidade dos agentes responsáveis pelas condutas nele tipificadas possam propagar novas violações.

1 “O Tribunal Penal Internacional dispõe de características muito próprias, distintas daquelas presentes em outros tribunais internacionais.

Pode-se destacar três principais características do Tribunal Penal Internacional, que o diferenciam de outras instâncias internacionais.

A primeira delas é não ter sido o Tribunal instituído por um tratado comum, mas por um tratado especial de natureza centrífuga, e que por isso detém natureza supraconstitucional, cujas normas derogam (superaram) todo tipo de norma do Direito interno. Os tratados ou normas de direitos humanos centrífugos são os que regem as relações jurídicas dos Estados ou dos indivíduos com a chamada jurisdição global (ou universal). Nominam-se centrífugos exatamente porque são tratados que saem (ou fogem) do centro, ou seja, da jurisdição comum, normal ou ordinária, retirando o sujeito ou o Estado (e a relação jurídica subjacente) do seu centro, isto é, do seu território ou mesmo da sua região planetária, para leva-los à autoridade da justiça universal. Enfim, são tratados ou normas de direitos humanos que regulam situações ou relações que fogem dos limites da jurisdição doméstica ou regional da qual um Estado é parte, conduzindo o Estado ou o sujeito (no caso do Tribunal Penal Internacional, apenas o sujeito) a um órgão jurisdicional global (perceba-se que não se está a falar aqui de órgãos regionais, como a Comissão ou a Corte Interamericana de Direitos Humanos, mas sim de um organismo nas Nações Unidas com atuação universal). O único órgão jurisdicional com alcance universal atualmente existente é o Tribunal Penal Internacional; daí seu status supraconstitucional face aos ordenamentos estatais.

A segunda grande característica do tribunal é sua independência, uma vez que o seu funcionamento independe de qualquer tipo de ingerência externa, podendo inclusive demandar nacionais de Estados não partes do Estatuto (dado o seu caráter universal, já acima referido). Tal foi exatamente o que ocorreu em julho de 2008, quando se formulou um pedido de prisão cautelar contra o ditador do Sudão Omar el Bashir, acusado de genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade (tendo a ONU estimado em 300 mil o número de mortos, sendo que 35 mil eram agricultores de três tribos). Em 4 de março de 2009, acatando parcialmente o pedido do Procurador Luis Moreno-Ocampo, tendo afastado, de início, o delito de genocídio, o Tribunal, por decisão de um grupo de três juízes, mandou expedir o primeiro mandado de prisão contra um Chefe de Estado em exercício, de país não parte no Estatuto, com o objetivo de por fim às atrocidades massivas que estariam ocorrendo no maior país africano.

Por último, pode-se destacar como terceira característica do Tribunal Penal Internacional a de funcionar como justiça automática, pois contrariamente aos tribunais internacionais em geral (v.g., a Corte Internacional de Justiça, ou a Corte Interamericana de Direitos Humanos), o Tribunal Penal Internacional não depende, para o seu funcionamento, de qualquer aceite do Estado da sua competência jurisdicional, operando automaticamente desde a data de sua entrada em vigor (1º de julho de 2002). Em outros termos, não obstante ter o Estatuto de Roma exigido ratificações dos Estados para ter entrado em vigor, dotou a Corte Penal Internacional de Poderes tais que a possibilita exigir o cumprimento de uma ordem de prisão a pessoa (v.g., um Presidente da República em exercício) que se encontra em território de Estado não signatário do Estatuto”. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro*. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 46-48.

Assim, o Estatuto de Roma não representa tão somente um conjunto de regras instituidoras de uma Corte internacional permanente. Outrossim, desde o seu Preâmbulo deixa claro a sua missão precípua de proteção às vítimas de graves atrocidades, bem como de tornar a justiça efetiva no caso concreto. No mencionado Preâmbulo do Estatuto de Roma, os Estados reconhecem que nos últimos séculos, milhões de pessoas vêm sendo vítimas de atrocidades que chocam, de forma veemente, a consciência e a dignidade da humanidade. Conforme mencionado anteriormente, os Estados também reconhecem que o combate à impunidade é essencial para a própria prevenção de atrocidades, na esteira do efeito preventivo da repressão penal.

Os crimes tipificados pelo Estatuto de Roma protegem bens jurídicos considerados direitos humanos tutelados por diversos tratados internacionais. É o caso do genocídio (direito à vida), dos crimes contra a humanidade (direitos humanos diversos, tais como o direito à vida, à integridade física), dos crimes de guerra (também direitos humanos diversos) e do crime de agressão (autodeterminação dos povos).

Os bens jurídicos tutelados por meio da tipificação de crimes são considerados valores essenciais para a comunidade internacional como um todo, revelando-se como normas imperativas em sentido estrito, normas cogentes ou normas de *jus cogens*, as quais possuem, em face disso, superioridade normativa quando confrontadas com outras normas de Direito Internacional.²

Note-se que, ao serem consideradas como normas de *jus cogens*, além de obrigatórias, eis que todas as normas internacionais o são, significa que não poderão ser alteradas pela mera vontade de um Estado. Assim, a derrogação das normas imperativas somente poderão operar-se por meio de normas que ostentem igual *status*, isto é, a referida derrogação deverá operar-se através de normas também aprovadas pela comunidade internacional como um todo.

Pelo brevemente exposto, mostra-se, o Tribunal Penal Internacional, como um verdadeiro tribunal vocacionado também à tutela dos direitos humanos.

Por fim, vale destacar que, o Brasil, apesar de ter votado a favor do texto do Estatuto de Roma de 1998, manifestou a sua preocupação, por meio de declaração de voto, com o fato de nosso texto constitucional vedar a extradição de nacionais, bem como penas de caráter perpétuo, as quais constam do referido estatuto.

2 “No Direito interno, as normas de direitos humanos são, em geral, de estatura constitucional, o que as coloca como sendo de hierarquia superior às demais normas do ordenamento jurídico. No Brasil, por exemplo, as normas definidoras de direitos e garantias individuais estão inseridas na Constituição e ainda consideradas cláusulas pétreas, ou seja, imutáveis, pois não são passíveis de modificação sequer pela ação do Poder Constituinte Derivado”. RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 152.

Nesse sentido, a entrada em vigor do Tratado de Roma vem gerando uma série de questionamentos relativos às perspectivas internacionais de funcionamento do Tribunal Penal Internacional, e, em especial para o Brasil, relativas à constitucionalidade de muitos dispositivos previstos no texto convencional, os quais ostentam potencial de embate na seara judicial pátria, razão pela qual merecem a preocupação acadêmica.

Dentre as questões de maior relevância, ganham destaque a problemática da ausência de coisa julgada, da prisão perpétua, da imprescritibilidade dos crimes, da inexistência de imunidade para agentes públicos e a extradição de nacionais e de estrangeiros, temática sobre a qual nos debruçaremos nesta ocasião.

Ao longo desse breve trabalho, pretende-se demonstrar que as pretensas antinomias entre o Tratado de Roma e a Constituição Federal de 1988 são meramente aparentes, visto que, resolvem-se no campo da interpretação, por meio da utilização do método dialógico ou diálogo das fontes, no dizer de Erik Jayme.

1 A RATIFICAÇÃO DO TRATADO DE ROMA PELO BRASIL E A SUA ENTRADA EM VIGOR

Após muitos anos de negociação no seio das Nações Unidas, fruto da notável necessidade de criação de uma Justiça Penal Internacional³, foi adotado, em 1998, durante Conferência Intergovernamental em Roma (Itália), o texto do tratado internacional que cria o tão esperado Tribunal Penal Internacional (TPI), conhecido, também, como “Estatuto de Roma”. Tal não representou apenas um marco considerável para o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Mais do que isso, reverenciou o 50º aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴.

3 “A expressão Justiça Penal Internacional, [...] pode ser definida como o aparato jurídico e o conjunto de normas instituídas pelo Direito Internacional, voltados à persecução e à repressão dos crimes perpetrados contra o próprio Direito Internacional, cuja ilicitude está prevista nas normas ou princípios de ordenamento jurídico internacional e cuja gravidade é de tal ordem e de tal dimensão, em decorrência do horror e da barbárie que determinam ou pela vastidão do perigo que provocam no mundo, que passam a interessar a toda a sociedade dos Estados concomitantemente”. MAZZUOLI, op. cit., p. 25.

4 “A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a esse respeito, assim estabelece em seu Art. 1º: ‘Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade’. Para Hannah Arendt, a participação dos indivíduos em uma comunidade igualitária construída é condição sine qua non para que se possa aspirar ao gozo dos direitos humanos fundamentais”. MAZZUOLI, op. cit., p. 29-30.

O texto do referido Estatuto restou adotado por 120 votos a favor, 7 votos contrários (Estados Unidos, China, Índia, Líbia, Iêmen, Israel e Catar) e 21 abstenções. São notáveis as ausências de países como a China, os Estados Unidos⁵, Israel⁶, Irã e Rússia, que até hoje não aderiram à jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

A assinatura do plenipotenciário brasileiro ao Tratado de Roma foi formulada em fevereiro de 2000, tendo a ratificação ocorrido em 14/06/2002. O Brasil foi o 69º país a ratificar o referido tratado, conforme autorização expressa veiculada pelo artigo 84, VIII, da Constituição Federal⁷. A entrada em vigor no plano internacional ocorreu em 01/07/2002, nos termos do que estabelece o artigo 126.1 do Tratado de Roma o qual dispõe que este entraria em vigor “no primeiro dia do mês seguinte ao sexagésimo dia após a data de depósito do sexagésimo instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas”. Após concluído o processo de ratificação, o Tratado, então, entrou em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao sexagésimo dia após a data de depósito do próprio instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, nos termos do regulamentado pelo artigo 126.2 do Tratado de Roma. O tratado que cria o Tribunal Penal Internacional, enfim, entra em vigor para o Brasil em 01/09/2002⁸.

-
- 5 “Os Estados Unidos, aliás, tem um relacionamento peculiar com o Tribunal. Em 1995, a gestão do então Presidente Clinton deu mostras de apoio à criação do TPI. Já na Conferência de Roma de 1998, os Estados Unidos decidiram votar contra a adoção do texto, assinando-o somente em 2000. Em 2002, a gestão Bush retirou essa assinatura, desobrigando-se do dever de se abster da prática de atos que frustrariam o objeto e a finalidade do tratado, segundo o artigo 18 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969”. RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 293.
- 6 “Na mesma toada, Israel, que inicialmente era contra a adoção do texto na Conferência de Roma de 1998, acabou assinando o tratado em 2000. Em 2002, houve a retirada de assinatura, surgindo receio de que a hipótese de crime de guerra referente à ‘transferência, direta ou indireta, por uma potência ocupante de parte de sua população civil para o território que ocupa’ (artigo 8º.2, “b”, VIII) pudesse ocasionar punição a líderes israelenses devido à política de assentamentos (colônias) em territórios ocupados palestinos”. Idem, p. 293.
- 7 “Art. 84 - Compete privativamente ao Presidente da República:
VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”.
- 8 O Brasil foi um dos países que conseguiu eleger representante para o cargo de juiz do Tribunal Penal Internacional, tendo sido eleita a Dra. Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, então Desembargadora do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, para mandato de nove anos. Atualmente ela é a juíza relatora do caso Al-Bashir. Omar Al-Bashir, Presidente do Sudão apontado como responsável pela crise humanitária na região de Darfur, relacionada a conflitos entre diferentes grupos rebeldes e entre estes e as milícias árabes pró-governo conhecidas como Janjaweed, as quais contam com o apoio do governo central localizado em Cartum. Omar Al-Bashir encorajou uma política na região de Darfur (terra dos Fur, uma das 3 etnias locais) marcada por assassinatos, torturas, violações de direitos humanos, pilhagens e ataques contra civis. Segundo dados da *Italians for Darfur*, o conflito armado iniciado em 2003 já deixou 400

Vale destacar que o Brasil, a despeito de ter votado a favor da aprovação do texto do Estatuto do Tribunal Penal Internacional na Conferência de Roma de 1998, manifestou-se, por meio de declaração de voto, pela preocupação com o fato de a Constituição brasileira proibir a extradição de nacionais, levantando também outras questões, no mesmo sentido, as quais não serão esposadas neste momento. Deve-se ressaltar que os referidos questionamentos não se restringem ao Brasil. Outrossim, revelam-se comuns a outras Constituições que guardam semelhanças com a nossa Magna Carta.

2 O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E A ENTREGA DE INDIVÍDUOS

A parte 9 do Estatuto de Roma de 1998 prevê dispositivos referentes à cooperação internacional dos Estados para com o Tribunal Penal Internacional⁹, a qual é indispensável para a consecução dos objetivos da jurisdição penal internacional.

De acordo com as lições de Carlos Eduardo Adriano Japiassú:

Os Estados estão obrigados, pelo Estatuto, a cooperar integralmente com o Tribunal Penal Internacional, em crimes que sejam de sua competência, seja durante a fase da investigação, seja durante o período processual, conforme disposto no artigo 86.¹⁰⁻¹¹

mil mortos, 2 milhões de desabrigados e 300 mil refugiados. Nota: O Sudão não é signatário do Estatuto de Roma. Em 14 de julho de 2008 o Promotor Moreno Ocampo pediu a prisão do Presidente do Sudão, Omar Al-Bashir, então processado naquela Corte por 10 crimes de guerra, 3 processos de genocídio, 5 crimes contra a humanidade e 2 homicídios. Os procuradores argumentaram que al-Bashir 'planejou e implementou um plano para destruir em parte substancial' três grupos tribais de Darfur por conta de sua designação étnica. O Tribunal Penal Internacional entendeu ser necessária a prisão de Al-Bashir, acusado de crimes de guerra e crimes contra a humanidade, perpetrados sob sua liderança na região sudanesa de Darfur. O painel de três juízes do TPI descartou acusações de genocídio por falta de provas. Em 04 de março de 2009, foi expedido o Mandado internacional de prisão contra Al-Bashir, distribuído aos Estados signatários do Estatuto de Roma. (Dados oriundos de trabalho intitulado "O Tribunal Penal Internacional e a Legislação de Implementação nos Estados Signatários: Comparação entre o Brasil e a Itália", apresentado durante aulas no curso "Le Corti Internazionali, i diritti umani ed il diritto in europa-studi comparati tra istituzioni e sistemi" promovido pela Escola da Advocacia-Geral da União em parceria com a Universidade de Roma Tor Vergata e apoio da Internacional Experience, promovido no período de 30 de junho de 2014 a 12 de julho de 2014).

9 Dos artigos 86 a 102 do Estatuto de Roma de 1998.

10 JAPIASSÚ, Eduardo Adriano. Possibilidades e Desafios da Adequação do Estatuto de Roma à Ordem Constitucional Brasileira. In: AMBOS, Kai, et JAPIASSÚ, Eduardo Adriano (Org.). *Tribunal Penal Internacional: possibilidades e desafios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 202.

11 Artigo 86. Os Estados-partes, em conformidade com o disposto no presente Estatuto, cooperarão plenamente com o Tribunal de investigação e persecução de crimes sob a sua jurisdição.

A referida obrigação de cooperar é determinada de forma genérica, aplicando-se, portanto, a todos os órgãos dos Estados. Com o fito de garantir uma eficaz cooperação, os Estados-partes, deverão ter todos os procedimentos de cooperação penal constantes no Estatuto de Roma previstos e devidamente regulamentados na em sua legislação doméstica¹².

Vale ressaltar que, obviamente, não seria lícito ao Estatuto de Roma, impor obrigações para Estados que não sejam membros do Tribunal Penal Internacional. Entretanto, isso não impede que os Estados que não integrem o tribunal em comento possam ser incentivados, por meio de acordos de cooperação¹³.

Conforme nos ensina André de Carvalho Ramos:

[...] o Tribunal poderá convidar qualquer Estado que não seja parte no presente Estatuto a prestar auxílio com base num convênio *ad hoc*, num acordo celebrado com esse Estado ou por qualquer outro modo apropriado. Não há qualquer imunidade que possa ser oposta pelos Estados. A exceção à cooperação está prevista no artigo 98, que desonera os Estados-partes de cooperarem, caso possuam um acordo específico de imunidade com Estado terceiro que os impeça de colaborar com o Tribunal em relação a determinadas pessoas (por exemplo, diplomatas, militares desse Estado terceiro, o que é muito usado pelos Estados Unidos para proteger suas tropas espalhadas pelo mundo)¹⁴.

O artigo 89 do Tratado de Roma prevê a entrega (*surrender*) de pessoas acusadas, nacionais e estrangeiros, pelo Estado, cujo

12 “Para suprir eventuais lacunas do ordenamento jurídico nacional e levando em consideração o artigo 88 do Estatuto de Roma, o Presidente da República encaminhou ao Congresso Nacional, por meio da Mensagem nº 700, de 17 de setembro de 2008, projeto de lei que recebeu o nº 4.38/2008, que ‘dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, institui normas processuais específicas, dispõe sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional e dá outras providências’”. RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 311.

13 Artigo 87 (5), Estatuto de Roma: “5. a) O Tribunal poderá convidar qualquer Estado que não seja Parte no presente Estatuto a prestar auxílio ao abrigo do presente Capítulo com base num convênio *ad hoc*, num acordo celebrado com esse Estado ou por qualquer outro modo apropriado.

b) Se, após a celebração de um convênio *ad hoc* ou de um acordo com o Tribunal, um Estado que não seja Parte no presente Estatuto se recusar a cooperar nos termos de tal convênio ou acordo, o Tribunal dará conhecimento desse fato à Assembléia dos Estados Partes ou ao Conselho de Segurança, quando tiver sido este a referenciar o fato ao Tribunal”.

14 RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 305/306.

juízo foi considerado admissível pela Corte. Forte no mencionado dispositivo, o Tribunal Penal Internacional poderá expedir pedido de captura e entrega de um indivíduo, dirigido a qualquer Estado no qual ele se encontre.

Em face da referida determinação, discute-se se haveria inconstitucionalidade intrínseca¹⁵ do Tratado de Roma, em face do disposto no artigo 5º, LI e LII da Constituição Federal, a saber:

LI. nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado o envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei.

LII. não será concedida a extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião.

Conforme discorreremos a seguir, tratam-se a extradição e a entrega de indivíduos de institutos diversos e, que, apesar de representarem privação da liberdade individual, não se confundem. Em face disso, caem por terra as teses de inconstitucionalidade do Estatuto de Roma em cotejo com os direitos e garantias tutelados pela nossa Lei Maior.

3 DIFERENCIAÇÃO ENTRE OS INSTITUTOS DA EXTRADIÇÃO E DA ENTREGA DE INDIVÍDUOS

Conforme anteriormente esposado, o primeiro conflito aparente entre o Estatuto de Roma e nossa Constituição Federal provém de norma inculpada no artigo 89, § 1º, do Estatuto, de acordo com o qual o Tribunal poderá dirigir um pedido de detenção e entrega (*surrender*) de uma pessoa a qualquer Estado em cujo território ela possa encontrar-se,

15 "A matéria está ligada ao que se denomina no Direito dos Tratados de inconstitucionalidade intrínseca dos tratados internacionais. Esta tem lugar quando o tratado, apesar de formalmente ter respeitado todo o procedimento constitucional de conclusão estabelecido pelo direito interno, contém normas violadoras de dispositivos constitucionais, não se confundindo com a inconstitucionalidade extrínseca (ou formal), também conhecida por ratificação imperfeita, que ocorre quando o Presidente da República, violando norma constitucional de fundamental importância para celebrar tratados, ratifica o acordo sem o assentimento prévio do Congresso Nacional (o que não foi o caso do Tribunal Penal Internacional, cuja ratificação se deu em total conformidade com as normas constitucionais de competência para celebrar tratados: artigos 49, I e 84, VIII, da Constituição Federal)". MAZZUOLI, op. cit., p. 83-84.

e solicitar a cooperação¹⁶ do referido Estado na detenção e entrega da pessoa em causa, tendo os Estados-partes o dever de dar satisfação ao Tribunal em relação aos pedidos mencionados, em conformidade com os ditames estabelecidos pelo Estatuto, bem como pelos procedimentos previstos nas respectivas ordens jurídicas internas.

Embora ambos os institutos em comento representem privação de liberdade para o indivíduo, não se confundem. Muitas são as características que os distinguem.

A entrega de um indivíduo ao Tribunal Penal Internacional configura-se num instituto *sui generis*, próprio das relações internacionais contemporâneas. Representa a entrega de um indivíduo a um Tribunal com jurisdição internacional, enquanto que o tradicional instituto da extradição vislumbra-se entre duas potências estrangeiras com o objetivo de promover a repressão internacional de delitos.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 trata da extradição *cum grano salis*, ora vedando a aplicação do instituto ao brasileiro nato, ora restringindo a sua aplicação no caso de brasileiro naturalizado e até mesmo de estrangeiro, em caso de crime político ou de opinião¹⁷.

Considerando disposições semelhantes às estabelecidas em nossa Constituição em vários textos constitucionais modernos, o artigo 102, alíneas *a* e *b*¹⁸ do Estatuto de Roma expressamente estabeleceu uma nítida diferença entre os institutos da extradição e do ato de entrega.

16 “Quanto à cooperação jurídica internacional, o artigo 86 determina que os Estados-partes deverão cooperar plenamente com o Tribunal no inquérito e no procedimento contra crimes da competência deste. Os atos de cooperação com o Tribunal Penal Internacional consistem em atos de instrução processual, de captura e entrega de indivíduos (surrender) e mesmo de execução de pena porventura fixada pelo Tribunal. Quanto aos atos de instrução, dispõe o artigo 93 do Estatuto de Roma que os Estados contratantes obrigam-se a cooperar com o Tribunal na obtenção de documentos, oitiva de testemunhas, facilitar o comparecimento voluntário de peritos e testemunhas perante o Tribunal, realizar perícias diversas, inclusive a exumação, proteger testemunhas e preservar provas. Há, ainda a menção a medidas cautelares, tais como o arresto e bens e produtos frutos do crime”. RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 305-305.

17 CF, artigo 5º, LI. “Nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de seu comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei”.

CF, artigo 5º, LII. “Não será concedida a extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião”.

18 Estatuto de Roma, artigo 102. “Termos Usados para os Fins do Presente Estatuto:

a) Por ‘entrega’, entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal nos termos do presente Estatuto.

b) Por ‘extradição’, entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado conforme previsto em um tratado, em uma convenção ou no direito interno”.

Basicamente, se a entrega de uma pessoa for feita ao Tribunal Penal Internacional, nos termos do disposto pelo Estatuto de Roma, estaremos tratando do instituto da entrega; caso o ato der-se de um Estado-soberano em relação a outro Estado-soberano, com supedâneo em tratado ou convenção ou no direito interno de determinado Estado, tratar-se-á do instituto da extradição.

Vale notar que nosso texto constitucional refere-se à extradição, em nada mencionando o instituto da entrega, motivo pelo qual já representa um forte e óbvio indício que não se confundem e, portanto, não merecem o mesmo tratamento. No sentido do que foi esposado até então, não haveria óbice constitucional ao cumprimento de ordem de detenção e entrega de acusado brasileiro (mesmo o nato) aos cuidados do Tribunal Penal Internacional, eis que a Constituição Federal de 1988 restringe a sua proibição à extradição de seus nacionais.

Assevera corretamente Cachapuz de Medeiros, segundo o qual a diferença fundamental:

[...] consiste em ser o Tribunal uma instituição criada para processar e julgar os crimes mais atrozés contra a dignidade humana de uma forma justa, independente e imparcial. Na condição de órgão internacional, que visa realizar o bem-estar da sociedade mundial, porque reprime crimes contra o próprio Direito Internacional, a entrega do Tribunal não pode ser comparada à extradição.¹⁹

Assim, parece-nos claro que, enquanto a extradição, enfatize-se, envolve entregar alguém para outro sujeito de Direito Internacional Público, de mesma categoria da do Estado-parte solicitante, igualmente dotado de soberania e competência na ordem internacional, o ato de entrega ocorre para um organismo criado pelo aceite e pelo esforço comum dos Estados envolvidos. Não se trata, pois, o Tribunal Penal Internacional, de jurisdição estrangeira²⁰.

19 CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira. In: *O que é o Tribunal Penal Internacional*. Brasília: Câmara dos Deputados/Coordenação de Publicações, Série ação parlamentar, n. 110, 2000. p. 14.

20 "A jurisdição do tribunal não é estrangeira, mas sim internacional, podendo afetar todo e qualquer Estado-parte da Organização das Nações Unidas. Ela também não se confunde com a chamada jurisdição universal, que consiste na possibilidade de a jurisdição interna de determinado Estado poder julgar crimes de guerra ou crimes contra a humanidade cometidos em territórios alheios, a exemplo dos casos de extraterritorialidade admitidos pelo artigo 7º e seus incisos, do Código Penal brasileiro.

Segundo o Estatuto de Roma, o Tribunal Penal Internacional é uma pessoa jurídica de Direito Internacional com capacidade necessária para o desempenho de suas funções e de seus objetivos. O tribunal poderá exercer os seus poderes e funções nos termos do seu estatuto, no território de qualquer Estado-parte e, por acordo

Nesse sentido, assevera Valério Mazzuoli:

Daí estar correto o entendimento de que o ato de entrega é aquele feito pelo Estado a um tribunal internacional de jurisdição permanente, diferentemente da extradição, que é feita por um Estado a outro, a pedido deste, em plano de absoluta igualdade, em relação a indivíduo neste último processado ou condenado e lá refugiado. A extradição envolve sempre dois Estados soberanos, sendo ato de cooperação entre ambos na repressão internacional de crimes, diferentemente do que o Estatuto de Roma chamou de entrega, onde a relação de cooperação se processa entre um Estado e o próprio Tribunal²¹.

O grande fundamento para que as Constituições contemporâneas, assim como a nossa, proíbam a extradição de seus nacionais, liga-se à possibilidade de que a justiça estrangeira possa ser injusta e possa vir a julgar o nacional de outro Estado sem a devida imparcialidade²². Note-se que o referido temor não faz sentido no que concerne à entrega de indivíduos ao Tribunal Penal Internacional, cujos crimes já estão definidos no Estatuto de Roma, e cujas normas processuais são das mais avançadas do mundo no que tange às garantias da justiça e da imparcialidade dos julgamentos.

Possível vislumbrar-se claramente, até então, que a previsão de entrega de nacionais pelo aclamado Estatuto de Roma em nada agride o direito individual de não extradição de nacionais, veiculado pelo artigo 5º, LI, da Constituição brasileira de 1988, bem como o direito de não extradição de estrangeiros em virtude de crime político ou de opinião, inserto no inciso LII do artigo 5º em questão.

No mesmo sentido o renomado professor Luiz Flávio Gomes, para quem “a entrega não é inconstitucional por duas razões: (a) primeiro

especial, no território de qualquer outro Estado (artigo 4º, §§ 1º e 2º). Sua jurisdição, obviamente, incidirá apenas em casos raros, quando as medidas internas dos países se mostrarem insuficientes ou omissas, no que respeita ao processo e julgamento dos acusados, bem como quando desrespeitarem as legislações penal e processual internas”. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O Tribunal Penal Internacional e as Perspectivas para a Proteção Internacional dos Direitos Humanos no Século XXI. In: PIOVESAN, Flávia, et GARCIA, Maria (Org.). *Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. Coleção doutrinas essenciais, vol. 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 1087-1088.

21 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro*. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 83-84.

22 “A regra já era conhecida desde o Código Bustamante (1928), cujo artigo 345 assim dispõe: ‘Os Estados contractantes não estão obrigados a entregar os seus nacionais. A nação que se negue a entregar um de seus cidadãos fica obrigado a julgá-lo’ (mantida a grafia original)”. MAZZUOLI, op. cit., p. 87 (nota de rodapé 5).

porque não se trata de extradição; (b) segundo porque o Brasil firmou o Tratado de Roma, que prevê essa regra”.²³

Sendo assim, a aceitação, pelo Brasil, da norma inserta no artigo 89, § 1^o²⁴, do Estatuto de Roma, impede, como alguns autores pretendem, a alegação de que norma constitucional proibitiva da extradição de nacionais quedara-se violada, com o fito de livrar nosso nacional à jurisdição dessa Corte internacional.

Em face do esposado até então, resta clara a distinção entre os institutos da entrega de nacional brasileiro a uma corte com jurisdição internacional, da qual o Brasil faz parte, através da ratificação do tratado, obrigando-se, desta feita a cumpri-lo e a extradição, que nada mais é do que a entrega de um nacional a um tribunal estrangeiro, cuja jurisdição decorre, de maneira necessária, da soberania de outro Estado estrangeiro.

Por fim, afora as distinções técnicas que se tentou traçar entre os institutos da extradição e da entrega de indivíduos, enfatizando-se a de nacionais, vale mencionar a possibilidade de o Estado não colaborador sofrer retaliações no plano internacional. Por óbvio que, segundo consta do Estatuto de Roma, as regras internas dos Estados permanecem sendo válidas. Entretanto, não serão toleradas determinadas escusas, tais como de que não se pode entregar nacionais dos Estados a tribunais internacionais.

Conforme leciona o professor Valério Mazzuoli:

Um Estado-parte no Estatuto que não entrega um nacional seu quando emitida ordem de prisão contra o mesmo, será tido como um não colaborador, o que poderá causar-lhe enormes prejuízos, tendo em vista existir no Estatuto de Roma todo um processo que pode ser levado à Assembleia dos Estados-partes do Tribunal Penal Internacional e até mesmo ao Conselho de Segurança das Nações Unidas, para que possam ser tomadas medidas de enquadramento de conduta em relação a tais Estados não colaboradores.²⁵

Resta claro que a mera abertura do referido processo perante a Assembleia dos Estados-partes ou do Conselho de Segurança da ONU

23 GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal*: parte geral - introdução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 245.

24 “Artigo 89. Entrega de Pessoas ao Tribunal.

1. O Tribunal poderá dirigir um pedido de detenção e entrega de uma pessoa, instruído com os documentos comprovativos referidos no artigo 91, a qualquer Estado em cujo território essa pessoa se possa encontrar, e solicitar a cooperação desse Estado na detenção e entrega da pessoa em causa. Os Estados Partes darão satisfação aos pedidos de detenção e de entrega em conformidade com o presente Capítulo e com os procedimentos previstos nos respectivos direitos internos”.

25 MAZZUOLI, op. cit., p. 88.

já tornaria o Estado não colaborador extremamente mal visto perante a comunidade internacional.

4 DO EMBASAMENTO CONSTITUCIONAL

O artigo 1^{o26} da Constituição de 1988 expõe os fundamentos da República Federativa do Brasil, os quais convergem para a proteção dos direitos humanos. Da mesma forma os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil também estão intimamente relacionados com a proteção de direitos humanos, nos termos do que reza o artigo 3^{o27} da nossa Carta Magna. Nesse sentido, percebe-se claramente a forte intenção do legislador constitucional em pautar as condutas do Estado brasileiro no sentido de enaltecere e tutelar os direitos humanos nas suas mais diversas esferas de atuação.

Em face disso, no que concerne à mencionada temática dos direitos humanos, a Constituição Federal de 1988 demonstra ser um marco na história constitucional brasileira. Inicialmente, vale destacar, introduziu o mais extenso e abrangente rol de direitos, incluindo os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, bem como previu várias garantias constitucionais, tais como o mandado de injunção e o habeas data²⁸. Vale

26 “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

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

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

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

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

28 “O texto da Constituição da República Federativa do Brasil promulgado em 05/10/1988 surge com 245 artigos no corpo permanente, distribuído em nove títulos: (a) princípios fundamentais; (b) direitos e garantias fundamentais; (c) organização do Estado; (d) organização dos poderes; (e) defesa do Estado e das instituições democráticas; (f) tributação e orçamento; (g) ordem econômica e financeira; (h) ordem social; (i) disposições gerais. Soma-se ao corpo permanente, um Ato das Disposições Constitucionais Transitórias com 70 artigos, número de dispositivos que chegou a aumentar em virtude das sucessivas e algumas mesmo abrangentes reformas constitucionais, sendo pelo menos curioso e digno de nota que mais de duas décadas depois de sua promulgação o próprio Ato das Disposições Constitucionais Transitórias tenha crescido no que diz com o número de artigos (atualmente, o número de dispositivos do ADCT é 1997). Cuida-se, portanto, de um texto que, sem prejuízo de suas virtudes, surge – de acordo com a crítica de

notar que o referido rol é meramente exemplificativo, eis que o artigo 5º, § 2º prevê o princípio da não exaustividade dos direitos fundamentais, também conhecido como cláusula de abertura aos direitos humanos²⁹.

De forma inédita, a referida abertura da ordem constitucional brasileira aos direitos humanos fundamentou-se também nos tratados internacionais celebrados pelo Brasil, refletindo-se, ademais, no funcionamento de todo o sistema de justiça nacional.

Além disso, a Constituição determinou que o Brasil deveria pautar-se, em suas relações internacionais, pelo princípio da “prevalência dos direitos humanos”, conforme determinado no artigo 4º, II do texto constitucional. Na mesma linha de entendimento, a Constituição determinou que o Brasil pugnassem pela formação de um “tribunal internacional de direitos humanos”, conforme preceituava o artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, reafirmando, mais uma vez, a vocação do então novel texto constitucional. E, esse novo perfil constitucional de abertura aos direitos humanos também por meio do Direito Internacional, impulsionou o Estado brasileiro a ratificar os Pactos Internacionais de Direitos Cívicos e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e a Convenções contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis,

Luís Roberto Barroso – como ‘um texto que, mais do que analítico, era casuístico, prolixo e corporativo. De qualquer modo, a despeito de seus aspectos menos virtuosos, assim chamada ‘Constituição Cidadã’ – a evolução subsequente o veio a demonstrar- consiste em texto constitucional sem precedentes na história do Brasil, seja quanto a sua amplitude, seja no que diz com o seu conteúdo, não sendo desapropriado afirmar que se trata também de um contributo (jurídico-político) brasileiro para o constitucionalismo mundial, seja em virtude da forte recepção das modernas tendências na esfera do direito constitucional, seja pelas peculiaridades do texto brasileiro. [...]

No que diz com o seu conteúdo, cuida-se de documento acentuadamente compromissário, plural e comprometido com a transformação da realidade, assumindo, portanto, um caráter fortemente dirigente, pelo menos quando se toma como critério, o conjunto de normas impositivas de objetivos e tarefas em matéria econômica, social, cultural e ambiental contidas no texto constitucional, para o que bastaria ilustrar com o exemplo dos assim chamados objetivos fundamentais elencados no artigo 3º. Tanto o preâmbulo quanto o Título dos Princípios Fundamentais são indicativos de uma ordem constitucional voltada ao ser humano e ao seu pleno desenvolvimento da personalidade, bastando lembrar que a dignidade da pessoa humana, pela primeira vez na história constitucional brasileira, foi expressamente guindada (artigo 1º, III, da CF) à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, por sua vez também como tal criado e consagrado no texto constitucional. Não é à toa, portanto, que o então Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Deputado Ulisses Guimarães, por ocasião da solenidade de promulgação da Constituição, batizou a Constituição de 1988 de constituição coragem e constituição cidadã, lembrando que, diferentemente das constituições anteriores, a Constituição se inicia com o ser humano”. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme, et MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 242-244.

29 Artigo 5º, § 2º, CF: “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”.

Desumanos ou Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos. A partir daí, foram celebrados os mais relevantes instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos pelo Brasil, culminando com o reconhecimento, em 1998, da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e, finalmente, em 2002, da jurisdição do Tribunal Penal Internacional.³⁰

Conforme comenta André de Carvalho Ramos:

Com o reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Brasil deu o passo decisivo para aceitar o universalismo na área dos direitos humanos. Não é mais possível uma interpretação “nacionalista” dos direitos humanos no Brasil, pois essa interpretação pode ser questionada perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos ou outros órgãos internacionais, devendo o Brasil cumprir a interpretação internacionalista porventura fixada. Além do universalismo, o Brasil, após a Constituição de 1988, acatou a indivisibilidade e interdependência de todos os direitos humanos, ao ratificar indistintamente os tratados voltados a direitos civis e políticos e direitos sociais, econômicos e culturais³¹.

Em 7 de fevereiro de 2000 o governo brasileiro assinou o tratado internacional referente ao Estatuto de Roma³², posteriormente aprovado pelo Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo nº 112, de 6 de junho de 2002, e promulgado pelo Decreto presidencial nº 4388, de 25 de setembro de 2002. Em 20 de junho de 2002 deu-se o depósito da carta de ratificação brasileira, momento a partir do qual o Brasil tornou-se parte do respectivo tratado. Assim, por força da norma inserta no artigo 5º, § 2º³³

30 “O corpo diplomático brasileiro, que já participava, mesmo antes da Conferência do Roma de 1998, de uma Comissão Preparatória para o estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional, teve destacada atuação em todo o processo de criação do Tribunal. E isto foi devido, em grande parte, em virtude do mandamento do Artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da Constituição brasileira de 1988, que preceitua que ‘o Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional de direitos humanos’” MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 44, 2011.

31 RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 366.

32 A assinatura do Brasil ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional foi precedida pelo Parecer da lavra do Prof. Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros, Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores.

33 “[...] muitos têm atribuído ao Estatuto de Roma verdadeira natureza de tratado de direitos humanos, do qual seguem algumas consequências. Ora, de acordo com o artigo 5º, § 2º, da CF, um tratado de direitos humanos admite imediata baliza constitucional, na medida em que se incorpora ao nosso Direito Constitucional como mais uma categoria de direito e garantia, individual ou coletivo, que venha o Brasil a aderir internacionalmente. Não apenas se incorpora como garantia constitucional, que sequer pode ser alterada por emenda constitucional, a teor do artigo 60 da Lei Maior, mas se incorpora de forma automática e imediata, não dependendo de legislação

da nossa Carta Magna, o Estatuto de Roma integrou-se ao ordenamento jurídico pátrio, passando a gozar do *status* de norma materialmente constitucional, o que contribuiu, deveras, para o fortalecimento do “bloco de constitucionalidade”³⁴ da Constituição Federal de 1988.

Em 8 de dezembro de 2004, com a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45, o Brasil passou a reconhecer formalmente a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, em face do § 4º acrescentado ao artigo 5º da Constituição que determinou que o “Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”.

Conforme comenta o professor Valério de Oliveira Mazzuoli:

O que fez essa salutar disposição constitucional foi solidificar a tese segundo a qual a Constituição de 1988 está perfeitamente apta a operar com o Direito Internacional e com o sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Essa integração do Estatuto ao texto constitucional passou a garantir-lhe primazia hierárquica (além da integração às cláusulas pétreas constitucionais) dentro do sistema jurídico nacional relativo à proteção dos direitos humanos”.³⁵

Por fim, válido mencionar que o Estatuto de Roma de 1998 poderá passar a ser formalmente constitucional caso seja aprovado em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos seus respectivos membros, seguindo a sistemática prevista no artigo 5º, § 3º da Constituição Federal, introduzida pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Assim, além de gozar do *status* de norma materialmente constitucional, o estatuto em questão passará a produzir efeitos jurídicos próprios das emendas constitucionais, o que lhe promoverá uma maior blindagem, posto que, a partir de então, será insuscetível de denúncia.

infraconstitucional. Essa é a visão moderna”. PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. Implementação do Estatuto de Roma e Aplicação Direta. In: AMBOS, Kai, et JAPIASSÚ, Eduardo Adriano (Org.). *Tribunal Penal Internacional: possibilidades e desafios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 227.

34 “O bloco de constitucionalidade consiste no reconhecimento da existência de outros diplomas normativos de hierarquia constitucional, além da própria Constituição.

No Direito Comparado, o marco do reconhecimento da existência do bloco de constitucionalidade foi a decisão nº 71-44 DC, de 16/07/1971, do Conselho Constitucional francês, relativa à liberdade de associação, que consagrou o valor constitucional do preâmbulo da Constituição francesa de 1958, que, por sua vez, faz remissão ao preâmbulo da Constituição de 1946 e à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Em 2005, houve alteração do preâmbulo da Constituição francesa e foi agregada remissão à Carta do Meio Ambiente (Charte de l’environnement), todos agora fazendo parte do bloco de constitucionalidade” (RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 399).

35 MAZZUOLI, op. cit., p. 45.

DO DIREITO COMPARADO

As inconstitucionalidades arguidas em face do Estatuto de Roma não são exclusividade brasileira. Outros textos constitucionais contemporâneos, que guardam semelhanças com a Constituição Brasileira de 1988 também suscitam aparentes inconstitucionalidades.

Em Portugal também se verificaram controvérsias nesse sentido. A Assembleia da República, quando da Revisão Extraordinária de 2001, optou pela adoção de uma cláusula de remissão global para o Estatuto de Roma, com o intuito de indicar que a Constituição passará a comportar, implicitamente, as exceções decorrentes do Tribunal Penal Internacional³⁶.

Como consequência lógica da alteração legislativa em questão, o Parlamento português acrescentou uma verdadeira “cláusula constitucional aberta”, ao artigo 7º da Constituição Portuguesa, por meio do inciso 7, o qual tem a seguinte redação:

Artigo 7º. (Relações Internacionais)

7. Portugal pode, tendo em vista a realização de uma justiça internacional que promova o respeito pelos direitos da pessoa humana e dos povos, aceitar a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, nas condições de complementaridade e demais termos estabelecidos no Estatuto de Roma”.

Semelhantes questionamentos surgiram em países como França, Bélgica e Holanda, nos quais foram registradas situações de incompatibilidade real (e não meramente aparente) entre o Estatuto de Roma e as respectivas Constituições nacionais. Em relação à questão em apreço, esclarecem Ana Lúcia Sabadell e Dimitri Dimoulis:

[...] Com efeito, já houve em alguns países declaração de inconstitucionalidade do Estatuto de Roma. O ‘Conseil Constitutionnel’ francês, autoridade de natureza jurisdicional que fiscaliza a constitucionalidade de forma preventiva e concentrada, declarou a inconstitucionalidade parcial do Estatuto de Roma (decisão n. 98-408 de 22.01.1999). Considerou-se que o Estatuto de Roma, assinado pela França, violava normas constitucionais relativas à imunidade do Presidente da República e à preservação da soberania nacional,

36 Decisão na Petição nº 4.625, Supremo Tribunal Federal, Min. Celso de Mello, julgada em 17 de julho de 2009, publicada em 04 de agosto de 2009 no DJE nº 145. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/Pet4625.pdf>>. Último acesso em: 30 set. set. 2014.

desrespeitando, também, a legislação nacional sobre a prescrição e a anistia. Essa declaração de inconstitucionalidade impediu a ratificação do Estatuto de Roma até que o poder constituinte reformador acrescentasse ao texto constitucional francês o art. 53-2 que viabilizou o reconhecimento do TPI, evitando o conflito constitucional (Lei constitucional n. 99-568 de 08.07.1999). Uma decisão semelhante no conteúdo, mas de natureza consultiva, foi tomada na Bélgica. O 'Conseil d'Etat' belga considerou que algumas previsões do Estatuto de Roma eram incompatíveis com a Constituição daquele país. Em parecer publicado em 21.04.1999, o órgão considerou que, entre outros vícios constitucionais, o Estatuto violava as previsões sobre a imunidade do Rei e de outras autoridades governamentais e restringia indevidamente os efeitos de exercício do direito de graça. Sugeriu-se, assim, que fosse realizada uma revisão constitucional para que o país pudesse honrar suas obrigações internacionais sem violar a Constituição. Contudo, as autoridades belgas negaram-se a realizar a reforma constitucional, e o poder legislativo ratificou o Estatuto de Roma, alegando, de forma paradoxal, que eventuais inconstitucionalidades poderiam ser sanadas em seguida. Outros países optaram pelo caminho da reforma constitucional antes que houvesse manifestação do poder judiciário no sentido da incompatibilidade constitucional. Esse é o caso da Alemanha, onde a vedação absoluta da extradição de pessoas de nacionalidade alemã foi flexibilizada, mediante a reforma constitucional de outubro de 2000 que permitiu que a lei autorizasse a extradição, depois de pedido de um Estado membro da União Europeia de um tribunal internacional, desde que fossem respeitadas as garantias processuais próprias de um Estado de direito (art. 16, 2 da Lei Fundamental). Não foi diferente a estratégia de compatibilização no Grão-Ducado de Luxemburgo. A Lei Constitucional de 8.8.2002 revisou o art. 118 da Constituição de 1868 no sentido de admitir a jurisdição do TPI³⁷.

Conforme brevemente exemplificado através do Direito Comparado, é possível notar que o Estatuto de Roma de 1998 trouxe uma série de questionamentos, em especial no que tange às possíveis inconstitucionalidades de dispositivos do estatuto em comparação com os textos constitucionais pátrios dos países signatários. Apesar

37 SABADELL, Ana Lúcia; et DIMOULIS, Dimitri. Tribunal Penal Internacional e Direitos Fundamentais: Problemas de Constitucionalidade. In: Cadernos de Direito, vol. 3, n. 5/255-256, 2003, UNIMEP, citado na Decisão na Petição nº 4.625, Supremo Tribunal Federal, Min. Celso de Mello, julgada em 17 de julho de 2009, publicada em 04 de agosto de 2009 no DJE nº 145. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/Pet4625.pdf>>. Último acesso em: 30 set. 2014.

disso, muitas das vezes, as questões suscitadas não se configuram em inconstitucionalidades reais, outrossim, aparentes, conforme se verifica no caso brasileiro, em especial no que diz respeito às questões relativas aos institutos da extradição e da entrega de nacionais.

