

CONSTITUIÇÃO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO



Volume 2 | Número 3 | Agosto/Dezembro 2010

ABDCONST

ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL

Publicação Oficial da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDCONST
Rua XV de Novembro, 964 – 2º andar
CEP: 80.060-000 – Curitiba – PR
Telefone: 41-3024.1167 / Fax: 41-3027.1167
E-mail: abdconst@abdconst.com.br

*Solicita-se permuta.
We ask for exchange.
Pidese canje.
On demande l'échange.
Wir bitten um austausch.
Oni petas intersangam.
Si richiede lo scambio.*

Ficha Catalográfica

Constituição, Economia e Desenvolvimento
Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional.
Programa de Pós-graduação em Direito
Vol. 2, n. 3 (ago./dez. 2010) - Curitiba: 2010
Publicação semestral
ISSN 2177-8256
1. Direito 2. Academia brasileira de Direito Constitucional.

Endereço para correspondência:

CONSTITUIÇÃO, ECONOMIA E
DESENVOLVIMENTO: REVISTA DA ACADEMIA
BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL.

Editor responsável:

Ilton Norberto Robl Filho

E-mail: ilton@abdconst.com.br.

Publicação semestral. Todos os direitos reservados. A reprodução ou tradução de qualquer parte desta publicação somente será permitida após a prévia permissão escrita do autor. Os conceitos em artigos assinados são de responsabilidade de seus autores. As matérias desta revista podem ser livremente transcritas, desde que citada a fonte.

CONSELHO EDITORIAL

Editor Responsável

Ilton Norberto Robl Filho

Coordenador de Pesquisa e dos Grupos de Estudos Nacionais da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Coordenador Adjunto do Curso de Direito da Unibrasil, Advogado Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/PR e Doutorando, Mestre e Bacharel em Direito pela UFPR.

Membros do Conselho Editorial

Antonio Carlos Wolkmer

Cordenador e Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC e Doutor em Direito da UFSC.

António José Avelãs Nunes

Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra, Doutor Honoris Causa da UFPR e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Coimbra.

Eroulths Cortiano Junior

Professor do Programa de Pós-Graduação e da Graduação em Direito da UFPR, Presidente da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/PR e Doutor em Direito pela UFPR.

Fábio Nusdeo

Professor Titular da Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP e Doutor em Economia pela USP.

Marco Aurélio Marrafon

Vice-Presidente, Professor e Coordenador do Curso de Especialização de Teoria Geral do Direito da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Professor do Mestrado e da Graduação em Direito da Unibrasil e Doutor em Direito pela UFPR.

Marcos Augusto Maliska

Professor do Mestrado em Direito da Unibrasil e Doutor em Direito pela UFPR.

Mariana Mota Prado

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Toronto e Doutora em Direito pela Universidade de Yale.

Ricardo Lobo Torres

Professor Titular da Faculdade de Direito da UERJ e Doutor em Filosofia pela UGF.

Pareceristas Convidados para Este Número da Revista

Alexandre Morais da Rosa

Professor da UFSC e Doutor em Direito pela UFPR.

Antonio Gomes Moreira Maués

Professor da Faculdade de Direito da UFPA e Doutor em Direito pela USP.

Eduardo Biacchi Gomes

Professor do Mestrado e da Graduação em Direito da UNIBRASIL, Professor da PUC/PR e Doutor em Direito pela UFPR.

Eroulths Cortiano Junior

Professor do Programa de Pós-Graduação e da Graduação em Direito da UFPR, Presidente da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/PR e Doutor em Direito pela UFPR.

Everton das Neves Gonçalves

Professor do Curso de Direito da UFSC e Doutor em Direito pela UFMG.

Lucas Abreu Barroso

Professor da Faculdade de Direito da UFES e Doutor em Direito pela PUC/SP.

Marco Aurélio Marrafon

Vice-Presidente da ABDConst, Professor da Faculdade de Direito da UERJ e Doutor em Direito pela UFPR.

Marcelo Lamy

Professor da Faculdade de Direito da UniSantos e Doutor em Direito pela PUC/SP.

Marcus Firmino Santiago

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Brasília e Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho.

Vladmir Oliveira da Silveira

Professor das Faculdades de Direito da PUC/SP e UniNove e Doutor em Direito pela PUC/SP.

EDITORIAL

Com grande alegria o terceiro número da *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional* é publicado com oito importantes artigos.

A revista é aberta com o trabalho “El principio de no confiscatoriedad em la Constitución Española” de Irene Araguàs Galcerà. Nesse texto, a autora reflete com profundidade sobre a tributação e a aplicação da receita por meio dos valores e das normas constitucionais, delimitando conceitualmente o princípio do não confisco.

De outro lado, o ensaio “O princípio constitucional da reciprocidade como pressuposto do desenvolvimento sustentável” de Luiz Alberto Blanchet, de maneira inovadora e polêmica, estabelece a reciprocidade como parâmetro norteador do desenvolvimento sustentável.

Isaac Sabbá Guimarães, no artigo “Constituição: fundamentos de sua imprescindibilidade para a preservação dos direitos de liberdade” enfrenta a importante discussão para a doutrina do desenvolvimento, especialmente após as reflexões do desenvolvimento como liberdade de Amartya Sen.

Rafael José Nadim de Lazari, por sua vez, no texto “Reflexões críticas sobre a viabilidade de um ‘constitucionalismo do futuro’ no Brasil: exegese valorativa”, tece ponderações sobre a prática e a reflexão constitucional brasileiras a partir de uma nova leitura da Teoria da Constituição.

A organização econômica, social e jurídica de cooperativa tem sido bastante estudada no Brasil e mundialmente. O cooperativismo estabelece uma forma diferente de produzir e distribuir a riqueza produzida. Nesse contexto, Ana Rigui Cenci e Walter Frantz apresentam o artigo “Desenvolvimento, cooperativismo e a Constituição Federal de 1988”.

Alvâro dos Santos Maciel no texto “Uma análise crítica do parágrafo único do artigo 7º da Constituição Federal Brasileira: violação do princípio da igualdade” faz relevante análise sobre os direitos trabalhistas dos empregados domésticos.

O texto da Constituição Federal de 1988 deve ser adequadamente interpretado para buscar a máxima efetivação dos direitos fundamentais e da democracia. A partir dessa visão, Priscila Dalla Porta Niederauer Cantarelli

desenvolve o artigo “Hermenêutica constitucional contemporânea: a aplicação dos direitos e garantias fundamentais para a abertura da Constituição”.

Por fim, Talita Késsia Andrade Leite apresenta o texto “A ilegitimidade democrática do processo monitorio em face da falência da ordinary law clássica”. Desse modo, com a publicação desses textos, a Academia Brasileira de Direito Constitucional presta relevante serviço à discussão sobre o constitucionalismo, o desenvolvimento e a economia.

Ilton Norberto Robl Filho

*Editor Responsável da Constituição, Economia e Desenvolvimento:
Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*

SUMÁRIO

EL PRINCIPIO DE NO CONFISCATORIEDAD EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

O PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO NA CONSTITUIÇÃO ESPANHOLA

Irene Araguàs Galcerà 243

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RECIPROCIDADE COMO PRESSUPOSTO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF RECIPROCITY AS ASSUMPTION OF SUSTAINABLE DEVELOPMENT

Luiz Alberto Blanchet 266

CONSTITUIÇÃO: FUNDAMENTOS DE SUA IMPRESCINDIBILIDADE PARA A PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS DE LIBERDADE

CONSTITUTION: FUNDAMENTALS OF INDISPENSABILITY FOR THE PRESERVATION OF RIGHTS OF FREEDOM

Isaac Sabbá Guimarães 290

REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE A VIABILIDADE DE UM “CONSTITUCIONALISMO DO FUTURO” NO BRASIL: EXEGESE VALORATIVA