5 CONCLUSÕES

Em face de todo o esposado até então, resta claro o quão relevante mostra-se o Tribunal Penal Internacional para a proteção internacional dos direitos humanos, bem como para a própria efetivação de uma Justiça Penal Internacional no plano global.

A criação desse Tribunal resulta de um antigo anseio da sociedade internacional em estabelecer uma corte criminal internacional, com competência para processar e julgar os crimes internacionais, entendendo-se como tais as violações das obrigações essenciais para a manutenção da paz e da segurança da sociedade.

Sem sombra de dúvida, a instituição do Tribunal Penal Internacional, tal como foi concebido representa um marco para a proteção internacional dos direitos humanos, revelando uma missão que vai muito além de ser apenas uma corte com jurisdição internacional. Outrossim, demonstra claramente sua missão de ser um verdadeiro tribunal de direitos humanos.

Representa um marco pra a proteção dos direitos humanos, *prima facie*, porque desde as experiências vivenciadas pelos Tribunais de Nuremberg³⁸ e Tóquio, ambiciona-se criar um sistema internacional de justiça com a pretensão de por fim à impunidade daqueles que perpetraram

38 “O Tribunal de Nuremberg, em 1945-1946, significou um poderoso impulso no processo de justicialização dos direitos humanos. Ao final da Segunda Guerra e após intensos debates sobre as formas de responsabilização dos alemães pela guerra e pelos bárbaros abusos do período, os aliados chegaram a um consenso, com o Acordo de Londres de 1945, pelo qual ficava convocado um Tribunal Militar Internacional para julgar os criminosos de guerra. Com a competência de julgar os crimes cometidos ao longo do nazismo, seja pelos líderes do partido, seja pelos oficiais militares, o Tribunal de Nuremberg teve sua composição e seus procedimentos básicos fixados pelo Acordo de Londres. Nos termos do artigo 6º do Acordo de Londres, são crimes sob s jurisdição do Tribunal que demandam responsabilidade individual: a) crimes contra a paz (planejar, preparar, incitar ou contribuir para a guerra de agressão ou para a guerra, em violação aos tratados e acordos internacionais, ou participar de um plano comum ou conspiração para a realização das referidas ações); b) crimes de guerra (violações ao Direito e ao Direito costumeiro da guerra; tais violações devem incluir – mas não ser limitadas a esses atos – assassinato, tratamento cruel, deportação de populações civis que estejam ou não em territórios ocupados, para trabalho escravo ou para qualquer outro propósito, assassinato ou tratamento cruel de prisioneiros de guerra ou de pessoas em alto-mar, assassinato de reféns, saques à propriedade pública ou privada, destruição de vilas ou cidades, devastação injustificada por ordem militar); e c) crimes contra a humanidade (assassinato, extermínio, escravidão, deportação ou outro ato desumano cometido contra a população civil entes ou durante a guerra, ou perseguições baseadas em critérios raciais, políticos e religiosos, para a execução de crime ou em conexão com crime de jurisdição do Tribunal, independentemente de serem praticados ou não em violação de Direito doméstico do país)”. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais e europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 33-34.

violações ao Direito Internacional, tanto em termos repressivos – condenando os culpados, quanto preventivos – inibindo a tentativa de repetição dos crimes cometidos. Em segundo lugar, porque o Tribunal Penal Internacional visa sanar eventuais falhas e insucessos dos tribunais nacionais³⁹, os quais muitas vezes deixam impunes os seus criminosos, em especial quando estes são autoridades estatais (e normalmente o são) que gozam de imunidade concedida pelas legislações pátrias⁴⁰. Ademais, a criação de uma jurisdição permanente, tal como o é a do Tribunal Penal Internacional, evita a criação de tribunais *ad hoc*⁴¹, concebidos conforme livre escolha do Conselho de Segurança da ONU, o que fere, por óbvio, o princípio do juiz natural, isto é, do juiz competente. Outrossim, cria instrumentos jurídico-processuais hábeis a responsabilizar individualmente as pessoas condenadas pelo Tribunal, derrotando, dessa feita, a impunidade no plano internacional. Por fim, a criação da Corte em comento institui uma Justiça Penal Internacional que contribui, quer

39 “Surgiu o Tribunal Penal Internacional como aparato complementar às Cortes nacionais, com o objetivo de assegurar o fim da impunidade para os mais graves crimes internacionais, considerando que, por vezes, na ocorrência de tais crimes, as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na realização da justiça. Afirma-se, desse modo, a responsabilidade primária do Estado com relação ao julgamento de violações de direitos humanos, tendo a comunidade internacional a responsabilidade subsidiária. Vale dizer, a jurisdição do Tribunal Internacional é adicional e complementar à do Estado, ficando, pois, condicionada à incapacidade ou omissão do sistema judicial interno. O Estado tem, assim, o dever de exercer sua jurisdição penal contra os responsáveis por crimes internacionais, tendo a comunidade internacional a responsabilidade subsidiária. Como enuncia o artigo 1º do Estatuto de Roma, a jurisdição do Tribunal é adicional e complementar à do Estado, ficando condicionada à incapacidade ou à omissão do sistema judicial interno. Dessa forma, o Estatuto busca equacionar a garantia do direito à justiça, o fim da impunidade e a soberania do Estado, à luz do princípio da complementariedade e do princípio da cooperação”. PIOVESAN, op. cit., p. 47-48.

40 “Artigo 27. Irrelevância da Qualidade Oficial

1. O presente Estatuto será aplicável de forma igual a todas as pessoas sem distinção alguma baseada na qualidade oficial. Em particular, a qualidade oficial de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de Governo ou do Parlamento, de representante eleito ou de funcionário público, em caso algum eximirá a pessoa em causa de responsabilidade criminal nos termos do presente Estatuto, nem constituirá de per se motivo de redução da pena.

2. As imunidades ou normas de procedimento especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa; nos termos do direito interno ou do direito internacional, não deverão obstar a que o Tribunal exerça a sua jurisdição sobre essa pessoa”.

41 “O Tribunal Penal Internacional permite limitar a seletividade política até então existente. Como visto, os Tribunais *ad hoc*, criados na década de 90 para julgar os crimes ocorridos na ex-Iugoslávia e em Ruanda, basearam-se em resoluções do Conselho de Segurança da ONU, para as quais se requer o consenso de 5 membros permanentes, com poder de veto, nos termos do artigo 27, § 3º, da Carta da ONU. Ao contrário, o Tribunal Penal Internacional assenta-se no primado da legalidade, mediante uma justiça preestabelecida, permanente e independente, aplicável igualmente a todos os Estados que a reconhecem, capaz de assegurar direitos e combater a impunidade, especialmente a dos mais graves crimes internacionais. Consagra-se o princípio da universalidade a todos os Estados-partes, que são iguais perante o Tribunal Penal, afastando a relação entre ‘vencedores’ e ‘vencidos’”. PIOVESAN, op. cit., p. 47.

interna, quer internacionalmente, para o fortalecimento e eficácia tanto da proteção dos direitos humanos, quanto do direito humanitário.

Afora os eventuais questionamentos acerca do Estatuto de Roma de 1998, em cotejo com textos constitucionais contemporâneos, especialmente no que concerne a eventuais dúvidas em relação aos institutos da entrega de indivíduos e da extradição, o caso brasileiro revela que as referidas inconstitucionalidades são aparentes, na medida em que não se sustentam frente à uma argumentação mais aprofundada. Nesse sentido demonstrou-se que, embora os dois institutos representem, materialmente, a privação do direito individual à liberdade, não se confundem, pois possuem características próprias que os distinguem. A entrega de uma pessoa (*surrender*) – qualquer que seja a sua nacionalidade e em qualquer lugar que esteja – ao Tribunal Penal Internacional é um instituto jurídico *sui generis*, peculiar das relações internacionais contemporâneas, instituto distinto da já conhecida extradição, que tem lugar entre duas potências estrangeiras visando à repressão internacional de delitos. Frise-se: a entrega de indivíduos ocorre entre um Estado-parte e o Tribunal Penal Internacional, o qual certamente não é uma jurisdição “estrangeira”, de outra banda, constitui-se na primeira jurisdição penal supranacional independente, permanente e com competência não retroativa. Buscando deixar clara a distinção entre os referidos institutos, o Estatuto de Roma, em seu artigo 102, alíneas *a* e *b*, demonstra tratarem-se de institutos diversos. Além disso, deve-se notar que as restrições impostas a brasileiros natos e naturalizados, insertas em nossa Lei Maior, dizem respeito exclusivamente à extradição. Aliás, nosso texto constitucional não trata do instituto da entrega, até porque, repita-se, é um instituto *sui generis* previsto pelo Estatuto de Roma de 1998, como instrumento de cooperação internacional.

Se não bastassem os argumentos acima tecidos, é de notar-se que a validade do instituto da entrega de indivíduos, inclusive no que concerne aos brasileiros, natos e naturalizados, busca a sua base constitucional tanto nos fundamentos quanto nos objetivos da Constituição da República Federativa do Brasil, bem como nos artigos 5º, § 2º, que prevê o princípio da não exaustividade dos direitos fundamentais, também conhecido como cláusula de abertura aos direitos humanos. Ademais, não deixa dúvidas quanto à sua constitucionalidade, quando, no artigo 5º, § 4º, prevê que o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. Por fim, válido mencionar que o Estatuto de Roma de 1998 poderá passar a ser formalmente constitucional (pois materialmente já o é) caso seja aprovado em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos

dos seus respectivos membros, seguindo a sistemática prevista no artigo 5º, § 3º da Constituição Federal, introduzida pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Assim, além de gozar do *status* de norma materialmente constitucional, o estatuto em questão passará a produzir efeitos jurídicos próprios das emendas constitucionais, o que lhe promoverá uma maior blindagem, posto que, a partir de então, será insuscetível de denúncia.

Acredita-se que as considerações confeccionadas até aqui tenham sido lúdimas para demonstrar que as inconstitucionalidades eventualmente suscitadas, especialmente no que tange à relação existente entre extradição e entrega de indivíduos, são meramente aparentes, não se sustentando frente a um maior embate teórico.

REFERENCIAS

AMBOS, Kai. *A Parte Geral do Direito Penal Internacional: Bases para uma elaboração dogmática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Possibilidades e Desafios da Adequação do Estatuto de Roma à Ordem Constitucional Brasileira. In: AMBOS, Kai, et JAPIASSÚ, Eduardo Adriano (Org.). *Tribunal Penal Internacional: possibilidades e desafios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira. In: *O que é o Tribunal Penal Internacional*. Brasília: Câmara dos Deputados/Coordenação de Publicações, Série ação parlamentar, n. 110, 2000.

CANATO, Mônica Aparecida. *Princípio da Legalidade no Direito Penal Internacional*. Porto Alegre: Norton Editor, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: parte geral – introdução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. et MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito supraconstitucional: do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org). *Coletânea de Direito Internacional*. 9. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. O Tribunal Penal Internacional e as Perspectivas para a Proteção Internacional dos Direitos Humanos no Século XXI. In: PIOVESAN, Flávia, et GARCIA, Maria (Org.). *Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. Coleção doutrinas essenciais, v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Tratados Internacionais: com comentários à Convenção de Viena de 1969*. 2. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

_____. *Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro*. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. Implementação do Estatuto de Roma e Aplicação Direta. In: AMBOS, Kai, et JAPIASSÚ, Eduardo Adriano (Org.). *Tribunal Penal Internacional: possibilidades e desafios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais e europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, André Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis. Teoria e prática do Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme, et MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Petição nº 4.625*. Min. Celso de Mello, julgada em 17 de julho de 2009, publicada em 04 de agosto de 2009 no DJE nº 145. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/Pet4625.pdf>>. Último acesso em: 30 set. 2014.

O DIREITO À SAÚDE EM PERSPECTIVA COMPARADA: O USO COMPASSIVO DE MEDICAMENTOS EXPERIMENTAIS.

*THE RIGHT TO HEALTH ON COMPARATIVE PERSPECTIVE: THE
COMPASSIVE USE OF EXPERIMENTAL MEDICATIONS.*

Mariana Filchtiner Figueiredo¹

SUMÁRIO: Introdução; 1 O uso compassivo de medicamentos na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH); 2 O princípio da integralidade da assistência à saúde e o uso compassivo de medicamentos no direito brasileiro; Considerações finais; Referências.

¹ Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), com estágio doutoral (“doutorado-sanduíche”) junto ao Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik em Munique, Alemanha. Especialista em Direito Municipal pelo Centro Universitário Ritter dos Reis e pela Escola Superior de Direito Municipal (UNIRitter/ESDM). Advogada da União.

RESUMO: Este artigo propõe-se a discutir o princípio da integralidade da assistência no Sistema Único de Saúde (SUS), com enfoque nas questões do acesso a tratamentos experimentais e no assim designado uso compassivo de medicamentos. Em importante precedente de sua jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal afirmou um consenso inicial em favor da legitimidade dos medicamentos registrados e, por consequência, contrariamente ao uso de tratamentos experimentais. O problema parece ser mais complexo, no entanto, levantando questões acerca dos limites sobre o que deva ser assegurado pelo direito à saúde no ordenamento constitucional brasileiro. O artigo examinará, então, o uso compassivo de medicamentos experimentais, em atenção a alguns precedentes firmados pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) e sua possível aplicação como diretriz para a interpretação do princípio da integralidade da assistência no Sistema Único de Saúde (SUS).

ABSTRACT: This article aims to discuss the principle of integral assistance in the Brazilian healthcare system, focusing on issues concerned the access to experimental treatments and the so-called compassionate use of medications. In an important precedent of its jurisprudence, the Brazilian Supreme Court held an initial consensus in favor of the legitimacy of registered medications and, in contrast, against the use of experimental treatments. Nevertheless, the problem seems to be more complex, raising questions on the limits of what should be guaranteed by the right to health under the Brazilian constitutional system. The article will then examine the compassionate use of experimental medications, regarding some precedents established by the European Court of Human Rights (ECHR) and its possible application, as a guideline to interpret the principle of integral assistance in the Brazilian healthcare system.

PALAVRAS-CHAVE: Direito comparado. Direitos humanos. Direito à saúde. Medicamentos experimentais. Uso compassivo. Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

KEYWORDS: Comparative law. Human rights. Right to health. Experimental medications. Compassive use. European Court of Human Rights.

INTRODUÇÃO:

O direito à saúde é assegurado, no ordenamento constitucional brasileiro, como direito fundamental. Esta fundamentalidade é resultado da estreita e evidente relação entre a tutela da saúde e a proteção da vida, a fruição de outros direitos (e não somente de direitos fundamentais) e o princípio da dignidade² – bens jurídicos considerados da mais alta relevância pela ordem constitucional instaurada em 1988. Fala-se, por isso, em fundamentalidade em sentido material. Ao mesmo tempo, o direito à saúde goza do regime constitucional de proteção reforçada atribuído aos demais direitos fundamentais, caracterizado, entre outros, pelas normas sobre reforma constitucional, especialmente quanto aos limites materiais previstos no artigo 60, § 4º, inciso IV; pelo mandado de aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais, interpretado como verdadeiro mandado de otimização da eficácia dessas normas³; e pela cláusula inclusiva do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal⁴, a permitir o reconhecimento de fundamentalidade a direitos que não estejam explicitados no catálogo do artigo 5º.

Além disso, em sua dimensão objetiva o direito à saúde respalda o reconhecimento de um dever geral de proteção (Schutzpflicht) da saúde, pública e privada, e, num sentido estruturante e organizatório, da garantia constitucional densificada pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Com efeito, não é de hoje que se reconhece que o Sistema Único de Saúde (SUS) constitui uma garantia institucional⁵ e, nessa condição, é objeto

2 Sobre a proteção da vida e da dignidade não somente humana, consultar: SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. A dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e a dignidade da vida em geral. In: SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago (orgs.). Direito constitucional ambiental. Estudos sobre a constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 68-69. Ver ainda: FENSTERSEIFER, Tiago. Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008 (especialmente p. 36 et seq.). E também: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Estado socioambiental e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

3 A ideia de que o § 1º do artigo 5º da Constituição brasileira deve ser interpretado como um mandado de otimização das normas de direitos fundamentais é há tempos defendida por Ingo Sarlet. Conferir: SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 270.

4 Defendendo que o artigo 5º, § 2º, da Constituição brasileira abriga uma “norma geral inclusiva”, cf.: FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do direito. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 206.

5 Há algum tempo já sustentamos que o Sistema Único de Saúde (SUS) é garantia institucional no ordenamento constitucional brasileiro, a ser objeto da especial proteção das normas jusfundamentais. Nesse sentido, cf.: FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Direito fundamental à saúde: parâmetros para

do igual regime jusfundamental de proteção reforçada – à semelhança do que acontece em outros países, como é o caso de Portugal⁶. De acordo com a Constituição brasileira, a proteção e promoção da saúde são objeto de um sistema único, mas simultaneamente descentralizado e regionalizado; público, embora admitida a participação da iniciativa privada; hierarquizado em níveis crescentes de complexidade⁷, a fim de oferecer assistência integral; e marcadamente democrático, com a efetiva participação da comunidade no controle e planejamento das ações e dos serviços de saúde, inclusive quanto à alocação dos recursos financeiros e sanitários.

Neste contexto, o presente artigo tem por objetivo refletir sobre o princípio da integralidade da assistência, com especial enfoque na problemática dos tratamentos experimentais e do assim designado uso compassivo de medicamentos. Isso porque a jurisprudência brasileira, pelo menos no que concerne à posição já manifestada pelo Supremo Tribunal Federal, firmou um consenso inicial, tanto em favor da legitimidade do processo de registro de medicamentos junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), quanto no que se refere à inadmissão dos tratamentos experimentais⁸. A necessidade de otimização da eficácia das normas de direitos fundamentais, porém, instiga a discussão acerca dos limites da garantia constitucional de

sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 45-46. Sobre as garantias institucionais, consultar SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 148 e p. 178 et seq.

- 6 José Carlos Vieira de Andrade defende que o Sistema Nacional de Saúde português configura garantia institucional, decorrente da dimensão objetiva do direito à saúde. Cf.: ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 140.
- 7 Cf.: SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 108.
- 8 No julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada (AgR-STA nº 175/CE), relatado pelo eminente Min. Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal procurou assentar alguns critérios que pudessem balizar a atuação das instâncias ordinárias (e da própria Administração) na solução do crescente número de demandas judiciais buscando o fornecimento, pelo Estado, das mais diversas prestações em saúde. Neste contexto, reconheceu-se uma presunção *juris tantum* em favor dos medicamentos e tratamentos previstos em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) do SUS, porque respaldados na Medicina Baseada em Evidência (Evidence Based Medicine). Mediante perícia judicial específica e consideradas as especificidades do caso concreto, especialmente as condições pessoais do paciente, admitiu-se a possibilidade de condenação do Estado ao fornecimento de prestações diversas, ou em doses diferentes daquelas previstas em protocolo. Já o fornecimento de medicamentos e tratamentos experimentais, assim entendidos aqueles ainda submetidos a pesquisa científica e cuja eficácia não tenha sido comprovada, foi considerado indevido. Para maior aprofundamento, consultar: STF, AgR-STA nº 175/CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, unânime, DJe 29-04-2010.

integralidade da assistência à saúde, justificando o aprofundamento de temas ainda incipientes na jurisprudência pátria. Com base nessas premissas, este estudo se propõe a examinar o acesso ao uso compassivo de medicamentos experimentais, a partir das decisões proferidas pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) nos casos *Hristozov and others v. Bulgaria* (applications n° 47039/11 and 358/12) e *Durisotto v. Italy* (application n° 62804/13).

1. O USO COMPASSIVO DE MEDICAMENTOS NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS (TEDH).

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem⁹ não prevê explicitamente um direito à saúde. Este fato, porém, não impediu que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) em diversas oportunidades fosse instado a se manifestar sobre casos envolvendo a proteção da saúde, muitas vezes como decorrência da interpretação extensiva de normas consagradoras de outros direitos – tais como o direito à vida (art. 2º) e o direito ao respeito da vida privada e familiar (art. 8º). Nessa tarefa de construção jurisprudencial, precedentes relativamente recentes dedicaram-se à análise do chamado “uso compassivo de medicamentos”, envolvendo o acesso a tratamentos experimentais.

1.1 O uso compassivo de medicamentos experimentais na União Europeia.

No âmbito europeu, os procedimentos comunitários de autorização e fiscalização de medicamentos para uso humano são disciplinados pelo Regulamento EC n° 726/2004¹⁰ do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, que também redefiniu o papel da Agência Europeia de Medicamentos (European Medicines Agency – EMA), nela criando um Comitê dos Medicamentos para Uso Humano (Committee for Medicinal Products for Human Use – CHMP). O artigo 83º desse diploma estabelece as diretrizes gerais para os programas de uso compassivo de medicamentos pelos Estados-Membros, entre as quais prescreve:

2. Para efeitos do presente artigo, entende-se por «uso compassivo» a disponibilização de um medicamento pertencente às categorias a que se referem os n°s 1 e 2 do artigo 3º, por razões compassivas, a um

9 Texto em português disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 30 set. 2014.

10 Inteiro teor disponível em: <http://ec.europa.eu/health/files/eudralex/vol-1/reg_2004_726_cons/reg_2004_726_cons_2013_pt.pdf>. Acesso em: 30 set. 2014.

grupo de doentes que sofram de uma doença crónica ou gravemente debilitante ou de uma doença considerada potencialmente mortal e que não possam ser satisfatoriamente tratados com um medicamento autorizado. O medicamento em causa deve ter sido sujeito a um pedido de autorização de introdução no mercado de acordo com o artigo 6º do presente regulamento ou estar a ser submetido a ensaios clínicos.¹¹

Em outras palavras, o uso compassivo é “um meio de tornar disponíveis aos pacientes com uma necessidade médica não atendida um medicamento promissor ainda não autorizado (registrado) para [tratar] tal condição”¹², segundo a própria EMA. Por intermédio dos programas de uso compassivo, pacientes em situação muito grave e com a vida em perigo, que tenham esgotado as chances de êxito dos tratamentos convencionais, podem buscar, em condições definidas, uma especial autorização de uso de medicamentos ainda experimentais, cujos resultados se mostrem promissores para o tratamento da doença que os acomete. De acordo com o CHMP, o artigo 83º objetiva facilitar e incrementar o acesso de pacientes aos programas de uso compassivo de medicamentos; favorecer uma abordagem comum, pelos Estados-Membros, das condições de uso, distribuição e seleção dos pacientes que poderão ter acesso aos medicamentos experimentais; e, com isso, ampliar a transparência dos tratamentos disponíveis em âmbito europeu¹³.

Com base nesse quadro normativo geral, e considerando os direitos assegurados pela Convenção Europeia (CEDH) e as normas vigentes em âmbito nacional, pacientes que pretendiam obter o acesso a medicamentos experimentais por intermédio da participação em programas de uso compassivo questionaram perante o TEDH a validade da recusa de acesso, pelas respectivas autoridades nacionais. Dois relevantes precedentes foram firmados no julgamento dos casos *Hristozov and others v. Bulgaria* (applications nº 47039/11 and 358/12) e *Durisotto v. Italy* (application nº 62804/13). É o que se passará a expor.

11 Inteiro teor disponível em: <http://ec.europa.eu/health/files/eudralex/vol-1/reg_2004_726_cons/reg_2004_726_cons_2013_pt.pdf>. Acesso em: 30 set. 2014.

12 Tradução livre do original. Cf.: EUROPEAN MEDICINES AGENCY. Questions and answers on the compassionate use of medicines in the European Union. EMEA/72144/2006 (rev). Disponível em: <www.ema.europa.eu/docs/en_GB/document_library/Other/2010/01/wc500069898.pdf>. Acesso em: 24 set. 2014.

13 Cf. EUROPEAN MEDICINES AGENCY. Committee for Medicinal Products for Human Use (CHMP). Guideline on compassionate use of medicinal products, pursuant to article 83 of Regulation (EC) nº 726/2004. Doc. Ref.: EMEA/27170/2006. Disponível em: <www.ema.europa.eu/docs/en_GB/document_library/Regulatory_and_procedural_guideline/2009/10/WC500004075.pdf>. Acesso em: 24 set. 2014.

1.2 O caso *Hristozov and others v. Bulgaria* (applications n° 47039/11 and 358/12).

O caso *Hristozov and others v. Bulgaria* (applications n° 47039/11 and 358/12)¹⁴ diz respeito à negativa, pelo Ministro da Saúde búlgaro, em permitir que pacientes portadores de diferentes tipos câncer, em estágio já avançado e sem perspectiva de sucesso ou benefício com os tratamentos convencionais oferecidos, tenham acesso a medicamento desenvolvido por um laboratório canadense e ainda sem registro deferido por nenhum órgão sanitário, mas cujo uso compassivo já teria sido autorizado em outros países. A negativa fundamentava-se na legislação interna búlgara, segundo a qual produtos medicinais não autorizados para uso no país apenas poderiam ser prescritos se já tivessem o uso autorizado em outros países e desde que destinados ao tratamento de doenças raras ou cujo tratamento convencional se tenha mostrado infrutífero¹⁵.

Tratava-se do produto anticâncer chamado MBVax Coley Fluid, de fabricação da indústria MBVax Bioscience Inc. e cujo fornecimento gratuito era oferecido em troca de informações sobre os efeitos adversos e benéficos da medicação para os pacientes. Cada um dos autores apresentou pedido de participação no programa de uso compassivo ofertado pelo laboratório canadense. Entre julho a agosto de 2011, o Diretor da Agência Executiva de Medicamentos da Bulgária, na condição de autoridade nacional responsável por supervisionar a qualidade, segurança e eficácia dos produtos medicinais, assinalou que o MBVax Coley Fluid era um produto experimental, não autorizado e ainda em fase de ensaios clínicos em todos os países, motivo por que não poderia ser autorizado para uso na Bulgária, na forma do Regulamento n° 2/2001 da União Europeia. Alguns pacientes recorreram ao Ministro da Saúde búlgaro, mas o posicionamento foi reiterado. Outros pacientes levaram o caso à Suprema Corte da Bulgária, que, em decisão de 27 de fevereiro de 2007, afirmou que os direitos assegurados pelo artigo 52, § 1º, da Constituição daquele país seriam direitos sociais, que “não poderiam ser implementados pelos tribunais e demandariam ação estatal para serem

14 Conferir: EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Case of *Hristozov and others v. Bulgaria*. Applications n°s 47039/11 and 358/12. Disponível em: < file:///C:/Users/Mariana/Downloads/ECHR_Hristozov%20and%20others%20vs%20Bulgaria_tratamento%20experimental.pdf>. Acesso em: 22 set. 2014. E ainda: EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Bulgaria's refusal to allow terminally-ill cancer patients to use experimental medicine did not violate their rights. ECHR 415 (2012), 13-11-2012. Disponível em: < file:///C:/Users/Mariana/Downloads/ECHR_Hristozov%20and%20others%20vS.%20Bulgaria_press%20release%2013112012.pdf>. Acesso em: 22 set. 2014.

15 ECHR, *Hristozov and others v. Bulgaria*, p. 6.

efetivados”, concluindo que “a assistência à saúde deveria ser realizada na forma prevista em lei”¹⁶.

Frente a essas circunstâncias, os autores decidiram apresentar o caso Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), sustentando que o Estado búlgaro, ao impedir que participassem do programa de uso compassivo da medicação MBVax Coley Fluid, teria incorrido em violação aos direitos previstos nos artigos 2º, 3º e 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH). Tais dispositivos explicitam o direito à vida, a proibição de tortura e tratamentos humanos ou degradantes, e o direito ao respeito da vida privada e familiar¹⁷. Sustentaram os autores que a resposta das autoridades búlgaras ao pedido de uso compassivo do medicamento MBVax Coley Fluid teria sido incoerente e morosa, devido à ausência de regras nacionais claras acerca do acesso a esse tipo de programa, contrariando o artigo 2º, nº 1, da CEDH. Alegaram que a negativa de acesso ao programa de uso compassivo do medicamento que poderia ao menos lhes assegurar um prolongamento da vida, já que todos eram portadores de câncer terminal, ter-lhes-ia exposto a tratamento desumano e degradante, infringindo o artigo 3º da CEDH. Por fim, argumentaram que a negativa das autoridades búlgaras constituiria uma interferência indevida no respectivo direito à vida privada e familiar, que não estaria albergada pela exceção prevista no artigo 8º, nº 2, razão pela qual a norma teria sido vulnerada¹⁸. “A maneira como uma pessoa escolhe viver, ainda que esta opção implique consequências prejudiciais, seria parte da vida privada desta pessoa”, afirmaram¹⁹.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), em decisão majoritária de sua Quarta Seção, não reconheceu que a Bulgária tivesse incorrido em violações à Convenção Europeia (CEDH) ao negar aos autores a participação no programa de uso compassivo da medicação

16 ECHR, *Hristozov and others v. Bulgaria*, p. 5 (tradução livre).

17 CEDH, ARTIGO 2º - Direito à vida: 1. O direito de qualquer pessoa à vida é protegido pela lei. Ninguém poderá ser intencionalmente privado da vida, salvo em execução de uma sentença capital pronunciada por um tribunal, no caso de o crime ser punido com esta pena pela lei. [...] // ARTIGO 3º - Proibição da tortura: Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes. // ARTIGO 8º - Direito ao respeito pela vida privada e familiar: 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.

18 ECHR, *Hristozov and others v. Bulgaria*, p. 27-30.

19 *Idem*, p. 30.

MBVax Coley Fluid. Preliminarmente, o TEDH assinalou que os requerimentos individuais, como aqueles formulados pelos autores, não configuravam forma de controle abstrato do direito nacional, mas somente no exame do modo pelo qual o direito interno teria sido aplicado aos requerentes. Afirmou a decisão: “No presente caso, o Tribunal deve determinar apenas se as recusas em permitir o acesso dos autores ao produto em questão foram compatíveis com os seus direitos na Convenção”²⁰. Posta essa premissa, o TEDH passou a apreciar o mérito dos recursos.

Acerca do direito à vida, acentuou o TEDH que o artigo 2º da CEDH impõe aos Estados-Membros não só uma vedação a que intencional ou ilicitamente tirem a vida das pessoas, como ordena que tomem medidas apropriadas para proteger a vida daqueles se encontrem sob sua jurisdição. Em certas circunstâncias, atos e omissões estatais na seara da saúde poderiam ensejar a responsabilização por infringência ao artigo 2º da CEDH – por exemplo, quando posta em risco a vida de um indivíduo pela recusa em lhe fornecer tratamento de saúde disponibilizado à população em geral. Todavia, a situação dos autores parece diversa, já que o Estado búlgaro não teria negado o acesso desses pacientes a tratamentos comumente oferecidos, nem tampouco teria deixado de prover a regulamentação e condições que viabilizem o acesso a medicamentos experimentais por parte de seus cidadãos. Por tais razões, entendeu o TEDH que o artigo 2º da CEDH não teria sido vulnerado, afirmando que esse dispositivo “não pode ser interpretado como requerendo que o acesso, por doentes terminais, a produtos medicinais não autorizados, seja regulamentado de uma determinada maneira”, resguardando a competência dos Estados-Membros para disciplinarem distintamente o fornecimento de produtos medicinais não registrados²¹.

No que respeita à violação do artigo 3º da CEDH, salientou o Tribunal que o reconhecimento da existência de submissão a tratamento desumano ou degradante depende da ocorrência de um mínimo de severidade, ainda que este mínimo seja relativo e possa variar segundo o tempo de duração dessas condições, os efeitos físicos e/ou mentais que gere, e mesmo as condições pessoais da vítima (idade, sexo, saúde, etc.). Conquanto seja possível atribuir certa flexibilidade à interpretação dessa norma, entendeu o TEDH que o caso dos autores não seria comparável às hipóteses de falta de assistência à saúde, seja porque um tratamento

20 ECHR, *Hristozov and others v. Bulgaria*, p. 31 (tradução livre).

21 ECHR, *Hristozov and others v. Bulgaria*, p. 32 (tradução livre).

médico tenha sido retirado da lista de prestações oferecidas por certo país, seja porque as autoridades internas ou profissionais de saúde tenham negado acesso a serviços oferecidos em caráter geral. Diversamente, os autores teriam recebido e se beneficiado de tratamento médico adequado, “que infelizmente se mostrou insuficiente para tratar sua condição de saúde”²², não havendo falar em contrariedade ao artigo 3º.

Não pode ser dito que, por recusar aos autores o acesso a um produto – ainda que potencialmente salvador [life-saving] – cuja segurança e eficácia estão ainda dúvida, as autoridades tenham diretamente agregado um sofrimento físico aos autores. É verdade que as recusas, uma vez que elas tenham impedido os autores de recorrerem a um produto que eles acreditavam poder melhorar suas chances de cura e sobrevivência, causou-lhes sofrimento mental, especialmente pelo fato de que o produto parece estar disponível em condições excepcionais em outros países. Entretanto, o Tribunal não considera que a recusa das autoridades tenha alcançado um nível de severidade suficiente para ser caracterizada como tratamento desumano [...]. O Tribunal observa que o artigo 3º não coloca uma obrigação aos Estados-Contratantes de mitigarem as disparidades entre os níveis de assistência à saúde disponíveis em vários países [...].²³

Por fim, o TEDH analisou o argumento de infringência ao artigo 8º da Convenção Europeia (CEDH). Ponderou o TEDH que a interpretação do alcance do artigo 8º respalda-se, para além do conceito de “vida privada”, nas noções de autonomia pessoal e qualidade de vida, e é neste contexto que têm sido analisadas as demandas acerca da medida em que os Estados podem compulsoriamente proteger as pessoas das consequências de suas próprias condutas, inclusive quando tais comportamentos acarretem perigo à saúde ou ameacem a vida²⁴. Para o TEDH, o artigo 8º deixaria espaço para uma margem de apreciação por parte dos Estados-Membros, que seria variável conforme uma série de fatores. Em linhas gerais e de acordo com a jurisprudência já firmada, asseverou o Tribunal que essa margem de apreciação será tão mais estreita, quanto mais estiver em causa a proteção a um particular aspecto da existência ou identidade individual. Adverte o TEDH, todavia, que quando “não houver consenso entre os Estados-Contratantes, quer

²² ECHR, *Hristozov and others v. Bulgaria*, p. 33 (tradução livre).

²³ *Ibidem*.

²⁴ Cf. ECHR, *Hristozov and others v. Bulgaria*, p. 34.

sobre a importância do interesse em jogo, quer sobre a melhor forma de protegê-lo, notadamente quando o caso colocar questões morais e éticas sensíveis, essa margem será maior²⁵. E reconhece que essa margem geralmente é ampla nas hipóteses de conflito entre interesses públicos e privados, ou direitos previstos na CEDH.

Para o TEDH, “questões de políticas de saúde estão em princípio dentro da margem de apreciação das autoridades domésticas, que se encontram na melhor posição para avaliar prioridades, uso de recursos e necessidades sociais”²⁶. Nesse sentido, embora admita a relevância do interesse dos autores em obter tratamento médico capaz de mitigar a doença que os acomete, não se poder esquecer que qualidade, eficácia e segurança dos produtos medicinais experimentais, por sua própria natureza, constituem questão em aberto, como pondera o TEDH. Nesse balanceamento entre o interesse dos pacientes de acederem a medicamentos experimentais e o interesse público em protegê-los, seria possível verificar uma tendência, por parte dos Estados-Contratantes, em criarem regras de exceção, permitindo o acesso de pacientes terminais a medicamentos sem registro – sob condições de restrição variadas, contudo²⁷. Por isso, entendeu o TEDH que não deve “um tribunal internacional determinar no lugar das autoridades nacionais competentes o nível de risco aceitável nessas circunstâncias”²⁸, assim como não lhe cabe decidir se o balanceamento feito pelas autoridades nacionais seria realmente justo. O que se poderia analisar é, no caso concreto, se o Estado búlgaro excedeu a margem de apreciação que lhe é reconhecida ao regulamentar a forma de acesso aos medicamentos experimentais e, na opinião do TEDH, isso não teria ocorrido. Dessa forma, entendeu-se pela inocorrência de violação ao artigo 8º da CEDH.

1.3 O caso *Durisotto v. Italy* (application nº 62804/13).

O uso compassivo de medicamentos experimentais foi objeto de decisão mais recente do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) no caso *Durisotto v. Italy* (application nº 62804/13)²⁹. O autor,

25 Cf. ECHR, *Hristozov and others v. Bulgaria*, p. 35.

26 *Ibidem*.

27 Cf. ECHR, *Hristozov and others v. Bulgaria*, p. 35-37.

28 Cf. ECHR, *Hristozov and others v. Bulgaria*, p. 37.

29 A respeito, consultar: EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Décision Requête nº 62804/13. Nivio Durisotto contre l'Italie*. Disponível em: < file:///C:/Users/Mariana/Downloads/ECHR_Durisotto%20vs%20Italy_medicamento%20experimental.pdf >. Acesso em: 22 set. 2014. E também: EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *A properly reasoned refusal by the courts to authorise*

pai de paciente acometida desde a adolescência por uma doença cerebral degenerativa (leucodistrofia metacromática), requerera autorização judicial para que a filha pudesse fazer uso compassivo do método Stamina, tratamento experimental com células-tronco. O pedido foi inicialmente acolhido pelo Tribunal de Udine, mas o Hospital de Brescia, cidade onde seria feito o tratamento, alegou que a paciente não poderia mais aceder ao tratamento, pois não se amoldava às condições da legislação superveniente, quais sejam: a filha do autor não havia iniciado o tratamento antes da entrada em vigor do Decreto-lei nº 24/2013, como este exigia. A decisão inicial que autorizada o uso compassivo foi revogada, levando o autor a apresentar reclamação perante o mesmo Tribunal de Udine. Em nova decisão, o tribunal local manteve o indeferimento da autorização, ao fundamento de que o Decreto-lei nº 24/2013 teria permitido o uso experimental do método Stamina durante um período de 18 (dezoito) meses, a contar de 1º de julho de 2013, motivo por que a paciente não se enquadrava nas condições legais. Adotou-se o entendimento firmado pela Corte de Cassação italiana no Acórdão nº 23671/11, segundo o qual o serviço nacional de saúde daquele país assegura o acesso apenas aos medicamentos ou terapias cuja validade e eficácia terapêutica tenham sido verificadas e aprovadas pelos organismos médicos competentes, na forma da legislação interna aplicável³⁰. E, de acordo com o Tribunal de Udine, o Decreto-lei nº 24/2013 teria permitido aos serviços de saúde prosseguir somente com os tratamentos pelo método Stamina já iniciados, ou cuja autorização judicial tenha sido obtida até a data da entrada em vigor da nova legislação – o que não era o caso da filha do autor, no entanto.

O autor recorreu então ao TEDH, sustentando violação, pelo Estado italiano, aos direitos previstos nos artigos 2º (direito à vida) e 8º (direito ao respeito pela vida privada e familiar), bem como à proibição de discriminação, prevista pelo artigo 14³¹, todos da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH). Argumentou que o Decreto-lei nº 24/2013 da Itália teria introduzido uma discriminação indevida, segundo um critério apenas temporal, ao vedar o acesso ao uso compassivo da terapia

access to experimental treatment was neither arbitrary nor discriminatory. ECHR 153 (2014), 28-05-2014. Disponível em: < file:///C:/Users/Mariana/Downloads/ECHR_Durisotto%20vs%20Italy_press%20release%2028052014.pdf>. Acesso em: 22 set. 2014.

30 ECHR, Décision Requête nº 62804/13. Nivio Durisotto contre l'Italie, p. 2.

31 CEDH, ARTIGO 14º - Proibição de discriminação: O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.

experimental pelo método Stamina a quem já houvesse iniciado o tratamento anteriormente, negando-o, porém, às demais pessoas³².

Inicialmente, o TEDH faz o enquadramento normativo do caso, referindo que não se cuida, como em outras hipóteses já analisadas por sua jurisprudência, da recusa de assistência à saúde por ausência de recursos públicos para financiar o tratamento postulado. Seguindo o precedente firmado em *Hristozov and others v. Bulgaria* (applications nº 47039/11 and 358/12), entre outros, o TEDH afirma que se trata da discussão acerca da interpretação do artigo 8º da CEDH e do significado da proteção à vida privada, em que estariam implícitas as ideias de autonomia pessoal e qualidade de vida, cabendo avaliar se a decisão do Tribunal de Udine, ao impedir o uso compassivo da terapia experimental, consistiria em ingerência indevida na vida privada da filha do autor³³.

Passando a apreciar a questão de fundo, o TEDH afirmou que tal ingerência encontraria amparo legal, pois prevista pelo Decreto-lei nº 24/2013, e “perseguiria um objetivo legítimo, consistente na proteção da saúde”³⁴. Além disso, a medida estaria revestida de proporcionalidade, já que a vedação de acesso ao uso compassivo de tratamentos médicos estaria abrangida na ampla margem de apreciação conferida aos Estados-Membros. Valorando fato superveniente, o TEDH faz referência a uma posterior manifestação do Ministério da Saúde italiano desaconselhando o uso da terapia Stamina, que embora também tenha sido atacada judicialmente pelo autor e ainda penda de apreciação definitiva, seria suficiente para indicar que “o valor científico da terapia litigiosa não está assim estabelecido”³⁵.

40. O Tribunal relembra ainda que, em todo o caso, não incumbe ao juiz internacional se substituir às autoridades nacionais competentes para determinar o nível de risco aceitável pelos pacientes que desejem aceder aos cuidados compassivos no quadro de uma terapia experimental (*Hristozov et autres c. Bulgarie*, precitado § 125).³⁶

O TEDH conclui, então, pela inexistência de afronta ao artigo 8º da CEDH, assentando que a ingerência estabelecida pela legislação

32 ECHR, Décision Requête nº 62804/13. *Nivio Durisotto contre l'Italie*, p. 5.

33 ECHR, Décision Requête nº 62804/13. *Nivio Durisotto contre l'Italie*, p. 6.

34 ECHR, Décision Requête nº 62804/13. *Nivio Durisotto contre l'Italie*, p. 7.

35 *Ibidem*.

36 ECHR, Décision Requête nº 62804/13. *Nivio Durisotto contre l'Italie*, p. 7 (tradução livre).

italiana “pode ser considerada necessária numa sociedade democrática”³⁷. No que respeita à garantia de não-discriminação, prevista pelo artigo 14º da CEDH, o TEDH refere que o objeto da proteção não seriam as meras diferenças de tratamento entre indivíduos em situações comparáveis, senão tal distinção seja também discriminatória. Segundo sua jurisprudência, “uma distinção é discriminatória [...] quando ela se ressentir de justificação objetiva e razoável”, o que aconteceria sempre que “ela não persiga um objetivo legítimo ou se ela não possui uma relação razoável de proporcionalidade entre meios empregados e fins almejados”³⁸. Por conseguinte, o TEDH reconhece que a decisão do Tribunal de Udine que negou o acesso da filha do requerente ao uso da terapia experimental não é discriminatória nem arbitrária, revestindo-se de proporcionalidade e visando a um fim legítimo (qual seja, a proteção da saúde). O recurso do Sr. Durisotto foi, enfim, rejeitado.

2 O PRINCÍPIO DA INTEGRALIDADE DA ASSISTÊNCIA À SAÚDE E O USO COMPASSIVO DE MEDICAMENTOS NO DIREITO BRASILEIRO.

2.1 A integralidade da assistência à saúde no SUS.

O princípio da integralidade da assistência à saúde encontra-se positivado pelo artigo 198, inciso II, da Constituição Federal brasileira, que estipula, como diretriz de organização do Sistema Único de Saúde (SUS), o “atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais”. A garantia de integralidade da assistência dá concreção a importante reivindicação do Movimento da Reforma Sanitária, cuja atuação pautou a estruturação constitucional e legal do SUS e procurava combater deficiências dos modelos anteriores de assistência à saúde. Por meio da garantia de atendimento integral, pretende-se que o SUS assegure e ofereça a completa cobertura das necessidades de saúde da população, individual e coletivamente – o que também não significa, de outra parte, uma total ausência de limites. O problema que se coloca, portanto, é exatamente a definição de critérios que pautem a delimitação do que seja razoável exigir-se em saúde, visto que o problema ultrapassa a seara jurídica da contraposição entre o argumento da reserva do possível e a garantia

37 ECHR, Décision Requête n° 62804/13. Nivio Durisotto contre l'Italie, p. 7 (tradução livre).

38 ECHR, Décision Requête n° 62804/13. Nivio Durisotto contre l'Italie, p. 8 (tradução livre).

do mínimo existencial³⁹, para dialogar com princípios como prevenção e autonomia individual (calcada, de sua vez, no princípio da dignidade humana) e as normas de bioética. Conforme já defendemos, juntamente com os princípios da universalidade e igualdade de acesso, a garantia de assistência integral “respalda uma interpretação em prol da otimização da efetividade do direito à saúde, individual e coletivamente considerado”⁴⁰.

A integralidade da assistência alberga dois sentidos principais. Primeiramente, e aqui com remissão às normas legais de regência, integralidade é o “conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema” (Lei nº 8.080/90, art. 7º, II). A assistência integral vincula-se assim à noção de organicidade, no sentido de que a cobertura oferecida pelo SUS atenda a diretrizes de um planejamento único e sem solução de continuidade. “Lembre-se que se trata de um sistema de saúde, o que pressupõe ordenação”⁴¹, definindo-se as linhas de cuidado para abordagem e tratamento de situações semelhantes, com atenção para as evidências científicas (Evidence Based Medicine) e necessidades de saúde, consoante critérios epidemiológicos e disponibilidade de recursos (financeiros, humanos e sanitários).