CRITICAL REFLECTIONS ABOUT THE VIABILITY OF A "CONSTITUTIONALISM OF THE FUTURE" IN BRAZIL: EXEGESIS OF VALUES

Rafael José Nadim de Lazari 341

DESENVOLVIMENTO, COOPERATIVISMO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

DEVELOPMENT, COOPERATIVE AND FEDERAL CONSTITUTION OF 1988

Ana Righi Cenci e Walter Frantz 358

UMA ANÁLISE CRÍTICA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 7º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA: VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A CRITICAL ANALYSIS OF THE PARAGRAPH OF ARTICLE 7 OF THE FEDERAL CONSTITUTION BRAZIL: BREACH OF THE PRINCIPLE OF EQUALITY

Álvaro dos Santos Maciel 376



HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA: A APLICAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS PARA A ABERTURA DA CONSTITUIÇÃO

CONTEMPORARY CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS: THE APPLICATION OF RIGHTS AND GUARANTEES FOR OPENING OF THE CONSTITUTION

Priscila Dalla Porta Niederauer Cantarelli 398

A ILEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PROCESSO MONITÓRIO EM FACE DA FALÊNCIA DA ORDINARIEDADE CLÁSSICA

THE DEMOCRATIC ILLEGITIMACY OF THE MONITORY PROCESS FACE TO THE COLLAPSE OF THE CLASSIC ORDINARINESS

Talita Késsia Andrade Leite 421

REGRAS PARA A SUBMISSÃO DE TRABALHOS 447

EL PRINCIPIO DE NO CONFISCATORIEDAD EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA¹

O PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO NA CONSTITUIÇÃO ESPANHOLA

Irene Araguàs Galcerà

Resumen

Los objetivos de justicia que inspiran el ordenamiento con carácter general también son extensibles a todas y cada una de sus ramas del Derecho como el Derecho Financiero y el Derecho Tributario. En el ámbito del Derecho financiero, uno de los objetivos de justicia que tiene más importancia, sino el que más, es el de la justicia tributaria, esto es, cómo debe ser repartida la carga tributaria para que el resultado sea un sistema tributario justo. Y el instrumento idóneo para perseguir este objetivo son las constituciones, vértice de la pirámide normativa en la que se recogen los principios básicos del Ordenamiento Jurídico de cada país. Llegamos así al concepto de Derecho constitucional tributario, entendido como aquel conjunto de normas, pertenecientes al Derecho constitucional, cuyo contenido hace mención a la caracterización que debe tener el Derecho tributario; en otras palabras, el conjunto de principios y normas constitucionales que gobiernan la tributación. En la Constitución, el estudio del principio de no confiscatoriedad y su relación con el principio de progresividad y con el deber de contribuir son fundamentales.

Palabras-Clave: Derecho Tributario. Derecho Financiero. Constitución. Justicia. Confiscatoriedad.

Resumo

Os objetivos de justiça que inspiram o ordenamento com carácter geral também são extensíveis a todos e cada um dos ramos do Direito como o Direito Financeiro e o Direito Tributário. No âmbito do Direito Financeiro, um dos objetivos da justiça que tem maior importância é o da justiça tributária, isto é, como deve ser repartida a carga tributária para que o resultado seja um sistema tributário justo. E o instrumento idóneo para perseguir este objetivo são as constituições, vértice da pirâmide normativa na que se reconhecem os princípios básicos do Ordenamento Jurídico de cada país. Chegamos assim ao conceito de Direito constitucional tributário, entendido com aquele conjunto de normas, pertencentes ao Direito Constitucional, cujo conteúdo faz menção à caracterização que deve ter o Direito tributário; em outras palavras, o conjunto de princípios e normas constitucionais que governam a tributação. Na Constituição, o estudo do princípio da vedação ao confisco e sua relação com o princípio da progressividade e do dever de contribuir são fundamentais.

¹ Artigo recebido em: 02/05/2011. Pareceres emitidos em: 29/08/2011 e 02/09/2011. Aceito para publicação em: 16/09/2011.