Outrossim, a garantia de integralidade da assistência guarda pertinência com a extensão da cobertura prestada pelo SUS, compreendendo-se o acesso às ações e aos serviços de saúde, em todos os níveis de complexidade do sistema, visando à prevenção, promoção e recuperação da saúde. Como anota Santos,

[...] a lei sabiamente definiu a integralidade da assistência como a satisfação de necessidades individuais e coletivas que devem ser realizadas dentro do sistema, nos mais diversos patamares

39 A respeito do conflito entre a reserva do possível e o mínimo existencial, com particular análise da problemática do direito à saúde, conferir: SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. “Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.” In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.) *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2 ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. Ver ainda: FIGUEIREDO, 2007, op. cit.

40 Cf. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *O Sistema Único de Saúde e o princípio da sustentabilidade: interconexões e perspectivas acerca da proteção constitucional da saúde*. Tese de doutorado apresentada à Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2013, p. 78. A ideia de otimização reporta-se aqui à interpretação das normas constitucionais consoante dispõe o artigo 5º, § 1º, da Constituição brasileira, de acordo com a lição de Ingo Sarlet (SARLET, 2009, p. 270).

41 WEICHERT, Marlon Alberto. *O direito à saúde e o princípio da integralidade*. In: SANTOS, Lenir (org.). *Direito da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes Ed., 2010, p. 108.

de complexidade dos serviços de saúde, articulados pelos entes federativos em redes interfederativas de saúde.⁴²

A integralidade da assistência encontra regulamentação em duas listagens: a RENASES e a RENAME, ambas previstas pelo Decreto nº 7.508/2011⁴³. A Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde (RENASES) é uma norma consolidada pelo Ministério da Saúde a partir das diretrizes estipuladas pela Comissão Intergestores Tripartite e “compreende todas as ações e serviços que o SUS oferece ao usuário para atendimento da integralidade da assistência à saúde” (art. 21). De seu turno, a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) “compreende a seleção e a padronização de medicamentos indicados para atendimento de doenças ou de agravos no âmbito do SUS” (art. 25). As diretrizes de tratamento ainda são completadas pelo recurso ao Formulário Terapêutico Nacional (FTN), que serve de guia a prescrição, dispensação e uso dos medicamentos; bem como pelos assim designados Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT), em que, a partir de evidências científicas, são padronizados tratamentos e diretrizes clínicas – isto é, “posicionamentos e recomendações sistematicamente desenvolvidos para orientar os médicos e pacientes acerca dos cuidados em saúde apropriados em circunstâncias clínicas específicas”⁴⁴.

Mesmo com uma análise bastante sucinta da legislação infraconstitucional regulamentadora, é possível observar a tendência – e não sem justificativa razoável – de padronização das prestações oferecidas pelo SUS como forma de concretizar a garantia de integralidade da assistência à saúde. O que daí exsurge, dessarte, é a indagação acerca dos limites do âmbito de proteção da norma que assegura atendimento integral, no sentido de investigar até que ponto a garantia da integralidade poderia ser estendida licitamente e com base em quais normas. O uso compassivo de medicamentos experimentais insere-se nessa problemática e será analisado a seguir.

42 SANTOS, Lenir. Direito à saúde e Sistema Único de Saúde: conceito e atribuições. O que são as ações e serviços de saúde. In: SANTOS, Lenir (org.). Direito da Saúde no Brasil. Campinas: Saberes Ed., 2010, p. 162.

43 A RENASES é disciplinada pelos artigos 21 a 24 do Decreto nº 7.508/2011, enquanto a RENAME é objeto dos artigos 25 a 29 desse mesmo diploma.

44 GRABOIS, Victor. Gestão do cuidado. In: GONDIM R., GRABOIS V., MENDES JUNIOR W. V. (Orgs.). Qualificação dos Gestores do SUS. 2. ed. Rio de Janeiro: Fiocruz/ENSP/EAD, 2011. p. 168. Disponível em: <<http://www4.ensp.fiocruz.br/biblioteca/home/exibedetalhesBiblioteca.cfm?ID=12547&Tipo=B>>. Acesso em: 21 dez. 2012.

2.2 O uso compassivo de medicamentos experimentais no direito brasileiro.

O acesso a tratamentos experimentais no Brasil encontra disciplina na Resolução da Diretoria Colegiada RDC nº 38, de 12 de agosto de 2013, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)⁴⁵, que regulamenta a condução de programas de acesso expandido, uso compassivo e fornecimento de medicamento pós-estudo no país. Como desde logo se observa, o acesso a medicamentos experimentais pode abranger três tipos de programas, conceituados pelo artigo 2º da RDC nº 38/2013, que também cuida da licença de importação de medicamentos.

Art. 2º Para os efeitos desta Resolução, além das definições estabelecidas no art. 4º da Lei nº 5.991, de 17 de dezembro de 1973, e no artigo 3º da Lei nº 6.360 de 23 de setembro de 1976, são adotadas as seguintes definições: [...]

VIII- programa de acesso expandido: programa de disponibilização de medicamento novo, promissor, ainda sem registro na Anvisa ou não disponível comercialmente no país, que esteja em estudo de fase III em desenvolvimento ou concluído, destinado a um grupo de pacientes portadores de doenças debilitantes graves e/ou que ameacem a vida e sem alternativa terapêutica satisfatória com produtos registrados;

IX- programa de fornecimento de medicamento pós-estudo: disponibilização gratuita de medicamento aos sujeitos de pesquisa, aplicável nos casos de encerramento do estudo ou quando finalizada sua participação;

X- programa de uso compassivo: disponibilização de medicamento novo promissor, para uso pessoal de pacientes e não participantes de programa de acesso expandido ou de pesquisa clínica, ainda sem registro na Anvisa, que esteja em processo de desenvolvimento clínico, destinado a pacientes portadores de doenças debilitantes graves e/ou que ameacem a vida e sem alternativa terapêutica satisfatória com produtos registrados no país; [...]⁴⁶

⁴⁵ Inteiro teor disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2013/rdc0038_12_08_2013.html>. Acesso em: 25 set. 2014.

⁴⁶ Ibidem.

Há certas similitudes entre os programas de acesso expandido e uso compassivo, já que ambos se destinam ao fornecimento de medicamento novo, promissor, ainda em fase de desenvolvimento clínico e sem registro perante a ANVISA, destinado a portadores de doenças debilitantes graves e/ou que ameacem a vida, sem alternativa terapêutica satisfatória com os produtos registrados no país. No acesso expandido, porém, a pesquisa do novo fármaco já deve ter alcançado a fase III de desenvolvimento, ou ter sido concluída – requisito que não é exigido no uso compassivo. Além disso, enquanto os programas de acesso expandido se destinam a um grupo de pacientes, o uso compassivo é voltado para o acesso individual e pessoal do medicamento ainda em fase de pesquisa. De sua vez, o programa de fornecimento pós-estudo diz respeito à oferta gratuita de medicamentos a quem tenha sido sujeito de pesquisa, quando terminado o estudo ou finalizada a participação do indivíduo – o que não se confunde com as situações anteriores, apesar do caráter experimental de todas essas situações.

Como leciona Goldim, o acesso a terapias experimentais é um fenômeno recente, que surgiu da demanda de grupos de pacientes e familiares, sobretudo depois da epidemia de AIDS, “para possibilitar a continuidade do uso de drogas pelos participantes após o término dos estudos”, assim como “para possibilitar o uso assistencial de drogas que ainda estão sendo investigadas por pacientes que não participam dos estudos”⁴⁷. A admissão do acesso às terapias experimentais, portanto, vem ao encontro dessa necessidade e, conforme demonstram os dados colacionados pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) no julgamento do caso *Hristozov and others v. Bulgaria* (applications n° 47039/11 and 358/12), constata-se a superveniência de legislação regulamentadora desses programas em diferentes países, na Europa e fora dela⁴⁸.

Com isso, surgiram novas possibilidades de acesso especial a drogas ainda em investigação, através de extensões de uso, uso compassivo ou programas de acesso expandido. Os projetos de extensão propiciam que os participantes de um estudo que utiliza uma nova droga continuem a ter acesso à mesma após o término do estudo ao qual estavam vinculados. O uso compassivo e o acesso expandido ampliam a utilização dessas drogas experimentais para outros pacientes. O

47 GOLDIM, José Roberto. O uso de drogas ainda experimentais em assistência: extensão de pesquisa, uso compassivo e acesso expandido. In: Revista Panamericana Salud Publica, ano 2008, vol. 23, n. 3, p. 198-197. Disponível em: <<http://www.scielosp.org/pdf/rpsp/v23n3/a07v23n3.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2014.

48 Cf. ECHR, *Hristozov and others v. Bulgaria*, p. 14 et seq.

uso compassivo possibilita que um paciente específico, com risco de vida e sem tratamento convencional disponível, possa ter acesso a uma nova droga experimental, independentemente da fase na qual a pesquisa se encontra. O programa de acesso expandido possibilita o uso de uma droga experimental, com processo de liberação para uso assistencial já encaminhado, em um grande número de pacientes que já podem se beneficiar com o seu uso.⁴⁹

A RDC nº 38/2013, ademais de prescrever um procedimento a ser observado para a solicitação de participação em programas de uso compassivo e acesso expandido, ainda estipula algumas normas específicas. No artigo 5º, define os critérios a serem aplicados pela ANVISA na análise desses pedidos: “gravidade e estágio da doença” (inciso I); “ausência de alternativa terapêutica satisfatória no país para a condição clínica e seus estágios” (inciso II); “gravidade do quadro clínico e presença de co-morbidades” (inciso III); e “avaliação da relação risco benefício do uso do medicamento solicitado”. De outra parte, determina que como critério para a continuidade das três modalidades de programas o benefício ao paciente, segundo critério médico (art. 6º), ou o período de tratamento completo do paciente, quando a duração tenha sido estabelecida em protocolo (art. 6º, § único) – em nítida referência, em ambas as hipóteses, ao princípio bioético da beneficência. Regra semelhante é prevista pelo artigo 18 da RDC nº 38/2013, ao elencar as atribuições reconhecidas ao patrocinador, entre as quais estipula a gratuidade no fornecimento do tratamento completo com o medicamento experimental em quaisquer dos três programas (art. 18), ou enquanto houver benefício ao paciente (art. 18, § único).

A fim de proteger os pacientes que se submetem ao acesso expandido ou uso compassivo, bem como assegurar a idoneidade dos ensaios clínicos e etapas de pesquisa a serem observadas, a RDC nº 38/2013 veda a utilização dos dados de segurança colhidos durante esses programas em substituição aos ensaios clínicos para fins de registro do medicamento, podendo ser usados apenas como dados suplementares ou por solicitação da ANVISA. São estabelecidas regras sobre o monitoramento dos programas (art. 16), assim como fixado o dever, para

49 Cf. GOLDIM, 2008, p. 199. O autor ainda refere que o acesso individual a medicamentos experimentais, ou mesmo o uso off label de fármacos já registrados, pode justificar-se em casos de calamidade, fazendo referência às normas da Food and Drug Administration norte-americana sobre o tema (op. cit., p. 202). A hipótese se tornou bastante comentada recentemente, quando drogas ainda em desenvolvimento foram acionadas para aplicação em indivíduos contaminados com o vírus Ebola, conforme amplamente noticiado na imprensa nos últimos meses.

o patrocinador ou sua entidade representativa, de apresentar os dados de eficácia e segurança existentes para a indicação clínica que será objeto dos programas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

São inúmeros os questionamentos que restam em aberto no que concerne ao acesso a terapias experimentais, ainda que restringidas à hipótese do uso compassivo de medicamentos, assim delimitadas em atenção à jurisprudência que foi objeto de análise. Tal fato não obsta, porém, que algumas considerações sejam apresentadas.

De início se verifica que o arranjo normativo brasileiro, à semelhança das normas europeias, ainda conferem uma larga margem de apreciação para o legislador. Isso porque, apesar do amplo espectro por si normatizado, a Resolução de Direção Colegiada RDC nº 38/2013, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), não constitui lei em sentido formal, motivo por que o reconhecimento de deveres, a partir das atribuições estabelecidas para patrocinadores de pesquisa e médicos responsáveis poderá sofrer uma indesejável fragilização em caso de judicialização de demandas a respeito dos programas ali regulados. Ao mesmo tempo, não se trata de norma proveniente de órgão legiferante, como é o caso da norma similar comunitária – qual seja, o Regulamento EC nº 726/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia. Nessa condição, e conquanto pareça mais do que razoável e oportuno buscar sua plena efetivação, a RDC nº 38/2013 pode encontrar limitações como diploma regulamentador do princípio da assistência integral no SUS, gerando a indevida condenação do Estado à garantia de acesso de pacientes a programas de uso expandido, uso compassivo e uso pós-estudo, num perigoso jogo de reatribuição de responsabilidades, em detrimento do sistema e, eventualmente, dos próprios pacientes.

Neste contexto mostra-se de todo pertinente questionar as possibilidades de judicialização de demandas nessa seara. O recurso ao direito comparado bem demonstrou o quanto é cioso o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) em adotar posições ativistas a respeito de temas tão sensíveis como a avaliação de prioridades, o uso de recursos públicos e a definição das necessidades de saúde a serem atendidas, que bem poderiam ser enquadrados como questões de “ordem pública” interna, cuja natureza as excluiria de apreciação judicial. Sem que aqui se firme uma posição definitiva em favor dessa tendência, pois evidentemente há argumentos que demonstram o significativo liame entre a judicialização e o avanço das políticas públicas de saúde no Brasil – o caso do acesso

ao tratamento contra o vírus HIV-AIDS é exemplo bastante conhecido –, não se pode deixar de apontar para posição também cautelosa do Supremo Tribunal Federal brasileiro, ao estabelecer presunções em favor dos medicamentos registrados, dos tratamentos que constituam objeto de protocolos e diretrizes do SUS e da Medicina Baseada em Evidências (Evidence Based Medicine).

O cerne dessa problemática está em definir se os programas regulamentados pela RDC nº 38/2013, ao possibilitarem o acesso a terapias experimentais, estaria abrangidos pelo princípio da integralidade da assistência. Nos casos de acesso expandido e uso pós-estudo, uma vez que se alia, ao interesse dos pacientes envolvido, o interesse do patrocinador em obter dados de pesquisa sobre efeitos benéficos e adversos da medicação não registrada (ainda que não dispensados os ensaios clínicos), podem-se vislumbrar interesses privados bastante evidentes. E, como consequência, parece também muito razoável que a entidade patrocinadora, em cumprimento a deveres conexos à relação contratual estabelecida e de acordo com a boa-fé objetiva que rege o tráfico jurídico, seja responsabilizada pela continuidade do tratamento, ou por eventual indenização, sem maiores repercussões para o Poder Público.

O uso compassivo de medicamentos, porém, não parece ostentar um regime jurídico assim tão nítido, e a prevalência da natureza contratual sobre o caráter assistencial da relação jurídica estabelecida entre as partes não se evidencia claramente. Essa constatação decorre da incidência de princípios jurídicos como a dignidade da pessoa humana, que não raramente mitiga a autonomia individual e seus consectários deveres de proteção, mormente com relação a indivíduos em situação de hipossuficiência; assim como do reconhecimento da natureza simultaneamente individual e coletiva do direito à saúde, cuja efetivação pode assistir à colisão entre o interesse pessoal na manutenção de tratamento experimental e o interesse público em limitar o acesso a esse tipo de terapia, mormente se custeada com recursos públicos, que por natureza são também coletivos, então redirecionados a um proveito exclusivamente privado – quer do paciente, quer do patrocinador, ainda que pelas pessoas físicas que desenvolviam a pesquisa.

O princípio da integralidade da assistência obriga ao enfrentamento de seus próprios limites de efetividade. A aproximação entre Direito e Bioética, de sua parte, mostra-se como alternativa ao incremento da legislação conformadora, num ambiente em que instrumentos como o consentimento informado podem – e devem – alcançar valor jurídico e eficácia concreta na sinalização da solução para o conflito entre os interesses em jogo, que em breve poderão chegar às portas do Judiciário.

O caminho de investigação segue em aberto, e espera-se que este texto possa contribuir para o debate de tão delicadas questões.

REFERÊNCIAS:

ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2001.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução – RDC nº 38*, de 12 de agosto de 2013. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2013/rdc0038_12_08_2013.html>. Acesso em: 25 set. 2014.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *A properly reasoned refusal by the courts to authorise access to experimental treatment was neither arbitrary nor discriminatory*. ECHR 153 (2014), 28-05-2014. Disponível em: <file:///C:/Users/Mariana/Downloads/ECHR_Durisotto%20vs%20Italy_press%20release%2028052014.pdf>. Acesso em: 22 set. 2014.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Bulgaria's refusal to allow terminally-ill cancer patients to use experimental medicine did not violate their rights*. ECHR 415 (2012), 13-11-2012. Disponível em: <file:///C:/Users/Mariana/Downloads/ECHR_Hristozov%20and%20others%20vS.%20Bulgaria_press%20release%2013112012.pdf>. Acesso em: 22 set. 2014.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Hristozov and others v. Bulgaria*. Applications nºs 47039/11 and 358/12. Disponível em: <file:///C:/Users/Mariana/Downloads/ECHR_Hristozov%20and%20others%20vs%20Bulgaria_tratamento%20experimental.pdf>. Acesso em: 22 set. 2014.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Décision Requête nº 62804/13. Nivio Durisotto contre l'Italie*. Disponível em : <file:///C:/Users/Mariana/Downloads/ECHR_Durisotto%20vs%20Italy_medicamento%20experimental.pdf>. Acesso em: 22 set. 2014.

EUROPEAN MEDICINES AGENCY. *Committee for Medicinal Products for Human Use (CHMP). Guideline on compassionate use of medicinal products, pursuant to article 83 of Regulation (EC) nº 726/2004*. Doc. Ref.: EMEA/27170/2006. Disponível em: <www.ema.europa.eu/docs/en_GB/document_library/Regulatory_and_procedural_guideline/2009/10/WC500004075.pdf>. Acesso em: 24 set. 2014.

EUROPEAN MEDICINES AGENCY. *Questions and answers on the compassionate use of medicines in the European Union*. EMEA/72144/2006 (rev). Disponível em: <www.ema.europa.eu/docs/en_GB/document_library/Other/2010/01/wc500069898.pdf>. Acesso em: 24 set. 2014.

FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito à saúde. Leis nºs 8.080/90 e 8.142/90 e art. 6º e arts. 196 a 200 da Constituição Federal*. 3 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2014.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *O Sistema Único de Saúde e o princípio da sustentabilidade: interconexões e perspectivas acerca da proteção constitucional da saúde*. Tese de doutorado apresentada à Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2013, 281p.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002.

GOLDIM, José Roberto. O uso de drogas ainda experimentais em assistência: extensão de pesquisa, uso compassivo e acesso expandido. In: *Revista Panamericana Salud Publica*, ano 2008, v. 23, n. 3, p. 198-206. Disponível em: <<http://www.scielosp.org/pdf/rpsp/v23n3/a07v23n3.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2014.

GRABOIS, Victor. Gestão do cuidado. In: GONDIM R., GRABOIS V., MENDES JUNIOR W. V. (Orgs.). *Qualificação dos Gestores do SUS*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fiocruz/ENSP/EAD, 2011. p. 168. Disponível em: <<http://www4.ensp.fiocruz.br/biblioteca/home/exibedetalhesBiblioteca.cfm?ID=12547&Tipo=B>>. Acesso em: 21 dez. 2012.

SANTOS, Lenir. *Direito à saúde e Sistema Único de Saúde: conceito e atribuições. O que são as ações e serviços de saúde*. In: SANTOS, Lenir (org.). *Direito da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes Ed., 2010, p. 145-179.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. A dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e a dignidade da vida em geral. In: SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago (orgs.). *Direito constitucional ambiental. Estudos sobre a constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 57-88.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. “Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.” In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.) *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2 ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

WEICHERT, Marlon Alberto. *O direito à saúde e o princípio da integralidade*. In: SANTOS, Lenir (org.). *Direito da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2010, p. 101-142.

LIBERDADE DE RELIGIÃO E DISCRIMINAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO: ANÁLISE DE CASO JULGADO PELA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

*RELIGIOUS FREEDOM AND DISCRIMINATION IN EMPLOYMENT
RELATIONSHIPS: ANALYSIS OF CASE JUDGED BY THE EUROPEAN
COURT OF HUMAN RIGHTS*

Maurício de Medeiros Melo

*Procurador Federal. Especialista em Direito e Cidadania. Mestre em Direito
Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A liberdade religiosa no Sistema Regional Europeu de Direitos Humanos: conceituação e previsão na Convenção Europeia de Direitos Humanos; 2 Liberdade de religião nas relações de trabalho segundo a corte Europeia de Direitos Humanos: o caso EWEIDA E OUTROS v. REINO UNIDO; 3 Síntese das considerações da Corte Europeia de Direitos Humanos acerca da proteção à “manifestação” religiosa; 4 Conclusões; Referências.

RESUMO:A liberdade religiosa significa o direito de não sofrer imposição a respeito de qualquer religião, bem como o direito de não ser impedido de professar a fé individual e coletivamente. Como se trata de fenômeno coletivo, merece a proteção do Estado, o que justificou a previsão contida no artigo 9 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Demandas das mais diversas vêm surgindo e reclamando do Poder Judiciário de cada Estado-membro e dos organismos internacionais uma pronta solução. A Corte Europeia de Direitos Humanos, ao julgar o caso de Eweida e outros contra o Reino Unido, firmou o conceito de liberdade de religião no âmbito das relações de trabalho. Além disso, a Corte fixou quais os limites do exercício do direito à manifestação da fé e os limites da interferência estatal em tais hipóteses.

PALAVRAS-CHAVE:Liberdade Religiosa. Religião. Crença. Tratamento discriminatório. Restrições impostas por empregadores. Corte Europeia de Direitos Humanos.

ABSTRACT:The religious freedom means the right not to suffer imposition about any kind of religion and the right to manifest the faith individually and collectively. As a collective phenomenon, it deserves the state protection, which explains the inclusion of the article 9 of the European Convention of Human Rights. Several issues have arisen and demand from the the States party and international organizations a prompt solution. The European Court of Human Rights, judging the case of Eweida and Others v. the United Kingdom, presents the concept of religious freedom in working relations. Besides, the decision defines the limits to manifestation of the belief and the limits to the state interference in such cases.

KEYWORDS:Religious freedom. Religion. Belief. Discriminatory Treatment. Restrictions placed by employers. European Court of Human Rights.

INTRODUÇÃO

Muito se tem falado acerca da liberdade de religião e sobre como conciliar o exercício dessa liberdade em uma sociedade heterogênea e pluralista, na qual as formas de manifestação individual e coletiva encontram limite natural no respeito aos direitos fundamentais alheios.

A liberdade religiosa consiste em um fenômeno coletivo de grande repercussão social e que merece a proteção do Estado, o que explica a inserção do direito nas constituições modernas e a sua proteção pelo Direito Internacional. Apesar da clara enunciação do direito e da aparente tranquilidade que o assunto suscita, a separação entre Estado e religião não é suficientemente nítida, ainda nos dias atuais.

O exercício da liberdade de manifestação religiosa nas sociedades marcadas pela diversidade, ainda que se considere os avanços na defesa dos direitos civis, vem gerando tensões sociais em variados níveis. Com efeito, multiplicaram-se as demandas pelo reconhecimento do direito de exercer livremente outras religiões, ou mesmo o direito de não exercer e de não compartilhar de determinadas convicções filosóficas.

Os tribunais, por sua vez, procuram conferir solução aos conflitos ao estabelecer, nas hipóteses a eles submetidas, o limite para a exercício da liberdade quando em colisão com outros direitos e liberdades, além de estabelecer o limite da própria atuação estatal no campo da religião.

No âmbito da União Europeia, demandas das mais diversas vêm surgindo e reclamando do Poder Judiciário de cada Estado-membro e dos organismos internacionais uma pronta solução.

O tema relacionado ao Estado Laico e à liberdade de religião pode levantar questões sob variados enfoques. A título de exemplo, pode-se discutir o assunto sob o ponto de vista do uso de símbolos religiosos em espaços públicos, da manifestação religiosa ou discriminação no ambiente de trabalho, da positivação de preceitos religiosos e interferência do Estado no foro íntimo dos cidadãos, da interferência de grupos religiosos no processo de elaboração das leis e no campo da sexualidade e da reprodução.

O desafio da reafirmação da laicidade estatal nos países ocidentais e autodenominados democráticos tem se manifestado, entre outras situações, no campo das relações entre empregados e empregadores, aqui incluídos os entes e organismos estatais, com respeito à submissão do empregado ou servidor público a posturas e regras no ambiente de trabalho. Então pode o empregado furtar-se sempre ao cumprimento de algum dever sob a afirmação de que a conduta exigida afronta sua convicção religiosa? A negativa sob a alegação de ofensa aos preceitos

religiosos pode ser considerada uma escusa? A essas questões busca-se oferecer uma resposta à luz da Convenção Europeia e dos julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos.

O propósito deste trabalho é, por meio do estudo de caso, enfatizar o exercício do direito à liberdade religiosa no âmbito da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Por se tratar de um sistema de proteção de direitos já bastante amadurecido, o que se explica por razões históricas, é de grande importância o seu estudo, inclusive para fins de comparação com o direito nacional.

A presente análise, entretanto, prende-se à definição do que se entende atualmente por liberdade de religião e o direito à não discriminação nas relações de trabalho motivada por convicções religiosas. Nesse propósito, são tecidos comentários acerca de decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos que conferiu os devidos contornos ao exercício desse direito, ao mesmo tempo em que fixou quais os limites que justificam a interferência estatal.

Sem a pretensão de esgotar o tema da liberdade religiosa e da neutralidade estatal, intenta-se apenas abordar algumas questões atuais relacionadas ao exercício desse direito no âmbito das relações de trabalho, tais como a proibição de uso de vestimentas e símbolos religiosos no ambiente laboral e o direito à não discriminação do servidor ou empregado relacionada às suas convicções religiosas.

1 A LIBERDADE RELIGIOSA NO SISTEMA REGIONAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS: CONCEITUAÇÃO E PREVISÃO NA CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

Entre os vários aspectos de definição de um Estado Laico está o de não interferência na liberdade religiosa e admissão de todos os tipos de religião. Constitui um reflexo da liberdade e traduz a evolução da sociedade e o progresso social.

A liberdade religiosa e o Estado Laico apresentam ao indivíduo, a uma primeira vista, o direito de não sofrer imposição a respeito de qualquer religião, bem como o direito de não ser impedido de professar a fé individual e coletivamente. Ao mesmo tempo, significa não só o direito de ter religião, como também o de manifesta-la em todas as suas formas, ou seja, de praticar a religião, desde que não venha a ferir direito de outrem.¹ Esse poderia ser considerado o primeiro sentido da liberdade de religião.

¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional* – Tomo IV. Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 409: “Se o Estado, apesar de conceder aos cidadãos, o direito de terem um

A ascensão e reconhecimento dos direitos de minorias religiosas fez surgir para o Estado o dever de neutralidade e imparcialidade, traduzindo-se na ideia de tolerância religiosa e de proibição de impor ao foro íntimo dos cidadãos uma religião oficial, e fazendo surgir um direito inalienável de liberdade de crença e de culto.² Por outro lado, traduz igualmente o direito a não cultivar ou manifestar qualquer tipo de crença, ou mesmo expressar publicamente a opinião agnóstica e o ateísmo.

O exercício desse direito dá-se não apenas na esfera individual de consciência ou de crença, mas também ocorre na dimensão coletiva, ou seja, na liberdade de organização de instituições religiosas, sem interferência do Estado. Nesse aspecto coletivo e de organização, o princípio da separação entre Igreja e Estado encontra previsão em diversas constituições europeias, a exemplo da Constituição Portuguesa de 1976 (artigo 41, n.º 4)³, da Constituição Italiana de 1948 (artigos 7 e 8)⁴, e da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha⁵. Trata-se do direito à associação e registro de sociedades religiosas, as quais poderão ser regulamentadas e administradas mediante seus próprios estatutos, sem qualquer ingerência estatal.

religião, os puser em condições que os impeçam de a praticar, aí não haverá liberdade religiosa. E também não haverá liberdade religiosa se o Estado se transformar em polícia das consciências, emprestando o seu braço – o braço secular – às confissões religiosas para assegurar o cumprimento pelos fiéis dos deveres como membros dessas confissões”.

- 2 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 383.
- 3 Artigo 41.º Liberdade de consciência, de religião e de culto. 1. A liberdade de consciência, de religião e de culto é inviolável. 2. Ninguém pode ser perseguido, privado de direitos ou isento de obrigações ou deveres cívicos por causa das suas convicções ou prática religiosa. 3. Ninguém pode ser perguntado por qualquer autoridade acerca das suas convicções ou prática religiosa, salvo para recolha de dados estatísticos não individualmente identificáveis, nem ser prejudicado por se recusar a responder. 4. As igrejas e outras comunidades religiosas estão separadas do Estado e são livres na sua organização e no exercício das suas funções e do culto. (...)
- 4 Art. 7. O Estado e a Igreja Católica são, cada um na própria esfera, independentes e soberanos. As relações entre ambos são regulamentadas pelos Pactos Lateranenses. As modificações dos Pactos, concordadas pelas partes, não requerem procedimento de revisão constitucional. Art. 8. Todas as confissões religiosas são igualmente livres perante a lei. As confissões religiosas diversas da católica têm direito de se organizar conforme os próprios estatutos, desde que não contrastem com o ordenamento jurídico italiano. As relações delas com o Estado são regulamentadas por lei, com base nos acordos com as respectivas representações.
- 5 Artigo 140 [Direitos das comunidades religiosas] As disposições dos artigos 136, 137, 138, 139 e 141 da Constituição Alemã de 11 de agosto de 1919 são partes integrantes desta Lei Fundamental. Art. 137 da Constituição de Weimar: (1) Não existe uma Igreja do Estado. (2) Fica garantida a liberdade de associação em sociedades religiosas. A união de sociedades religiosas dentro do Reich não está sujeita a quaisquer restrições. (3) Toda a sociedade religiosa regula e administra os seus assuntos independentemente, no âmbito da legislação em vigor para todos. Ela confere os seus cargos sem a intervenção do Estado ou da comunidade civil.

Outro aspecto relacionado à liberdade de religião diz respeito à proibição do Estado de impor ao foro íntimo do cidadão um determinado dogma religioso que diga respeito a uma religião oficial ou não. A laicidade estatal, ao mesmo tempo que impõe o respeito à liberdade de crença e à liberdade de não ter religião, significa também o dever estatal de não envolvimento e não adoção de dogmas religiosos, considerando que numa sociedade justa e igualitária deve o poder público assumir uma postura de isenção e imparcialidade. Em suma, essa liberdade corresponde ao dever do Estado de não impor ou não garantir com as leis o cumprimento de deveres que decorrem de uma determinada religião.⁶

Segundo Flávia Piovesan, “confundir Estado com religião implica a adoção oficial de dogmas incontestáveis, que, ao impor uma moral única, inviabilizam qualquer projeto de sociedade aberta, pluralista e democrática”⁷. Com efeito, não deve um Estado democrático constituir-se em instrumento de homogeneização da cultura por meio de princípios fundados unicamente na religião⁸.

A religião não deve, portanto, penetrar nos domínios do Estado ao ponto de impor os padrões de comportamento afetos a uma determinada doutrina, em respeito à liberdade de crença. O dever estatal de neutralidade e imparcialidade é incompatível com qualquer exercício do poder dirigido a julgar a legitimidade de crenças religiosas ou os meios pelos quais devem ser manifestadas.

O Estado deve limitar-se a proporcionar o exercício livre das religiões e crenças diversas, de modo a assegurar a ordem pública e a tolerância. Trata-se portanto de atuar e intervir apenas para manter a convivência pacífica dos diversos grupos religiosos e suas manifestações de fé.

Nas palavras de Jónatas Eduardo Mendes Machado, a liberdade religiosa é “indissociável da autonomia moral e racional do ser humano, da sua liberdade de consciência, de pensamento e de expressão”.⁹ É indubitável que a visão de mundo formulada por cada indivíduo decorre

6 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional – Tomo IV*. Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 409.

7 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 52.

8 Ibidem, p. 52: “Os grupos religiosos têm o direito de constituir sus identidades em torno de seus princípios e valores, pois são parte de uma sociedade democrática. Mas não têm o direito de pretender hegemonizar a cultura de um Estado constitucionalmente laico”.

9 MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes Machado. Liberdade e Igualdade Religiosa no Local de Trabalho. In: II Seminário Internacional sobre Políticas Públicas, Proteção ao Trabalhador e Direito antidiscriminatório / et al. – Porto Alegre: HS Editora, 2010, p. 7-19. *Cadernos da Escola Judicial do TRT da 4ª Região* – n° 03-2010.

de sua liberdade para abraçar determinados valores, e portanto passa a ser tutelada como direito essencial do homem.¹⁰

Nessa linha de pensamento, a liberdade religiosa e o princípio da não interferência do Estado no exercício da religião passaram a ser considerados uma garantia para o exercício dos demais direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que passaram a integrar o catálogo de direitos nas cartas de direitos e liberdades fundamentais, pois sem a plena liberdade religiosa não se pode falar em pleno gozo das demais liberdades cultural, política e de pensamento.

Como bem destaca Jorge Miranda, “a liberdade religiosa está no cerne da problemática dos direitos fundamentais, mas é, como se sabe – talvez por isso mesmo – uma aquisição recente, e ainda desconhecida ou negada em numerosos países”.¹¹

Na Convenção Europeia de Direitos do Homem, a liberdade de pensamento, de consciência e de religião encontra proteção especial no artigo 9. Aqui, a proteção do Estado abrange a liberdade de mudar de religião ou de crença, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua crença, individual ou coletivamente, em público e em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos.¹² A liberdade naturalmente não é irrestrita, porquanto o próprio conceito de “liberdade” por si só já imprime a ideia de delimitação. Daí a própria enunciação do direito já definir que ficam ressalvadas as exceções previstas em lei e que sejam necessárias à segurança pública, à proteção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à proteção dos direitos e liberdades de outrem.

O direito de liberdade de religião encontra-se também assegurado na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia em termos bem semelhantes àqueles empregados pela Convenção, e engloba a liberdade de

10 MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes Machado. Op. Cit. p. 10: “Ela integra a liberdade de crença, que protege o direito de desenvolver e sustentar uma determinada visão do mundo, incluindo aqui uma visão acerca da origem, do sentido e do destino da vida humana. Da visão do mundo sustentada decorrem, naturalmente, alguns imperativos éticos e morais”.

11 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional – Tomo IV*. Direitos Fundamentais. Coimbra : Coimbra Editora, 2000, p. 407.

12 Artigo 9º. Liberdade de pensamento, de consciência e de religião. 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de crença, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua crença, individual ou colectivamente, em público e em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos. 2. A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou colectivamente, não pode ser objecto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à protecção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à protecção dos direitos e liberdades de outrem.

mudar de religião ou de convicção, bem como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua convicção, individual ou colectivamente, em público ou em privado, através do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos.¹³

A liberdade de credo e de expressar ou não livremente uma religião, na forma como é enunciada nos documentos constitucionais e de direito internacional de proteção aos direitos humanos, pode ser considerada uma liberdade negativa, porquanto é garantida a liberdade de manifestar ou não a sua religião ou a sua convicção, individual ou coletivamente, em público ou em privado, através da manifestação por diversos meios possíveis. Quando o objeto da liberdade é uma alternativa de ação, fala-se de uma “liberdade negativa”¹⁴. Nesse aspecto, conforme doutrina de Robert Alexy, uma pessoa é livre em sentido negativo na medida em que não lhe estão vedadas alternativas de ação, ou seja, a liberdade nesse sentido não diz nada sobre o que deve fazer um pessoa livre e apenas enuncia uma alternativa de fazer ou não algo.¹⁵

É indubitável que a religião é indissociável da vida em sociedade e funciona como fonte de valores morais e éticos. Em muitas sociedades, os valores propugnados por determinada religião atuam como verdadeiro código de ética e influem diretamente na vida dos cidadãos e na regulação das relações interpessoais. Contudo, o Estado deve postar-se ao longe, sem envolvimento direto nas questões religiosas e sem abraçar as causas e lutas motivadas por dogmas estritamente religiosos.

A partir dos postulados acima, a prática cotidiana tem apresentado questões a respeito de uma suposta ingerência estatal, ou mesmo sobre a omissão do Estado em prover a devida garantia do exercício do direito. Essas hipóteses têm exigido a atuação da Corte Europeia de Direitos Humanos para o fim de dirimir conflitos e definir ser houve ou não tratamento discriminatório quando as partes alegam não poder exercer ou manifestar sua convicção religiosa.

Em inúmeros casos, a irrisignação refere-se à obrigatoriedade de determinadas condutas que seriam, no entender dos reclamantes, contrárias à sua filosofia ou convicção religiosas, ou seja, trata-se

13 1. Todas as pessoas têm direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, bem como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua convicção, individual ou colectivamente, em público ou em privado, através do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos. 2. O direito à objecção de consciência é reconhecido pelas legislações nacionais que regem o respectivo exercício.

14 ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 214.

15 *Ibidem*, p. 214.

de hipóteses em que o empregado busca furtar-se do cumprimento de terminadas regras gerais de conduta sob o argumento de que a obrigação viola a liberdade de crença. Aqui, é preciso verificar se há efetiva discriminação e restrição indevida, como se dá quanto à proibição de uso de símbolos e adereços religiosos no ambiente de trabalho, ou em razão de objeção à obrigatoriedade de determinadas práticas por parte do empregado.

2 LIBERDADE DE RELIGIÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO SEGUNDO A CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS: O CASO DE EWEIDA E OUTROS V. REINO UNIDO

Quanto aos limites à liberdade de religião diante de eventuais colisões com outros direitos e liberdades fundamentais, a Corte Europeia de Direitos Humanos tem definido em divesas hipóteses, diante da análise do caso concreto, se há ou não violação ao artigo 9 da Convenção, e se os limites prescritos pelos tribunais de cada estado membro guardam previsão no parágrafo segundo do mesmo artigo.

Numa série de processos relacionados com o direito substantivo à liberdade de religião e crença ao abrigo da Convenção Europeia de Direitos Humanos, a Corte Europeia tem deixado claro que não compete ao Estado procurar impor o que constitui uma religião ou crença, e que a proteção associada a estes conceitos é extensiva a ateus, agnósticos e céticos, abrangendo, como tal, tanto os que optam por ter convicções religiosas e praticar uma religião, como os que optam por as não ter e não as praticar.

No CASO DE EWEIDA E OUTROS v. REINO UNIDO¹⁶ (Requerimentos n.ºs. 48420/10, 59842/10, 51671/10 e 36516/10), julgado em 15 de janeiro de 2013, a Corte Europeia de Direitos Humanos apreciou em conjunto quatro reclamações que envolviam a alegação de violação ao artigo 9 da Convenção.

O primeiro dos casos foi proposto por empregada de companhia aérea que postulava o direito de utilização de um crucifixo junto ao pescoço, de forma que permanecia visível ao público. A utilização do símbolo, na maneira como pretendia a reclamante, contrariava as regras

16 Disponível para consulta em <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-115881>. O caso originou-se de quatro requerimentos (n.ºs 48420/10, 59842/10, 51671/10 e 36516/10) contra o Reino Unido da Gran Bretanha e Irlanda do Norte apresentados à Corte sob amparo do artigo 34 da Convenção para a proteção de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (a "Convenção") por quatro cidadãos britânicos entre os meses de junho e agosto de 2010.

internas da empresa com relação ao código de vestimenta, o qual à época não permitia o uso visível de símbolos religiosos.

A Corte entendeu que a recusa por parte da companhia aérea em possibilitar o uso, de forma visível ao público, de um crucifixo constituiu uma interferência no direito de expressar a religião. Desde que a conduta discriminatória não tenha sido atribuída diretamente ao Estado, restou ao Tribunal averiguar se em todas as circunstâncias as autoridades públicas cumpriram com sua obrigação positiva de garantir a eficácia do artigo 9. Nesse particular, os juízes nacionais em cada nível de jurisdição concordaram que o objetivo de código de vestimenta era legítimo, especialmente para comunicar uma certa imagem da companhia e permitir o reconhecimento da equipe. A Corte Europeia de Direitos Humanos, entretanto, concluiu, dadas as circunstâncias de que não houve evidência de invasão pela conduta da empregada nos interesses de outrem, que as autoridades domésticas falharam em proteger a requerente no direito de manifestação religiosa, configurando quebra da obrigação positiva estatuída no artigo 9. O julgado fundamenta-se no fato de que o símbolo era discreto e não implicava prejuízo à imagem profissional. Ademais não haveria evidência de que o uso autorizado de símbolos religiosos por parte de outros empregados ocasionou algum impacto negativo à imagem da empresa.

A segunda reclamação foi também proposta por cristã praticante que defendia ser o uso de crucifixo junto ao pescoço um símbolo de expressão de sua fé, de modo que a remoção compulsória significaria uma violação ao seu direito encartado no artigo 9. A requerente laborava junto ao Royal Devon and Exeter NHS Foundation Trust, uma instituição hospitalar pública que mantinha uma política de uso de uniforme fundamentada nas orientações do Departamento de Saúde. Este, por sua vez, proibia o uso de colares, correntes ou outros adereços junto ao pescoço que pudessem significar risco de infecção hospitalar. Ao ser solicitada a remoção do cordão e do crucifixo ao argumento de que poderia causar dano físico aos pacientes, a reclamante insitiu na tese de que se tratava de símbolo religioso e uma expressão legítima de sua religião, fato que culminou com apelo ao Tribunal Laboral por suposta discriminação direta e indireta.

Na hipótese, a Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que a pretensão decorria de uma manifestação religiosa e que a proibição do uso do crucifixo junto ao fardamento significava de fato uma interferência. Entretanto, concluiu que a razão para a solicitação de remoção do adereço, especialmente a proteção da saúde e segurança dos pacientes, era de maior magnitude que o bem postulado pela reclamante. Ademais,

haveria in casu um maior campo de apreciação delegado às autoridades locais. Por fim, entendeu o Tribunal que a interferência em sua liberdade de manifestação era necessária e possível em uma sociedade democrática, de modo que não haveria violação ao artigo 9 nessa hipótese.

O terceiro caso objeto de julgamento diz respeito à petição proposta por uma funcionária da região londrina de Islington, a qual passou a atuar, a partir de 2002, nos serviços de registros civis. Argumentou a peticionante que entrou em vigor o *The Civil Partnership Act 2004*, o qual admitia a possibilidade de registro oficial de uniões civis entre pessoas do mesmo sexo, em consonância com os direitos e obrigações inerentes e naturais ao casamento. Em dezembro de 2005, Islington decidiu designar todos os servidores de registro de nascimento, morte e casamentos como responsáveis também pelo registro das uniões civis. Em 2006, foi aplicada advertência dirigida à servidora, pela autoridade local, em razão da recusa em efetuar o registro civil por motivo de não aceitação da orientação sexual das partes, o que violava o Código de Conduta e a política de igualdade e diversidade.

A questão foi levada à Corte de Apelação, a qual concluiu, em dezembro de 2008, que o artigo 9 da Convenção e a *Court's case-law* corroboram o entendimento de que a pretensão de ter um ponto de vista religioso respeitado não poderia ser atendido ao ponto sobrepujar a política de igualdade propagada pela Região de Islington, cuja preocupação era apenas a de assegurar que todos os oficiais de registro manifestassem igual respeito pela comunidade homossexual, nos mesmos termos e em isonomia com a comunidade heterossexual. Adicionalmente, destacou a Corte que a partir do momento em que foi investida na função de oficial de registro de uniões civis, o órgão de registros não se encontrava meramente autorizado, mas obrigado a solicitar da demandante a condução das uniões civis. A solicitante apresentou então reclamação perante a Corte Europeia de Direitos Humanos ao argumento de violação ao artigo 14 combinado com o artigo 9, pois haveria sido vítima de discriminação em razão de sua prática religiosa.

Em síntese, a Corte considerou que, desde que a manifestação individual ou coletiva de uma crença religiosa possa ter impacto em outros indivíduos, os legisladores enquadraram esse aspecto particular da liberdade de religião na conduta descrita no artigo 9, § 2. O dever estatal de neutralidade e imparcialidade é incompatível com qualquer outro poder pelo Estado-parte para avaliar a legitimidade de crenças religiosas ou os meios pelos quais aquelas crenças são expressadas. De acordo com esse precedente, a Corte deixa ao Estado-parte uma certa margem de apreciação para decidir se e em qual extensão uma

interferência é necessária. No caso em julgamento, ficou evidente para o Tribunal que a objeção em conduzir cerimônias de união civil entre pessoas do mesmo sexo foi diretamente motivada pela crença religiosa. Desse modo, os eventos em questão estariam abarcados no âmbito de aplicação dos artigos 9 e 14.

Há concordância da Corte com a argumentação da reclamante de que a determinação da autoridade local, segundo a qual todos os oficiais de registro de nascimentos, casamentos e mortes fossem designados também como escrivães de uniões civis, teria impacto negativo sobre ela em razão de suas crenças religiosas. Destacou-se que o propósito perseguido pela autoridade local era o de prover um serviço que não fosse meramente eficaz em termos de praticidade e eficiência, mas também um serviço que obedecesse a importante política de comprometimento com a promoção de iguais oportunidades de modo a não discriminar quem quer que fosse. Por outro lado, a política local buscava assegurar os direitos de outros que também estavam sob a proteção da Convenção. Por todas essas circunstâncias, a Corte não considerou que a autoridade local empregadora e os tribunais do Estado—parte excederam a margem de apreciação para avaliação a ela atribuída. Não se pode dizer, por conseguinte, que houve violação ao artigo 14 cumulado com o artigo 9 no caso proposto.