Palavras-Chave: Direito Tributário, Direito Financeiro, Constituição, Justiça e Confisco.

Sumário: I. INTRODUCCIÓN. LA NO CONFISCATORIEDAD COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL TRIBUTARIO. II. LA INSTITUCIÓN DE LA CONFISCACIÓN Y LOS EFECTOS CONFISCATORIOS. III. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE NO CONFISCATORIEDAD. Ámbito de aplicación subjetivo. Ámbito de aplicación objetivo. Ámbitos en los que no se aplica. IV. LA PROHIBICIÓN DE LA CONFISCATORIEDAD EN RELACIÓN CON EL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA. V. LA PROHIBICIÓN DE CONFISCATORIEDAD COMO LÍMITE AL DEBER DE CONTRIBUIR. LAS DIFICULTADES EN LA DETERMINACIÓN DE LOS LÍMITES DE LA CONFISCATORIEDAD. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I INTRODUCCIÓN. LA NO CONFISCATORIEDAD COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL TRIBUTARIO

Cuando hablamos de Derecho tributario, debemos tener en cuenta que este se enmarca en el Derecho financiero que, a su vez, se encuentra integrado en el sistema jurídico español, entendido como el conjunto de normas que regulan la vida social de nuestro Estado. En este sentido, los objetivos de justicia que inspiran el ordenamiento con carácter general también son extensibles a todas y cada una de sus ramas (ALONSO GONZÁLEZ, 1993).

En el ámbito del Derecho financiero, uno de los objetivos de justicia que tiene más importancia, sino el que más, es el de la justicia tributaria, esto es, cómo debe ser repartida la carga tributaria para que el resultado sea un sistema tributario justo. Y el instrumento idóneo para perseguir este objetivo son las constituciones, vértice de la pirámide normativa en la que se recogen los principios básicos del Ordenamiento Jurídico de cada país. En esta línea afirma Ferreiro Lapatza (1991, p. 322) que “la Constitución refleja, debe reflejar, la idea de justicia que una comunidad organizada políticamente profesa en un momento histórico determinado y los principios constitucionales de justicia tributaria deben reflejar, por tanto, esa idea de lo justo referida a la concreta esfera de los tributos”.

Llegamos así al concepto de Derecho constitucional tributario, entendido como aquel conjunto de normas, pertenecientes al Derecho constitucional, cuyo contenido hace mención a la caracterización que debe tener el Derecho tributario; en

otras palabras, el conjunto de principios y normas constitucionales que gobiernan la tributación (NAVEIRA DE CASANOVA, 1996, p. 25).

Dichos principios, en la Constitución Española de 1978, se sitúan en los artículos 14 y 31, de manera que es indiscutible su aplicación inmediata, tal como queda plasmado en el art. 53.1 CE. Así, no estamos ante meros principios generales del Derecho, sino que se trata de principios que han sido incluidos en la Constitución, por lo que están revestidos de una protección especial, que les hace prevalecer sobre otros principios secundarios o instrumentales no mencionados en la Constitución².

Al estudiar estos principios nos encontramos con las dificultades típicas de los principios jurídicos, en general, y de los principios tributarios, en particular, y éstas son su indeterminación, que conlleva un esfuerzo interpretativo y analítico para dar contenido a los mismos, así como la falta de confianza en el resultado obtenido pues, dada la amplitud de su formulación, las interpretaciones acerca de los mismos no pueden ser sino diversas. En este ámbito, el Tribunal Constitucional tiene que realizar una tarea unificadora pues por tratarse, precisamente, de principios constitucionales, es este órgano el máximo intérprete. Sin embargo, y tal como veremos, los pronunciamientos del TC en materia de no confiscatoriedad son, tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo, limitados³.

Pese a los inconvenientes ya apuntados y que son intrínsecos a los principios constitucionales tributarios, su interpretación debe realizarse, en todo caso, desde la perspectiva de la justicia, pues la misma Constitución hace referencia a un sistema tributario justo.