Já o quarto e último caso diz respeito à reclamação proposta por um cristão praticante, que trabalhava para uma organização privada nacional que fornecia terapia sexual e serviço de aconselhamento a casais. Em janeiro de 2008, o reclamante expressou indisposição para aconselhar casais homossexuais, fato que redundou em abertura de investigação disciplinar. Na ocasião foi admitido pelo empregado que havia real conflito entre suas crenças religiosas e a terapia psico-sexual com casais do mesmo sexo. Em março de 2008, o Sr. McFarlane foi sumariamente demitido por mal comportamento. Foi então instaurada reclamação junto ao Tribunal de Empregos, sob a tese de discriminação direta e indireta, demissão sem justa causa e ilegal. Finalmente, o caso foi levado à Corte de Apelação, que então manteve a decisão apelada e recusou o pedido de reclamação.

Quanto ao requerimento citado, a Corte concluiu que a objeção decorreu diretamente dos dogmas religiosos sobre casamento e relacionamentos sexuais, de modo que a recusa em prestar serviços de aconselhamento a casais homossexuais constituiu uma manifestação de sua crença religiosa. Diante de todas essas circunstâncias, a Corte não considerou que a margem de apreciação foi excedida, ao mesmo tempo em que não considerou violado o artigo 9, isoladamente ou em conjunto com o artigo 14.

3 SÍNTESE DAS CONSIDERAÇÕES DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS ACERCA DA PROTEÇÃO À “MANIFESTAÇÃO” RELIGIOSA

Conforme destacado acima, a Corte Europeia de Direitos Humanos reuniu quatro diferentes hipóteses de suposta violação ao direito de liberdade religiosa cumulada com eventual discriminação direta e indireta, mas divididas em duas vertentes distintas. As duas primeiras hipóteses guardam relação com o direito de uso de símbolo religioso, ainda que em contrariedade a norma ou regulamento interno do empregador. Os dois outros casos relacionam-se à recusa em dar cumprimento a deveres funcionais sob o argumento de conflito entre as crenças e convicções religiosas do empregado e a prestação do serviço a casais de pessoas do mesmo sexo.

Afinal, é autorizado ao empregado, à luz da Convenção Europeia, esquivar-se do cumprimento de obrigação ou dever inerente à sua função ou atividade laboral em razão de convicção pessoal, ainda que de cunho religioso? É legítima a imposição de penalidade ou mesmo a dispensa por justa causa em decorrência da recusa manifestada pelo empregado?

De acordo com as conclusões formuladas no julgamento do caso *EWEIDA E OUTROS versus REINO UNIDO*, é possível concluir que a Corte seguiu a linha de que não é dado ao empregado o direito a excusar-se do cumprimento de obrigações impostas por meio de lei, regulamento, código de ética ou política pública, ao argumento de que a norma ou regra contraria uma crença ou preceito religioso. Ao contrário, é necessário aferir se a medida proibitiva ou cerceadora é proporcional ao fim colimado na norma e se há repercussão no usufruto de outros direitos e liberdades.

Segundo a Corte Europeia de Direitos Humanos, a religião é, antes de mais nada, uma questão íntima, de pensamento e consciência individuais. Já o direito à liberdade religiosa abrange a liberdade de o indivíduo manifestar sua crença religiosa individualmente ou de forma coletiva e em público, o que se expressa muitas vezes por meio do culto, da pregação e da observância de determinadas práticas.

Considerando que tal prática poderá gerar impacto na liberdade de outros indivíduos, a Convenção condicionou o exercício da liberdade aos parâmetros do artigo 9, § 2. Nesse aspecto, depreende-se claramente a partir do julgado mencionado, que a Corte restringe o conceito de “manifestação” ou de “expressão” da prática religiosa para fins de proteção no âmbito do artigo 9, § 1. Com efeito, não pode ser afirmado que todos os atos motivados ou inspirados por preceito religioso devem ser classificados como essenciais ao exercício da crença religiosa, mas

somente aqueles que sejam expressão direta e intimamente relacionados a um preceito de fé. Em síntese, para efeito de proteção à “manifestação” mencionada no artigo 9, o ato em questão deve guardar íntima relação com a religião ou crença, o que evidentemente só poderá ser aferido na análise do caso concreto.

A existência de uma proximidade suficiente e denexo causal direto entre o ato questionado e a convicção religiosa do indivíduo deve ser determinada mediante a análise dos fatos de cada caso. Assim, haveria interferência no direito de manifestação religiosa apenas se a ilegalidade apontada tornasse impossível a adoção de ritual prescrito pela religião e considerado imprescindível, a exemplo da prática de consumo de carne animal pelos judeus ortodoxos segundo determinados preceitos judaicos de preparo. Já no que respeita a restrições impostas por empregadores quanto à observância de prática religiosa, não haveria interferência na liberdade religiosa do empregado desde que este tivesse a possibilidade de mudança de emprego ou atividade.

Nesse sentido, a Corte fixa como premissa a distinção entre uma convicção religiosa e a manifestação dessa mesma convicção na medida em que a expressão de um dogma religioso passa a causar impacto sobre os demais cidadãos também protegidos pelo direito de livre expressão.

Em segundo lugar, a Corte considera que diante de reclamações individuais de restrição à liberdade de religião na esfera laboral, a melhor abordagem do problema vem a ser considerar se a restrição foi ou não proporcional. Nessa linha de raciocínio, e a partir da interpretação ao artigo 9, § 2, o Tribunal adota uma concepção mais estrita do que pode ser considerada violação ao direito, pois entende que não será toda e qualquer limitação que pode ser vista como violadora do direito à liberdade. Dessa forma, delega aos Estados-partes da Convenção uma certa margem de apreciação ao decidir se e em qual extensão uma interferência é necessária.

Observa-se ainda que no caso *EWEIDA E OUTROS versus REINO UNIDO*, as hipóteses apreciadas em conjunto tratam igualmente da discriminação direta e indireta diante da proteção enunciada no artigo 14 da Convenção. Em geral, para suscitar-se uma violação ao artigo 14, deve ser demonstrada uma diferença de tratamento entre pessoas em situação análoga. Mas essa não constitui a única faceta da proibição de discriminação, porquanto essa violação ocorre igualmente quando Estados, sem justificativa razoável, deixam de tratar desigualmente os indivíduos significativamente diferentes.

4 CONCLUSÕES

A Corte Europeia de Direitos Humanos tem frequentemente enfatizado que o papel dos Estados-partes é o de proporcionar o exercício livre das religiões e crenças diversas e declara que esse papel é apenas de mantenedor da ordem pública e da tolerância numa sociedade democrática. O dever estatal de neutralidade e imparcialidade é incompatível com qualquer ato de força do Estado parte no sentido de avaliar a legitimidade de dogmas religiosos ou os meios de manifestação de determinada crença.

Para a Corte Europeia de Direitos Humanos a religião deve ser tratada como uma questão de foro íntimo, de pensamento e de consciência individual. Já o direito à liberdade de manifestação religiosa abrange a liberdade de o indivíduo expressar sua crença religiosa individualmente ou de forma coletiva e em público, o que ocorre usualmente por meio do culto, da pregação e da observância de determinadas práticas.

Considerando que tal prática poderá gerar impacto na liberdade de outros indivíduos, a Convenção condicionou o exercício da liberdade aos parâmetros do artigo 9, § 2. Nesse aspecto, depreende-se claramente a partir do caso *EWEIDA E OUTROS versus REINO UNIDO*, que a Corte restringe o conceito de “manifestação” ou de “expressão” da prática religiosa para fins de proteção no âmbito do artigo 9, § 1. Com efeito, não pode ser afirmado que todos os atos motivados ou inspirados por preceito religioso devem ser classificados como essenciais ao exercício da crença religiosa, mas somente aqueles que sejam expressão direta da religião e que estejam intimamente relacionados a um preceito de fé. Trata-se de uma definição restrita adotada pela corte para fins de definição no caso concreto de haver ou não restrição indevida ou discriminação.

Em síntese, para efeito de proteção à “manifestação” mencionada no artigo 9 da Convenção, inclusive quanto a restrições e obrigações impostas pelo empregador, o ato questionado deve guardar íntima relação com a religião ou crença e apresentar-se como um obstáculo efetivo ao exercício do direito de manifestação ou expressão, o que só poderá ser aferido na análise do caso concreto.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

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

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes Machado. Liberdade e Igualdade Religiosa no Local de Trabalho. In: II Seminário Internacional sobre Políticas Públicas, Proteção ao Trabalhador e Direito antidiscriminatório / et al. – Porto Alegre: HS Editora, 2010, p. 7-19. *Cadernos da Escola Judicial do TRT da 4ª Região* – n° 03-2010.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional – Tomo IV. Direitos Fundamentais*. Coimbra : Coimbra Editora, 2000.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2013.

**O SISTEMA EUROPEU CONTINENTAL DE
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE:
ASPECTOS GERAIS SOB A ÓTICA
COMPARATIVA COM O MODELO BRASILEIRO**

*THE CONTINENTAL EUROPEAN CONSTITUCIONAL JURISDICTION
SYSTEM: GENERAL ASPECTS COMPARED TO THE BRAZILIAN MODEL*

Murilo Strätz

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2. O modelo predominante na Europa Continental e sua contribuição para a formação do constitucionalismo brasileiro; 3 A tendência de objetivação do controle difuso no Brasil; 4 Conclusão; 5 Referências bibliográficas

RESUMO: O presente trabalho aborda, de modo sintético, os principais aspectos que caracterizam o controle de constitucionalidade de normas jurídicas exercido na Europa Continental, cuja maior parte dos países adota, com pequenas variações, o modelo austríaco / kelseniano, o qual se destaca pela previsão do controle concentrado, em contraposição ao controle difuso, que pode ser exercido por qualquer órgão jurisdicional. Considerando-se que o controle de constitucionalidade concentrado - que compreende os modelos austríaco e francês - é atribuído a um único órgão estatal e pode produzir efeitos erga omnes (contra todos), ao passo que o controle difuso é atribuído a todo e qualquer juiz e normalmente só produz efeitos entre as partes envolvidas no processo (inter partes), o artigo ora encetado busca traçar um paralelo entre os principais sistemas clássicos de controle (o austríaco, o francês e o estadunidense) e o modelo híbrido adotado no Brasil, bem como apontar as dificuldades que a importação incompleta de desenhos institucionais alienígenas e a inadvertida mescla de institutos constitucionais puros podem trazer à efetiva proteção do conteúdo da Carta de 1988 por parte dos operadores do Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de constitucionalidade. Sistemas jurídicos. Direito Comparado. Europa Continental. Cortes Constitucionais. Decisões. Efeitos jurídicos.

ABSTRACT: This paper approaches, in summary form, the main aspects of the constitutionality control exercised in Continental Europe, where most countries adopts, with minor variations, the Austrian / kelsenian model, which stands for the concentrated control, as opposed to diffuse control that can be exercised by any judge or court. Considering that the concentrated constitutionality control - which comprises the Austrian and French models - is assigned to a single state agency and can produce effects erga omnes (against all), while the diffuse control is assigned to any judge and takes effect only between the parties involved in the process (inter partes), the present article searches to draw a parallel between the main classical control systems (the Austrian, French and American) and the hybrid model adopted in Brazil, as well as pointing the difficulties that come from the incomplete import of alien institutional designs and the inadvertent mix of pure constitutional institutes to the effective protection of the content of the 1988 Constitution by operators of Law.

KEYWORDS: Constitutionality control. Legal systems. Comparative Law. Continental Europe. Constitutional Courts. Rulings. Legal effects.

INTRODUÇÃO

Conforme se verá no decorrer deste artigo, o Brasil adota um sistema misto de controle de constitucionalidade que agrega elementos extraídos dos três principais sistemas jurídicos clássicos, que são o francês, o norte-americano e o austríaco / kelseniano (que se difundiu por toda a Europa Continental e, por conseguinte, será objeto de estudo mais aprofundado no presente artigo).

O modelo europeu veio a influenciar mais decisivamente o sistema brasileiro a partir da introdução do controle abstrato de constitucionalidade pela Emenda Constitucional nº 16/65 na Constituição de 1946, quando o Brasil passou a conviver com os modelos difuso e concentrado, pois, até o ano de 1965, o sistema pátrio seguia eminentemente o modelo estadunidense de controle.

Até a entrada em vigor da referida Emenda, o Brasil adotava o modelo norte-americano de controle de constitucionalidade, segundo o qual a sindicabilidade das leis à luz da Constituição pode ser exercida por todos os juízes, e não apenas pela Suprema Corte.

Todavia, a adoção do modelo estadunidense deu-se de modo parcial e incompleto, porquanto deixaram nossos constituintes de importar a doutrina do *stare decisis*, a qual, sendo peça chave do controle difuso, torna vinculantes os pronunciamentos judiciais, máxime os exarados pela Suprema Corte. No Brasil tal doutrina da vinculação ao precedente não foi incorporada, de modo que qualquer órgão judiciário hierarquicamente inferior ao Supremo pode, por exemplo, continuar aplicando, em suas decisões, uma lei que o Plenário da mais alta Corte de Justiça do país declarou inconstitucional em sede de controle incidental.

Assim, como as decisões proferidas pelo STF não tinham efeitos vinculantes em relação aos demais Tribunais e juízos de primeira instância, qualquer destes poderiam decidir de modo diametralmente diverso do Supremo no que tange à interpretação da Constituição, ainda que coubesse ao STF, por expressa determinação constitucional, a guarda precípua da Carta Magna. Este foi, consoante se verá, um dos efeitos da primeira importação equivocada.

Já a segunda importação equivocada feita pelo constituinte brasileiro deu-se na introdução, também incompleta, que o Brasil fez do modelo europeu continental (kelseniano ou austríaco), no qual se inspirou para estabelecer uma jurisdição constitucional concentrada para julgamento das ações diretas inconstitucionalidade (ADI), ações diretas inconstitucionalidade por omissão (ADIO), arguições de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) e ações declaratórias de constitucionalidade (ADC).

Nossos constituintes também se olvidaram, nesta segunda importação incompleta, de que, naquele modelo kelseniano, a Corte Constitucional tem o monopólio do controle jurisdicional de constitucionalidade, controle este que, diferentemente do que ocorre no Brasil, não pode ser exercido pelas instâncias judiciais ordinárias.

Tem-se, assim, um cenário nacional híbrido, em que, de um lado, seguindo-se o modelo americano, todos os juízes têm a prerrogativa de exercer o controle de constitucionalidade (judicial review), mas não estão vinculados pelo precedente (pois não se adotou a doutrina do *stare decisis*), e em que, de outro lado, seguindo-se o modelo europeu continental, existe um sistema de controle concentrado de constitucionalidade, porém sem que as decisões do Supremo Tribunal Federal gozem de exclusividade na apreciação das questões constitucionais, o que permite que alguns críticos se indaguem sobre se o STF poderia mesmo ser visto como uma verdadeira Corte Constitucional, considerando-se que uma tese por ele assentada no controle difuso não precisa necessariamente ser seguida em casos semelhantes pelos demais juízes, que podem, inclusive, contrariá-la frontalmente, por discordarem do fundamento constitucional utilizado pelo Supremo.

Abordar-se-á, por fim, a tendência que se vem observando, sobretudo a partir da EC 45/04, de abstrativização (objetivação ou dessubjetivação) do controle difuso, fenômeno este que, segundo alguns críticos, pode engessar a interpretação constitucional e ameaçar a independência judicial, ao expandir demasiadamente os efeitos jurídicos dos pronunciamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal.

2. O modelo predominante na Europa Continental e sua contribuição para a formação do constitucionalismo brasileiro

O modelo austríaco, engendrado por Hans Kelsen, símbolo da Escola de Viena e principal responsável pela elaboração da Constituição Austríaca de 1º de outubro de 1920 e da reforma constitucional de 1929, oferece um sistema concentrado de controle, que é exclusivamente cometido a um órgão específico (Corte Constitucional) para que atue como legislador negativo, expungindo, com efeitos *erga omnes*, a lei considerada inconstitucional.

O Modelo Kelseniano retoma a ideia de Corte Constitucional, que, embora já tenha sido ventilada por Sieyès na França, somente foi efetivamente concretizada há pouco tempo no território francês, segundo recente reforma constitucional lá implantada (que será mais adiante melhor explicada).

Gustavo BINENBOJM¹ demarca as origens dessa concepção de supremacia constitucional ao remeter o leitor ao alvorecer da República francesa:

Deve-se ainda a Sieyès a formulação da ideia – já antes concebia por Edward Coke e que ganharia corpo nos Estados Unidos – da jurisdição constitucional como instituição política essencial à garantia da supremacia da Constituição. Em célebre pronunciamento na Convenção Nacional do 18 do Termidor do ano III da República, o autor sustenta que a obediência à Constituição não poderia ficar na dependência da “boa vontade” do Poder Legislativo, propugnando pela instituição de um Tribunal Constitucional encarregado de excluir do ordenamento jurídico as leis inconstitucionais. A este tribunal caberia conter os excessos cometidos por maiorias legislativas irresponsáveis, cuja vontade não se poderia sobrepor à vontade superior do povo expressa na Constituição.

Também reconhecendo a originalidade da proposta de Sieyès, Luís Roberto BARROSO² faz o seguinte comentário:

Coube a Sieyès propor ao constituinte de 1795 a criação de um *jurie constitutionnaire*, composto por 180 membros designados pela Assembleia, ao qual caberia julgar violações à Constituição. A ideia foi rejeitada. Com a Constituição do Ano VII, foi criado o *Sénat Conservateur*, com oitenta membros, nomeados por ou sob influência de Napoleão, e que foi um “corpo sem vida. Após a 2ª Guerra Mundial, com a Constituição de 1946, foi criado o *Comité Constitutionnel*, composto pelos Presidentes da República, da Assembleia Nacional e do Conselho da República, sete membros indicados pela Assembleia Nacional e três pelo Conselho da República. Sua função era dizer se uma lei votada pela Assembleia Nacional exigia uma revisão da Constituição.

Segundo KELSEN, “uma Constituição em que falte a garantia da anulabilidade dos atos inconstitucionais não é plenamente obrigatória, no sentido técnico”³. E, na visão do autor austríaco, o exercício dessa

1 BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumento de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 24.

2 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 42.

3 KELSEN, Hans. O controle judicial de constitucionalidade: um estudo comparativo das Constituições austríaca e americana. In: *Jurisdição Constitucional*. Tradução do alemão de Alexandre Krug, Tradução do

garantia deve ser atribuído a outro órgão, exterior ao parlamento, já que, evidentemente, não há de causar surpresa que aquele responsável pela elaboração das leis tenha natural propensão a mantê-las válidas:

O órgão legislativo se considera na realidade um livre criador do direito, e não um órgão de aplicação do direito, vinculado pela Constituição, quando teoricamente ele o é sim, embora numa medida relativamente restrita. Portanto, não é com o próprio Parlamento que podemos contar para efetuar sua subordinação à Constituição. É um órgão diferente dele, independente dele e, por conseguinte, também de qualquer outra autoridade estatal, que deve ser encarregado da anulação de seus atos inconstitucionais – isto é, uma jurisdição ou um tribunal constitucional.⁴

Como se viu acima, o tribunal constitucional não pode ser um órgão do Legislativo, pois este não deixa de estar subordinado à Constituição. De outro lado, tampouco deve estar inserido na estrutura do Executivo, pois, como ninguém pode ser juiz em causa própria, o órgão ao qual a Constituição comete o maior plexo de poderes (o Executivo) não pode, ele mesmo, ser incumbido de dar a palavra final sobre a sua aplicação:

A função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder. Garantia da Constituição significa a segurança de que tais limites não serão ultrapassados. Se algo é indubitável é que nenhuma instância é tão pouco idônea para tal função quanto justamente aquela a quem a Constituição confia – na totalidade ou em parte – o exercício do poder e que, portanto, possui, primordialmente, a oportunidade jurídica e o estímulo político para vulnerá-la. Lembre-se que nenhum outro princípio técnico-jurídico é tão unânime quanto este: ninguém pode ser juiz em causa própria.⁵

A teoria de KELSEN, como reconhecido pelo próprio autor, contrapõe-se ao princípio monárquico sustentado pelos filósofos e políticos do século XIX, que atribuíam ao monarca a precípua missão de defender e interpretar a Constituição. Tal concepção tinha como pano de fundo a manutenção do poder monárquico, quando da transição da monarquia absoluta para a monarquia constitucional, e foi na primeira

italiano de Eduard Brandão, Tradução do Francês de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 179.

4 Ibid., p. 150.

5 Ibid., p. 240.

metade do século XX defendida por Carl SCHMITT⁶, para quem o controle de constitucionalidade deveria ser conferido ao Presidente⁷ do Reich, porque este se colocaria como um poder intermediário, desvinculado de interesses partidários e, portanto, idôneo a defender a totalidade na nação que o elegeu.

SCHMITT sustentava que a guarda da Constituição tinha natureza política, logo, não deveria ser atribuída a um órgão com feições jurisdicionais (vale dizer, uma Corte), sob pena de se configurar uma indevida “politização da justiça”⁸, e nem a qualquer um dos poderes constituídos, pois tal competência lhe conferiria ascendência sobre os demais, tornando-se, não o guardião, mas o “senhor” da Constituição, posição esta que só poderia ser titularizada por um poder político, não judicial:

As divergências de opinião e diferenças entre os titulares de direitos políticos de decisão e influência não podem ser decididas, no geral, judicialmente, caso não seja exatamente o caso de punições por violações constitucionais abertas. Elas são eliminadas ou por meio de um poder político mais forte situado acima das opiniões divergentes, isto é, por intermédio de um terceiro superior – mas isso não seria, então, o guardião da Constituição, e, sim, o senhor soberano do Estado, ou então são conciliadas ou resolvidas por meio de um órgão não em uma relação de subordinação, mas de coordenação, isto é, por meio de um terceiro neutro, de um *pouvoir neutre et intermédiaire*, localizado não acima, e, sim, ao lado dos outros poderes constitucionais, mas dotado de poderes e possibilidades de ação singulares.⁹

KELSEN explica a proposta de SCHMITT:

É verdade que, no intuito de que o chefe de Estado apareça como o apropriado “guardião da Constituição”, Schmitt caracteriza o seu *pouvoir neutre* não como uma instância que está acima dos

6 SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 232-233.

7 Para SCHMITT, o Presidente do Reich é o “centro de todo um sistema de neutralidade e independência político-partidárias, construído sobre uma base plebiscitária” (SCHMITT, 2007, p. 232), representando ele, à luz da Constituição de Weimar (1919), “um órgão político-partidariamente neutro devido a sua relação direta com a totalidade estatal” (Ibid., p. 233).

8 Ibid., p. 33.

9 Ibid., p. 193.

“detentores de direitos de decisão e de influência política”, ou como um “terceiro mais alto”, nem como “senhor soberano do Estado”, mas sim como um “órgão justaposto”, como um poder “que não está acima, mas sim ao lado dos outros poderes constitucionais”.¹⁰

E, descortinando as verdadeiras razões que levaram alguns teóricos a defender, já um século antes de SCHMITT, o chamado “princípio monárquico”, KELSEN assevera:

Quando, portanto, os representantes da teoria constitucional do século XIX, orientados pelo assim-chamado princípio monárquico, defendiam a tese de que o natural guardião da Constituição seria o monarca, esta não passava – quem poderia hoje duvidar disso! – de uma ideologia muito evidente, umas das tantas que formam a assim chamada doutrina do constitucionalismo, e através da qual essa interpretação da Constituição procuraria mascarar sua tendência básica: a de compensar a perda de poder que o chefe de Estado havia experimentado na passagem da monarquia absoluta para a constitucional. O que em realidade se queria era – por razões cujo valor político não discutiremos aqui – impedir uma eficaz garantia da Constituição, pelo menos contra violações por parte de quem mais a ameaçava, ou seja, o próprio monarca, ou, mais precisamente, o governo, ou seja, o monarca em conjunto com os ministros que assinavam seus atos, pois aquele não podia agir por si só.¹¹

E KELSEN prossegue seu raciocínio sustentando que o Presidente do Reich, que nada mais é do que um Chefe de Estado, também pode ser considerado um dos poderes constituídos, o que colocaria por terra a própria tese defendida por SCHMITT:

Ora, então o chefe de Estado não é um dos “poderes existentes”, sobretudo numa Constituição que combina o elemento parlamentar com o plebiscitário e que divide o poder político entre Parlamento e presidente do Reich (em conjunto com os ministros)? E justo do ponto de vista de uma interpretação da Constituição que se dedica, com todos os meios, a deslocar o centro de gravidade do poder na

10 KELSEN, Hans. O controle judicial de constitucionalidade: um estudo comparativo das Constituições austríaca e americana. In: *Jurisdição Constitucional*. Tradução do alemão de Alexandre Krug, Tradução do italiano de Eduard Brandão, Tradução do Francês de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 246.

11 *Ibid.*, pp. 240-241.

direção do chefe de Estado! De quem podemos dizer que se coloca como poder especial neutro “ao lado dos outros poderes”: um tribunal destinado a nada mais que exercer um controle constitucional ou o chefe de Estado? É desse tribunal ou do chefe de Estado que devemos dizer que – se chamado a exercer a função de guardião da Constituição – recebe essa função “adicionalmente”, adquirindo destarte uma “preponderância” sobre os outros poderes instituídos pela Constituição, na medida em que assim “poderia, ele mesmo, esquivar-se do controle”? Nem mesmo a ideologia de Benjamin Constant do pouvoir neutre do monarca poderia obscurecer tanto essa interrogação a ponto de tornar a resposta seriamente duvidosa.¹²

KELSEN contestava a afirmação de Schmitt de que a atribuição de “guardião da Constituição” a um Corte Constitucional implicaria sua indesejável politização. Sustentava que toda função estatal é, de algum modo, política, de sorte que a distinção está na intensidade; trata-se de diferença quantitativa e não qualitativa, pois, para KELSEN, sempre que houver uma margem de discricionariedade, i.e., sempre que a lei deixar ao juiz o poder de decidir dentro de certos parâmetros, este terá o poder de criação do direito; poder este que não se distingue substancialmente do atribuído ao parlamento, ainda que exercido em menor intensidade.¹³ Destarte, para KELSEN, carece de relevância a discussão acerca do viés político que eventualmente tenha a Corte Constitucional, pois “todo conflito jurídico é na verdade um conflito de interesses ou de poder, e, portanto, toda controvérsia jurídica é uma controvérsia política”¹⁴. Como consequência, nada impede que se atribua a um tribunal independente (porque não submetido às ordens do executivo nem do legislativo) a função de guarda da Constituição, pois, “de todos os pontos de vista segundo os quais se possa debater o problema político-jurídico de um tribunal constitucional central e estabelecer seus prós e contras, um ponto é de fato insignificante: o de se tal órgão seria um tribunal e sua função verdadeiramente jurisdicional.”¹⁵

A sistemática implantada por KELSEN na Áustria representou profunda transformação no constitucionalismo contemporâneo, tendo inspirado diversas Constituições, dos mais variados países, a criarem Tribunais Constitucionais ou Cortes Supremas responsáveis, ainda

12 KELSEN, op. cit., p. 285-286.

13 Ibid., p. 251.

14 Ibid., p. 252.

15 Ibid., p. 248.

que não só, mas em última ou única instância, pelo controle dos atos legislativos. BARROSO¹⁶ relata a expansão do modelo austríaco para quase todas as nações da Europa Continental:

O modelo se expandiu notavelmente após a 2ª Guerra Mundial, com a criação e instalação de tribunais constitucionais em inúmeros países da Europa continental, dentre os quais Alemanha (1949), Itália (1956), Chipre (1960) e Turquia (1961). No fluxo da democratização ocorrida na década de 70, foram instituídos tribunais constitucionais na Grécia (1975), Espanha (1978) e Portugal (1982). E também na Bélgica (1984). Nos últimos anos do século XX, foram criadas cortes constitucionais em países do leste europeu (como Polônia, República Tcheca, Hungria) e africanos (Argélia e Moçambique).

E, diferentemente do que ocorre na jurisdição constitucional norte-americana, no modelo kelseniano os juízes e tribunais devem suspender o processo no qual tenha sido feita uma plausível arguição de inconstitucionalidade de determinada norma e remeter a questão para ser decidida pelo Tribunal Constitucional, após cujo pronunciamento (que se limitará à questão constitucional¹⁷), a tramitação do processo perante o juízo ou tribunal competente será retomada para a resolução do mérito da causa.¹⁸

Segundo KELSEN¹⁹, se a ordem jurídica conferisse a qualquer pessoa competência para decidir uma questão jurídica, dificilmente se formaria uma decisão judicial que vinculasse as partes envolvidas. Por isso, a questão somente pode ser decidida pelo próprio tribunal competente ou por um tribunal superior.

Para KELSEN, no que tange à sindicabilidade dos atos legislativos, o grande inconveniente do sistema norte-americano de controle constitucionalidade é que este não está atribuído exclusivamente a uma Corte Constitucional, de modo que a revisão judicial da legislação só se torna possível em um processo subjetivo, ou seja, em um processo no

16 KELSEN, op. cit., p. 44.

17 Procedimento semelhante é previsto no nosso CPC (artigos 480, 481 e 482), a estabelecer que, arguida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público em processo sob julgamento em qualquer Tribunal, a questão deverá ser submetida ao colegiado competente do respectivo Tribunal, colegiado este que, nos termos do art. 97 da CF, coincidirá com o seu Plenário ou Órgão Especial, necessariamente, exceto “quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão” (parágrafo único do art. 481 do CPC).

18 Ibid., p. 41.

19 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes Editora Ltda: 1987, p. 284.

qual a constitucionalidade da lei não é o seu objeto, senão apenas questão prejudicial.

Por isso, KELSEN entende que o controle exercido pelo Judiciário estadunidense, por exemplo, é falho na tentativa de assegurar, de modo uniforme e concentrado, a constitucionalidade da legislação, ainda que o *stare decisis* possa contribuir na vinculação dos tribunais inferiores:

De acordo com a Constituição dos Estados Unidos, a revisão judicial da legislação só é possível dentro de um processo cujo objetivo principal não seja estabelecer se uma lei é ou não constitucional. Essa questão pode surgir apenas incidentalmente, quando uma das partes sustentar que a aplicação de uma lei num caso concreto viola de modo ilegal os seus interesses porque a lei é inconstitucional. Assim, em princípio, apenas a violação de um interesse de uma parte pode colocar em movimento o procedimento de revisão judicial da legislação. O interesse na constitucionalidade da legislação, contudo, é um interesse público que não necessariamente coincide com o interesse privado das partes envolvidas; trata-se de um interesse público que merece ser protegido por um processo correspondente à sua condição especial.²⁰

Assim, no modelo austríaco, o controle de constitucionalidade é cometido a um só tribunal, de modo que não cabe aos juízes singulares apreciar a constitucionalidade das leis, mas sim remeter tal apreciação ao Tribunal Constitucional (consoante a reforma de 1929), a quem caberá pronunciar-se com eficácia erga omnes e efeito vinculante.

E BINEMBOJM²¹ lembra que na Áustria os juízes de primeiro grau, além de não poderem exercer o controle de constitucionalidade, tampouco podem submeter à Corte Constitucional tal controle, uma vez que somente os tribunais de segunda instância podem fazê-lo, e, ainda assim, apenas no caso concreto:

O sistema austríaco, nos seus primórdios, era inteiramente desvinculado dos casos concretos, uma vez que os juízes e tribunais não apenas não tinham competência para decidir, incidentalmente, as questões de constitucionalidade surgidas nos processos de sua

20 KELSEN, Hans. O controle judicial de constitucionalidade: um estudo comparativo das Constituições austríaca e americana. In: *Jurisdição Constitucional*. Tradução do alemão de Alexandre Krug, Tradução do italiano de Eduard Brandão, Tradução do Francês de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 311-312.

21 *Ibid.*, p. 38.

alçada, como também não estavam legitimados a submetê-las à Corte Constitucional para que esta exercesse o controle que lhes era vedado. Com a reforma constitucional de 1929, o art. 140 da Constituição austríaca é alterado para ampliar o elenco de legitimados para a deflagração do controle perante a Corte Constitucional, nele incluindo os tribunais de segunda instância (a Corte Suprema para causas civis e penais e a Corte Suprema para causas administrativas). Tais órgãos jurisdicionais, no entanto, não podem arguir a questão de constitucionalidade mediante ação direta – como os outros legitimados – mas apenas em via incidental, isto é, no curso de um processo que se esteja desenvolvendo e para cuja decisão seja relevante o deslinde da controvérsia sobre a constitucionalidade da lei federal ou estadual.

O modelo austríaco influenciou o Constituinte brasileiro a adotar a representação de inconstitucionalidade, instituída através da Emenda Constitucional nº 16/65 à Constituição de 1946, que inaugurou o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade no Brasil, visto que a ação direta como procedimento preliminar do processo interventivo, já introduzida anteriormente na Constituição de 1934, ainda não constituía um controle abstrato propriamente dito.

Consoante pontua André Ramos TAVARES²², o modelo de Corte Constitucional foi pensado para ser uma estrutura externa ao Judiciário, cujas decisões, por não serem proferidas em casos concretos, não seriam tecnicamente consideradas jurisdicionais e não formariam precedentes vinculantes. A vinculação se daria, obliquamente, pela eficácia geral e abstrata, contra todos (*erga omnes*), que é própria desse tipo de jurisdição, que muito se aproximaria da própria atividade legislativa (na modalidade negativa, ou revogatória).

Importante aqui registrar que na Alemanha, onde este modelo também foi adotado, não há qualquer dispositivo constitucional que trate expressamente controle de constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis. No ordenamento jurídico alemão, tais temas foram deixados pelo Constituinte ao legislador infraconstitucional. Humberto ÁVILA²³ deixa isso bem claro ao comparar o sistema brasileiro com o alemão, acentuando que a nossa Constituição, ao contrário da alemã, deixa claro, de modo explícito, a absoluta inadmissibilidade de normas inconstitucionais e

22 TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do Judicialismo Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 94-95.

23 ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 532.

a máxima proteção que o Constituinte brasileiro procurou outorgar à Carta de 1988:

Como se vê, além de a CF/88 contrapor “inconstitucionalidade” e “constitucionalidade”, sem prever uma decisão intermediária entre esses dois limites, ela previu instrumentos para tornar efetiva a Constituição, vinculando todos os Poderes que eventualmente questionem a validade de normas infraconstitucionais. Toda a preocupação constitucional está em restaurar o estado de constitucionalidade por meio da atribuição de maior eficácia possível às decisões do Supremo Tribunal Federal, inclusive com o mecanismo da reclamação, que ultrapassa todas as instâncias para acelerar a referida restauração. Nenhum – insista-se: nenhum – desses dispositivos encontra paralelo na Lei Fundamental Alemã. Nesta não se fala em (in)constitucionalidade, nem em efeitos, nem em (in)validade de normas infraconstitucionais. Esses temas, assumidos pela CF/88, no sistema alemão foram deixados para o legislador infraconstitucional regular.

E ÁVILA ²⁴ completa na sequência seu raciocínio:

Com essas observações se quer registrar que, enquanto o controle de constitucionalidade é regulado pela própria CF/88, com a finalidade de afastar, com maior eficácia e abrangência, qualquer tipo de violação à Constituição, tal matéria é deixada pela Lei Fundamental alemã para definição por meio do Poder Legislativo. Essa distinção não pode ser colocada de lado (ÁVILA, 2012, p. 532).

O modelo brasileiro, conforme já se antecipou, contempla um sistema misto ou híbrido, ostentando características dos três modelos clássicos (austríaco, francês e estadunidense) e ainda lhes acrescentando outras próprias, fazendo com que o controle de constitucionalidade possa ser realizado por órgão político (Legislativo e Executivo) e judicial (nas formas concentrada e difusa, quanto ao órgão judicial, e nas formas principal e incidental, quanto ao tipo de processo), nas modalidades preventiva e repressiva.

O sistema francês influenciou sobremaneira o modelo de controle instituído pela Constituição Imperial Brasileira (1824) ²⁵, ao outorgar ao

²⁴ ÁVILA, op. cit., p. 532.

²⁵ A Constituição Imperial de 1824 não admitia controle de constitucionalidade algum, estando claramente influenciada pela teoria da “supremacia do parlamento”. Assim, cabia apenas ao legislativo dizer o sentido

Poder Legislativo a atribuição de “velar na guarda da Constituição” (art. 15, n. 8º e 9º). MENDES²⁶ destaca tratar-se tal modelo de verdadeira “consagração do dogma da soberania do Parlamento”.

Em verdade, na França, não só o controle de constitucionalidade, mas a própria sindicância dos atos administrativos em geral já era, desde a Constituição de 1791, subtraída à jurisdição comum. Dessa maneira, de qualquer sorte, ainda que não houvesse o Conselho Constitucional, as questões de direito público não seriam mesmo resolvidas no Judiciário francês, mas sim em seu Conselho de Estado (*Conseil d'État*)²⁷. Sistema semelhante se dá na Itália, em que também se observa o contencioso administrativo, a ser exercido exclusivamente pelo *Consiglio di Stato*²⁸.

Esse desenho institucional se justificava pelo fato de que a Revolução, pondo fim ao antigo regime, buscava conferir garantias efetivas aos direitos e liberdades individuais, de modo que sempre caberia aos legítimos representantes do povo impor limites ao monarca. Partindo-se da premissa de que o povo detinha um poder absoluto (não podendo a vontade geral sofrer limitações), nada mais natural que o Legislativo, como seu legítimo representante, passasse a gozar de supremacia, logo, seus editos haveriam de ficar imunes ao crivo dos juízes.

das normas, interpretando, suspendendo e as revogando, nos termos do artigo 15, inciso VII. Também o Imperador, como titular do poder moderador, exercia, em certa medida, tal função, já que lhe incumbia velar pela manutenção da independência, equilíbrio, e harmonia dos poderes, nos termos do seu artigo 98. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm Acesso em 10.09.2014.

26 MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 189-190.

27 Note-se que a jurisdição na França, ao contrário do que ocorre no Brasil, não é *una*, pois é regida pelo “contencioso administrativo”, de sorte que as controvérsias envolvendo a Administração Pública não podem ser submetidas ao Poder Judiciário comum (cujo órgão de cúpula é a *Cour de Cassation*), mas devem ser resolvidas, exclusivamente, perante uma Justiça Administrativa, cujo órgão de cúpula é o *Conseil d'Etat*. O Conselho de Estado foi estabelecido por Napoleão em 1799 e julga os recursos das Cortes Administrativas, cassando as decisões que equivocadamente apliquem uma norma de direito público. Esse Conselho também desempenha atividade consultiva quando para tanto instado por uma Corte Administrativa que tenha dúvida sobre a validade ou a interpretação de uma determinada lei. No caso de conflito de competência entre a Justiça Administrativa e a Comum, a questão é resolvida pelo *Tribunal des Conflits*, que existe só para solucionar esses casos de conflito de competência (CHASE; HERSHKOFF, 2007, p. 120-121). Já a Corte de Cassação, criada em 1790, embora inicialmente não fizesse parte do Poder Judiciário (até porque sua criação visava limitar o poder judicial), é a única corte nacional com competência civil e criminal simultaneamente e tem aproximadamente duzentos membros que se dividem em cinco câmaras cíveis e uma criminal. A *Cour de Cassation* não julga o mérito das controvérsias, senão apenas estabelece a regra de direito que deverá orientar a sua resolução, a qual se dará posteriormente por uma Corte de Apelação (CHASE; HERSHKOFF, 2007, p. 118-119).

28 Realizamos, durante o Curso a que se refere este artigo, visita institucional ao Conselho de Estado italiano.

Não obstante, Max MÖLLER²⁹ ensina que a “soberania do parlamento”³⁰, na concepção dos revolucionários franceses, não se amolda ao que hoje se entende por Constituição, ressaltando-se a pertinente distinção:

Todavia, a concepção do governo revolucionário francês, no sentido de que a “vontade geral” do povo soberano pudesse ser revelada através dos representantes reunidos no Poder Legislativo, impede que se encontre nesse modelo uma concepção de constituição tal como hoje concebe o constitucionalismo. Ao contrário, no modelo francês pós-revolucionário, a “constituição” está totalmente absorvida pela ideia de soberania popular manifestada através da lei, onde o legislador, soberano, não é representado como um poder, mas como uma vontade originária. Ao invés de contrapesos, o que se impõe é a primazia do legislador, de modo que não é possível sustentar um modelo claro de separação de poderes, ainda que este estivesse expressamente presente na constituição francesa pós-revolucionária. [...] Através do princípio da legalidade, o “legislador soberano” mantém sob seu controle o Poder Executivo. Em relação ao Poder Judiciário, para assegurar o império da lei e a hegemonia do legislador, o sistema francês cria o Tribunal de Cassação, braço do Legislativo que, na definição do próprio Robespierre, é o “protetor da lei e órgão de vigilância e controle dos juízes.

Essa soberania do Parlamento encontra-se, ainda hoje, tão arraigada no ideário francês, que se manteve mesmo após a reforma constitucional de 2008, de modo que ainda é vedado aos juízes apreciar a constitucionalidade das leis, cabendo-lhes apenas aplicá-las. O Conselho Constitucional, que sequer integra qualquer dos Poderes³¹, é o único órgão competente para a análise da constitucionalidade das leis, e, até o

29 MÖLLER, Max. *Teoria Geral do Neoconstitucionalismo*: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 148-149.

30 MARINONI anota profunda diferença entre a “supremacia do parlamento” na França e na Inglaterra, já que, nesta última, tal supremacia, afirmada pela Revolução Gloriosa de 1688, não objetivou marcar o início de um novo direito, não tendo o propósito desconsiderar o passado, mas, ao contrário, o de preservá-lo, afirmá-lo e fazê-lo valer contra um rei que não o respeitava. Na França, ao revés, a Revolução pretendeu a derrocada total do Antigo Regime, cujos juízes não mereciam confiança, de modo que a supremacia do parlamento foi engendrada como sujeição do juiz à lei, o qual estava proibido, inclusive, de interpretá-la, para que não houvesse riscos de distorção da vontade sufragada pelo povo (MARINONI, 2010, p. 48-49).

31 O Conselho Constitucional francês não integra qualquer dos poderes, sendo, portanto, órgão autônomo (<http://www.conseil-constitutionnel.fr> Acesso em 10.09.2014).

ano de 2010, somente podia exercer tal atribuição antes de promulgada a lei examinada (tratava-se, pois, de controle meramente preventivo).

Conforme informações colhidas do Portal Internacional do STF³², somente com o advento da Lei Orgânica n.º 2009-1523, de 10 de dezembro de 2009 (que, entrando em vigor em 10.03.2010, regulamentou o artigo 61-1 e o artigo 62 da Constituição Francesa, de 04.10.1958), o sistema francês passou a admitir a denominada “questão prioritária de constitucionalidade”³³ (*question prioritaire de constitutionnalité*), por meio da qual qualquer pessoa que seja parte em um processo, em qualquer instância, administrativa ou judiciária, tem o direito de questionar um dispositivo legal sob o argumento de que ele atenta contra os direitos e liberdades garantidos na Constituição. Se as condições de admissibilidade forem preenchidas, caberá ao Conselho Constitucional se pronunciar e, se for o caso, ab-rogar o dispositivo. Como se vê, trata-se de novidade impactante, já que, antes de março de 2010, não era possível contestar-se a constitucionalidade de uma lei que já estivesse em vigor no território francês.

Trata-se da consolidação, ainda que tardia, da formulação da idéia que, segundo Gustavo BINENBOJM³⁴, foi objeto de pronunciamento no célebre discurso que o abade Emmanuel Sieyès fez na “Convenção Nacional do 18 do Termidor do ano III da República”, em que o referido revolucionário sustentou que “a obediência à Constituição não poderia ficar na dependência da ‘boa vontade’ do Poder Legislativo, propugnando pela instituição de um Tribunal Constitucional encarregado de excluir do ordenamento jurídico as leis inconstitucionais”.

Assim, o Conselho Constitucional francês, embora organicamente instituído pela Constituição de 1958, somente passou a estar institucionalmente habilitado a exercer o controle repressivo de constitucionalidade a partir de 10 de março de 2010, quando entrou em vigor a Lei Orgânica n.º 2009-1523, de 10 de dezembro de 2009, já que até então sua função se restringia a prevenir a edição de leis inconstitucionais (controle preventivo por iniciativa exclusiva de algumas poucas altas

32 <www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfDestaque_pt_br&idConteudo=160929> Acesso em 09.09.2014.

33 José dos Santos CARVALHO FILHO relata que a questão prioritária de constitucionalidade, malgrado tenha sido regulamentada somente em dez/2009, fora inserida no ordenamento jurídico francês através da Reforma Constitucional de 23 de julho de 2008 (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *A evolução da jurisdição constitucional na França*. Consultor Jurídico: artigo de 15 de junho de 2013 <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-15/observatorio-constitucional-historico-perspectivas-jurisdicao-constitucional-franca#author>> Acesso em 16/09/2014).

34 *Ibid.*, p. 24.

autoridades da República) e a dirimir controvérsias de competência entre o Parlamento e o Executivo.

Já o sistema americano, também conhecido como judicial review, é o que realmente inaugurou o modelo de controle judicial de constitucionalidade tal como é universalmente conhecido hoje, sendo o precedente *Marbury versus Madison* (1803) considerado a primeira decisão na qual a Suprema Corte afirmou seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, negando a aplicação de lei que considerava inconstitucional, malgrado se possa falar da existência, consoante adverte BARROSO³⁵, de precedentes identificáveis em períodos diversos da história, desde a Antiguidade, e mesmo nos Estados Unidos do período colonial (com base no direito inglês), o que de certa forma mitiga o pioneirismo daquele clássico precedente.

O modelo da judicial review influenciou personalidades marcantes, como a de Rui Barbosa, o que, para MENDES³⁶, parece ter sido fator decisivo para a consolidação do modelo difuso em nossa Carta Republicana de 1891. Assim como a Constituição americana, a brasileira também não se referia expressamente ao controle de constitucionalidade, o que levou Rui Barbosa a destacar a elástica amplitude do novel instituto, verbis:

O único lance da Constituição americana, onde se estriba ilativamente o juízo, que lhe atribui essa intenção, é o do art. III, seç. 2^a, cujo teor reza assim: 'O poder judiciário estender-se-á a todas as causas, de direito e equidade, que nascerem desta Constituição, ou das leis dos Estados Unidos'.

Porém, no *judicial review* do sistema estadunidense, que tem por função assegurar a supremacia da Constituição, os precedentes não têm a mesma força vinculante que se observa nos precedentes britânicos, conforme observa SOTELO³⁷:

En ese contexto resultó más fácil admitir tempranamente el poder de overruling para poder revocar una precedente decisión, anulándolo como precedente por considerarlo erróneo, o incluso el poder de redefinirlo o formularlo mejor sin anularlo formalmente (overstatement). [...]

35 Ibid., p. 5-6.

36 _____, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. – 3^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 191.

37 SOTELO, José Luiz Vasquez. A jurisprudência vinculante na “common law” e na “civil law”. In *Temas Atuais de Direito Processual Ibero-Americano: compêndio de relatórios e conferências apresentados nas XVI Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual*. Organizado por Petrônio Calmon Filho e Adriana Beltrame. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1998, p. 364.

Como ya se ha dicho antes, no debe olvidarse la influencia del factor universitário. La formación universitaria de los juristas norteamericanos, a diferencia de Inglaterra, milito en contra de la aceptación mecánica de todo precedente, que supone en definitiva aceptar la imposición de una regla burocrática.

Não obstante, a tradicional distinção segundo a qual o common law seria fundado sobre precedentes, ao passo que o civil law seria fundado na lei escrita, atualmente, não tem mais qualquer valor descritivo, na abalizada opinião de Michele TARUFFO³⁸, para quem “nos sistemas de civil law se faz amplo uso da referência à jurisprudência, enquanto nos sistemas de common law se faz amplo uso da lei escrita”. Dessa forma, o direito material define-se empiricamente, na medida em que as questões são levadas à apreciação dos julgadores, que constroem a solução valendo-se de um método indutivo (partindo do particular para o geral), ao contrário do que se dá no sistema romano, em que a solução é engendrada a partir da norma geral em direção ao caso específico (método dedutivo).³⁹

Por outro lado, contudo, se não houver uma constante atenção por parte dos julgadores no que tange às especificidades dos casos que lhe são rotineiramente submetidos à apreciação, esse sistema pode acabar deixando de ser assim tão dinâmico, dado o risco de que não se faça a devida distinção (distinguishing) entre o precedente norteador e o caso que está sob julgamento. Afora isto, tal sistema, para que se mantenha dinâmico, deve também sempre estar aberto à possibilidade de superação (overruling) dos seus precedentes, sempre que estes passem a se mostrar inadequados face às mudanças pelas quais passa a sociedade.

Outra preocupação constante é não deixar que a regra de direito haurida do precedente se desgarre do caso concreto e passe a funcionar como uma norma geral e abstrata (na verdade, como uma lei), pois, segundo TARUFFO⁴⁰, “não se compreende o precedente se a interpretação da norma que nele foi aplicada não vem conexa diretamente com a *fattispecie* concreta que foi decidida”. Essa é, aliás,

38 TARUFFO, Michele. *Precedente e Jurisprudência*. Revista de Processo, n. 199. São Paulo: Revista dos Tribunais, set./2011, p. 140.

39 TARUFFO observa que a argumentação jurídica, na aplicação do precedente, não tem “uma estrutura silogístico-dedutiva, nem uma estrutura dogmático-sistemática, mas uma estrutura *tópica*, no mesmo sentido esclarecido por Viehweg em *Topik und Jurisprudenz*”, de sorte que os precedentes “representam, de fato, os *topoi* que orientam a interpretação da norma na complexa fase dialética da *Rechtsfindung* e que dão suporte à interpretação adotada como válida no âmbito da argumentação justificativa (por exemplo, na motivação da sentença)” (Ibid., p. 140-141).

40 Ibid., p. 141.

uma das críticas que se fazem à súmula vinculante, já que, na maior parte dos casos, depois que a súmula é editada, esquecem-se completamente as peculiaridades dos casos concretos que levaram à sua edição, o que faz com que o precedente passa funcionar como lei, aplicando-se a situações gerais que não guardam perfeita consonância com o precedente. Outra preocupação constante é o modo generalizante pelo qual às vezes se concebe a súmula, a qual, por não se basear em um caso específico, não raro já nasce desconectada de uma *fattispecie*.

Essas preocupações são objeto de sucinta abordagem no item abaixo.

3. A TENDÊNCIA DE OBJETIVAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO NO BRASIL

Como se viu acima, a importação incompleta do modelo concentrado de origem kelseniana acabou por gerar uma tendência de objetivação (abstrativização ou dessubjetivação) do controle difuso, tendência esta ressaltada pela doutrina, tal como observa Pedro Miranda de OLIVEIRA⁴¹:

O requisito da repercussão geral reforça, portanto, a ideia de que o principal no recurso extraordinário não é o caso concreto, mas a questão constitucional nele veiculada. O exame do caso concreto é uma consequência da sedimentação da tese, ou seja, da correta interpretação das questões jurídicas debatidas naquele processo. A esse fenômeno convencionou-se denominar objetivação do recurso extraordinário.

Também a abonar a irradiação de efeitos, para além das partes originárias, das decisões proferidas em sede de recurso extraordinário, Arruda ALVIM⁴² assevera:

Conquanto a validade e a eficácia das decisões sejam, predominantemente, circunscritas às partes, as que são proferidas

41 OLIVEIRA, Pedro Miranda de. O binômio repercussão geral e súmula vinculante - Necessidade de aplicação conjunta dos dois institutos. In: *Direito jurisprudencial*. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 725.

42 ALVIM, João Manoel de Arruda. A EC 45 e o instituto da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JR. Luiz Manoel; FISCHER, Octavio Campos; FERREIRA, Wiliam Santos (coords.). *Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 83.

pelos tribunais de cúpula - e particularmente as proferidas pelo STF – transcendem o ambiente das partes, e com isto projetam o prestígio e a autoridade da decisão no segmento da atividade jurídica, de todos quantos lidam com o direito, e, mesmo em espectro maior, para a sociedade toda.

Todavia, a abstratização não tem o propósito de desprezar a função primeira dos recursos extraordinários, qual seja, a de satisfazer a aspiração do recorrente em ver revertida decisão que lhe fora desfavorável. Neste sentido é a posição de DINAMARCO⁴³:

Não comungo da ideia de que a ação rescisória, recurso especial e recurso extraordinário fossem institutos voltados exclusivamente à estabilidade da ordem jurídico-positiva e outros escopos de ordem pública, sem guardar relação com as aspirações dos sujeitos em conflito ou com o valor do justo. De algum modo, todos os institutos processuais inserem-se invariavelmente num equilibrado conjunto de disposições que favorecem a insistente busca de satisfação de pretensões e disposições destinadas a promover a estabilização do julgado, a bem da segurança jurídica.

A eficácia em relação a todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta, tal como atribuído pela Emenda Constitucional nº 45/2004 às súmulas vinculantes, é definida por Rodolfo de Camargo MANCUSO⁴⁴ como “eficácia expandida panprocessual”, no sentido de que a eficácia da decisão do STF em matéria constitucional não fique confinada dentro dos estreitos limites do processo em que é proferida:

É crescente a tendência à valorização do perfil objetivo do acórdão do STF em recurso extraordinário, a saber, sua aptidão para ir além da resolução do caso sub judice, por modo que, tomado como paradigma, passe a projetar efeitos pan-processuais em face de casos análogos, dado que uma querela constitucional, uma vez resolvida pelo Tribunal máximo do país, deve ter seu aproveitamento otimizado, não se justificando que sua eficácia se confine no estreito horizonte endoprocessual. Por essa vertente, o pronunciamento sobre questão constitucional, embora feito incidentalmente no bojo

43 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 999.

44 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 559.

de recurso extraordinário, projeta efeito extra-autos, ou ao menos ultrapartes, dispensando, a um tempo, a observância da reserva de Plenário (CF, art. 97) e a intervenção ulterior do Senado Federal (CF, art. 52, X).

No Recurso Extraordinário n.º 388.830-7/RJ⁴⁵, o Min. Gilmar Mendes destacou posição convergente ao entendimento acima transcrito:

A proposta aqui desenvolvida parece consultar a tendência de não estrita subjetivação ou de maior objetivação do recurso extraordinário, que deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva.

Exemplos de clara manifestação (doutrinária, legislativa e jurisprudencial) deste processo de *objetivação* por que passa o controle difuso são numerosos.⁴⁶

45 STF, 2.ª Turma, RE 388.830-7, julgado em 12.02.2006, rel. Min. Gilmar Mendes, DJU 10.03.2006.

46 Destacam-se os seguintes: 1) a aplicação no controle difuso, pelo STF, da modulação de efeitos prevista no art. 27 da Lei n.º 9.868/99, o que em rigor só se observava em controle concentrado, mas que acabou se dando tanto no RE 197.917, Relator Ministro Maurício Corrêa (DJ de 31.3.2004), que tratava do número de vereadores, quanto no HC n.º 82.959, em que se declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90 com eficácia não-retroativa (*ex nunc*) à decisão; 2) o Decreto n.º 2.346, de 10/10/1998, art. 1º, § 3º, que franqueou o Presidente da República a autorizar, dentro da Administração Pública Federal, a extensão dos efeitos das decisões proferidas pelo STF em controle incidental; 3) a dispensa de reexame necessário, prevista no § 3º do art. 475 do CPC (incluído pela Lei n.º 10.352/01), quando a sentença se baseie em posicionamento do Pleno do STF, ainda que em sede incidental ou difusa; 4) a utilização de causa de pedir aberta no RE, tal como já ocorria em sede de controle concentrado, permitindo que o STF decida a questão da constitucionalidade com base em fundamento diverso do apontado pelo recorrente (RE n.º 298.694); 5) a possibilidade de participação de interessados e dos órgãos responsáveis pela norma impugnada no RE interposto em face de decisão dos Juizados Especiais Federais, nos termos do art. 14, § 10, da Lei n.º 10.259/01; 6) a transformação da ação rescisória em um poderoso instrumento de correção de inconstitucionalidade de decisões judiciais transitadas em julgado, com a mitigação dos verbetes n.º 343 e 400 da Súmula do STF, que aceitavam a interpretação controvertida à época da prolação da decisão como subterfúgio para isentá-la de novo controle pelos tribunais, o que passou a ser contestado por doutrinadores como Teresa Wambier e José Medina (WAMBIER, MEDINA, 2003, p. 58), para quem a vetusta doutrina que norteara aquela jurisprudência revela-se, atualmente, avessa aos princípios da legalidade e da isonomia, nova orientação esta que já vem sendo acatada pelo STF e STJ; 7) os votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau na Reclamação n.º 4.335, no sentido de estender aos reclamantes a tese fixada no referido HC n.º 82.959, para garantir a autoridade desta decisão, ainda que a mesma tivesse sido tomada em sede de controle incidental; 8) a decisão monocrática proferida pela Ministra Ellen Gracie no AI n.º 375011 (noticiado Informativo n.º 365), que, visando homenagear o posicionamento do STF sobre a inconstitucionalidade de determinada lei estadual, relativizou a exigência do prequestionamento, asseverando, para tanto, que regras de prequestionamento devem ser flexibilizadas “nos processos cujo tema de fundo foi definido pela composição plenária desta Suprema Corte, com o fim de impedir

Entrementes, não se defende no presente artigo a importação, para o Brasil, do modelo austríaco puro, cuja configuração não admite que Tribunais e juízes diversos da Corte Constitucional pronunciem a inconstitucionalidade de uma lei votada pelo Parlamento. Tampouco se pretende a importação do constitucionalismo germânico⁴⁷, cujas técnicas são muitas vezes difundidas no Brasil de modo descuidado, tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência.

Defende-se apenas que as decisões do STF sobre questões constitucionais, ainda que proferidas em controle difuso, sejam seguidas por todos os Tribunais e pela Administração, sem necessidade

a adoção de soluções diferentes em relação à decisão colegiada. É preciso valorizar a última palavra - em questões de direito - proferida” pelo STF (AI-AgR 375011 / RS, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 28-10-2004); 9) a Lei nº 9.756/98, que atribuiu ao relator poderes para inadmitir monocraticamente recursos que estejam em confronto com a jurisprudência do STF e STJ e para dar provimento, também monocraticamente, aos recursos que impugnem decisões contrárias à jurisprudência dessas Altas Cortes; 10) a Lei nº 11.232/05, que, incluindo o parágrafo único ao art. 741 e o § 1º ao art. 475-L, ambos do CPC, reputa inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal; 11) a Lei nº 11.418/06, que, incorporando o art. 543-A ao CPC, estende a participação de *amicus curiae* ao controle difuso e pressupõe, no § 3º deste dispositivo legal, a existência de “repercussão geral” sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do STF; e, incorporando o art. 543-B, § 3º, estabelece que, havendo multiplicidade de recursos idênticos, a orientação firmada pelo STF no caso paradigma deverá ser aplicada pelos tribunais de origem nos recursos ali sobrestados, sob pena de o STF cassar ou reformar liminarmente (art. 543-B, § 4º) a decisão do tribunal local que divirja daquela orientação; 12) o precedente firmado no Agravo Regimental na ADI nº 4.071-DF, noticiado no Informativo STF nº 563, de 21/10/2009, em que o STF, referendando o indeferimento monocrático da inicial da ADI com fulcro no art. 4º da Lei nº 9.868/99, considerou manifestamente improcedente ADI que verse sobre norma cuja constitucionalidade foi expressamente declarada pelo seu Plenário, mesmo que em sede de RE.

47 Virgílio Afonso da Silva, fazendo uma leitura crítica desse fenômeno, observa que nem mesmo na Alemanha houve sedimentação de determinados institutos que a doutrina brasileira costuma importar para cá: “Não é difícil perceber que a doutrina jurídica recebe de forma muitas vezes pouco ponderada as teorias desenvolvidas no exterior. E, nesse cenário, a doutrina alemã parece gozar de uma posição privilegiada, já que, por razões desconhecidas, *tudo* o que é produzido na literatura germânica parece ser encarado como revestido de uma aura de cientificidade e verdade indiscutíveis. No âmbito da interpretação constitucional o caso pode ser considerado como ainda mais peculiar, já que não se trata da recepção de um modelo teórico *enraizado* e *sedimentado* em um determinado país. É possível que se suponha que os “novos” métodos de interpretação constitucional sejam métodos longamente desenvolvidos pela doutrina jurídica alemã e aplicados sistematicamente pelo Tribunal Constitucional daquele país. Não o são. Nesse caso, não se pode falar de uma “importação” de um modelo alemão de interpretação constitucional. E por uma razão óbvia: um tal modelo não existe. Os *princípios* de interpretação constitucional a que a doutrina brasileira, de forma praticamente uniforme, faz referência são aqueles referidos por Konrad Hesse em seu manual de direito constitucional. No caso dos *métodos* a referência baseia-se no famoso artigo de Ernst-Wolfgang Böckenförde sobre métodos de interpretação constitucional” (SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. In SILVA, Virgílio Afonso da. (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 116-117).

de suspensão pelo Senado (art. 52, X, da CF), em homenagem aos princípios da economia, da celeridade, da efetividade, da racionalidade dos serviços judiciários, da segurança jurídica e da igualdade.

Tal concepção aproximaria, na visão de ZAVASCKI⁴⁸, o sistema brasileiro da doutrina do *stare decisis*. E, para ampliar a eficácia das decisões proferidas pelo Supremo em controle difuso, e assim preservar os princípios acima listados, tornou-se necessária a adoção de alguns mecanismos, entre os quais se destacam os seguintes: a) a atribuição ao Senado, pela Constituição de 1934, de competência para suspender a execução das normas declaradas inconstitucionais pelo STF; b) a vinculação, para os tribunais, das decisões do STF em matéria constitucional; c) o enaltecimento da força de precedente das decisões do STF, ensejando, com a sua adoção, julgamento simplificado dos recursos e o acolhimento de ação rescisória.

Aliás, assevera MARINONI⁴⁹, com base em Mauro Cappelletti, que a introdução do modelo norte-americano de controle de constitucionalidade no civil law somente faria sentido se, juntamente com este modelo, também fosse introduzida a doutrina do *stare decisis*:

É intuitivo que, num sistema que ignora o precedente obrigatório, não há racionalidade em dar a todo e qualquer juiz o poder de controlar a constitucionalidade da lei. Como corretamente adverte Cappelletti, a introdução no civil law do método americano de controle de constitucionalidade conduziria à consequência de que uma lei poderia não ser aplicada por alguns juízes e tribunais que a entendessem inconstitucional, mas, no mesmo instante e época, ser aplicada por outros juízes e tribunais que a julgassem constitucional. Ademais – diz o professor italiano –, nada impediria que o juiz que aplicasse determinada lei não a considerasse no dia seguinte ou vice-versa, ou, ainda, que se formassem verdadeiras facções jurisprudenciais nos diferentes graus de jurisdição, simplesmente por uma visão distinta dos órgãos jurisdicionais inferiores, em geral compostos de juízes mais jovens e, assim, mais propensos a ver uma lei como inconstitucional, exatamente como aconteceu na Itália no período entre 1948 e 1956. Demonstra Cappelletti que, desta situação, poderia advir uma grave situação de incerteza jurídica e de conflito entre órgãos do judiciário.

48 ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 28-30.

49 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 77.

Portanto, longe de pretender transformar nosso modelo no sistema kelseniano puro, a tese do precedente vinculante poder conferir um mínimo de racionalidade ao sistema difuso, até porque, conforme anota SAMPAIO⁵⁰, as sentenças judiciais podem ser classificadas desde a modalidade clássica, cuja repercussão se esgotaria no caso concreto, sem qualquer desdobramento ulterior em relação a situações não tratadas naquele processo específico, até a modalidade de sentença que equivale a um ato plenamente legislativo. Assim, no que tange à extensão dos seus efeitos, a sentença clássica seria a ponta de um extremo, enquanto a sentença “plenamente legislativa” seria a ponta do outro extremo. Entre esses extremos se poderiam encontrar a sentença que cria precedente, a sentença normativa, a jurisprudência vinculante e os atos quase legislativos, assim dispostas as sentenças em uma ordem crescente de produção de efeitos panprocessuais.

O próprio KELSEN⁵¹ reconhecia que essa eficácia da jurisdição constitucional produz efeitos para além das partes envolvidas no processo:

Se o controle da constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como “inconstitucional” não só em relação a um caso concreto, mas em relação a todos os casos a que a lei se refira – quer dizer, para anular a lei como tal. Até esse momento, porém, a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do Direito.

Nos países de civil law, o órgão uniformizador da jurisprudência pode ser uma Corte de Cassação (como ocorre na França e na Itália), ou um Tribunal Supremo, que é o caso de Portugal, da Alemanha e da Espanha (que nunca adotou o típico modelo puro do recurso de cassação nos moldes franco-italianos), aqui também se podendo incluir o Brasil.

Já em países de common law, como ocorre na Suprema Corte estadunidense e na recente Suprema Corte do Reino Unido, o número anual de processos julgados é infinitamente menor do que

50 SAMPAIO, Nelson de Souza. O Supremo Tribunal Federal e a nova fisionomia do judiciário. *Revista de Direito Público*, v. 18, n. 75, jul./set., 1985, p. 5-20.

51 KELSEN, Hans. O controle judicial de constitucionalidade: um estudo comparativo das Constituições austríaca e americana. In: *Jurisdição Constitucional*. Tradução do alemão de Alexandre Krug, Tradução do italiano de Eduard Brandão, Tradução do francês de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 290.

os julgados, por exemplo, pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro ou pela Corte de Cassação italiana⁵². Naquelas verdadeiras “cortes de precedentes”, ao contrário destes últimos, os Tribunais de cúpula sabem que precisam julgar poucos casos para que estes sejam considerados precedentes raros, marcantes e dotados de autoridade e universalidade.

Por isso TARUFFO⁵³ atribui aos precedentes um papel ordenador daquilo que chama de “caos da jurisprudência” ou “caos indistinto da praxe judiciária”:

Os precedentes poderiam operar como as estruturas dissipadoras das quais se fala nas teorias da complexidade, ou seja, como momentos de formação de áreas de ordem dentro da desordem do fluir do caos da jurisprudência. Eles, de fato, poderiam constituir importantes fatores de racionalização, de uniformidade, pois, flexível, de previsibilidade e de igualdade de tratamento na incontável quantidade e variedade dos casos que são decididos pelas cortes. Para que isso aconteça, todavia, é necessário que eles não sejam, na vez deles, um elemento de desordem e de variação casual legada à especificidade dos casos singulares concretos: é necessário, portanto, que se trate de precedentes em sentido próprio e, por isso, que eles apresentem os caracteres distintivos de “raridade”, autoridade e universalidade em função dos quais eles possam emergir do caos indistinto da praxe judiciária.

Somente assim a racionalidade envolvida nos julgamentos poderá ser devidamente captada pelos jurisdicionados e demais tribunais, deixando claro para todos o que razoavelmente se pode esperar do Judiciário. Tomara que o Supremo Tribunal Federal, seguindo essa valiosa lição, consiga, por meio de sua jurisdição constitucional, formar precedentes que organizem esse “caos indistinto da praxe judiciária” e sirvam de norte interpretativo à comunidade jurídica, a fim de que o Direito possa, enfim, proporcionar à sociedade a segurança jurídica e a isonomia que a Constituição tanto preza.

52 Taruffo aponta que a *House of Lords* (hoje substituída pela *UK Supreme Court*) profere, em média, menos de cem decisões por ano, e que a Suprema Corte estadunidense decide menos de duzentos casos anualmente, ao passo que a Corte de Cassação italiana prola em média **cinquenta mil** sentenças por ano! (TARUFFO, 2011, p. 145). Já o Supremo Tribunal Federal julga aproximadamente o dobro do que a Corte de Cassação italiana. Só para se ter uma noção, no ano de 2008, o STF proferiu 128.823 decisões. Mas este número, felizmente, vem caindo, pois em 2012 o total de decisões correspondeu a 90.056. Disponível em (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoesgeral>) Acesso em 08.09.2014.

53 *Ibid.*, p. 155.

4. CONCLUSÃO

Na Europa continental, o controle de constitucionalidade segue o modelo concentrado, concebido nos termos dos clássicos modelos da Áustria (Constituição kelseniana) e da França (que, embora contasse desde a Constituição de 1958 com uma Corte Constitucional voltada aos objetivos que haviam sido propugnados por Sieyès já nos idos de 1795, passou a ter um controle repressivo somente a partir de 2010, com a entrada em vigor da lei que regulamentou a chamada “questão prioritária de constitucionalidade”), cujas Cortes Constitucionais detêm o monopólio da função de confrontar a existência de compatibilidade entre a Constituição e as normas infraconstitucionais, para, no caso de serem estas incompatíveis, afastar do mundo jurídico, com eficácia geral e vinculante, a lei reputada inconstitucional.

Esse modelo continental espalhou-se mundo afora a partir da II Guerra Mundial e acabou influenciando decisivamente o sistema brasileiro com a introdução do controle abstrato de constitucionalidade pela Emenda Constitucional nº 16/65 na Constituição de 1946, quando o Brasil passou a conviver com os modelos difuso e concentrado, pois, até o ano de 1965, o sistema pátrio seguia eminentemente o modelo estadunidense de controle.

Entretanto, ao se inspirar no modelo continental e, assim, estabelecer uma jurisdição constitucional concentrada para julgamento das ações diretas inconstitucionalidade (ADI), ações diretas inconstitucionalidade por omissão (ADIO), arguições de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) e ações declaratórias de constitucionalidade (ADC), o Constituinte brasileiro olvidou-se de atentar para o fato de que, tanto no sistema kelseniano de controle quanto no esquema francês, a Corte Constitucional detém o monopólio da sindicância jurisdicional de constitucionalidade, o que, como se sabe, não se aplica ao Brasil, em cujo território todo e qualquer juiz, ainda que de primeiro grau e recém empossado, pode liminarmente afastar uma lei aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República, por considerá-la inconstitucional.

No Brasil, há até quem defenda, em nome da independência dos magistrados, que um juiz de primeiro grau pode, inclusive, contrariar frontalmente o entendimento formado pelo Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade de uma lei, simplesmente discordando do fundamento constitucional utilizado pelo Supremo, desde que o entendimento firmado pelo STF não tenha ocorrido em sede de controle concentrado (ADI, ADIO, ADC

e ADPF), pois nesta hipótese o texto constitucional é expresso ao prever a eficácia contra todos e o efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Judiciário e à Administração Pública direta e indireta (Constituição, art. 102, § 2º).

Como resposta aos inconvenientes dessa proliferação de decisões judiciais absolutamente díspares entre si, ainda que relativamente a questões jurídicas idênticas, observa-se uma tendência, sobretudo a partir da EC 45/04, de abstrativização (objetivação ou dessubjetivação) do controle difuso, fenômeno este que passou a atribuir eficácia panprocessual aos pronunciamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, cujas razões de decidir deixam de ficar circunspectas ao processo subjetivo por elas regulado, para transcenderem como *ratio* e aplicarem-se a todos os casos em que a discussão jurídica seja a mesma.

O objetivo dos autores e Ministros que defendem esse fenômeno, ao revés de engessar a hermenêutica constitucional ou de cercear a garantia da independência judicial, colima apenas dirimir aquilo que Michele Taruffo denomina de “caos indistinto da praxe judiciária”, dando-se assim mais racionalidade à jurisprudência e maior previsibilidade ao sistema judicial, a fim de que os jurisdicionados possam realizar negócios jurídicos sem serem surpreendidos pelo próprio Estado com decisões que, apreciando situações praticamente idênticas, conferem tratamentos judiciais diametralmente opostos entre si.

Em conclusão, propõe-se, enfim, que os pronunciamentos do Supremo sobre a inconstitucionalidade de uma lei sirvam de norte interpretativo à comunidade jurídica e à sociedade civil em geral, a fim de que o Direito possa, de modo efetivo e organizado, assegurar o respeito institucional às cláusulas constitucionais da segurança jurídica e da isonomia, sem as quais não existe sistema jurídico racional, senão apenas um verdadeiro caos judiciário. Como visto, não se propõe, no presente trabalho, a importação integral do sistema continental puro, no qual apenas as Cortes Constitucionais podem exercer o controle de constitucionalidade – até porque isso nem seria possível sem uma radical alteração do nosso texto constitucional -, mas se espera que a tendência de objetivação do controle difuso ganhe ainda mais adeptos, com vistas a tornar nosso sistema mais racional, previsível, seguro, efetivo e isonômico, no qual situações jurídicas iguais recebam tratamento judicial equivalente, isto é, um sistema sem distorções desarrazoadas.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, João Manoel de Arruda. A EC 45 e o instituto da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JR. Luiz Manoel; FISCHER, Octavio Campos; FERREIRA, Wiliam Santos (coords.). *Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumento de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *A evolução da jurisdição constitucional na França*. Consultor Jurídico: artigo de 15 de junho de 2013 <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-15/observatorio-constitucional-historico-perspectivas-jurisdicao-constitucional-franca#author>> Acesso em: 16/09/2014.

CHASE, Oscar G.; HERSHKOFF, Helen; et al. *Civil litigation in comparative context*. St. Paul: Thomson/West, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Malheiros, 2000.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

KELSEN, Hans. *O controle judicial de constitucionalidade: um estudo comparativo das Constituições austríaca e americana*. In: *Jurisdição Constitucional*. Tradução do alemão de Alexandre Krug, Tradução do italiano de Eduard Brandão, Tradução do Francês de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Teoria Pura do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes Editora Ltda: 1987.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Jurisdição Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MÖLLER, Max. *Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. O binômio repercussão geral e súmula vinculante - Necessidade de aplicação conjunta dos dois institutos. In: *Direito jurisprudencial*. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 675-750.

SAMPAIO, Nelson de Souza. O Supremo Tribunal Federal e a nova fisionomia do judiciário. *Revista de Direito Público*, v. 18, n. 75, jul./set., 1985, pp. 5-20.

SCHMITT, Carl. O Guardião da Constituição. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In SILVA, Virgílio Afonso da. (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 116-143.

SOTELO, José Luiz Vasquez. A jurisprudência vinculante na “common law” e na “civil law”. In *Temas Atuais de Direito Processual Ibero-Americano: compêndio de relatórios e conferências apresentados nas XVI Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual*. Organizado por Petrônio Calmon Filho e Adriana Beltrame. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1998, pp. 323-382.

TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. *Revista de Processo*, n. 199. São Paulo: Revista dos Tribunais, set./2011, pp. 139-155.

TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do Judicialismo Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficiência das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

O TRABALHO NA UNIÃO EUROPEIA E NO MERCOSUL – BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A SUPRANACIONALIDADE E OS DIREITOS SOCIAIS

*WORK IN THE EUROPEAN UNION AND MERCOSUR -
CONSIDERATIONS ABOUT THE SUPRANATIONALITY AND THE
SOCIAL RIGHTS*

Rafael Franklin Campos e Souza

Advogado da União

Lotado na Procuradoria Regional da União da 3ª Região

SUMÁRIO: Introdução; 1 Breve panorama sobre o direito ao trabalho no contexto global; 1.1 Evolução dos direitos sociais; 2 Flexibilização; 3 O fenômeno da transnacionalidade; 3.1 Os caminhos no MERCOSUL; 3.2 O modelo da União Europeia; 4 Erros e acertos; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente estudo tem por escopo discutir, de forma crítica, à luz do movimento de reunião dos Estados-nacionais em blocos regionais, especialmente na União Europeia e no Mercosul, o direito ao trabalho, de modo a apontar alguns avanços, retrocessos e desafios concernentes à supranacionalidade em relação à preservação dos direitos sociais positivados em cada ordenamento jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Artigo Científico. Direito Internacional. Direitos Sociais e Direitos Humanos. Direito do Trabalho. Blocos Supranacionais. Avanços e Retrocessos. Perspectiva Para o Futuro.

ABSTRACT: This paper is to discuss, critically, in the perspective of the move from national meeting of the national states into regional blocs, especially in the European Union and Mercosur, about the right to work, to point some advances, setbacks and challenges on the supranational regarding the preservation of social rights positivized in each legal system.

KEYWORDS: Paper. International Law. Social and Human Rights. Labor Law. Supranational Blocks. Advances and Retreats. Perspectives for the Future.

INTRODUÇÃO

As diversas experiências vivenciadas pelas nações nos últimos cem anos, seja por meio do envolvimento em guerras, ou ainda, em razão da necessidade de alteração do modelo social e econômico, acabou por implicar o surgimento de grupos regionais entre Estados, de modo a iniciar um processo evolutivo que cada vez mais apresenta-se como inevitável no cenário mundial.

No âmbito Europeu, consideradas as diversas realidades existentes nos países do velho continente, o modelo adotado pela União Europeia, apesar das dificuldades de implantação e manutenção da comunidade, a exemplos das recentes crises econômicas em países como a Grécia, Espanha e Portugal, representa um passo importante no caminho na construção de um sistema homogêneo.

No hemisfério sul, por outro lado, há o esforço do Mercosul, em que pesem as enormes dificuldades encontradas desde a sua criação, especialmente em razão da baixa qualidade econômica, política e social dos Estados-partes, o que por si só já representa grave óbice à consolidação do modelo idealizado por Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai.

Problemas à parte, tanto na União Europeia, como também no Mercosul, há uma interessante questão relacionada ao modelo trabalhista que deve ser adotado pelos blocos regionais. Em outras palavras, com a eliminação das barreiras, inclusive às relativas ao deslocamento de pessoas, a migração de nacionais em busca de empregos em outros Estados pertencentes aos blocos tem gerado muita discussão sobre a afirmação dos direitos sociais em face desse fenômeno envolto no caráter da supranacionalidade.

Nesse sentido, vale destacar o disposto logo na introdução do Tratado de Assunção¹:

Art. 1º Os Estados Partes decidem constituir um Mercado Comum, que deverá estar estabelecido a 31 de dezembro de 1994, e que se denominará “Mercado Comum do Sul” (MERCOSUL). Este Mercado Comum implica:

[...]

O compromisso dos Estados Partes de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração.

1 Tratado de Assunção. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf101/anexo/Tratado_de_Assuncao.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2014.

Esse é o campo de reflexão do presente artigo, ou seja, a medida da conciliação entre direitos positivados na ordem jurídica nacional e o caráter supranacional do direito ao trabalho no século XXI, especialmente no âmbito dos blocos regionais.

A eliminação de barreiras geográficas não deveria servir ao propósito de eliminação de direitos conquistados ao longo de inúmeras disputas sociais, sobretudo no âmbito das relações de trabalho, haja vista o forte componente de dignidade humana que permeia o direito social ao trabalho.

1 BREVE PANORAMA SOBRE O DIREITO DO TRABALHO NO CONTEXTO GLOBAL

1.1 Evolução dos direitos sociais

O direito ao trabalho, considerado como direito social inalienável pertencente ao ser humano, evidentemente está inserido no contexto da evolução histórica dos direitos sociais. Ao longo do tempo, diversas foram as formas de exploração da mão-de-obra humana, passando pelos modelos mais opressores até a chegada de um panorama minimamente comprometido com a dignidade humana.

Porém, é preciso praticar uma reflexão consciente a respeito dessa evolução, não sendo oportuno considerar que o atual momento histórico representa o melhor dos cenários para as relações trabalhistas. Interessante, nesse contexto, a lúcida ponderação de Cássio Mesquita Barros²:

Quando o direito do trabalho começa a se consolidar como matéria de direito no século XX, o mundo do trabalho não se parece mais com o mundo em que o direito se inspirou. Se o plano que serviu de base ao direito do trabalho muda fundamentalmente, não pode mais esse direito ter influência sobre o mundo diferente, pois terá ocorrido o que na Teoria das Ciências se chama, comparativamente, de “mudança de paradigma.

Em outras palavras, é possível afirmar que o velho conjunto de normas das relações de trabalho não serve mais às necessidades atuais, de modo que necessita de atualização. Porém, para passar da atualização

² BARROS, Cássio Mesquita. *O futuro do direito do trabalho*. Disponível em: <www.mesquitabarros.com.br>. Acesso em: 16 ago. 2014.

à precarização, vulgarmente conhecida como flexibilização, o caminho é muito curto e atraente ao capital.

E a evolução do modelo guarda mais relação com o aprimoramento dos direitos e garantias conquistados, mesmo que necessária alguma atualização ou compatibilização com o atual modelo de produção capitalista.

A evolução não pode ser completamente ignorada a pretexto de adequação ao mercado industrial, financeiro etc. Certas conquistas possuem contornos de inalienabilidade e, portanto, não poderão ser suprimidas, sob pena de retrocesso social.

Alguns exemplos são a jornada máxima de trabalho, o direito ao descanso, a remuneração mínima, os intervalos etc.

1.2 Flexibilização

Sobre a flexibilização do direito ao trabalho e das relações trabalhistas em geral, sempre interessante lembrar o pensamento de Orscar Ermida Uriarte, que dizia que esse fenômeno representa a tentativa de conformação da mão-de-obra às necessidades econômicas de determinado tempo. Definição simples, mas completa. Não há nada para além de adaptação ao modelo econômico.

Ao longo dos últimos anos, o modelo capitalista, transformado pela realidade do novo sistema de consumo, impôs às relações de trabalho mudanças significativas, tipificadas sob a rubrica de flexibilização.

O afrouxamento das rígidas regras trabalhistas, em algumas sociedades, como a brasileira, por exemplo, tem representado a faceta mais visível da flexibilização, a ponto de em alguns casos haver uma certa tendência de precarização.

Sobre o tema, interessante o pensamento de Maria Cristina Irigoyen Peduzzi³:

A globalização econômica opera de acordo com uma lógica economicista que realça, em primeiro plano, a busca da competitividade, calçada na absorção de tecnologia e na qualificação da mão-de-obra. Nos países em desenvolvimento, no entanto, a busca de competitividade ocorreu por via transversa, consistindo, fundamentalmente, na supressão ou redução de direitos sociais,

3 PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. *Globalização, Integração de mercados, repercussões sociais: perspectivas do Direito do Trabalho no Brasil*. Disponível em: <<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/3843>>. Acesso em: 16 ago. 2014.

pouco se investindo em ciência e tecnologia ou na qualificação do trabalhador.

Realmente, há uma lógica interligada entre globalização e flexibilização. E no contexto dos blocos regionais, especialmente da União Europeia e Mercosul, esse sistema tende a ser mais perceptível, haja vista a inexistência de eventuais barreiras para o deslocamento de pessoas em busca de melhores oportunidades de trabalho. A flexibilização, nesse sentido, conta com a grande demanda de procura por empregos, de modo que sempre haverá um interessado em aceitar menos direitos etc.

2 O FENÔMENO DA TRANSNACIONALIDADE

2.1 Os caminhos do Mercosul

No âmbito do Mercosul, ainda que os caminhos sejam incipientes em relação à União Europeia, algumas diretrizes podem ser apontadas. O próprio Tratado de Assunção traz alguns princípios que guardam pertinência com a nova roupagem do fenômeno do trabalho no âmbito do bloco latino-americano.

Nesse contexto, vale trazer à colação a ponderação de Eduardo Milléo Baracat⁴:

O primeiro que merece destaque é o de “acelerar seus processos de desenvolvimento econômico com justiça social” (preâmbulo do Tratado), reconhecendo, ainda, a “necessidade de promover o desenvolvimento científico e tecnológico dos Estados Partes e de modernizar suas economias para ampliar a oferta e a qualidade dos bens e serviços disponíveis, a fim de melhorar as condições e vida de seus habitantes” (preâmbulo do Tratado).

O segundo é “compromisso dos Estados Partes de harmoniza suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração” (artigo primeiro).

Fica, pois, evidente, que há o compromisso assumido pelos Estados-integrantes do bloco, de modo que necessariamente deveria

⁴ BARACAT, Eduardo Milléo. *A necessidade da formação de um direito do trabalho no Mercosul*. Disponível em: <http://www.trt9.jus.br/apej/artigos_doutrina_emb_01.asp>. Acesso em: 16 ago. 2014.

haver um esforço no campo do estabelecimento do mínimo de proteção jurídica destinada ao trabalhador.

E ainda que haja um esforço legislativo, como também uma fiscalização incipiente, é preciso chamar a atenção para uma necessidade relativa à harmonização sindical. Nesse sentido, as palavras de Vatuil Abdala⁵ são bastante pertinentes:

O aperfeiçoamento do sistema sindical poderia incrementar até mesmo a negociação coletiva supranacional, celebrada entre empresas e sindicatos de diferentes estados-membros, a exemplo do celebrado entre a empresa Volkswagen do Brasil e da Argentina, de um lado, e os sindicatos dos metalúrgicos da CUT do Brasil e dos mecânicos de automotores da Argentina, de outro. Nesse tratado, estabeleceu-se o intercâmbio de informações; a realização de reunião anual conjunta entre as empresas, os sindicatos e as comissões internas de fábrica; o compromisso de prevenção de conflitos por meio de diálogo permanente e de solução das divergências preferencialmente pela via negocial; a homogeneização dos programas de capacitação e o reconhecimento dos cursos realizados em qualquer das empresas do Mercosul, entre outros.

Essa iniciativa representa altíssimo patamar civilizatório no âmbito das relações trabalhistas existente no Mercosul, mas infelizmente ainda encerra uma iniciativa isolada, a cargo de grandes sindicatos, não havendo preocupação estatal digna de menção nesse sentido.

Vale ainda lembrar, por fim, no contexto do Mercosul, que apenas o Estado brasileiro possui uma Justiça do Trabalho especializada e bastante estruturada. Nos outros Estados do Mercosul, a jurisdição trabalhista está inserida no sistema Judiciário comum. Ademais, não há no bloco de países latino-americanos um Tribunal de caráter supranacional, de modo que as demandas envolvendo não-nacionais devem ser resolvidas pelo Tribunais locais.

Esse é o panorama no modelo adotado pelo Mercosul.

2.2 O modelo da União Europeia

Inicialmente, cumpre dizer que o modelo europeu revolucionou o conceito de soberania em todos os níveis normativos e de decisão. Nesse

5 ABDALA, Vantuil. *A jurisdição das relações trabalhistas no Mercosul*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/ResumoTST.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2014.

sentido, como bem salientado por Eliane Maria Octaviano Martins (2008, p. 1):

A Comunidade Europeia revolucionou o conceito de soberania, caracterizado pela unidade, indivisibilidade e inalienabilidade, superprotegido sob a égide da segurança nacionais, instituindo o direito comunitário. Na U.E. todas as constituições permitem a delegação do exercício de competência para um poder supranacional, permissão mister para a primazia do direito comunitário sobre o nacional.

Essa divisão da soberania, por assim dizer, permitiu um avanço significativo do modelo, de maneira a criar instituições comunitárias sólidas e com escopo de atuação bastante definido e respeitado.

Sobre as implicações existentes na Europa, muito adequado o resumo feito por Victor Teixeira de Albuquerque⁶:

[...] é necessário se estabelecer de que modo seria isso viável dentro de um contexto comunitário, principalmente no que tange à União Europeia, tendo-se em vista a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), a força cogente do que passou a ser possuidora a partir do Tratado de Lisboa e a discussão atinente acerca da existência ou não de uma Constituição europeia.

Discussões sobre Constituição europeia e força normativa à parte, pode-se afirmar que o modelo europeu possui sólidas bases jurídicas, ao contrário da fragilidade do Mercosul, por exemplo, de maneira que em tese a proteção do deslocamento de mão-de-obra seria mais consistente.

E a proteção das relações trabalhistas está inserida no contexto da proteção dos direitos sociais, ou ainda, de modo mais amplo, dos direitos fundamentais, haja vista o caráter de preenchimento da dignidade da pessoa humana implicado com o direito ao trabalho. Nesse sentido, cumpre dizer que o Tratado de Lisboa elevou o patamar civilizatório no âmbito europeu, como afirmou o então Presidente do Conselho Europeu, o português José Sócrates⁷:

6 ALBUQUERQUE, Victor Teixeira de. *A proteção dos direitos fundamentais no plano supranacional*. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/download/332/353>. Acesso em: 16 ago. 2014.

7 GOMES, Eduardo Biachi. *União Europeia e Mercosul*. Supranacionalidade x Intergovernabilidade. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?nlink=revistaartigosleitura&artigo_id=2335>. Acesso em: 16 ago. 2014.

Aqui se reafirma o nosso compromisso com os valores de identidade do projecto europeu. A legalidade democrática, o respeito pelos direitos fundamentais, as liberdades comunitárias, a igualdade de oportunidades, a solidariedade, o acesso à justiça, o respeito pelo pluralismo e pela diversidade das nossas sociedades. Estes são os valores da Europa. Foram estes valores que inspiraram os pais fundadores do projecto europeu e que hoje, orgulhosamente, aqui reafirmamos.

Esse é o panorama europeu, sendo relevante destacar a superioridade em relação ao sistema do Mercosul no que concerne à consolidação de certas estruturas.

3 ERROS E ACERTOS

A perspectiva de erros e acertos exige muito do intérprete. Muitas são as possibilidades de interpretação dos modelos adotados no Mercosul e na União Europeia.

Nesse contexto, para falar dos acertos, inevitavelmente deve haver referência ao esforço normativo que houve no âmbito dos dois sistemas, especialmente preocupados em garantir direitos fundamentais devidamente reconhecidos e afirmados pela ordem jurídica interna de cada Estado.

Por outro lado, no contexto dos erros, o que salta à vista de todos, especialmente dos que migram em busca de novas oportunidades de trabalho, é a falta de efetividades desse esforço normativo. E as razões são muitas. A principal dela, no entanto, é antiga e impregnada de sentimentos nacionalistas e preconceituosos.

Tanto no ambiente latino-americano, como também europeu, a integração dos mercados econômicos, aliado ao deslocamento permitido de trabalhadores, trouxe à tona o antigo problema dos chamados subempregos ofertados aos estrangeiros. E essa modalidade de emprego, como sói acontecer, conta com o descaso tolerante das autoridades públicas, haja vista a necessidade de ter determinados serviços ofertados ao capital!

Do mesmo modo, há expressivo conjunto de nacionais que ignoram regras civilizatórias humanitárias em prol de sentimentos nacionalistas exacerbados. Em outras palavras, a repulsa ao oferecimento de emprego digno aos estrangeiros, mesmo no caso dos cidadãos comunitários no modelo europeu, por vezes, justifica a falta de proteção efetiva, em que peses o extenso rol de declarações, intenções, normativos etc.

Além disso, evidentemente deve ser considerado que o modelo capitalista, especialmente após o fenômeno da globalização, não atribui mais identidade ao prestador de serviços. Não mais importa se o serviço é prestado presencialmente, por meio de teletrabalho, ou ainda, se o trabalhador tem essa ou aquela nacionalidade etc. O que importa efetivamente é o custo da produção.

Nesse campo, são inúmeros os exemplos de grandes conglomerados produtivos que cruzaram as fronteiras nacionais em busca de preço. Evidentemente, essa postura por si só já pode ser alvo de críticas, mas certamente críticas e condenação são imunes de questionamento no caso do denominado dumping social.

No âmbito do Mercosul, o cenário é ainda mais terrível. Inúmeros são os casos de não-nacionais trabalhando sem nenhuma proteção trabalhista aos olhos dos Estados-nacionais. No Brasil, por exemplo, economia de grande porte da América do Sul, são incontáveis os casos de trabalhadores egressos de países do bloco trabalhando sem registro de emprego, ou ainda, em casos extremos, laborando em condições análogas ao famigerado trabalho escravo.

4 CONCLUSÃO

Em resumo, adotando uma postura crítica, é possível dizer que a falta de regulamentação específica mais detalhada, seja no âmbito do Mercosul, ou ainda, na União Europeia, implica instabilidade na aplicação e reconhecimento de direitos trabalhistas em relação aos estrangeiros, considerada a individualidade de cada Estado, mas ao mesmo tempo, pertencentes à comunidade ou bloco regional.

No âmbito do Mercosul, com destaque para a baixa força normativa das disposições que cuidam do assunto trabalhista, percebe-se uma total falta de interesse por parte dos Estados-membros em resolver a questão do deslocamento da mão-de-obra, culminando com a precarização dos direitos trabalhistas daqueles que ultrapassam as fronteiras do Estados-partes em busca de melhores condições de trabalho.

Já no seio da Comunidade Europeia, muito mais desenvolvida e com diplomas normativos mais eficientes, o problema também não está resolvido. Há notícia de muita informalidade na contratação de estrangeiros, com desprezo a direitos mínimos que deveria ser reconhecido aos nacionais dos Estados-membros, independentemente do lugar da prestação do trabalho. Ademais, há os inúmeros problemas relacionados com a rejeição desse tipo de mão-de-obra, especialmente fundada em motivos preconceituosos.

O importante, porém, é que caminhos já foram percorridos e há efetivamente uma preocupação crescente com o tema, de modo que novas iniciativas estão na pauta das sociedades mais evoluídas, dentre as quais deveriam estar a sociedade brasileira e as demais sociedades dos países integrantes da América do Sul.

REFERÊNCIAS

ABDALA, Vantuil. *A jurisdição das relações trabalhistas no Mercosul*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/ResumoTST.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2014.

BARACAT, Eduardo Milléo. *A necessidade da formação de um direito do trabalho no Mercosul*. Disponível em: <http://www.trt9.jus.br/apej/artigos_doutrina_emb_01.asp>. Acesso em: 16 ago. 14.

BARROS. Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

BARROS, Cássio Mesquita. *O futuro do direito do trabalho*. Disponível em: <www.mesquitabarros.com.br>. Acesso em: 16 ago. 2014.

BARROS, Cássio Mesquita. *Passado, presente e futuro do direito do trabalho*. Disponível em: <www.mesquitabarros.com.br>. Acesso em: 16 ago. 2014.

BARROSO. Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. São Paulo: LTr, 2008.

GOMES, Eduardo Biachi. *União Europeia e Mercosul*. Supranacionalidade x Intergovernabilidade. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?nlink=revistaartigosleitura&artigoid=2335>>. Acesso em: 16 ago. 2014.

MAIOR, Jorge Luiz Souto Maior. *Por um pacto social*. Sítio do Núcleo Trabalhista Calvet, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. Globalização, *Integração de mercados, repercussões sociais*: perspectivas do Direito do Trabalho no Brasil. Disponível em: <file:///C:/Users/rafael.souza/Downloads/02.%20Globaliza%C3%A7%C3%A3o,%20integra%C3%A7%C3%A3o%20de%20mercados,%20repercuss%C3%B5es%20sociais%20E2%80%93%20Perspectivas%20do%20Direito%20do%20Trabalho%20no%20Brasil.pdf.> Acesso em: 16 ago. 2014.

TANCREDO. Fabrizio Grandi Monteiro. O princípio da subsidiariedade: as origens e algumas manifestações. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. 2006.

SISTEMAS JURÍDICOS COMPARADOS – A JURISDIÇÃO UNA BRASILEIRA E O SISTEMA DE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ITALIANO

LEGAL SYSTEMS COMPARED – THE BRAZILIAN UNITED JURISDICTION AND THE ITALIAN SYSTEM OF ADMINISTRATIVE LITIGATION

*Regina Lopes Dias Nunes
Advogada da União*

Em atuação no Departamento de Controle Difuso da Secretaria Geral do Contencioso Especialista em Direito Público, em Direito Constitucional e em Direito Processual

SUMÁRIO: Introdução; 1 Teoria Geral - jurisdição; 2 Os modelos de jurisdição una e dual – o sistema adotado pelo Brasil e o modelo de Contencioso Administrativo; 3 O sistema de dualidade de jurisdição italiano – Contencioso administrativo; 4 Comparação entre o modelo brasileiro e italiano; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: A autora procede, inicialmente, à conceituação de jurisdição, com vistas à análise descritiva dos principais aspectos do sistema brasileiro de jurisdição una (sistema inglês) e do modelo italiano de dualidade de jurisdição (sistema francês ou de contencioso administrativo), apontando os seus principais órgãos de atuação, com vistas a perceber suas vantagens e desvantagens.

Objetiva que esse estudo sirva de incentivo para uma investigação dos sistemas de jurisdição encontrados no Direito Comparado, buscando identificar os pontos negativos e positivos, a fim de se aplicar os aspectos favoráveis de cada um, evitando-se os desfavoráveis.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição. Direito Comparado. Brasil. Itália. Jurisdição Dual. Contencioso Administrativo.

ABSTRACT: The author proceeds initially to the concept of jurisdiction, with a view to the descriptive analysis of the main aspects of the Brazilian system of united jurisdiction (English system) and the Italian model of dual jurisdiction (French or administrative litigation system), pointing out its main organs of action, in order to realize its advantages and disadvantages.

Objective that this study may encourage an investigation of jurisdiction found in Comparative Law systems in order to identify the positive and negative points to apply the favorable aspects of each, avoiding unfavorable.

KEYWORDS: Jurisdiction. Comparative Law. Brazil. Italy. Dual Jurisdiction. Administrative Litigation.

INTRODUÇÃO

A partir da concepção de um Estado de Direito, verifica-se indispensável a submissão dos conflitos – quando não solucionados por outra via –, sejam eles entre particulares ou entre estes e a Administração Pública, à atividade jurisdicional, titularizada por agente imparcial e com a capacidade de sedimentação de suas decisões por coisa julgada.

Essa função jurisdicional, quando observada sob a luz do Direito Comparado, constitui fruto do desenvolvimento histórico da legislação e dos institutos jurídicos dos Estados, alguns deles, como o caso do Brasil, optando pelo sistema de jurisdição una, e outros, como a Itália, pelo modelo de Contencioso Administrativo.

Ambos os modelos, apesar de nitidamente distintos, apresentam características singulares e necessárias para o bom andamento da máquina judiciária e para a melhor solução das controvérsias, especialmente quando estas envolvem o Poder Público e os particulares.

1 TEORIA GERAL – JURISDIÇÃO

A partir da concepção do Estado liberal, advindo dos influxos da Revolução Francesa e da necessidade de libertação das tradições jurídicas do antigo regime, de índole absolutista, verificou-se que a ideia de jurisdição, como atividade precípua do juiz, deveria estar eminentemente ligada ao princípio da legalidade. Ou seja, partia-se de um positivismo jurídico que limitava “a atividade do jurista à descrição da lei e à busca da vontade do legislador”, nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni¹.

Nesse contexto, o clássico doutrinador italiano Giuseppe Chiovenda, fundador da escola publicista do processo² – desvinculando o direito de ação do direito subjetivo material –, afirma que a jurisdição, no processo de conhecimento:

[...] consiste na substituição definitiva e obrigatória da atividade intelectual não só das partes, mas de todos os cidadãos, pela atividade intelectual do juiz, ao afirmar existente ou não existente uma vontade concreta da lei em relação às partes³.

1 MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 28.

2 Marinoni certifica que a escola publicista de Chiovenda foi um marco ao influenciar a moderna doutrina processual italiana e a doutrina processual brasileira, distinguindo o direito de ação, autônomo e abstrato, do direito material, de índole subjetiva e caráter privatista (in: MARINONI, op. cit., p. 34).

3 CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios del derecho procesal*. p. 365, citado em MARINONI, op. cit., p. 33.

Francesco Carnelutti⁴, por outro lado, trouxe a lume o tradicional conceito de jurisdição como a função de justa composição da lide, que se traduz no conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. Nesse caso, para o doutrinador italiano, se houver lide, ocorrerá atividade jurisdicional do juiz, ou seja, haverá jurisdição. Se o mencionado conflito não existir, ausente a jurisdição.

Numa concepção contemporânea de jurisdição, ante os influxos do Neoconstitucionalismo, depreende-se como atividade muito mais complexa que a mera declaração do direito ou criação da norma individual ao caso concreto, mas o dever do juiz de interpretar a lei em conformidade com a Carta constitucional, em busca da tutela dos direitos fundamentais em conflito na situação concreta. Para Marinoni, a decisão jurisdicional deverá realizar “uma inquestionável integração e completação entre os planos do direito material e do direito processual, mediante a visualização das necessidades do direito material a partir da Constituição”⁵.

Em uma definição mais ligada à própria prática do Direito, Fredie Didier conceitua jurisdição como:

[...] a função atribuída a terceiro imparcial (a) de realizar o Direito de modo imperativo (b) e criativo (c), reconhecendo/efetivando/ protegendo situações jurídicas (d) concretamente deduzidas (e), em decisão insuscetível de controle externo (f) e com aptidão para tornar-se indiscutível (g).⁶

Na definição acima, destaca-se especialmente a indispensável *imparcialidade* do juiz para exercer a atividade em questão, herança essa advinda da instituição do Estado de Direito. Além disso, denota-se o caráter de definitividade da tutela jurisdicional, pois não há controle externo do mérito da decisão por qualquer outro Poder estatal. Além disso, porta a aptidão para formar coisa julgada, ou seja, esgotados os meios recursais, o título judicial torna-se indiscutível, seja no próprio Judiciário, seja em qualquer outra via de discussão.

De acordo com Daniel Amorim Assumpção Neves⁷, a jurisdição pode ser entendida como “a atuação estatal visando a aplicação do direito

4 CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. v. 1, p. 40, citado em MARINONI, op. cit., p. 35.

5 MARINONI, op. cit., p. 132-139.

6 DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1. 11. ed. Salvador: Podivm, p. 67, 2009.

7 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 03.

objetivo ao caso concreto, resolvendo-se com definitividade uma situação de crise jurídica e gerando com tal solução a pacificação social”.

Nesse sentido, assume o autor supracitado que não está inserido naquele conceito o pensamento tradicional sobre jurisdição como forma de resolução de conflito de interesses – porque nem sempre ocorrerá esse embate, como exemplo da jurisdição voluntária – e nem como substitutiva da vontade das partes – pelo mesmo argumento de que a substituição não é regra.

Além disso, a definição trazida por Neves sugere também que se ultrapasse a noção tradicional de jurisdição como atuação da vontade concreta da norma legal no caso concreto, mediante o julgador, mas lembrando da necessidade de se ver tal atividade estatal como “resultado da aplicação da norma legal à luz dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais de justiça”⁸.

Pode-se concluir, em linhas gerais, que a jurisdição é uma função conferida a órgão ou pessoa competente para decidir, de forma imparcial, as questões trazidas, isso de acordo com a norma aplicável ao caso e, essencialmente, em conformidade com a Constituição e em defesa dos direitos fundamentais em jogo.

2 OS MODELOS DE JURISDIÇÃO UNA E DUAL – O SISTEMA ADOTADO PELO BRASIL E O MODELO DE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Quanto ao tema, verifica-se que o Poder Judiciário brasileiro é portador de verdadeiro monopólio da atividade jurisdicional, isso com base inclusive em norma expressa da Carta de 1988: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”⁹ (art. 5º, XXXV, da CF).

Nesse sentido, verifica-se que o Brasil adotou o sistema de jurisdição una, ou seja, apenas um órgão (no caso, o Poder Judiciário) detém o poder de apreciar qualquer lesão ou ofensa a direito do demandante, seja de espécie público-administrativo ou de caráter privado, com força de coisa julgada. Além do Brasil, os Estados Unidos, o México, entre outros países, aderiram a esse sistema.

Na seara nacional, aponta-se ainda a existência de formas de controle dos atos no âmbito da própria Administração Pública, com a tramitação de processos administrativos nos quais o objetivo é encerrar questões surgidas da relação entre o Estado e o particular, inclusive com

8 NEVES, op. cit., p. 04.

9 BRASIL. Constituição Brasileira de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm>. Acesso em: 13 set. 2014.

respeito ao devido processo legal. No entanto, haja vista a sistemática da jurisdição una, não se permite que as decisões administrativas produzidas no seio de tais procedimentos detenham o caráter de definitividade, o que só é conferido à atividade genuinamente jurisdicional.

O outro modelo jurisdicional encontrado no Direito comparado é o chamado sistema contencioso administrativo ou de dualidade de jurisdição. Nesse caso, ao lado do Poder Judiciário, exercendo função jurisdicional, existe também a Justiça Administrativa, ambos com a capacidade de proferirem decisões autônomas e definitivas, formando coisa julgada, sem a possibilidade de reapreciação de um órgão pelo outro.

Referindo-se à opção brasileira de não adoção do modelo dual, destaca Maria Sylvia Zanella Di Pietro sobre o tema:

Afastou, portanto, o sistema da dualidade de jurisdição em que, paralelamente ao Poder Judiciário, existem os órgãos do Contencioso Administrativo que exercem, como aquele, função jurisdicional sobre lides de que a Administração Pública seja parte interessada.¹⁰

O sistema de jurisdição dual foi adotado pela França e pela Itália, além de outros países europeus, convivendo, ao mesmo tempo, a Justiça Comum e a Justiça Administrativa. Especificamente quanto à última, verifica-se que, segundo José dos Santos Carvalho Filho, sua jurisdição e competência restringem-se a alguns litígios específicos, sendo a primeira característica essencial a indispensável a presença do Poder Público na controvérsia. Sobre o tema, o autor afirma:

[...] Compete-lhe julgar causas que visem à *invalidação e à interpretação de atos administrativos* e aquelas em que o interessado requer a *restauração da legalidade* quando teve direito seu ofendido por conduta administrativa. Julga, ainda, os *recursos administrativos de excesso ou desvio de poder*.

A organização da Justiça Administrativa é complexa e se compõe de várias Cortes e Tribunais administrativos. Na França, situa-se em seu ponto mais elevado o conhecido *Conselho de Estado* (Conseil d'État) e, no caso de *conflito de atribuições* entre as duas Justíças, a controvérsia é dirimida pelo *Tribunal de Conflitos*, criado fundamentalmente para esse fim.¹¹ (grifou-se)

10 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 816.

11 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito Administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 966.

Portanto, nota-se que os modelos jurisdicionais apresentados, ou seja, a jurisdição una ou sistema inglês e a dualidade de jurisdição, contencioso administrativo ou sistema francês são bem distintos, sendo que o Brasil optou pelo primeiro deles, enquanto a Itália adota o último, como se examinará no tópico a seguir.

3 O SISTEMA DE DUALIDADE DE JURISDIÇÃO ITALIANO – CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Na Itália, de acordo com o sistema dual de jurisdição, convivem ao mesmo tempo a Justiça Judiciária, de natureza comum, e a Justiça Administrativa, esta especializada às causas relacionadas ao Estado. Ambas compõe o Poder Judiciário italiano – em que pese o Conselho de Estado estar previsto na Constituição Italiana tanto no capítulo da Administração Pública quanto no da Magistratura, como se observará dos dispositivos transcritos mais adiante.

A Jurisdição Comum é de caráter civil e penal, exercida por magistrados de carreira. Especificamente quanto à Justiça Administrativa, de caráter especial, esta é dotada de funções consultiva e contenciosa. Nesta segunda atribuição, compõe-se, em primeira instância, pelos Tribunais Administrativos Regionais e, em segundo grau, pelo Conselho de Estado.

Nos termos da Constituição Italiana, a competência dos mencionados Tribunais Administrativos é definida, em geral, pela posição subjetiva reivindicada, ou seja, qual o interesse legítimo, com exceção de casos de jurisdição exclusiva, quando são julgados também direitos subjetivos.

Havendo conflito de competência entre as Cortes especiais, seja entre elas mesmas ou envolvendo também os tribunais comuns, o Tribunal de Cassação deverá resolver o litígio em último plano¹².

Sobre o tema acima explanado, confira-se a disposição constitucional a respeito, conforme transcrições:

TÍTULO III

O GOVERNO

[...]

Sessão II

12 REDE JUDICIÁRIA EUROPEIA EM MATÉRIA CIVIL E COMERCIAL, Comissão Europeia. *Organização da justiça – Itália*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/civiljustice/org_justice/org_justice_ita_pt.htm#2>. Acesso em: 21 set. 2014.

A Administração Pública.

[...]

Sessão III

Órgãos Auxiliares

[...]

Art. 100.

O Conselho de Estado é órgão de consultoria jurídico-administrativa e de tutela da justiça na administração. O Tribunal de Contas exerce o controlo preventivo de legitimidade sobre os actos do Governo, e também ao sucessivo sobre a gestão do balanço do Estado. Participa, nos casos e nas formas estabelecidas pela lei, ao controlo sobre a gestão financeira das entidades à qual o estado contribui em via ordinária. Refere directamente às Câmaras sobre o resultado da verificação efectuada. A lei assegura a independência dos dois Institutos e dos membros perante o Governo.

TÍTULO IV

A MAGISTRATURA

Sessão I

Ordenamento jurisdicional.

[...]

Art. 103.

O Conselho de Estado e os outros órgãos de justiça administrativa têm jurisdição para a tutela perante a administração pública dos interesses legítimos e, em particular, assuntos indicados pela lei, também dos direitos subjectivos. O Tribunal de Contas tem jurisdição nos assuntos de contabilidade pública e nas outras especificada pela lei. Em tempo de paz, só têm jurisdição para os crimes militares cometidos por pessoas pertencentes às Forças Armadas.¹³ (grifou-se)

13 ITÁLIA. *Constituição Italiana*. Disponível em: <[http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti_di_riferimento/La%20Costituzione%20in%2015%20lingue%20\(a%20cura%20della%20Provincia%20di%20Milano\)/CostituzioneItaliana-Portoghese.pdf](http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti_di_riferimento/La%20Costituzione%20in%2015%20lingue%20(a%20cura%20della%20Provincia%20di%20Milano)/CostituzioneItaliana-Portoghese.pdf)>. Acesso em: 21 set. 2014.

De acordo com Charles Ettori, o Conselho de Estado na Itália assume elemento essencial ao Estado de Direito, pois “constitui uma das garantias dos particulares contra os atos dos poderes públicos”, sendo “o melhor regulador da ação governamental”¹⁴, combinando-se, assim, com outros dois controles existentes, quais sejam, o do Parlamento e dos Tribunais Ordinários.

A competência do Conselho de Estado apresenta-se, em geral, na apreciação de situações de proteção dos interesses legítimos dos particulares contra atos da Administração, atuando, assim, em paralelo aos Tribunais Comuns, no exame de causas envolvendo direitos subjetivos dos particulares em relação com o Poder Público.

Explicando o tema, Ettori afirma que “os poderes do Conselho de Estado como juiz da legitimidade se limitam à anulação”¹⁵, com fundamentos de decidir relacionados à incompetência, ao excesso de poder e à violação da lei. Por outro lado, “paralelamente, os tribunais judiciários só podem declarar a ilegalidade e condenar por perdas e danos”¹⁶, quando se trata de interesses de particulares e do Poder Público envolvidos numa mesma demanda.

Outro assunto de atribuição do Conselho de Estado é a jurisdição “*di merito*”, ou seja, de oportunidade do ato administrativo, sendo esta mais limitada que a de legitimidade, pois supõe um texto legislativo expresso a respeito.

Por fim, existe ainda a jurisdição exclusiva do Conselho de Estado, instituída pelo Decreto Real nº 2.849, de 30 de dezembro de 1923, na qual estão incluídas questões relativas a direitos subjetivos que, de algum modo, envolvem a Administração. Tais situações foram escolhidas por norma legal como de importância diferenciada e que por isso deveriam ser julgadas pela jurisdição especializada. Charles Ettori assim comenta sobre o tema:

Essa jurisdição é o resultado final de longos e minuciosos trabalhos. Diz respeito a *matéria para as quais a experiência havia demonstrado que o magistrado administrativo era mais apto a julgar* e onde um retalhamento excessivo de competências entre jurisdições diferentes paralisava a execução de leis importantes.

14 ETTORI, Charles. O controle jurisdicional da administração na Itália. *Revista de Direito Administrativo*, Brasil, 27, out. 2013. Tradução de Guilherme Augusto dos Anjos – Notas ao artigo de C. Ettori: Le contrôle juridictionnel de l'Administration en Italie – Rev. du Droit Pub. et de la Sc. Politique. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12240/11156>>. Acesso em: 25 set. 2014.

15 ETTORI, op. cit.

16 ETTORI, op. cit.

[...]

Sumariamente indicadas, são as seguintes as matérias que entram na jurisdição exclusiva do Conselho de Estado: em primeiro lugar e, principalmente, *o estatuto dos funcionários*; depois, *os atos relativos à fundação e ao estatuto das instituições públicas de beneficência ou de educação e das indústrias insalubres*; e, finalmente, *as decisões das juntas provinciais administrativas estatuinte como juiz exclusivo*.¹⁷

Nesse sentido, denota-se que a jurisdição dual italiana admite a coexistência de Tribunais Comuns e de órgãos da Justiça Administrativa, sendo que estes últimos permitem uma maior especialização na discussão de processos contenciosos envolvendo o Poder Estatal.

4 COMPARAÇÃO ENTRE O MODELO BRASILEIRO E ITALIANO

No sistema de jurisdição brasileiro, como explorado em tópico inicial deste artigo, ocorre um monopólio do Poder Judiciário, que acaba por tratar tanto do direito público quanto do privado, sem estipulação de tribunais apenas para o Direito Administrativo.

No entanto, como bem lembrado por Ricardo Perlingeiro¹⁸, apesar do sistema de jurisdição uniautoritário, existe um evidente nível de especialização que permite a separação de certos temas de direito público a determinados órgãos julgadores, como é o caso das varas de Fazenda Pública, em primeiro grau de jurisdição, e das Turmas ou Câmaras especializadas, no âmbito dos Tribunais. Além disso, a Justiça Federal de primeira e segunda instâncias acabam por cuidar apenas das causas em que a União e entes federais sejam parte ou tenham interesses envolvidos.

Essa especialização da Justiça brasileira, inclusive tendo em vista o regime diferenciado de execução de sentenças contra a Administração, os prazos dilatados, entre outras prerrogativas concedidas à Fazenda Pública em juízo, porém, não chega a descaracterizar, de forma alguma, o modelo uniautoritário de jurisdição adotado.

Por outro lado, no sistema dual italiano, observa-se uma distinção nítida entre a Justiça Comum e a Justiça Administrativa. Essas duas facções do Judiciário italiano não se tocam, cada uma com sua

¹⁷ ETTORI, op. cit.

¹⁸ PERLINGEIRO, Ricardo. A Justiça Administrativa Brasileira Comparada. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XVI, n. 57, p. 6-18, maio/ago. 2012. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1646/1593>>. Acesso em: 27 set. 2014.

competência, não havendo revisão das decisões de uma pela outra, cada uma fazendo coisa julgada quanto ao conteúdo de suas decisões.

Já no Brasil, com a especialização, por óbvio, matérias relacionadas à Fazenda Pública devem ser julgadas nas varas apropriadas, assim como os assuntos envolvendo entes federais serão apreciados pela Justiça Federal. Essa é a aplicação da divisão de competência de cunho material. No entanto, percebe-se uma centralização das decisões, sem divisão temática, quando se chega às instâncias especiais. Isso porque os recursos contra acórdãos dos Tribunais de Apelação, sejam federais ou de justiça comum, são direcionados ao Superior Tribunal de Justiça, se houver ofensa a normas legais, e ao Supremo Tribunal Federal, se a matéria em discussão for constitucional.

Além disso, nem todos os órgãos jurisdicionais instalados no país possuem tal grau de especialização, existindo em algumas regiões no interior do Brasil as chamadas varas únicas, ou seja, o juiz trata de todos os assuntos, uma vez que não há outros magistrados na comarca para satisfazer a desejável divisão de competência em razão da matéria.

Na Itália, diversamente, não existe essa comunicação de teses a ponto de um ou dois órgãos julgarem a matéria pública e a privada, seja em primeiro grau, seja nas instâncias especiais, como ocorre no STJ e no STF brasileiros. Ao contrário, no sistema jurisdicional italiano, a última palavra em sede de jurisdição administrativa é dada pelo Conselho de Estado, enquanto que na matéria comum, após as Cortes de Apelação, há recurso para o Supremo Tribunal de Justiça (ou Tribunal de Cassação). Ressalte-se que este último apenas poderá apreciar processos originários do Conselho de Estado caso a discussão seja apenas sobre competência, ou seja, nunca sobre questões de mérito da Justiça Administrativa, conforme se vislumbra do art. 111 da Constituição Italiana.

Observe-se que o Tribunal Constitucional italiano, ao contrário do Supremo Tribunal brasileiro, não faz parte do Poder Judiciário, não constituindo instância extraordinária deste. Conforme o art. 135 da Constituição Italiana, compõe-se de 15 (quinze) juízes nomeados pelo Presidente da República, pelo Parlamento e pelas supremas magistraturas ordinárias e administrativas, com mandato fixo de 9 anos, deliberando sobre questões relacionadas à constitucionalidade das leis.

Analisando o Conselho de Estado Italiano, sendo órgão de natureza constitucional, consultiva e jurisdicional, integrante do Poder Judiciário, verifica-se que não há nenhuma unidade semelhante no modelo brasileiro. Isso porque a atividade consultiva da Administração Pública é realizada pelos próprios órgãos de representação judicial do Estado –

pela Advocacia-Geral da União no âmbito federal e pelas Procuradorias Estaduais e Municipais junto a esses entes – e a jurisdicional, como já estudado, pelo próprio Poder Judiciário.

5 CONCLUSÃO

A partir da análise comparada dos modelos de jurisdição una, adotado pelo Brasil, e dual, pela Itália, é possível perceber, já em primeira linha, que a distinção entre os sistemas é nítida, o que gera certas consequências significativas.

A primeira delas é que se nota um certo ganho qualitativo das decisões proferidas no seio do sistema de dualidade de jurisdição, nos moldes do italiano, tendo em vista a especialização. Isso significa que, quanto maior a expertise dos juízes, por se dedicarem apenas às questões afetas a lides administrativas, mais aprofundadas e melhor refletidas serão as sentenças fruto das controvérsias trazidas ao Judiciário sobre esse tema específico.

Nesse sentido, sobre o Contencioso Administrativo, Carvalho Filho argumenta o seguinte:

*A vantagem desse sistema consiste na apreciação de conflitos de natureza essencialmente administrativa por uma Justiça composta de órgãos julgadores especializados, razão porque tem contribuído de forma significativa para o desenvolvimento do Direito Administrativo. Os que criticam se baseiam no fato de que fica mitigada em favor dos litigantes privados a garantia da imparcialidade, já que na Justiça Administrativa do Estado, em tese, é parte e juiz no conflito.*¹⁹ (grifou-se)

Charles Etori também agrega ao argumento acima que “o juiz administrativo, sobretudo na análise do excesso de poder, deve possuir uma ciência e uma experiência administrativa de que careceria o juiz judiciário se lhe atribuíssem a jurisdição dos interesses”²⁰.

No entanto, vislumbra-se uma desvantagem do mencionado modelo italiano quanto à mitigação da imparcialidade, pois, ao que parece, o Estado é juiz e parte em todos os processos submetidos ao sistema de Contencioso Administrativo, sendo difícil o tratamento isonômico quando preceitos da Administração Pública estão sempre em jogo. É também a opinião de Carvalho Filho:

¹⁹ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 966.

²⁰ ETTORI, op. cit.

O sistema da unidade apresenta maior vantagem no que se refere à imparcialidade dos julgamentos, porque o Estado-Administração e o administrado se colocam, a todo o tempo, em plano de igualdade quando seus conflitos de interesse são deduzidos nas ações judiciais.²¹

Além disso, verifica-se também um ponto positivo na jurisdição una brasileira com relação à necessária uniformidade das decisões jurisdicionais. Isso porque, a partir do monopólio da atividade jurisdicional pelo Poder Judiciário, menor a probabilidade de surgirem decisões contraditórias quanto a temas ou matéria de mesmo fundo jurídico. Ora, em um sistema dual, vislumbra-se a hipótese de eclodirem conclusões opostas sobre uma mesma tese de direito, sendo ambas válidas e sem a possibilidade de correção ou revisão, ante o seu sepultamento pela coisa julgada.

Dessa forma, conclui-se que ambos os modelos de jurisdição, seja o adotado pelo Brasil ou pela Itália, são legítimos e apresentam vantagens e desvantagens, sendo válido, em determinados pontos, aprender com as experiências de um e outro, buscando uma melhor aplicação do Direito ao caso concreto, de forma justa, igualitária e em respeito aos direitos fundamentais, função precípua da atividade jurisdicional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição Brasileira de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 set. 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito Administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1. 11. ed. Salvador: Podivm, 2009.

ETTORI, Charles. O contrôle jurisdicional da administração na Itália. *Revista de Direito Administrativo*, Brasil, 27, out. 2013. Tradução de Guilherme Augusto dos Anjos – Notas ao artigo de C. Etori: Le contrôle juridictionnel de l'Administration en Italie – Rev. du Droit Pub. et de la Sc. Politique. Disponível em:

²¹ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 967.

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12240/11156>>. Acesso em: 25 set. 2014.

ITÁLIA. *Constituição Italiana*. Disponível em: <[http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti_di_riferimento/La%20Costituzione%20in%2015%20lingue%20\(a%20cura%20della%20Provincia%20di%20Milano\)/CostituzioneItaliana-Portoghese.pdf](http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti_di_riferimento/La%20Costituzione%20in%2015%20lingue%20(a%20cura%20della%20Provincia%20di%20Milano)/CostituzioneItaliana-Portoghese.pdf)>. Acesso em: 21 set. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PERLINGEIRO, Ricardo. A Justiça Administrativa Brasileira Comparada. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XVI, n. 57, p. 6-18, maio/ago. 2012. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1646/1593>>. Acesso em: 27 set. 2014.

REDE JUDICIÁRIA EUROPEIA EM MATÉRIA CIVIL E COMERCIAL, Comissão Europeia. *Organização da justiça – Itália*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/civiljustice/org_justice/org_justice_ita_pt.htm#2>. Acesso em: 21 set. 2014.

NOTAS ACERCA DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE NA UNIÃO EUROPEIA

*NOTES ON THE APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF SUBSIDIARITY
IN THE EUROPEAN UNION*

*Renata Garcia Paiva Heine
Advogada da União*

Especialista em Direito Administrativo e Administração Pública

SUMÁRIO: Introdução; 1 Origem e Evolução Histórica: do ato único europeu ao protocolo n.º 2; 2 Definição; 3 Complementariedade com os Princípios da Atribuição e da Proporcionalidade; 4 Controle do Princípio da Subsidiariedade; 5 Conclusão; Referências Bibliográficas.

RESUMO: O presente artigo tem como escopo delinear o princípio da subsidiariedade no âmbito da União Europeia (UE), analisando sua origem e evolução no Direito da Integração Europeia, sua importância para o funcionamento da UE e, mais precisamente, para a tomada de decisão no âmbito europeu, examinando os mecanismos de controle da aplicação do princípio na elaboração dos projetos da Comissão Europeia, controle pelos Parlamentos Nacionais e o controle a posteriori pelo Tribunal de Justiça da União Europeia. Sua aplicação permite determinar-se quando a UE é competente para legislar e contribui para que as decisões sejam tomadas de forma a garantir uma democracia supranacional, reduzindo, assim, o deficit democrático.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da Subsidiariedade. União Europeia. Estados-Membros. Protocolo Relativo à Aplicação dos Princípios da Subsidiariedade e da Proporcionalidade. Comissão Europeia. Parlamentos Nacionais.

ABSTRACT: This article is to outline the scope of the principle of subsidiarity in the European Union (EU), analyzing their origin and evolution in the Law of European Integration and its importance to the functioning of the EU and, more precisely, to the decision-making level European examining the control mechanisms of the application of the principle in the elaboration of projects of the European Commission, control by national parliaments and a posteriori control by the Court of Justice of the European Union. Its application allows to determine when the EU is competent to legislate and contributes to decisions to be taken in order to ensure a supranational democracy, thus reducing the democratic deficit.

KEYWORDS: Principle of Subsidiarity. The Protocol on the Application of the Principles of Subsidiarity and Proportionality . European Commission. National Parliaments

INTRODUÇÃO

A distribuição de competência na União Europeia (UE) tem como base três princípios: da atribuição, da subsidiariedade e da proporcionalidade, sendo certo que estes dois últimos são especificamente disciplinados pelo Protocolo Relativo à Aplicação dos Princípios da Subsidiariedade e da Proporcionalidade.

O princípio da subsidiariedade é fundamental para o funcionamento da UE, e, mais especificamente, para possibilitar que esta última esteja amparada na tomada de decisões, e está consagrado no Tratado¹ sobre o Funcionamento da UE. É apresentado juntamente com os dois outros princípios citados, os quais são considerados essenciais para a tomada de decisão em nível europeu.

A delimitação de competências da União rege-se pelo princípio da atribuição, enquanto o exercício de tais competências rege-se pelos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.

Conforme leciona MACHADO²:

Há que se reconhecer que a subsidiariedade permite alargar a ação da EU, dentro dos limites das suas competências, se as circunstâncias o exigirem. E, paradoxalmente, também impõe limites, haja vista que põe fim à ação subsidiária da União quando esta não mais se justifique.

1 Artigo 5º do Tratado (ex-artigo 5º do TCE) tem a seguinte redação:

1. A delimitação das competências da União rege-se pelo princípio da atribuição. O exercício das competências da União rege-se pelos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.

2. Em virtude do princípio da atribuição, a União atua unicamente dentro dos limites das competências que os Estados-Membros lhe tenham atribuído nos Tratados para alcançar os objetivos fixados por estes últimos. As competências que não sejam atribuídas à União nos Tratados pertencem aos Estados-Membros.

3. Em virtude do princípio da subsidiariedade, nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, a União intervém apenas se e na medida em que os objetivos da ação considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros, tanto ao nível central como ao nível regional e local, podendo contudo, devido às dimensões ou aos efeitos da ação considerada, ser mais bem alcançados ao nível da União.

As instituições da União aplicam o princípio da subsidiariedade em conformidade com o Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. Os Parlamentos nacionais velam pela observância do princípio da subsidiariedade de acordo com o processo previsto no referido Protocolo.

4. Em virtude do princípio da proporcionalidade, o conteúdo e a forma da ação da União não devem exceder o necessário para alcançar os objetivos dos Tratados.

As instituições da União aplicam o princípio da proporcionalidade em conformidade com o Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.

2 MACHADO, Diego Pereira Machado. *Direito da União Europeia*. São Paulo, Saraiva, 2013, p.106.

O Protocolo Relativo à Aplicação dos Princípios da Subsidiariedade e da Proporcionalidade define, além disso, a execução do princípio da subsidiariedade. Por outro lado, o Tratado de Lisboa, o qual conferiu personalidade jurídica à UE, reforçou significativamente o referido princípio, instaurando vários mecanismos de controle destinados a verificar a sua correta aplicação, como se verá mais detalhadamente a seguir.

1 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA: DO ATO ÚNICO EUROPEU AO PROTOCOLO N.º 2

A consagração do princípio da subsidiariedade deu-se formalmente através do Tratado de Maastricht, que institui a Comunidade Europeia (TCE), mas o Ato Único Europeu³ já havia introduzido a regra da subsidiariedade, ainda que de forma não expressa.

Sem alterar a redação das disposições relativas ao princípio da subsidiariedade constantes do TCE⁴, o Tratado de Amsterdã de 1997 anexou a este último o Protocolo Relativo à Aplicação dos Princípios da Subsidiariedade e da Proporcionalidade.

Desta forma, a regras de aplicação do princípio da subsidiariedade, ainda que não fossem inscritas nos Tratados, mas adotadas no âmbito da UE, tornaram-se obrigatórias e, desta forma, passíveis de controle.

O Tratado de Lisboa (TUE)⁵ prevê o princípio da subsidiariedade revogando dispositivo semelhante do TCE, ao tempo em que reforça o princípio. Por outro lado, esse Tratado substituiu o Protocolo de 1997 (pertinente à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade) por um novo protocolo, que vem a ser o Protocolo n.º 2, o qual inovou ao dar atribuição aos parlamentos nacionais no controle da observância do princípio da subsidiariedade.

2 DEFINIÇÃO

Em termos gerais, define-se o princípio da subsidiariedade como sendo a concessão de certa autonomia a uma autoridade subordinada a uma instância hierarquicamente superior, ou seja, de uma autoridade local ao poder central, o que traria como consequência uma repartição

3 De 1987.

4 Artigo 5º, parágrafo 2º.

5 Artigo 5º, n.º 3.

de competências entre diversos níveis de poder, princípio que constitui a base institucional dos Estados com estrutura federal.

Tendo como foco de análise a União Europeia, mencionado princípio serve de critério regulador do exercício das competências que são de atribuição concorrente entre União e Estados-Membros e exclui a atuação da União quando uma matéria possa ser disciplinada eficazmente pelos Estados-Membros de forma central, regional ou local, conferindo, por outro lado, legitimidade à União para exercer os seus poderes quando os objetivos de uma ação não puderem ser realizados pelos Estados-Membros de modo satisfatório.

Cabe assinalar que o princípio da subsidiariedade foi, e, de certa forma continua sendo⁶, um dos mais controvertidos no âmbito do direito comunitário. Ele diz respeito a atribuições de competências concorrentes, significa dizer que estas podem ser realizadas tanto pela UE quanto pelos Estados-Membros, e inicialmente interpretava-se no sentido de que a União somente poderia atuar onde os Estados membros não pudessem executar sozinhos.

Atualmente o princípio da subsidiariedade é pensado da seguinte forma: a prioridade no exercício das atribuições concorrentes é dos Estados. Entretanto, o princípio pode ser aplicado na medida em que a União conseguir demonstrar que aplicando os Tratados ela irá atingir resultados melhores do que os Estados-Membros, ou ainda, quando houver omissão por parte dos Estados-Membros.

Nesta linha de raciocínio, tem-se que o princípio da subsidiariedade é instrumento utilizado na determinação do nível de intervenção mais adequado nos domínios de competências partilhadas entre a UE e os Estados-Membros. Pode ser uma ação no âmbito europeu, nacional ou local. Em todo o caso, a UE só pode intervir se estiver em condições de agir de forma mais eficaz do que os Estados-Membros.

O Protocolo n.º 2 menciona três critérios que visam a confirmar ou não o cabimento da intervenção em nível europeu a saber⁷: 1) a ação contém aspectos transnacionais que não podem ser solucionados pelos Estados Membros? 2) uma ação nacional ou a ausência de ação seriam contrárias às exigências do Tratado? 3) a ação em nível europeu traduz-se em benefícios óbvios?

6 FERREIRA, Tahiana Fernandes de Macêdo. *União Europeia – O Diálogo e a Cooperação Contribuindo para a Construção da Democracia Supranacional*. Curitiba, Juruá, 2103, p. 62-63.

7 União Europeia. Sítio Oficial. Sínteses da Legislação da União Europeia. Princípio da Subsidiariedade. Disponível em http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/lisbon_treaty/ai0017_pt.htm. Acesso em 14/09/2014.

3 COMPLEMENTARIEDADE COM OS PRINCÍPIOS DA ATRIBUIÇÃO E DA PROPORCIONALIDADE

O Tratado da UE em seu artigo 5º, delimita as competências entre a União Europeia e os Estados-Membros. Referido artigo menciona, em primeiro lugar, o princípio da atribuição o qual significa que a União dispõe unicamente de competências que lhe são atribuídas nos Tratados, sendo assim algo semelhante à competência residual.

Diante do exposto acima e tendo em vista a redação do Tratado, a subsidiariedade e a proporcionalidade são princípios corolários do princípio da atribuição, e desta forma, determinam em que medida a UE pode exercer as competências que lhe são conferidas pelos Tratados.

Por força do princípio da proporcionalidade, os meios aplicados pela UE não podem exceder o necessário para concretizar os objetivos estabelecidos nos Tratados.

Por consequência, a UE somente poderá intervir num domínio político se⁸: 1) essa ação fizer parte das competências atribuídas à UE pelos Tratados (princípio da atribuição); 2) no âmbito das competências partilhadas com os Estados-Membros, o nível europeu for o mais pertinente para alcançar os objetivos fixados nos Tratados (princípio da subsidiariedade); e 3) o conteúdo e a forma da ação não excederem o necessário para alcançar os objetivos fixados nos Tratados (princípio da proporcionalidade).

4 CONTROLE DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

Os mecanismos de controle do princípio da subsidiariedade são hoje organizados pelo já mencionado Protocolo Relativo à Aplicação dos Princípios da Subsidiariedade e da Proporcionalidade, o Protocolo n.º 2.

O Protocolo prevê a observância de certas obrigações durante a própria elaboração dos projetos legislativos, de forma que antes de propor um ato legislativo, a Comissão Europeia deve elaborar um Livro Verde.

Os Livros Verdes (Green Papers)⁹ consistem em consultas amplas e permitem à Comissão recolher o parecer das instituições nacionais e locais e da sociedade civil acerca de uma proposta legislativa, especialmente no que se refere ao princípio da subsidiariedade.

8 União Europeia. Sítio Oficial. Sínteses da Legislação da União Europeia. Princípio da Subsidiariedade. Disponível em http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/lisbon_treaty/ai0017_pt.htm. Acesso em 14/09/2014.

9 Parlamento Europeu. Sítio Oficial. Disponível em http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_1.2.2.html. Acesso em 14/09/2014.

O Protocolo acrescenta ainda a obrigação da Comissão de acompanhar os projetos dos atos legislativos pertinentes à observância dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.

O Tratado de Lisboa prevê que os parlamentos nacionais devem exercer também o controle do princípio da subsidiariedade, de maneira que possam exercer duplo controle: 1) possuem direito de oposição quando da elaboração dos projetos legislativos, podendo devolver uma proposta legislativa à Comissão se considerarem que o princípio da subsidiariedade está sendo violado; 2) através do respectivo Estado-Membro, podem impugnar um ato legislativo perante o Tribunal de Justiça da UE quando considerarem que o princípio da subsidiariedade foi ferido.

De acordo com MARTINS¹⁰

As novidades, para além das já referidas relativamente aos recursos para o Tribunal de Justiça, estão sobretudo na intervenção e posição dos parlamentos nacionais.

Estes recebem os projectos de actos legislativos da Comissão, do Parlamento Europeu e do Conselho, consoante os casos, bem como os projectos alterados, as resoluções e as posições que correspondem a fases diversas do processo legislativo europeu (v. artigo 4º).

No prazo de oito semanas, qualquer parlamento nacional pode dirigir a essas instituições europeia um parecer fundamentado em que indica as razões pelas quais considera que o projecto em causa não obedece ao princípio da subsidiariedade. Caberá ao Parlamento Nacional (ou a cada uma das câmaras se for bicameral) consultar, se for pertinente, os parlamentos regionais caso estes tenham competências legislativas (v. artigo 6º).

Esses pareceres serão tidos em conta pelas instituições das quais tiver emanado o projecto de acto legislativo (v. artigo 7º, nº 1).

A cada Parlamento Nacional é atribuído dois votos, repartidos nos termos do sistema parlamentar nacional, cabendo um voto a cada uma das câmaras nos sistemas parlamentares nacionais bicamerais (são então 54 votos).

10 MARTINS, Margarida Salema d'Oliveira. O novo regime do princípio da subsidiariedade e o papel reforçado dos parlamentos nacionais. *Jornadas sobre o Tratado de Lisboa. Auditório da FDUL*. Disponível em: <<http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/823-1352.pdf>>. Acesso em: 14/09/2014.

Se houver pareceres fundamentados sobre a inobservância do princípio da subsidiariedade num projecto de acto legislativo que representem pelo menos $1/3$ daqueles votos, ou seja, 18 votos (o que equivale a 9 pareceres – $1/3$ dos 27¹¹ Estados Membros da União Europeia), então o projecto deve ser reanalisado. Há uma exceção relativa ao espaço de liberdade, segurança e justiça que exige apenas $1/4$ dos votos (13,5, ou seja sete Estados). Tal reanálise não impede a manutenção do projecto, devendo esta decisão de manutenção ser fundamentada (v. artigo 7º, nº 2).

Além do exposto, prevê-se que, no quadro do processo legislativo ordinário, caso os pareceres fundamentados sobre a inobservância do princípio da subsidiariedade numa proposta de acto legislativo representem pelo menos a maioria simples dos votos, a proposta deve ser reanalisada, podendo a Comissão, se entender manter a proposta, especificar a razão pela qual entende que a mesma obedece ao princípio da subsidiariedade.

Esse parecer da Comissão e os pareceres dos parlamentos nacionais deverão ser ponderados no processo legislativo da seguinte forma:

- antes da primeira leitura, o legislador (Parlamento Europeu e Conselho) pondera a compatibilidade da proposta com o princípio da subsidiariedade verificando as razões invocadas por uns e outra;
- se por maioria de 55% dos membros do Conselho (15 membros) ou por maioria dos votos expressos no Parlamento Europeu, o legislador considerar que a proposta não é compatível com o princípio da subsidiariedade, a proposta legislativa não continuará a ser analisada (v. artigo 7º, nº 3 do Protocolo).

A adequação ao princípio da subsidiariedade pode ser controlada a posteriori (após a adoção do ato legislativo), mediante a interposição de recurso para o Tribunal de Justiça da União Europeia, ainda segundo a lição de MARTINS¹²:

11 Note-se que atualmente são 28 os Estados-Membros da UE, após a adesão da Croácia em 01/07/2013.

12 Op. Cit.

Dispõe assim o artigo 8º do Protocolo Relativo à Aplicação dos Princípios da Subsidiariedade e da Proporcionalidade anexo ao Tratado de Lisboa:

‘O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para conhecer dos recursos com fundamento em violação do princípio da subsidiariedade por um acto legislativo que sejam interpostos nos termos do artigo 230º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia por um Estado-Membro, ou por ele transmitidos, em conformidade com o seu ordenamento jurídico interno, em nome do seu Parlamento nacional ou de uma câmara desse Parlamento.

Nos termos do mesmo artigo, o Comité das Regiões pode igualmente interpor recursos desta natureza relativamente aos actos legislativos para cuja adopção o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia determine que seja consultado.

No mais, releva registrar que o Conselho, o Parlamento e a Comissão concluíram um acordo interinstitucional¹³ onde as três instituições comprometeram-se a respeitar o princípio da subsidiariedade, no âmbito das respectivas competências.

As três instituições verificam regularmente, no âmbito dos seus procedimentos internos, se a medida prevista está de acordo com o princípio da subsidiariedade, tanto no que respeita à escolha dos instrumentos jurídicos, como no tocante ao conteúdo da proposta.

Assim, por exemplo, o Regimento do Parlamento estabelece que na análise de propostas legislativas, o Parlamento dará enfoque aos direitos fundamentais e aos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, cabendo à Comissão redigir um relatório anual sobre o respeito do princípio da subsidiariedade.

5 CONCLUSÃO

A evolução do princípio da subsidiariedade no âmbito da União Europeia, e os mecanismos de controle de sua aplicação trazem a possibilidade de uma atuação por parte da UE de forma mais democrática, com decisões sendo tomadas em uma perspectiva mais próxima dos cidadãos europeus, contribuindo, assim, para a diminuição do deficit democrático e colaborando com a construção de uma democracia supranacional.

¹³ Em 25 de outubro de 1993.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FERREIRA, Tahiana Fernandes de Macêdo. *União Europeia – O Diálogo e a Cooperação Contribuindo para a Construção da Democracia Supranacional*. Curitiba: Juruá, 2103.

MACHADO, Diego Pereira Machado. *Direito da União Europeia*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINS, Margarida Salema d'Oliveira. O novo regime do princípio da subsidiariedade e o papel reforçado dos parlamentos nacionais. *Jornadas sobre o Tratado de Lisboa*. Auditório da FDUL. Disponível em: <<http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/823-1352.pdf>>. Acesso em: 14/09/2014.

NEUSTEIN, Fernando Dantas M.; DA SILVA, Beatriz Pereira. O Princípio da Primazia no Direito Comunitário e o Déficit Democrático da União Européia. In: Piovesan, Flávia (Coord.). *Direitos Humanos, Globalização Econômica E Integração Regional: desafios do direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 367-383.

Parlamento Europeu. Sítio Oficial. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_1.2.2.html>. Acesso em: 14/09/2014.

União Europeia. Sítio Oficial. *Sínteses da Legislação da União Europeia. Princípio da Subsidiariedade*. Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/lisbon_treaty/ai0017_pt.htm>. Acesso em: 14/09/2014.

ESTUDO COMPARADO DO SISTEMA REGIONAL EUROPEU E INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

*BRIEF COMPARATIVE STUDY ABOUT THE REGIONAL EUROPEAN AND
THE INTER-AMERICAN SYSTEMS OF PROTECTION OF HUMAN RIGHTS*

Ricardo Resende de Araújo

Advogado da União

Professor Universitário

Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Piauí

Pós-graduado em Direito Processual Civil pela UnB

SUMÁRIO: Introdução; 1 Sistema de Proteção Europeu; 2 O sistema americano; 3 Considerações finais; Referências.

RESUMO:O objetivo do presente trabalho é analisar e comparar o Sistema Regional Europeu e Americano de proteção as direitos humanos. Considerando a historicidade do processo de evolução do reconhecimento da dignidade da pessoa humana contemporâneos. Portanto, a humanização do direito internacional é um processo frequente e continuo indispensável no contexto mundial. Dessa forma, estudaremos, em breves notas, o sistema de proteção europeu e Interamericano, com suas características e peculiaridades.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos. Evolução e Internacionalização dos Direitos Humanos. Sistemas Regionais Europeu e Americano de Proteção.

ABSTRACT:The objective of this work is to analyze, briefly, the process of evolution of human rights, and emphasizes the functions of European and American regional system of protection, its characteristics and peculiarities. Therefore, the humanization of the international law is the great challenge for governments today.

KEYWORDS: Human Rights. Evolution and Internationalization of Human Rights. European and American Regional System of Protection.

INTRODUÇÃO

O Direito Internacional clássico estabelece que cada indivíduo é submetido à Autoridade do Estado a qual faz parte. Deste modo, nenhum Estado pode interferir nos assuntos internos de outro, ou seja, cada cidadão é tutelado ou submetido às leis de seu Estado. Esta concepção tradicional, no entanto, está inteiramente superada Direito Internacional Contemporâneo, onde a questão da centralidade do indivíduo, está além da questão da personalidade jurídica internacional, e por isso deve ser objeto proteção do direito internacional para preservar os interesses maiores de toda comunidade internacional, como apanágio de nossa condição humana. Na condição de reivindicações morais, os direitos nascem quando devem e podem nascer.

Como assinala Norberto Bobbio, os direitos humanos não nascem todos de uma vez, nem de uma vez por todas.¹ Para Hannah Arendt, os direitos humanos não um dado, mas um construído, uma intervenção humana em constante processo de evolução, em constante processo de construção e reconstrução.² Esta construção reflete um processo axiológico, calcado em espaço de lutas e ação social. Para Carlos Santiago Nino, os direitos humanos são uma construção consciente vocacionada a assegurar a dignidade humana e evitar sofrimentos, em face da persistente brutalidade humana.³

Nesta perspectiva, Flavia Piovesan⁴ assinala que na historicidade dos direitos destaca –se a chamada concepção contemporânea dos direitos humanos, que veio a ser apresentada pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, e reafirmada pela Declaração dos Direitos do Humanos de Viena de 1993.

Portanto, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948 – declaração de princípios em forma solene, estava destinada, desde a sua origem, a ser complementada por outros textos. Assim se lhe seguiram, depois de difícil elaboração, os dois pactos relativos aos direitos do homem, adotados pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de novembro de 1966.

Nesse sentido é que se inicia, através deste breve artigo, um estudo comparativo entre os dois sistemas de proteção e suas principais peculiaridades.

Analisaremos, de forma breve e sucinta, o sistema de proteção europeu e o americano, sua historicidade e contexto no cenário mundial,

1 BOBBIO, Norberto. *Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 37.

2 ARENT, Hannah. *As origens do totalitarismo*.

3 NINO, Carlos Santiago. *The Ethics of Human Rights*. Buenos Aires: Astrea, 1989.

4 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*, Saraiva, 2014.

no que pertence ao reconhecimento da dignidade da pessoa humana e proteção de seus direitos essenciais no âmbito internacional, destacando os pontos característicos de cada sistema.

1 SISTEMA DE PROTEÇÃO EUROPEU

Dos sistemas regionais existentes, o europeu, é o mais consolidado, e mais atuante, pois exerce forte influência sobre os demais. Sua origem foi uma resposta aos horrores perpetrados ao longo da segunda guerra mundial.

Do ponto de vista europeu, o Conselho da Europa e a Convenção Europeia de salvaguarda dos direitos do homem e das liberdades fundamentais expressam a vontade de promover e defender a liberdade e a democracia, vontade essa que permeia o Estatuto do Conselho da Europa. Segundo preâmbulo desse Estatuto, os Estados signatários estão, sem dúvida, ligados aos valores morais e espirituais que são o patrimônio comum de seus povos e que estão na origem dos princípios de liberdade individual, de liberdade política e da preeminência do Direito, sobre os quais se funda a verdadeira Democracia. O artigo 3º do Estatuto precisa que todo membro do Conselho da Europa reconheça o princípio da preeminência do Direito e o princípio em virtude do qual toda a pessoa sob sua jurisdição deve gozar dos direitos do homem e das liberdades fundamentais. Esse liame estabelecido entre o respeito dos direitos do homem e o regime democrático aparece reforçado pela Convenção Europeia, que entrou em vigor em 3 de setembro de 1953 e que se constitui no primeiro tratado multilateral concluído no quadro do Conselho da Europa.

A adesão, após 1989, dos Estados «pós-comunistas» ao Conselho da Europa, traz sua subordinação à prevalência do Estado de Direito, ao regime democrático e parlamentar «verdadeiro» e à garantia dos direitos do homem.

Contudo, o alargamento do Conselho da Europa operado em benefício de Estados como a Armênia, Azerbaijão, Bielorrússia, Bósnia-Herzegovina e a Geórgia, que se mostram incapazes de respeitar o engajamento fundamental inscrito no aludido artigo 3º do Estatuto do Conselho da Europa, determina uma diminuição de seus padrões, circunstância que põe em causa a própria credibilidade do sistema europeu.

Anunciando que a União respeita os direitos fundamentais, como são garantidos pela Convenção Europeia e que bem assim resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-membros, como dos princípios gerais do direito consuetudinário, o tratado sobre a União Europeia, de 7 de fevereiro de 1992, nada mais faz do que constitucionalizar a construção pretoriana operada pela Corte de Justiça das Comunidades Europeias, em matéria de respeito dos direitos do homem.

O Tratado de Amsterdam, de 2 de outubro de 1997, que entrou em vigor em 1º de maio de 1999, traz uma revisão do Tratado da União Europeia e daquele que institui a comunidade europeia. Ele inscreve a questão dos direitos fundamentais em uma outra perspectiva. Em primeiro lugar, o Tratado da União Europeia revisado, ao afirmar que a União está fundada sobre os princípios da liberdade, da democracia, do respeito aos direitos do homem e das liberdades fundamentais, como do Estado de Direito, princípios que são comuns aos Estados-membros, erige os três princípios (respeito dos direitos do homem, democracia, preeminência dos direitos) que formam “o patrimônio comum” de valores, segundo o Estatuto do Conselho da Europa e a Convenção Europeia, considerados verdadeiros princípios constitucionais da União Europeia, do que resulta que seu respeito se torna uma condição estatutária de adesão à União. Em segundo lugar, o Tratado de Amsterdam contém uma garantia dos direitos fundamentais que, até esse instante, fazia falta: a garantia jurisdicional e política. Ademais, o Tratado de Amsterdã procede à consolidação normativa dos direitos fundamentais.

O sistema europeu sofreu profunda modificação. Funcionando, anteriormente, com uma Comissão e uma Corte, com a emenda adotada pelo protocolo de 11 de maio de 1994, que entrou em vigor em 1º de novembro de 1998, passou a contar com apenas uma Corte, reestruturando-se os mecanismos originários. O protocolo 11 jurisdicaliza o sistema de proteção, permitindo o ingresso direto das vítimas à Corte. Essa jurisdicalização total do processo de proteção - necessariamente acompanhada pelo direito de qualquer indivíduo, que se encontre em um dos Estados-parte, a demandar diretamente contra os Estados ante um Tribunal internacional - entrou em vigor na Europa ao mesmo tempo em que ocorriam avanços substanciais no processo de unificação de alguns países, tais como a eliminação total de barreiras impositivas e a adoção de uma moeda única.

Entretanto, a incorporação dos países do Este ao sistema europeu determinou grandes tensões como consequência da grande avalanche de casos, que passaram a ser apresentados. Valorizavam altamente o sistema dos órgãos em nosso hemisfério, que permite um filtro de petições, que de outro modo perturbariam o melhor funcionamento do sistema.

É certo que o mecanismo europeu de controle sofria, desde sua origem, de duas deficiências: sua complexidade tornava o procedimento de controle pouco visível para os peticionários; seu caráter híbrido, meio jurisdicional, meio político, afetava sua credibilidade. A verdade, entretanto, é que o sistema inicial adotado (Comissão, Corte, Comitê de Ministros do Conselho da Europa) não se adaptou ao volume de denúncias individuais apresentadas.

Vejam os dados: de 1955 (data de entrada em funcionamento da Comissão) a 31 de outubro de 1998, foram registrados 44.056 pedidos na Comissão, dos quais 5.006 no ano de 1988. Se a média anual de pedidos registrados é de 444, de 1975 a 1984, ela atinge 3.102, de 1990 a 1998; o ano de 1988 vê o limite de mil petições anuais ser ultrapassado sucessivamente, nos anos de 1993, 1995, 1996 e 1998, com duas, três, quatro e cinco mil petições, respectivamente. Segundo informa o professor Cançado Trindade, presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Corte Europeia se vê, hoje em dia, às voltas com cerca de 26 mil demandas em diferentes níveis de processamento.

O protocolo suprime as cláusulas facultativas de aceitação do direito de recurso individual e da jurisdição da Corte e abre, de pleno direito ao indivíduo, o acesso ao órgão judiciário de controle. Em seguida, procede a uma unificação orgânica ao substituir os três órgãos de decisões existentes (Comissão, Corte e Comitê de Ministros do Conselho da Europa) por um só órgão - permanente - a Corte Europeia dos Direitos do Homem.

Uma Câmara, constituída de três juizes, módulo ordinário de julgamento da Corte, passa a exercer as funções, precedentemente, atribuídas à Comissão: exame de admissibilidade, estabelecimento dos fatos, conciliação e decisão de mérito. O procedimento, cuja transparência é, todavia, relativa, é o seguinte: filtrada por um Comitê de três juizes (que, por unanimidade, poderá declarar a petição inadmissível), a petição individual será encaminhada a uma Câmara de sete juizes, que decidirá sobre sua admissibilidade e, depois de uma tentativa de conciliação, decidirá sobre o mérito. Essa decisão, porém, não é definitiva, pois uma das partes pode pedir que o processo seja enviado a uma grande Câmara, de dezessete juizes. Esse reexame está, porém, subordinado à aceitação de um colégio de cinco juizes e só poderá ter lugar, excepcionalmente, quando se tratar, por exemplo, de uma questão grave de interpretação ou de aplicação da Convenção.

A reestruturação, como se vê, deixa que subsista a diversidade funcional que existia (admissibilidade, conciliação, duplo exame do mérito) e não muda, fundamentalmente, o procedimento.

Essas alterações tiveram por consequência principal a exclusão do Comitê de Ministros como órgão de decisão. Ele continua a fiscalizar a execução das decisões da Corte, mas deixa a jurisdição do sistema de controle. Extingue-se a Comissão, ou seja, o órgão que permitia uma filtragem dos procedimentos, antes de considerá-los ou de submetê-los à Corte.

A Corte Europeia conta, na sua organização atual, consoante o artigo 20 da Convenção com o número de juizes iguais ao número de Estados membros, com juizes eleitos para mandato de 6 anos, permitida uma recondução.

Com atribuições consultivas e contenciosas, com cerca de 800 milhões de jurisdicionados virtuais, em julho de 2012 estimava-se em 50.000 novos casos são apresentados por ano, proximamente 54% são aceitos.⁵

2 O SISTEMA AMERICANO

O continente americano nos dá o segundo exemplo de regionalização dos Direitos Humanos, no âmbito da OEA e da cooperação interamericana, ao instituir um mecanismo de proteção sofisticado, fortemente inspirado no modelo europeu. A qualidade do discurso de proclamação contrasta - deve-se afirmar - singularmente, com a situação real dos Direitos Humanos na América Central ou na América do Sul.

A carta constitutiva da OEA foi adotada em Bogotá, em 30 de abril de 1948, pela IX Conferência Internacional Americana (depois emendada pelo Protocolo de Buenos Aires, de 27 de fevereiro de 1967). O preâmbulo da Carta afirma que “o verdadeiro sentido da solidariedade americana e de boa vizinhança não se pode conceber senão consolidando, no continente e no quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade individual e de justiça social baseado no respeito aos direitos fundamentais do homem”. A carta prevê, por outro lado, a criação de uma Comissão Interamericana dos Direitos do Homem, órgão consultivo da OEA sobre a matéria.

A convenção americana relativa aos direitos do homem, de 22 de novembro de 1969, adotada pelos Estados-membros da OEA em São José (Costa Rica), entrou em vigor em 18 de julho de 1978, com o depósito do 11º instrumento de ratificação. Vinte e cinco Estados ratificaram a Convenção até 1º de julho de 1998. Hoje são 35 Estados. Convém ressaltar que os Estados Unidos e o Canadá não ratificaram até hoje a Convenção, questão que está na ordem do dia das reuniões, em sede das Américas, segundo o princípio da universalidade dos Direitos Humanos. É bem verdade que nos termos da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, os países signatários de um tratado, mesmo que não o tenham ratificado, devem abster-se de qualquer ato contrário a seu objeto e propósito, até que tenham decidido anunciar sua intenção de não tornar-se parte do tratado. No caso, apesar de os Estados Unidos da América não serem parte da convenção de Viena, o Departamento de Estado Americano a reconhece como texto básico, na área de tratados e atos processuais. Segundo a premissa de que a reserva é incompatível com o objeto e a finalidade de um tratado e que os Estados Unidos da América não são parte da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, o Departamento de Estado desse país entende que as normas da Convenção de Viena se constituem numa declaração do direito

5 <<http://www.echr.coe.int>>

internacional costumeiro e, nesse caso, devem ser reconhecidas. Isto porque, segundo, ainda, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, deve-se reconhecer a importância progressiva dos tratados como fonte do direito internacional e como meio do desenvolvimento pacífico e cooperativo entre as nações, quaisquer que sejam suas Constituições e sistemas sociais. Não é o caso, porém, do Canadá, que sequer firmou a Convenção Americana.

A convenção Americana reflete a mesma inspiração ideológica da Convenção Europeia, quando afirma, em seu preâmbulo, que os direitos fundamentais do homem, não obstante o fato de pertencer a um dado Estado, repousam sobre os atributos da pessoa humana e que um regime de liberdade individual e de justiça social não pode ser estabelecido senão no quadro das instituições democráticas. Os direitos proclamados são similares e, sobretudo, o mecanismo institucional de proteção estava decalcado no então sistema europeu: a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, na forma do que dispõe a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, é um órgão autônomo da OEA, que tem como função principal promover a observância, a defesa e a promoção dos Direitos Humanos e servir como órgão consultivo da OEA sobre a matéria.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos tem uma função quase jurisdicional, pois é ela que recebe as denúncias de violações que lhe são apresentadas pelas vítimas ou por quaisquer pessoas ou organizações não-governamentais, contra atos violatórios de direitos fundamentais por parte dos Estados ou que não tenham encontrado reconhecimento ou proteção por parte dos mesmos Estados. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos processa essas denúncias, procede ao seu exame e, depois de admiti-las, faz recomendações aos Estados e, ao final, decide se apresenta ou não o caso à Corte. Assim, a Corte só passa a decidir sobre os casos que lhe são apresentados pela Comissão ou por um Estado-parte.

A Comissão de Direitos Humanos da OEA é, ao mesmo tempo, um órgão ou etapa “processual” no sistema de petições individuais estabelecido sob a Declaração e a Convenção Americanas e um órgão de “vocação geral” na região americana, em matéria de Direitos Humanos. Nesse sentido, ela é uma mescla de Comit  de direitos civis e políticos do Pacto Internacional de 1966 e de Comissão de Direitos Humanos da Na es Unidas. Sua riqueza vem justamente do caráter parcialmente público e parcialmente judicial. A salvaguarda de sua imparcialidade e da corre o de seu funcionamento é o caráter “supervisor” da Corte Interamericana.

Para os Estados que não aceitaram a cláusula de jurisdi o obrigatória da Corte Interamericana, a Comissão é o único órgão de soluço de litígios do sistema e deriva sua competência da carta da OEA e

do estatuto da Comissão, além da Convenção Americana (para os estados que a ratificaram). Ela concentra, em um único órgão, a investigação dos fatos, a apreciação dos argumentos jurídicos e a imposição de sanções.

Assim, é fundamental para a vitalidade do sistema interamericano de Direitos Humanos, como a Comissão de Direitos Humanos asseverou na Assembleia Geral da OEA, que teve lugar na Guatemala, no mês de junho de 1999, e reiterou, ante a mesma Assembleia, realizada em Windsor (Canadá), em junho de 2000, o cumprimento pelos Estados-partes das sentenças da Corte e recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Os órgãos políticos da Organização devem cumprir com o objetivo central de assegurar o cumprimento das decisões dos órgãos de proteção. O fortalecimento do sistema não depende, pois, unicamente e nem se esgota no funcionamento dos órgãos de supervisão.

Em última instância, sua efetividade está vinculada à ação que os órgãos políticos estejam dispostos a empreender ante quantos ignoram suas obrigações internacionais. Os Estados e os órgãos apontados constituem-se na garantia coletiva do cumprimento das normas de direitos humanos. Passados, ainda, poucos dias da Assembleia de Windsor, em resposta a colocações feitas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos perante o Comitê de Direitos Políticos e Sociais da OEA, o representante dos Estados Unidos assinalou a conveniência de estabelecer-se um órgão encarregado de acompanhar o cumprimento das decisões e das recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

A Corte Interamericana ostenta, na sua organização atual, 7 Juízes na Corte e 7 na Comissão, todos eleitos para mandato de 6 anos, permitida uma recondução. A Convenção Americana possuía em setembro de 2013 com 25 Estados-partes⁶.

Também dispõe de atribuições consultivas e contenciosas, merecendo destaque que na jurisdição contenciosa, até junho de 2012, já tinha proferido 242 sentenças.⁷

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os marcos legais dos referidos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos são a Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1950, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969.

O Europeu é mais desenvolvido sistema regional existente, traduzindo a mais bem sucedida experiência de justicialização de direitos

6 <<http://www.cidh.org>>

7 <<http://www.corteidh.or.cr>>

humanos por meio da Corte Europeia e passou por uma reestruturação que o tornou mais efetivo, mesmo com a continuidade da diversidade funcional (admissibilidade, conciliação, duplo exame do mérito), sem alterações fundamentais no procedimento, e a consequência principal foi a exclusão do Comitê de Ministros como órgão de decisão.

A Corte Europeia conta, na sua organização atual, consoante o artigo 20 da Convenção com o número de juízes iguais ao número de Estados membros, com juízes eleitos para mandato de 6 (seis) anos, sendo admitida uma recondução.

Com atribuições consultivas e contenciosas, atualmente possui cerca de 800 milhões de jurisdicionados virtuais, e em julho de 2012 estimava-se em 50.000 novos casos são apresentados por ano, aproximadamente 54% são aceitos.⁸

No Sistema Interamericano a Convenção estabelece Comissão de Direitos Humanos e Corte Interamericana de Direitos Humanos, conferindo a essas a competência para zelar pelo respeito às normas enunciadas pela Convenção por seus Estados signatários. Não logrando êxito a conciliação entre as partes, a Comissão elaborará relatório contendo fatos e conclusões relativos ao caso, de onde constarão eventuais recomendações ao Estado denunciado, que terá o prazo de três meses para atendê-las.

Os juízes e membros da Comissão Interamericana são eleitos pela Assembleia Geral da OEA para mandato de 6 anos e permitida uma recondução, e também possui função consultiva e jurisdicional.

REFERÊNCIAS

ARENT, Hannah. *As origens do totalitarismo*.

BICUDO, Hélio. *Defesa dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.scielo.com>>.

BOBBIO, Norberto. *Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

NINO, Carlos Santiago. *The Ethics of Human Rights*. Buenos Aires: Astrea, 1989.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. Saraiva, 2014.

8 <<http://www.echr.coe.int>>

O DIREITO AO ESQUECIMENTO E A INTERNET –
CENSURA OU GARANTIA?
A RECENTE DECISÃO DO TRIBUNAL DE
JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. O DIREITO AO
ESQUECIMENTO NO BRASIL

*RIGHT TO BE FORGOTTEN AND THE INTERNET – CENSORSHIP OR
GUARANTEE? THE RECENT JUSTICE COURT OF EUROPE UNION
DECISION. THE RIGHT TO BE FORGOTTEN IN BRAZIL*

Rosa Maria Pellegrini Baptista Dias

Advogada da União lotada na Consultoria Jurídica da União em São Paulo

SUMÁRIO: Introdução; 1 Memória e Esquecimento
2 O direito ao esquecimento e o direito à livre
expressão; 3 O Caso M Costeja Gonzalez x Google
Spain e Google Inc e a decisão do Tribunal de Justiça
da União Europeia; 4 O Direito ao Esquecimento e a
nova regulamentação de proteção aos dados na União
Europeia; 5 O Direito ao Esquecimento na União
Europeia; 6 O Direito ao Esquecimento no Brasil;
8 Conclusão; Referências

RESUMO: O direito ao esquecimento surge como um desafio e uma inovação na era digital. A forma como o Estado de Direito vêm enfrentando o problema relativo à proteção de dados e à grande exposição causada pelas novas tecnologias é o objeto de análise deste artigo. Com a finalidade de garantir e preservar o direito à privacidade, inúmeros mecanismos de inibição da divulgação de informações privadas vêm sendo elaborados e disponibilizados aos indivíduos. Na construção destes mecanismos, o Judiciário dá a sua contribuição, através da análise de casos concretos e da definição de parâmetros a serem seguidos. Por outro lado a proteção a este direito encontra limites no próprio direito à livre expressão, conquistado com muito esforço, nas democracias modernas. É possível encontrar um equilíbrio entre o direito de esquecer e o de livre expressão?

PALAVRAS-CHAVES: Esquecimento. Memória. Privacidade. Censura. Internet.

ABSTRACT: The right to be forgotten is a challenge and an innovation in the digital age. How the rule of law is facing the problem of data protection and the large exposure of personal data caused by new Technologies is the object of this article. In order to guarantee and preserve the right to privacy, several mechanisms inhibiting disclosure of private information has been prepared and made available to individuals. In the construction of these mechanisms, the Judiciary gives its contributions through the analysis of cases and definition of parameters to be followed. On the other hand the protection of this right finds limits itself in the right of free expression, achieved not without great cost, in modern democracies. Is it possible to find a balance between the right to forget and to free speech?

KEYWORDS: Forgetfulness. Memory. Privacy. Censorship. Internet.

INTRODUÇÃO

A faculdade da memória desde a Antiguidade Clássica desafia os estudiosos. Platão a considerava uma das mais importantes capacidades do ser humano, pois nos restituía a verdade e nos libertava dos erros. Em seus escritos, o tema é recorrente. No diálogo Fedro uma das abordagens trata da teoria da reminiscência, pela qual o filósofo considera que a memória seria a recordação de vivências de uma vida anterior que a alma contemplou antes de retomar a forma humana. Na mesma obra, ao relatar sobre a invenção da escrita pelo deus Thoth, Sócrates demonstra a Fedro sua preocupação, apontando os prejuízos que afetariam os homens ao deixar de cultivar a memória, confiando apenas nos textos escritos.¹

Aristóteles associou a memória ao conhecimento. Para ele, a construção do conhecimento era dividida em graus, sendo que a memória seria um destes graus. Os seres capazes de lembrar seriam também capazes de aprender. Isto porque nosso conhecimento seria formado e enriquecido pelo acúmulo de todos os graus (sensação, percepção, imaginação, memória, linguagem e raciocínio). As informações trazidas pelas sensações, a partir da organização permitiriam a percepção. As percepções, por sua vez, se organizariam e dariam origem à imaginação. Juntas, percepção e imaginação conduziriam à memória, à linguagem e ao raciocínio. Neste sentido, a memória seria a retenção das aspirações e os seres incapazes de lembrar seriam relegados a um plano inferior.²

Santo Agostinho, no livro X de Confissões, associa a memória à própria alma. Para ele, a memória seria o estômago da alma e operaria de forma voluntária. Assim, no momento em que desejássemos resgatá-la, bastaria um exercício interno de procura para que ela voltasse à nossa mente, mantendo-se novamente relegada ao esquecimento, quando não mais nos interessasse.

Chegarei assim ao campo e aos vastos palácios da memória, onde se encontram os inúmeros tesouros de imagens de todos os gêneros, trazidas pela percepção. Aí é também depositada toda a atividade de nossa mente, que aumenta, diminui ou transforma, de modos diversos, o que os sentidos atingiram e também tudo o que foi guardado e ainda não foi absorvido e sepultado no esquecimento. Quando aí me encontro, posso convocar as imagens que quero. Algumas se apresentam imediatamente; outras fazem-se esperar

1 PLATÃO. *Os Pensadores*. v.III, São Paulo: Abril Cultural, 1972.

2 ARISTÓTELES. *De Anima*. São Paulo: 34, 2006.

por mais tempo e parecem ser arrancadas de repositórios mais recônditos. [...] Outras sobrevivem dóceis em grupos ordenados, à medida em que as conclamo, uma após a outra, as primeiras cedendo lugar às seguintes, e desaparecendo para reaparecer quando quero. Eis o que sucede quando falo de memória.³

No mesmo âmbito da memória, tratando agora da sua ausência, Nietzsche considera que o esquecimento tem a condição de permitir ao homem evoluir, já que ao esquecer nossa consciência se liberta daquilo que foi vivenciado e fica aberta a novas experiências:

[...] esquecer não é uma simples força inercial, como crêem os superficiais, mas uma força inibidora ativa, positiva no mais rigoroso sentido, graças à qual o que é por nós experimentado, vivenciado, em nós acolhido não penetra mais em nossa consciência. [...] Com efeito, quando nossa consciência opera dessa maneira, ela possibilita uma abertura ao novo, ao desconhecido e ao indeterminado. O esquecimento é útil, à medida que funciona como preservador do nosso ordenamento físico, e mantém a placidez primordial para o progresso do homem. Logo, sem o esquecimento não poderia haver felicidade jovialidade, esperança, orgulho.⁴

Esquecemos involuntariamente coisas boas ou ruins, experiências vividas ou apenas testemunhadas, fatos relevantes ou não, mas as impressões dessas experiências são conservadas.

Muitas vezes memórias antes relegadas ao esquecimento, voltam sem convite ou aviso prévio em forma de sonho ou despertadas por sensações. Um cheiro, um gosto, uma voz podem despertar alguma lembrança adormecida. Algumas dessas experiências nos foram apresentadas por Freud em *Psicologia da vida cotidiana* ao concluir que o material da memória pode ser reconstituído através de atos falhos, problemas da fala, sonhos desconexos, entre outros.⁵

O filósofo contemporâneo Paul Ricoeur, em entrevista não publicada, concedida ao *Jornal Folha de São Paulo* em 20/05/2005 esclarece que em seu entendimento o esquecimento é um estado. Sendo um estado, é involuntário. Não seria portanto nem um dever e nem

3 AGOSTINHO, SANTO. *Confissões*. São Paulo: Paulus, 2014. p. 274.

4 NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da Moral*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006 a. p.47-48.

5 FREUD, Sigmund. *Obras completas de S. Freud*. v. 4, Rio de Janeiro: Delta SA, S/D, p. 307-569.

tampouco um direito. O esquecimento simplesmente acontece porque somos incapazes de lembrar de tudo. Ele faz parte da memória.

Aqui nós tocamos na questão de saber se há um dever de esquecimento. Minha resposta é negativa. Primeiro, por razões epistêmicas: o esquecimento não é um ato, ele é um estado e não podemos transformar um estado em dever. Segundo, porque o esquecimento já está incorporado à memória através da impossibilidade em contar tudo.⁶

Se o esquecimento como apontado pelo filósofo é um estado, e este estado faz parte da própria memória, é plausível reconhecer que se não nos podem obrigar a esquecer, também é injurídico que sejamos obrigados a lembrar das coisas que nos acontecem.

Em seu conto *Funes, el Memorioso*, o escritor argentino, Jorge Luis Borges, apresenta um personagem que de nada se esquecia. Ricoeur, referindo-se a esta impossibilidade, comenta que a hipernesia é uma doença: “Aquele que nada esquece é monstruoso.”⁷

1 MEMÓRIA E ESQUECIMENTO

Se nossas memórias são inerentes à nossa natureza e compõem nossa subjetividade, esquecer é a faculdade que nos permite continuar, refazer, rever e estar disponível a outras experiências. Necessitamos do esquecimento para nos reconciliarmos com a nossa vida. O esquecimento permite que novas ideias surjam, novos recomeços se materializem.

Neste sentido, se o esquecimento é parte integrante de nossa memória, teríamos então um direito ao esquecimento? Seria este direito um direito da própria personalidade?

Estas e outras perguntas surgem como questionamentos a serem enfrentados pela nossa sociedade.

Se até há pouco tempo o esquecimento era um direito natural do indivíduo, o fato de vivermos em tempos de novas tecnologias, especialmente da internet, com a rápida disseminação da informação, o compartilhamento da informação, via nuvem ou redes sociais, e a capacidade de armazenamento de dados dos diversos servidores ameaça este direito natural, tornando-o difícil, senão impossível, de ser exercido.

6 RICOEUR, Paul. *Por uma filosofia da memória reconciliada*. Disponível em: <<http://www.geocities.ws/vladimirsafatle/vladi018.htm>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

7 Ibid.

Se uma informação fica armazenada, disponível e acessível ao simples toque de uma tecla temos negado o direito de esquecer.

A memória digital, diferentemente da humana, armazena milhões de informações e as mantém intactas. A cada toque a mente será acionada e provocada para fatos do passado toda vez que, em uma busca, surgir numa página da internet fotos, referências a algum episódio, ou filmes que não temos interesse em rever. Surgem então um problema e uma questão que não podem ficar sem resposta: o indivíduo tem o direito de esquecer?

Estaremos obrigados a conviver com estas lembranças que a mente renega e que o consciente não quer ver? Ou, em contrapartida somos detentores de um direito ao esquecimento?

Um indivíduo deve ser obrigado a relembrar indefinidamente de coisas passadas que já não lhe interessam ou que lhe trazem sofrimento? Esta memória individual deve ficar disponibilizada ao público em atenção ao princípio da livre expressão? Estaríamos exercendo censura ao requerer que um fato individual, sem qualquer interesse público ou histórico seja apagado dos veículos de busca da internet?

Se se considera que a memória e a história devem ser preservadas a fim de gerar conhecimento dos erros do passado e prevenir equívocos do futuro, permitindo compensação às vítimas, não se pode questionar que o esquecimento faz parte da condição humana.

2 O DIREITO AO ESQUECIMENTO E O DIREITO À LIVRE EXPRESSÃO

O objetivo deste artigo é refletir sobre o direito ao esquecimento, considerando a solução dada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia no caso *M Costeja Gonzalez x Google Spain e Google Inc*, a nova regulamentação para a proteção de dados proposta pela Comissão Europeia, bem como a aplicação do direito ao esquecimento no Brasil e sua contraposição ao direito de livre expressão.

Vivemos em tempos de verdadeira aldeia global⁸ em que nos encontramos irremediavelmente ligados e interconectados e, com isto, a preocupação com a proteção aos dados pessoais ganha relevância nos Estados de Direito.

Se entendermos o esquecimento como um desdobramento da memória, é fácil concluir que ele é um direito. Um direito inerente à própria personalidade e, como direito, merecedor de proteção.

O direito ao esquecimento pode ser definido, portanto, como o poder que tem o interessado (que é o objeto da informação) de retirar o seu

8 IANNI, Octavio. *Teorias da Globalização*. 14. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007. fls. 119.

consentimento para o processamento dos próprios dados, requerendo o seu apagamento.

Por outro lado, a liberdade de expressão é uma das garantias mais relevantes de uma democracia. Em um Estado de Direito, as pessoas podem expressar suas opiniões sem sofrer perseguição ou qualquer tipo de tolhimento ou censura.

De tão relevante essa liberdade consta como um dos direitos fundamentais assegurados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948⁹:

Artigo XIX:

Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

Claro que o direito à livre expressão também não é absoluto. Ele respeita limites relativos à própria privacidade, direito também assegurado pela mesma Declaração Universal em seu artigo XII.

Assim, o embate privacidade x liberdade de expressão somente pode ser dirimido caso a caso, com análise das razões e avaliação de qual deles, em um eventual confronto, merece proteção.

Neste ponto é de todo pertinente a sempre atual conclusão de Norberto Bobbio que aponta que o grande problema do nosso tempo com relação aos direitos do homem não é fundamentá-los, mas sim, protegê-los.¹⁰

É importante considerar que a proteção dos direitos individuais no ambiente tecnológico em que vivemos torna-se um desafio ao se verificar que muitas vezes o veículo que armazena informações se encontra sediado em outro país e, muitas vezes, utiliza-se de um servidor situado em um terceiro país.

Garantir ao indivíduo o direito de se contrapor ao uso de seus dados no ambiente da internet é uma tarefa das mais difíceis e um grande desafio que se impõe ao Direito e às instituições.

Com a disseminação do uso da internet e das redes sociais e, ainda, as facilidades de inserção de dados (telefones celulares, computadores,

9 Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2014.

10 BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 25.

notebooks), é natural que surjam também os problemas relativos ao abuso no uso das informações.

De outro lado, a internet e também as redes sociais vêm funcionando como um grande veículo de troca de informações e permitindo que abusos de todos os tipos sejam denunciados. Veja-se, por exemplo, o relevante papel que as redes vêm desempenhando junto aos jovens engajados, dando-lhes voz e permitindo-lhes se organizar na busca por melhores condições de vida e lutar por um mundo mais justo.

A primavera árabe, o movimento catraca livre, o occupy Wall Street, independentemente de suas virtudes ou defeitos, foram todos movimentos que surgiram a partir das redes sociais.

Importante ressaltar que a primeira atitude de um governo ditatorial quando começa a enfrentar problemas desse tipo é justamente limitar o acesso à rede. A liberdade de expressão está diretamente ligada ao grau de maturidade da democracia.

A ONG Repórteres Sem Fronteiras¹¹ divulga uma lista dos países nos quais a internet é limitada sendo de se pontuar que, em sua maioria, trata-se de países com regimes autoritários.

Assim, não é de se estranhar que inúmeras vezes tenham surgido, manifestando-se contra a possibilidade de apagar dados constantes da internet, pois se teme que a medida possa se configurar uma forma de censura e controle, pondo em risco o direito de livre expressão, sempre conquistado com muito esforço.

A tendência atual tanto no âmbito da União Europeia quanto no Brasil é pelo reconhecimento do esquecimento como um direito relativo à personalidade e, portanto, sujeito à proteção.

O perfeito equilíbrio entre o direito de livre expressão e o direito à privacidade em tempos de internet é o desafio que se põe para as democracias modernas.

Este papel de dirimir eventuais embates entre estes direitos, mesmo no caso de publicações em sites de internet, vinha sendo exercido por juízes ou órgãos regulatórios.

3 O CASO M COSTEJA GONZALEZ X GOOGLE SPAIN E GOOGLE INC E A DECISÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

Em decisão que data de 13 de Maio de 2014¹², o Tribunal de Justiça da União Europeia, ao analisar um caso concreto (Processo nº C-131/12),

11 Disponível em: <http://en.rsf.org/IMG/pdf/Internet_enemies.pdf>. Acesso em: 26 set. 2014.

12 Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=c-131-12&td=ALL>>. Acesso em: 05 ago. 2014.

emitiu decisão uniformizadora, reconhecendo o direito ao esquecimento no âmbito da União Europeia.

A demanda aportou no Tribunal de Justiça da União Europeia a pedido da Audiência Nacional (Espanha) com a finalidade de obter decisão prejudicial sobre uma série de questões relativas ao processo que o Sr. M. Costeja Gonzalez movia contra o Google Inc e o Google Spain, de forma a que fossem estabelecidas regras uniformes aplicáveis a todos os países do bloco, quanto à proteção de dados individuais no âmbito da internet.

O litígio se iniciou no âmbito da Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD) e a razão do inconformismo do postulante foi o fato de que toda vez que um internauta inseria o nome M. Gonzalez no buscador do Google, apareciam duas páginas do Jornal La Vanguardia, datadas de 1998. Nas referidas páginas, aparecia a notícia de venda de imóveis em hasta pública decorrente de arresto para saldar dívidas contraídas junto à Seguridad Social, na qual era citado o nome de M. Costeja Gonzales.

O demandante fez, então, dois pedidos: um contra o jornal La Vanguardia para que o mesmo suprimisse ou alterasse suas páginas a fim de que seus dados deixassem de aparecer. O outro, contra Google Inc e Google Spain para que ambos suprimissem ou ocultassem seus dados pessoais de modo que não mais aparecessem em resultados de pesquisa.

O Sr. Gonzales alegou, como razão do seu inconformismo, que o processo de arresto de que fora parte já se resolvera há muito e que a constante referência ao fato não tinha qualquer pertinência ou interesse público.

No âmbito da AEPD, em decisão de 30 de Julho de 2010, o pedido relativo ao jornal La Vanguardia foi negado, visto que se entendeu que a notícia veiculada no Jornal obedeceu aos critérios do interesse público, que requer a máxima publicidade à hasta pública. Já com relação ao pedido feito em face do Google, aquela agência entendeu que seria aplicável o regramento relativo à proteção de dados vigente na UE e deferiu o pedido.

Em grau de recurso o feito chegou ao Tribunal de Justiça da União Europeia, para que se interpretassem os artigos 2º, alíneas b e d, 4º, nº 1, alíneas a e c, 12 alínea b e 14, parágrafo primeiro, alínea a, da Diretiva nº 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento a dados pessoais e à livre circulação de dados.

Com relação à parte que nos interessa discutir, o Direito ao Esquecimento, submeteu-se à seguinte questão¹³:

Devem os direitos ao apagamento e bloqueio dos dados, regulados no artigo 12, alínea b, e o direito de oposição, previsto no artigo 14, primeiro parágrafo, alínea a, da Diretiva 95/46 ser interpretados no sentido de que permitam que a pessoa em causa possa dirigir-se aos motores de busca para impedir a indexação da informação referente à sua pessoa, publicada em páginas da web de terceiros, com base na sua vontade de que a mesma não seja conhecida pelos internautas quando considere que lhe pode ser prejudicial ou deseje que seja esquecida, mesmo tratando-se de uma informação publicada licitamente por terceiros?

Tanto o recurso proposto quanto a decisão proferida, tiveram por base uma diretiva já vigente no âmbito da União Europeia. Ou seja, o direito que se pretendia reconhecer já se encontrava assegurado na Diretiva 95/46, cabendo ao Tribunal de Justiça interpretá-lo de forma que houvesse uma uniformização dos países do bloco quanto ao seu alcance.

O artigo 12 da Diretiva 95/46¹⁴ estabelece, dentre outras coisas, que:

Os Estados membros garantirão às pessoas em causa o direito de obterem do responsável pelo tratamento:

[...]

b) consoante o caso, a retificação, o apagamento ou o bloqueio dos dados cujo tratamento não cumpra o disposto na presente diretiva, nomeadamente devido ao carácter incompleto ou inexato desses dados;”

Já o artigo 14, parágrafo primeiro alínea “a” prevê quanto ao direito de oposição, da seguinte forma:

Os Estados-membros reconhecerão à pessoa em causa o direito de:

13 Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=c-131-12&td=ALL>>. Acesso em: 05 ago. 2014.

14 Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:pt:HTML>>. Acesso em: 05 ago. 2014.

- a) Pelo menos nos casos referidos nas alíneas e) e f) do artigo 7º, se opor em qualquer altura, por razões preponderantes e legítimas relacionadas com a sua situação particular, a que os dados que lhe digam respeito sejam objecto de tratamento, salvo disposição em contrário do direito nacional. Em caso de oposição justificada, o tratamento efectuado pelo responsável deixa de poder incidir sobre esses dados;

A decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia foi bastante abrangente e ampla, concluindo que a incompatibilidade de uma informação relativa a dados pessoais pode resultar não só do fato de os dados estarem incorretos, “mas também de serem inadequados, impertinentes, excessivos, desatualizados” ou porque fossem “armazenados durante um período superior ao necessário” havendo exceção apenas para os casos em que a conservação se afigurasse indispensável em razão de sua finalidade histórica, estatística ou científica, dentre outras.¹⁵

Ou seja, não há motivos para que dados, ainda que verdadeiros e ainda que inseridos de forma lícita na internet, fiquem indeterminadamente disponíveis ao público, a não ser que haja um interesse maior para esta manutenção.

Daí se conclui que mesmo uma informação que foi inserida na internet de forma lícita, pode-se tornar, com o decurso do tempo, incompatível com os direitos e princípios previstos na Diretiva 95.

Diante disto, o Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu que quando não houver mais interesse na informação ou quando ela se tornar incompatível com os princípios protegidos pela Diretiva, o interessado poderá requerer a sua supressão.

Interessante notar que este direito não requer a comprovação de que a manutenção da informação gere prejuízo à pessoa. Basta, portanto, que haja um pedido do interessado para que a informação deixe de ser disponibilizada via buscadores.

O Tribunal de Justiça entendeu que o interesse comercial do operador do site de buscas e o interesse do público em encontrar a informação, não podem prevalecer sobre o direito fundamental à privacidade do interessado.

Delineou, entretanto, algumas exceções a este direito, por razões especiais, tais como o papel desempenhado pela pessoa na vida pública, situação em que haveria um interesse público em ter acesso a estas informações.

15 Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=c-131-12&td=ALL>>. Acesso em: 05 ago. 2014.

De toda sorte, a decisão da Corte trouxe à luz a questão do direito ao esquecimento e traçou as bases para a sua aplicação: a) a pessoa tem o direito de ser esquecida; b) este é um direito fundamental da pessoa; c) é desnecessário que haja dano à pessoa para que possa exercer o seu direito; d) este direito prevalece sobre o interesse do público em ter acesso à informação; e) há exceções a este direito e que estão relacionadas a razões históricas, científicas, estatísticas ou mesmo pela posição ocupada pelo indivíduo em questão na vida pública.

4 O DIREITO AO ESQUECIMENTO E A NOVA REGULAMENTAÇÃO DE PROTEÇÃO AOS DADOS NA UNIÃO EUROPEIA

Tendo em vista que a regulamentação da proteção de dados no âmbito da União Europeia entrou em vigor em 1995, época em que a internet ainda era um mecanismo incipiente, não acessível a um grande número de pessoas e que ainda não dispunha de tantos recursos como atualmente, a Comissão Europeia propôs alterar a diretiva 95, reformulando-a a fim de aumentar a garantia e o controle sobre as informações pessoais que são disponibilizadas.

Ao analisar a proposta da Comissão Europeia, o Parlamento Europeu votou em Março de 2014¹⁶ a reforma da lei de proteção de dados, abrindo caminho para sua aprovação que ainda depende do aval do Conselho de Ministros para se tornar uma realidade.

Da análise do voto do Parlamento, podemos concluir que, de forma explícita, o direito ao esquecimento foi referendado como um direito, estando previsto que o indivíduo que não queira ter qualquer dado pessoal disponível na internet, possa requerer diretamente o seu apagamento. Sua pretensão deverá ser imediatamente atendida, desde que não haja legitimidade para a sua manutenção.

De outro lado, para tentar driblar a questão relativa ao foro de constituição das empresas que operam os diversos servidores, sites e redes, a proposta de reforma estende sua aplicação às empresas não europeias que ofereçam serviços aos seus cidadãos.

A proposta traz também limites, uma vez que não foi dado ao Direito ao Esquecimento, o status de um superdireito, que se sobrepõe aos demais

O voto do Parlamento na Proposta da Comissão no que se refere ao Direito ao Esquecimento, teve a seguinte redação¹⁷:

16 Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-186_en.htm>. Acesso em: 05 ago. 2014.

17 Id.Ibid

Article 17: Right to erasure

1. The data subject shall have the right to obtain from the controller the erasure of personal data relating to them and the abstention from further dissemination of such data, and to obtain from third parties the erasure of any links to, or copy or replication of that data, where one of the following grounds applies:
 - (a) the data are no longer necessary in relation to the purposes for which they were collected or otherwise processed
 - (b) the data subject withdraws consent on which the processing is based according to point (a) of Article 6(1), or when the storage period consented to has expired, and where there is no other legal ground for the processing of the data;
 - (c) the data subject objects to the processing of personal data pursuant to Article 19;
 - (a) a court or regulatory authority based in the Union has ruled as final and absolute that the data concerned must be erased;
 - (d) the data has been unlawfully processed.
- 1a. The application of paragraph 1 shall be dependent upon the ability of the data controller to verify that the person requesting the erasure is the data subject.
2. Where the controller referred to in paragraph 1 has made the personal data public without a justification based on Article 6(1), it shall take all reasonable steps to have the data erased, including by third parties, without prejudice to Article 77. The controller shall inform the data subject, where possible, of the action taken by the relevant third parties.

Observe-se que fica assegurado o direito ao apagamento de dados pessoais, a ser requerido pelo interessado, diretamente ao controlador da informação, bem como o direito de que estes dados não sejam disseminados e, ainda, o direito de obter de terceiros o apagamento de links, cópias ou réplicas destes dados, sempre que: a) as informações não

forem mais necessárias levando em conta a finalidade com que foram coletadas ou processadas; b) o interessado retirar o consentimento que havia dado para seu armazenamento, ou quando o período pelo qual consentiu houver expirado, desde que não haja nenhuma obrigação legal para o seu armazenamento; c) o interessado se opuser ao processamento dos dados e solicitar em contrapartida a limitação de seu uso; d) houver uma decisão final de autoridade regulatória ou de corte no sentido de que os dados devem ser apagados; e) os dados tiverem sido processados de forma ilegal.

Da leitura do voto do Parlamento, vê-se que foi bastante ampliado o direito ao apagamento, sendo também estabelecida a inversão do ônus da prova, cabendo à companhia que armazena o dado, comprovar que este não pode ser apagado porque ainda é necessária a sua manutenção ou ele ainda é relevante.

Cabe também à empresa controladora dos dados informar a terceiros que houve pedido para apagamento dos dados.

O voto do Parlamento Europeu foi no sentido de ampliar bastante o direito do cidadão de obter o apagamento de informações, munindo-o com elementos que lhe garantem o exercício da garantia.

Claro está, que a referida proposta ainda não é final e deverá ser analisada pelo Conselho de Ministros, antes de se tornar lei no âmbito da UE.

De toda sorte, o voto do Parlamento manteve acirrados os ânimos em relação ao debate Privacidade X Censura.

5 O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA UNIÃO EUROPEIA

Com a decisão do TJUE e ainda, diante da nova proposta de regulamentação da proteção dos dados na UE, o que se teme é que, de forma indiscriminada, dados relevantes sejam apagados, de modo que os interessados consigam reescrever suas histórias, apagando informações que lhes pareçam deletérias ou que não sejam de seu interesse.

Neste caso, estaria ocorrendo um tipo de censura, pois informações relevantes para o público seriam excluídas sem qualquer intervenção do Judiciário, cabendo apenas ao livre arbítrio do interessado requerer o apagamento.

Algumas críticas chegam ao extremo de apontar que a decisão do TJUE abriu uma verdadeira “caixa de Pandora”¹⁸.

18 Pandora, personagem da mitologia grega foi a primeira mulher criada por Zeus. A “caixa” era na verdade um grande jarro dado a Pandora, que continha todos os males do mundo e não deveria ser aberta.

As críticas nos parecem exageradas, embora seja necessário o maior cuidado no trato da questão.

Com efeito, na decisão da Corte ficou claro que os casos devem ser analisados pontualmente, sopesando-se a relevância da informação que se pretende deletar, com o direito de acesso à informação por parte do grande público.

De fato, de um lado facilitou-se bastante a vida do interessado no que tange ao pedido de apagamento. Não é necessário um processo judicial e uma decisão final para que se possa apagar a informação. Parte-se do pressuposto de que a informação faz parte da privacidade do requerente, cabendo-lhe, portanto, o direito de disponibilizá-la ou não.

De outro lado, impuseram-se limites a este direito, ao se estabelecer que sempre que a informação for de interesse público por razões históricas, estatísticas ou mesmo em função do papel do requerente na sociedade, este direito não se aplica.

O provedor que contiver o armazenamento das informações deverá avaliar se aquela informação é ou não relevante e, caso considere descabido o apagamento, poderá se opor.

Ademais, na proposta de revisão da Diretiva 95, foi estabelecida ainda a obrigação do provedor de comunicar aos terceiros toda vez que houver pedido de apagamento, podendo estes, acaso se oponham, tomar as medidas cabíveis.

Enfim, o debate parece longe de seu final, mas a questão pode ser equacionada por meio do estabelecimento de limitações ao direito, como nos parece ser a proposta da UE.

6 O DIREITO AO ESQUECIMENTO NO BRASIL

Muito embora não seja reconhecido explicitamente como um direito no Brasil, o direito ao esquecimento vem sendo aplicado como um desdobramento do direito à privacidade.

O Código Civil Brasileiro assegura o direito à privacidade no Brasil, nos seguintes termos: *Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.*

No que tange à divulgação de informações privadas, a lei assim estabelece:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento

e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Da leitura destes artigos é possível concluir que, em uma análise caso a caso, será assegurado ao interessado obter provimento judicial que lhe garanta o apagamento de informações (dados) que lhe atinjam a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou que se destinem a fins comerciais.

Além disto, é interessante verificar que a doutrina brasileira não está insensível ao assunto. Prova disto é que na VI Jornada de Direito Civil, realizada entre os dias 11 e 12 de Março de 2013 pelo Centro de Estudos do Judiciário do Conselho da Justiça Federal (CJE/CJF), foi aprovado o Enunciado 531 que prevê: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.

Muito embora esse enunciado não tenha qualquer caráter vinculante, serve como orientação e fundamento para a aplicação daquele direito.

No que tange ao apagamento de informações, a Lei nº 12.965 de 23/04/2014, marco civil da internet assim previu:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...]

VIII - informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que:

a) justifiquem sua coleta;

b) não sejam vedadas pela legislação; e

c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet;

[...]

X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término

da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei;

Neste sentido, quer nos parecer que o apagamento de informações foi bastante limitado pela referida lei.

A responsabilização do provedor por conteúdo publicado, nos termos do artigo 19 da citada Lei, foi vinculada à existência de decisão judicial.

Não há como no modelo proposto na Europa, obrigação do provedor de atender o pedido do requerente e a inversão do ônus da prova. Ao contrário, parece-nos que o legislador privilegiou o direito à livre expressão em detrimento do direito à privacidade.

Esta atitude é compreensível em um país assombrado por uma ditadura relativamente recente, pela censura e perseguição.

Em entrevista ao Segundo Caderno do Jornal O Estado de São Paulo datada de 25/08/2014¹⁹ o presidente do Instituto Vladimir Herzog, Ivo Herzog pontuou que o Brasil tem como tradição o esquecimento. Falava ele, neste caso, do esquecimento que gera impunidade.

Mas e o que dizer do esquecimento quando a notícia já cumpriu o seu papel e já não tem mais qualquer relevância para o interesse público. É justo que permaneça sendo divulgada? Não estaremos com isto também privilegiando o interesse comercial das empresas controladoras dos sites de informações? Não seria desproporcional obrigar o indivíduo a recorrer ao Judiciário toda vez que desejasse ver uma informação constante da internet apagada?

Em que pese tudo que foi acima exposto, notamos que a jurisprudência tem sido bastante ousada e conseguimos identificar duas situações em que foi aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça, o Direito ao Esquecimento.

Muito embora esse enunciado não tenha qualquer caráter vinculante, serve como orientação e fundamento para a aplicação daquele direito.

No que tange ao apagamento de informações, a Lei nº 12.965 de 23/04/2014, marco civil da internet assim previu:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...]

19 JORNAL O ESTADO DE SÃO PAULO. Segundo Caderno, fls. C2, data: 25/08/2014

VIII - informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que:

- a) justifiquem sua coleta;
- b) não sejam vedadas pela legislação; e
- c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet;

[...]

X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei;

Primeiro caso diz respeito ao REsp 1.335.153-RJ, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 28/5/2013²⁰. Nesta situação, a família de vítima de homicídio ocorrido há mais de 50 anos recorreu ao STJ com a finalidade de ver o direito ao esquecimento reconhecido, diante da veiculação de documentário sobre o caso em rede nacional. O STJ reconheceu o direito ao esquecimento, concluindo que:

Assim como os condenados que cumpriram pena e os absolvidos que se envolveram em processo-crime (Resp. N. 1.334/097/RJ), as vítimas de crimes e seus familiares têm direito ao esquecimento – se assim o desejarem, direito este consistente em não se submeterem a desnecessárias lembranças de fatos passados que lhes causaram, por si, inesquecíveis feridas.

No segundo caso, o REsp 1334097/RJ²¹, o autor buscava a proclamação de seu direito ao esquecimento relativo a fatos desabonadores de natureza criminal nos quais se envolvera e em que fora posteriormente inocentado. Neste caso o STJ entendeu que permitir-se que um crime e as pessoas nele envolvidas sejam retratadas indefinidamente por razões históricas, pode de fato significar a permissão de um segundo abuso à dignidade humana. Assim nestes casos reconhecer o direito ao esquecimento seria portanto uma medida corretiva.

20 Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28esquecimento%29+E+%28%22LUIS+FELIPE+SALOM%C3O%22%29.min.&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 05 ago. 2014.

21 Id.Ibid

Estas decisões pavimentaram a doutrina do direito ao esquecimento no Brasil e embora não se disponha de um regramento que o identifique especificamente, ele é protegido como um desdobramento do direito à privacidade.

6 CONCLUSÃO

A internet, as redes sociais e a rápida divulgação das informações neste mundo globalizado em que vivemos trouxe consequências positivas e negativas.

Se por um lado conseguimos maior acesso à informação e consequentemente temos mais elementos para exigir direitos e lutar contra injustiças, por outro vemos-nos, como indivíduos, extremamente impotentes diante da divulgação de dados pessoais.

Na busca por um equilíbrio entre a necessidade de divulgar fatos e o respeito aos direitos da personalidade, especialmente o direito à privacidade, surge o reconhecimento do direito ao esquecimento.

Este reconhecimento, muito embora ainda se mostre em fase inicial, trouxe à mesa o debate que contrapôs o direito à privacidade e o direito à livre expressão no âmbito da internet.

Embora haja bastante resistência quanto à aplicação do direito ao esquecimento, esta parece ser uma via sem retorno. É necessário garantir aos indivíduos a proteção de seus dados, que não podem ficar a mercê de interesses meramente econômicos.

Ademais, deve ser assegurado ao indivíduo o direito de esquecer, direito este que é inerente à sua memória e integra a sua personalidade.

Cabe pois às instituições democráticas encontrar meios de garantir o direito ao esquecimento preservando o direito à livre expressão.

REFERÊNCIAS

AGOSTINHO, Santo. *Confissões*. São Paulo: Paulus, 2014.

AKRIVOPUOULOU, Christina & Nicolas Garipidis. *Human Rights and Risks in The Digital Era – Globalization and the Effects of Information Technologies*. IGI Global. 1 edition, Abril, 2012.

ARISTÓTELES. *De Anima*. São Paulo: 34, 2006.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BORGES, Jorge Luis. *Ficções*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

EXAME.COM. *Google implementa direito ao esquecimento na Europa*. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/tecnologia/noticias/google-implementa-direito-ao-esquecimento-na-europa>>. Acesso em: 05 ago 2014.

FILARETO, Juliana. *No Brasil o Direito ao Esquecimento depende do Judiciário*. Disponível em: <<http://www.publico.pt/mundo/noticia/direito-ao-esquecimento-esquece-o-que-privacidade-ou-liberdade-de-expresso-1637145>>. Acesso em: 24 set. 2014.

FREUD, Sigmund. *Obras completas*. v. 4, Psicologia da Vida Quotidiana. Rio de Janeiro: Delta SA, S/D.

HENRIQUES, Joana Gorjão. *Direito ao Esquecimento Esquece o que? Privacidade ou liberdade de Expressão?* Disponível em: <<http://www.publico.pt/mundo/noticia/direito-ao-esquecimento-esquece-o-que-privacidade-ou-liberdade-de-expresso-1637145>>. Acesso em: 05 ago. 2014.

IANNI, Otavio. *Teoria da Globalização*. 14. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

JORNAL O ESTADO DE SÃO PAULO. *Segundo Caderno*, fls. C2, data: 25/08/2014.

Lei nº 12.965, de 23/04/2014. *Marco Civil da Internet*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 24 set. 2014.

Lei nº 10.406 de 10/01/2002. *Código Civil Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 24 set. 2014.

NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da Moral – uma polêmica*. São Paulo: Companhia das letras, 2006.

PLATÃO. *Os Pensadores*. v.III, São Paulo: Abril Cultural, 1972.

RIQUEUR, Paul. *A memória, a história, o esquecimento*. Campinas, São Paulo: UNICAMP, 2007.

_____. *Por uma filosofia da memória reconciliada*. Disponível em: <<http://www.geocities.ws/vladimirsafatle/vladi018.htm>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

RSF.org.com. *Recomendation on the right to be forgotten By La Quadrature du Net and Reporters Without Borders*. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/tecnologia/noticias/google-implementa-direito-ao-esquecimento-na-europa>>. Acesso em: 26 set. 2014.

_____. Sítio Oficial. *TJUE*. C-131/12. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=c-131-12&td=ALL>>. Acesso em: 05 ago. 2014.

_____. Sítio Oficial. *Comissão Europeia*. Factsheet on the “Right to be Forgotten” ruling (C-131/12). Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/data-protection/files/factsheets/factsheet_data_protection_en.pdf> . Acesso em: 18 ago. 2014.

_____. Sítio Oficial. *União Europeia*. Directiva 95/46. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:pt:HTML>>. Acesso em: 05 ago. 2014.

_____. Sítio Oficial. *União Europeia*. Progress on EU data protection reform now irreversible following European Parliament vote. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-186_en.htm>. Acesso em: 05 ago. 2014.

_____. Sítio Oficial. *Comissão Europeia*. Proposal of the European Parliament and of the Council. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/review2012/com_2012_11_en.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2014.

_____. Sítio Oficial. *Organização das Nações Unidas*. Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2014.

_____. STJ. *REsp 1.335.153-RJ e REsp 1.334.097-RJ*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28esquecimento%29+E+%28%22LUIS+FELIPE+SALOM%C3O%22%29.min.&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 05 ago. 2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_l&livre=%28esquecimento%29+E+%28%22LUIS+FELIPE+SALOM%C3O%22%29.min.&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 05 ago. 2014.

A PENHORA “ON LINE” NA EXECUÇÃO FISCAL E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: UMA VISÃO CONCILIADORA

*THE ON-LINE PAWN IN TAX EXECUTION AND PROTECTION OF
HUMAN RIGHTS: A CONCILIATORY VIEW*

*Valério de Freitas Mendes
Especialista em Processo
Procurador da Fazenda Nacional*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Execução Fiscal como instrumento de Justiça Tributária; 2 Proteção dos Direitos Humanos, Efetividade Processual e Penhora “on line”; 3 Visão dos Tribunais; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho possui o objetivo de ressaltar a importância de um Processo de Execução Fiscal célere e eficiente para a proteção dos direitos humanos. A concretização da Justiça Tributária, outrossim, também depende em grande parte da condução e dos resultados da cobrança judicial dos créditos públicos. Como mecanismo que pode auxiliar esse desiderato, desponta a penhora “*on line*”, que muitas vezes é rebatida e contestada por supostamente agredir direitos individuais insculpidos no art. 5º da Constituição Federal. Os altos níveis de sonegação e a baixa recuperação dos créditos públicos demonstram a necessidade de instrumentos que tornem a exação fiscal mais eficiente. Defende uma visão mais abrangente da cobrança dos créditos públicos e sua importância na defesa dos direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Execução Fiscal. Processo. Justiça Tributária. Penhora “*on line*”. Direitos Humanos.

ABSTRACT: This present article aims to highlight the importance of a fast and efficient Tax Execution Process to protect human rights. Tax justice achievement, likewise also depends most on conduction and results of public credits official billing. As a mechanism which can help this desideratum, emerges on-line pawn, which is frequently controverted and contested by supposedly attacks individual rights fixes on 5th article of Federal Constitution. High levels of evasion and lower public credit recovery show the necessity of instruments that make tax exaction more efficient. It stands up for a comprehensive public credits charging and its importance on human rights protection.

KEYWORDS: *Tax Execution. Process.* Tax Justice. On-line Pawn. Human Rights.

INTRODUÇÃO

O Brasil, como país repleto de desigualdades e problemas dos mais diversos tipos, necessita de um sistema tributário eficiente como instrumento obrigatório para a consecução e conservação dos direitos humanos.

Para atingir os fins a que se propõe, o texto constitucional brasileiro foi pródigo em normas balizadoras da atividade tributária, elegendo princípios fundamentais, v.g., o da legalidade.

Observa-se, porém, um grande hiato entre o desiderato do legislador constitucional e a realidade vivenciada hodiernamente no Brasil. Não obstante as injunções tributárias sofram resistências em todos os quadrantes do globo, países onde problemas como corrupção, elisão e a sonegação são mais evidentes, provocam um prejuízo imensurável aos contribuintes corretos e aos mais necessitados. Justamente os que mais carecem da proteção do Estado e dos recursos oriundos da exação fiscal.

Cria-se, pois, um perverso ciclo vicioso, onde há evidente burla dos direitos humanos de quem mais necessita da proteção estatal, em razão dos altos níveis de sonegação e evasão fiscal atualmente observados no Brasil.

Nesse contexto complexo, a cobrança do crédito fiscal assume um papel fulcral na realização da justiça fiscal e por consequência, na defesa dos direitos humanos.

Assim, a busca na efetividade da Execução Fiscal, com instrumentos modernos como a Penhora “on line”, configura-se como uma necessidade na defesa dos direitos humanos dos mais fragilizados socialmente.

1 EXECUÇÃO FISCAL COMO INSTRUMENTO DE JUSTIÇA TRIBUTÁRIA

A cobrança judicial da Dívida Ativa da União, Estados e Municípios é concretizada pelos procedimentos previstos na Lei de Execução Fiscal, nº 6.830/80, que determina, verbis: “Art. 1º - A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil.”

Cumpra aduzir que a formação da Dívida Ativa percorre uma fase administrativa precedente à cobrança judicial. A sua definição está insculpida na Lei nº 4.320/64, nos trilhos do disposto na supracitada Lei de Execução Fiscal:

Art. 2º - Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março

de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

§ 1º - Qualquer valor, cuja cobrança seja atribuída por lei às entidades de que trata o artigo 1º, será considerado Dívida Ativa da Fazenda Pública.

§ 2º - A Dívida Ativa da Fazenda Pública, compreendendo a tributária e a não tributária, abrange atualização monetária, juros e multa de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato.

§ 3º - A inscrição, que se constitui no ato de controle administrativo da legalidade, será feita pelo órgão competente para apurar a liquidez e certeza do crédito e suspenderá a prescrição, para todos os efeitos de direito, por 180 dias, ou até a distribuição da execução fiscal, se esta ocorrer antes de findo aquele prazo.

A Dívida Ativa possui um “status” diferenciado, na medida que a lei lhe confere presunção relativa de certeza e liquidez, conforme preceitua o art. 3º da Lei de Execução Fiscal, verbis:

Art. 3º - A Dívida Ativa regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez.

Parágrafo Único - A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do executado ou de terceiro, a quem aproveite.

Evidentemente, a Lei de Execução Fiscal deve ser harmônica com a Constituição Federal, onde há uma série de normas que tratam do direito tributário.

Nessa toada, leciona Paulo de Barros Carvalho¹:

Se é correto mencionarmos a Constituição brasileira, como sistema de proposições normativas, integrante de outro sistema de amplitude global que é o ordenamento jurídico vigente, podemos, é claro, analisar os subconjuntos que nele existem. O que nos interessa agora é a subclasse, o subconjunto ou o subsistema constitucional tributário, formado pelo quadro orgânico das normas que versem matéria tributária, em nível constitucional. A homogeneidade desse

1 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 4. ed.. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 88-89..

grupamento de regras está determinada, assim pela natureza lógica da entidades normativas, que pelo assunto sobre que dispõem.

Portanto, uma visão sistemática da cobrança do crédito público faz-se imprescindível, com o inarredável prisma Constitucional. Acerca do tema, continua Paulo de Barros Carvalho²:

O quadro das imposições tributárias, no Brasil, encontra-se sob o influxo de muitos princípios constitucionais. Atuam sobre essa área postulados constitucionais genéricos, que se irradiam por toda a ordem jurídica, ativando e ao mesmo tempo tolhendo o Estado nas relações com seus súditos, e princípios constitucionais especificamente canalizados para o terreno dos tributos, conhecidos como princípios constitucionais tributários.

Sempre sem eclipsar as garantias asseguradas aos contribuintes pelo legislador constituinte de 1988, mormente do Título VI, “DA TRIBUTAÇÃO E ORÇAMENTO” na Seção II, “DAS LIMITAÇÕES AO PODER DE TRIBUTAR”, não se pode descurar que o interesse social deve ser lembrado na interpretação das normas constitucionais.

Ocorre que os direitos fundamentais e instrumentais, previstos nos artigos 5º ao 17, bem como as limitações ao poder de tributar trazidos pelos artigos 150 e seguintes, todos da Constituição Federal, são muitas vezes invocados para obstar cobranças tributárias legítimas.

Muito embora as injunções impostas pela Execução Fiscal tenham por objetivo um célere adimplemento do crédito público, na prática seus resultados estão longe do satisfatório. Tanto na União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, os objetivos da recuperação do crédito público são pífios.

A ineficiência da Execução Fiscal como instrumento de recuperação dos créditos públicos é uma realidade inarredável, comprovada pelos volumosos estoques de dívida dos entes Federados. A União, por exemplo, possui uma dívida de mais de um trilhão de reais.

Tão-somente a criação de instrumentos mais eficazes de cobrança e garantia da execução fiscal poderão conduzir à sonhada Justiça Fiscal, que muito embora possua conteúdo polissêmico, deve ser buscada como instrumento garantidor do Estado Democrático de Direito.

Existem inúmeras razões que podem ser invocadas pelos contribuintes para justificar a grande resistência em pagar tributos. Todas são facilmente desconstruídas quando confrontadas com a importância

² CARVALHO, op. cit., p. 90.

do cumprimento das obrigações tributárias (principais ou acessórias) para que o Estado possa desempenhar suas obrigações constitucionais, mormente na proteção dos direitos humanos fundamentais.

Certo que a realidade possui uma face muito mais cruel e complexa. Os altos índices de sonegação fiscal e estoque de Dívida Ativa mostram que parte da sociedade olvida a sua obrigação de pagar tributos, e procede de forma a ignorar que o Estado só pode desempenhar o seu papel com os recursos oriundos dos tributos.

Nesse sentido, é a lição de Fernando Lemme Weiss (2003, p.22):

A arrecadação é o antecedente lógico da despesa, meio público de efetivação dos direitos fundamentais. Exatamente por isso o dever de pagar tributos é, de todos, o mais importante, por ser o único que proporciona meios para que o Estado garanta a todos os direitos fundamentais. Este dever é pressuposto necessário de garantia do fundamental direito de propriedade privada do cidadão, por exemplo, à medida que é tida como incomparável com um Estado proprietário e implica, inevitavelmente, em um Estado Fiscal.

De outra banda, considerações acerca do comportamento perdulário e criminoso de alguns governos, não podem ser invocadas para a prática da sonegação fiscal. Ilegalidades não podem ser usadas para justificar outras. Quando isso acontece, estamos diante de uma crise.

Muitas críticas dirigidas à exação fiscal olvidam que a atuação Estatal na seara fiscal é que promove o equilíbrio econômico e garante a livre concorrência, quando aplica, por exemplo, o princípio da isonomia fiscal, pedra angular do sistema constitucional tributário pátrio, no art.150, II, da Constituição Federal, verbis:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

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;

Na seara privada, onde as leis da concorrência não seguem a mesma lógica, muitas vezes ganha quem sonega mais. Segundo Alfredo Augusto Becker³:

3 BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998. p. 589.

O liberalismo capitalista, ao criticar o planejamento intervencionista do Estado, esquece que o próprio liberalismo capitalista repousa também sobre um planejamento que as forças econômicas privadas estabelecem para manter sua hegemonia graças ao intervencionismo da força bruta (poderio econômico natural) orientada (ela também) pelas “leis” naturais da economia política. O planejamento intervencionista do Estado destrói estes planejamentos egoístas; estes, são o instrumento da liberdade de alguns; aquele, o instrumento da liberdade de todos.

O grande doutrinador supracitado vai mais longe, quando arremata⁴: “Um muito maior intervencionismo estatal na ordem social e na economia privada é necessidade inadiável, pois só deste modo se restituirá à pessoa humana a sua dignidade.”

O Estado, como provedor das mais básicas necessidades humanas, mormente em países com graves problemas sociais, deverá criar e aprimorar instrumentos que inibam a sonegação fiscal.

O maniqueísmo muitas vezes existente na discussão da relação Fisco versus Contribuinte funciona como entrave na busca de uma justiça fiscal mais aprimorada, bem como na realização e defesa dos direitos humanos.

A Execução Fiscal, outrossim, assume um papel fulcral na correção da distorção criada pela sonegação, onde os infratores são premiados de várias formas. Já os bons pagadores são sacados. Nessa direção, as palavras de Fernando Lemme Weiss⁵:

As diversas formas, legais ou não, de escapar à tributação provocam p perverso efeito de inviabilização econômica do contribuinte correto. O sentimento de serem os tributos uma invasão colabora para a proliferação de lapsos nas normas, pelos quais escapam os contribuintes mais ágeis.

Também há uma visão não muito percebida pela sociedade, qual seja que o aumento da carga tributária possui relação direta com a sonegação: quem cumpre suas obrigações fiscais paga pelos que sonegam.

Outro efeito colateral da sonegação é um desequilíbrio no mercado: quem sonega possui uma vantagem enorme frente ao contribuinte que cumpre suas obrigações tributárias, afetando a livre concorrência e gerando a falência das empresas que cumprem suas obrigações tributárias.

Portanto, desse equilíbrio entre os contribuintes e da concretização da justiça fiscal, depende a própria higidez do Estado Democrático de Direito

4 BECKER, op. cit., p. 589.

5 WEISS, Fernando Lemme. *Justiça Tributária: As Renúncias, o Código de efesa dos Contribuintes e a Reforma Tributária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 3.

2 PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS, EFETIVIDADE PROCESSUAL E PENHORA “ON LINE”

Muito embora a expressão direitos humanos possua uma grande polissemia, não podendo caber em uma simples definição, pode-se afirmar que a constituição brasileira está permeada por direitos classificáveis como direitos humanos.

Nessa toada o doutrinador **Edilson Pereira de Farias**⁶ (1996, p. 155), verbis:

Uma das espécies representativas de positivação dos direitos humanos é a constitucionalização dos mesmos. Deixam, então, eles de ser apenas reivindicações políticas para se transformarem em normas jurídicas. Para destacar essa mudança, a doutrina contemporânea vem dado preferência ao uso da locução direitos fundamentais, quando deseja fazer alusão àqueles direitos positivados numa constituição de um determinado Estado. A expressão direitos humanos tem sido geralmente reservada para ser adotada em documentos internacionais.

Assim, a abrangência dos Direitos Humanos é muito grande e impõe medidas concretas do Estado para sua observância. A leitura do preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos fornece uma ideia de sua abrangência, verbis:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo;

Considerando que o desconhecimento e o desprezo dos direitos do Homem conduziram a actos de barbárie que revoltam a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os seres humanos sejam livres de falar e de crer, libertos do terror e da miséria, foi proclamado como a mais alta inspiração do Homem;

Considerando que é essencial a proteção dos direitos do Homem através de um regime de direito, para que o Homem não seja compelido, em supremo recurso, à revolta contra a tirania e a opressão;

Considerando que é essencial encorajar o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações;

⁶ FARIAS, ??? não tem nas referências

Considerando que, na Carta, os povos das Nações Unidas proclamam, de novo, a sua fé nos direitos fundamentais do Homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres e se declaram resolvidos a favorecer o progresso social e a instaurar melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla;

Considerando que os Estados membros se comprometeram a promover, em cooperação com a Organização das Nações Unidas, o respeito universal e efectivo dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais;

Considerando que uma concepção comum destes direitos e liberdades é da mais alta importância para dar plena satisfação a tal compromisso:

A Assembléia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como ideal comum a atingir por todos os povos e todas as nações, a fim de que todos os indivíduos e todos os órgãos da sociedade, tendo-a constantemente no espírito, se esforcem, pelo ensino e pela educação, por desenvolver o respeito desses direitos e liberdades e por promover, por medidas progressivas de ordem nacional e internacional, o seu reconhecimento e a sua aplicação universais e efectivos tanto entre as populações dos próprios Estados membros como entre as dos territórios colocados sob a sua jurisdição. (ONU, 2014)

O legislador constitucional brasileiro, a exemplo de outros, incluiu no rol dos direitos fundamentais (art. 5º ao 17 da Constituição Federal), uma série de instrumentos e garantias processuais.

Na seara tributária não poderia ser diferente: para o sistema tributário funcionar, faz-se necessário que tanto o Estado como os contribuintes possuam meios de instrumentalizar suas pretensões em juízo. O primeiro buscando o cumprimento da obrigação tributária. O segundo dispendo dos meios garantam que a pretensão do Estado não extrapole os parâmetros legais. Certamente nem sempre é uma relação pacífica.

José Juan Ferreiro Lapatza⁷, disserta sobre o reconhecimento e importância da tutela judicial efetiva, como instrumento de concretização dos demais direitos:

7 FERREIRO LAPATZA, José Juan. *Direito Tributário: Teoria Geral do Tributo*. 1. ed. Barueri: Manole, 2007. p. 38-39..

Assim, o art.24 CE reconhece o direito à tutela jurisdicional efetiva em toda sua amplitude e completude ao dizer que “todas as pessoas têm o direito de obter a tutela efetiva dos juízes e tribunais no exercício de seus direitos e interesses legítimos, nunca se admitindo que alguém permaneça indefeso”.(...)

Desde esta perspectiva global, o sistema de judicialização plena, geral e efetiva das controvérsias entre os administrados e a Administração tributária deve ser avaliado de forma bastante positiva, já que respeita plenamente o direito do contribuinte ao processo.

A tutela jurisdicional efetiva na relação entre contribuinte e Estado, pode ser encarada como poderoso instrumento de garantia dos direitos humanos, sob diversos aspectos.

Primeiro, pode-se constatar que um processo de execução fiscal eficiente desestimula a sonegação fiscal, o que, aliás, é causa do aumento da carga tributária. Os conceitos sociológicos podem ser úteis para fundamentar a importância da correta exação fiscal. Max Weber⁸, ao formular sua teoria acerca de ação social, preceitua:

É sabido que a ação do indivíduo está fortemente influenciada pelo simples fato de ele se encontrar dentro de uma “massa” aglomerada em determinado local (objeto das investigações da “psicologia das massas”, à maneira, por exemplo, dos estudos de Le Bon): ação condicionada pela massa. E massas dispersas, também, ao influírem sobre o indivíduo (por exemplo, por intermédio da imprensa), por meio de ações simultâneas ou sucessivas de muitos, percebidas como tais, podem tornar a ação do indivíduo condicionada pela massa. Determinados tipos de reações são facilitados ou dificultados pelo simples fato de o indivíduo se sentir parte de uma massa.

Parece que vivemos uma época de incredulidade generalizada. Não é diferente na repulsa social à exação fiscal. Muitos contribuintes, assumindo um comportamento de massa, descumprem a lei tributária e praticam atos deliberados de sonegação fiscal. Mesmo quando há o lançamento e posterior cobrança judicial do crédito fiscal, continuam se esquivando do cumprimento da lei, com instrumentos fraudulentos, v.g.,o esvaziamento patrimonial.

8 WEBER, Max. *Economia e Sociedade: Fundamentos da Sociologia Compreensiva*, v.1. São Paulo: UnB/Impressão Oficial, 2004. p. 14.

Nesse ponto, existe um aparente antagonismo ou colisão entre os direitos processuais do contribuinte e a justa cobrança dos créditos públicos, pois a efetiva exação é um instrumento de garantia dos direitos humanos insculpidos na Constituição Federal. Deve-se negritar que nem sempre o interesse individual do contribuinte corresponde ao interesse dos contribuintes ou da própria sociedade.

Na relação fisco-contribuinte, pois, pode ocorrer aparentes conflitos ou choques. Edilson Pereira de Farias (1996, p. 155), lança a seguinte conclusão:

28-No exercício dos direitos fundamentais, é frequente o choque entre os mesmos ou o confronto desses direitos com outros bens jurídicos protegidos constitucionalmente. Tal fenômeno é o que a doutrina tecnicamente designa de colisão de direitos fundamentais.

Sob o pretexto de proteção de um direito individual, pretende-se inviabilizar o Processo de Execução Fiscal, justamente em seu ponto nevrálgico: a penhora.

A busca pela efetividade processual, muitas vezes pode ser injusta com os bons contribuintes e favorecer aos inadimplentes. O legislador a criar mecanismos de suspensão de processos até determinado valor.

A penhora “on line” foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 11.382/2006, que acrescentou o art.655-A ao Código de Processo Civil, verbis:

Art. 655-A. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução.

§ 1o As informações limitar-se-ão à existência ou não de depósito ou aplicação até o valor indicado na execução.

§ 2o Compete ao executado comprovar que as quantias depositadas em conta corrente referem-se à hipótese do inciso IV do caput do art. 649 desta Lei ou que estão revestidas de outra forma de impenhorabilidade.

§ 3º Na penhora de percentual do faturamento da empresa executada, será nomeado depositário, com a atribuição de submeter à aprovação judicial a forma de efetivação da constricção, bem como de prestar contas mensalmente, entregando ao exeqüente as quantias recebidas, a fim de serem imputadas no pagamento da dívida.”

O dispositivo legal supratranscrito, tão-somente seguiu a lógica econômica já eleita pelos legisladores pátrios, segundo a qual o dinheiro possui maior liquidez. O art. 655 do Código de Processo Civil, traz a seguinte ordem de preferência na penhora, verbis:

Art.655.A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:

I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira;

II - veículos de via terrestre;

III - bens móveis em geral;

IV - bens imóveis;

V - navios e aeronaves;

VI - ações e quotas de sociedades empresárias;

VII - percentual do faturamento de empresa devedora;

VIII - pedras e metais preciosos;

IX - títulos da dívida pública da União, Estados e Distrito Federal com cotação em mercado;

X - títulos e valores mobiliários com cotação em mercado;

XI - outros direitos.

§ 1º Na execução de crédito com garantia hipotecária, pignoratícia ou anticrética, a penhora recairá, preferencialmente, sobre a coisa dada em garantia; se a coisa pertencer a terceiro garantidor, será também esse intimado da penhora.

§ 2º Recaindo a penhora em bens imóveis, será intimado também o cônjuge do executado.” (NR)

A Lei de Execução Fiscal, nº 6.830/80, no art. 11, preceitua, verbis:

Art. 11 - A penhora ou arresto de bens obedecerá à seguinte ordem:

- I - dinheiro;
- II - título da dívida pública, bem como título de crédito, que tenham cotação em bolsa;
- III - pedras e metais preciosos;
- IV - imóveis;
- V - navios e aeronaves;
- VI - veículos;
- VII - móveis ou semoventes; e
- VIII - direitos e ações.

§ 1º - Excepcionalmente, a penhora poderá recair sobre estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, bem como em plantações ou edifícios em construção.

§ 2º - A penhora efetuada em dinheiro será convertida no depósito de que trata o inciso I do artigo 9º.

Assim, quando o legislador elegeu o dinheiro como prioridade na ordem de penhora, contemplou a efetividade do processo executivo, posto que outras formas de garantia podem não possuir o condão de satisfazer a dívida. Por exemplo, um veículo pode sofrer depreciação ao ponto de não servir para adimplir uma fração da dívida, quando for levado à penhora.

3 VISÃO DOS TRIBUNAIS

Após o advento da Lei nº 11.382/2006, que introduziu a penhora “on line” no ordenamento jurídico pátrio, muitos contribuintes vêm se insurgindo quando são surpreendidos pelo bloqueio de suas contas. Um dos argumentos invocados é a agressão ao princípio da menor onerosidade, contemplado no art.620 do CPC.

Muito comum, outrossim, os Juízes se depararem com pedidos de desbloqueio de contas atingidas pela penhora “on line”.

A garantia da execução, por meio da penhora, é um ponto nevrálgico do processo de cobrança dos créditos públicos, daí a importância da manutenção dos bloqueio pelos magistrados, salvo em casos excepcionais. Até porque, deve ser observada a ordem preferencial que está definida no art. 11 da Lei nº 6.830/80.

A jurisprudência pátria também remete para tal entendimento, como pode se inferir dos excertos colacionados abaixo:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

EXECUÇÃO FISCAL. RECUSA DA EXEQUENTE DE BEM INDI-CADO À PENHORA. ORDEM LEGAL. POSSIBILIDADE. ART. 655 DO CPC. ART. 11 DA LEF. ACÓRDÃO EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ FIRMADA EM RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. RESP. 1.337.790/PR, REL. MIN. HERMAN BENJAMIN, DJE 07.10.2013. PENHORA ON LINE. SISTEMA BACENJUD. DECISUM PROFERIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.382/06. DESNECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS PARA LOCALIZAÇÃO DE OUTROS BENS DO DEVEDOR. ENTENDIMENTO FIRMADO SOB O REGIME DO ART. 543-C DO CPC: RESP. 1.184.765/PA, REL. MIN. LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, DJE 03.12.2010 E RESP. 1.112.943/MA, REL. MIN. NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, DJE 23.11.2010. AGRAVO REGIMENTAL DE PETROLUZ DISTRIBUIDORA DESPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que a Fazenda Pública, de forma fundamentada, pode recusar a nomeação de bens à penhora, quando fundada na inobservância da ordem legal, tal como ocorreu no caso dos autos. Orientação reafirmada no REsp. 1.337.790/PR, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, DJE 07.10.2013, representativo da controvérsia, segundo o qual cumpre ao executado nomear bens à penhora, observada a ordem legal, sendo dele o ônus de comprovar a imperiosa necessidade de afastá-la e, para que essa providência seja adotada, mostra-se insuficiente a mera invocação genérica do art. 620 do CPC.

2. A Primeira Seção desta Corte, em recurso representativo de controvérsia (REsp. 1.184.765/PA, Rel. Min. LUIZ FUX, DJE 03.12.2010), seguindo orientação da Corte Especial deste STJ no julgamento do REsp. 1.112.943/MA, também realizado sob o rito do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ, julgado em 15.09.2010, da relatoria da ilustre Ministra NANCY ANDRIGHI, firmou o entendimento de que o bloqueio de dinheiro ou aplicações financeiras, na vigência da Lei 11.382/2006, que alterou os arts. 655, I, e 655-A do CPC, prescinde da comprovação, por parte do exequente, do esgotamento de todas as diligências possíveis para a localização de

outros bens, antes do bloqueio on-line, porquanto os de-pósitos e as aplicações em instituições financeiras passaram a ser considerados bens preferenciais na ordem da penhora, equiparando-se a dinheiro em espécie (artigo 655, I, do CPC).

3. Agravo Regimental de Petroluz Distribuidora desprovido.(STJ, T1-Primeira turma, AgRg no REsp 1150151 / MT, Rel. Ministro NAPO-LEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 08/08/2014).

EMENTA-AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - CUMPRIMENTO DE SETENÇA - PENHORA ON LINE - POSSIBILIDADE - ONEROSIDADE EXCESSIVA -ARTS. 620 E 655 DO CPC - IMPROVIMENTO - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA.

1.- Quanto à possibilidade da penhora on-line Bacen-Jud sem necessidade de exaurimento de medidas menos gravosas, a eg. Segunda Seção deste c. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo n.º 1.112.943/MA (Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe de 23/11/2010), processado nos moldes do art. 543-C do CPC, firmou entendimento no sentido de que “após o advento da Lei n.º 11.382/2006, o Juiz, ao decidir acerca da realização da penhora on line, não pode mais exigir a prova, por parte do credor, de exaurimento de vias extrajudiciais na busca de bens a serem penhorados”.2.- A agravante não trouxe nenhum argumento capaz de modificar a conclusão do julgado, a qual se mantém por seus próprios fundamentos. 3.- Agravo Regimental improvido (STJ, T3-Terceira turma, AgRg no AREsp 489842 / SC , Rel. Ministro SIDNEI BENETI, DJe 25/06/2014).

3 CONCLUSÃO

A necessidade de efetividade da Execução Fiscal, com mecanismos modernos que proporcionem à Fazenda Pública recuperar os créditos públicos de maneira satisfatória, mostra-se como pressuposto inarredável da realização da justiça fiscal.

O Estado, para concretização e efetivação dos direitos humanos, carece de vultosas quantias financeiras, oriundas, em grande parte, da tributação.

A tributação, para atingir seu desiderato constitucional, tem que ser justa. Deve-se negri-tar que nem sempre o interesse individual do contribuinte corresponde ao interesse dos contribu-intes ou da própria sociedade.

Portanto, muitas vezes quando o contribuinte invoca uma garantia constitucional para desviar da exação fiscal, na verdade está agredindo o

princípio da isonomia. Ou seja, onerando o bom pagador e contribuindo para o aumento da carga tributária.

Outra consequência da sonegação e da pouca recuperação dos créditos públicos, é um desequilíbrio na livre concorrência, o que leva a incontáveis prejuízos ao conjunto da sociedade.

A Penhora “on line”, como instrumento que garante efetividade ao processo de Execução Fiscal, assume importante papel no curso da cobrança dos créditos públicos, sendo que a efetiva exação fiscal é um meio incontornável de garantia dos direitos humanos insculpidos na Constituição Federal e fora dela.

REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. 7. ed. Rio de Janeiro:Forense, 1999.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. 2. imp., São Paulo: Lejus, 2000.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

FERREIRO LAPATZA, José Juan. *Direito Tributário: Teoria Geral do Tributo*. 1. ed. Barueri: Manole, 2007.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade: Fundamentos da Sociologia Compreensiva*, v.1. São Paulo: UnB/Impressão Oficial, 2004.

WEISS, Fernando Lemme. *Justiça Tributária: As Renúncias, o Código de Defesa dos Contribuintes e a Reforma Tributária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

A ONU e os direitos humanos. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/a-onu-em-acao/a-onu-e-os-direitos-humanos>>. Acesso em: 18 set. 2014.