La idea de justicia, que nos permitirá resolver las posibles dudas de articulación entre los diferentes principios en juego, se tendrá que asociar, a su vez, con la idea de racionalidad, pues tal como dijo Sainz de Bujanda (1987, p. 6 y ss.), “un sistema tributario, en efecto, sólo es racional si es justo, y sólo puede ser justo si

² Ver en este sentido Alonso González, 1993, p. 30; Pont Mestre, 1981, p. 369; Lozano Serrano, 1990, p. 20 y 21.

³ El mismo TC, en su Sentencia 150/1994, pronunciándose sobre la interpretación del principio de no confiscatoriedad decía estábamos ante una “*cuestión que dista de hallarse doctrinalmente clarificada al contrario de lo que ocurre, por ejemplo, en el ámbito penal o en el de la institución expropiatoria lato sensu*”.

se adecua a las normas fundamentales y primarias del ordenamiento positivo, contenidas en el texto constitucional, y a los principios generales del Derecho”.

Pese a que una norma como la Constitución debe ser interpretada en su conjunto y no puede considerarse cada artículo de forma aislada, entendemos que, en la Constitución Española de 1978, gran parte de esos principios y normas que deben ser respetados a la hora de establecer el sistema tributario se encuentran en su art. 31.1, cuyo contenido es el siguiente:

“Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio”.

De la literalidad de este precepto se deducen claramente dos de los principios tributarios que van a ser objeto de este estudio: por un lado, la interdicción de la confiscatoriedad del sistema tributario y, por otro, y estrechamente relacionado con el primero, el deber de contribuir. Ambos, que a priori podrían parecer incluso contradictorios, son en realidad las dos caras de una misma moneda, que se complementan y a la vez limitan para conseguir el objetivo del legislador a la hora de establecer los tributos: un sistema tributario justo.

Así, tal como veremos, el principio de no confiscatoriedad y el deber de contribuir guardan una especial relación, pero en ningún caso ello implica que puedan ser considerados de forma aislada respecto a los demás principios, pues todos ellos son piezas configuradoras de ese sistema tributario justo que persigue la Constitución y, por ello, deberán ser interpretados en su conjunto.

Y si la interpretación de la Constitución siempre requiere tomar la norma en su conjunto, esto adquiere un matiz especial en el caso del principio de no confiscatoriedad tributaria, pues se trata de un principio difícil de perfilar, tanto por el alcance del mismo, así como por su conexión con los demás principios constitucionales.

Uno de los principios que, además del deber de contribuir, también guarda una especial relación con el principio de no confiscatoriedad es el de progresividad, ya que la prohibición de los efectos confiscatorios del sistema tributario actúa como

un contrapeso a la progresividad para evitar una progresividad excesiva, cuyo resultado sería la violación de otros derechos constitucionales.

Debe tenerse en cuenta que hay algunos autores que consideran que ante el correcto funcionamiento de los demás principios tributarios no hay cabida teórica para el principio de no confiscatoriedad, pues éste se ve como una cláusula de estilo carente de operatividad en la determinación de la estructura del sistema tributario. Se sostiene así que “con carácter general, se podría concretar que el principio de no confiscación viene a confirmar el juego de los restantes principios en cuanto que mientras no se dé la confiscación estamos en el ámbito de los demás principios” (GONZÁLEZ SÁNCHEZ, 1994). En esta misma línea, otros autores sustentan que la mención a la confiscatoriedad es inútil por superflua, pues consideran que el sistema tributario no es el instrumento más idóneo para realizar confiscaciones coactivas de bienes y rentas, así como que la idea de justicia se opone a cualquier tipo de confiscación o de alcance confiscatorio.

Sin embargo, y por muy respetables que puedan ser todas las posiciones doctrinales, nosotros opinamos que no es incompatible reconocer la autonomía propia de cada uno de estos principios y, además, afirmar una clara conexión entre ellos, complementándose mutuamente.

El principio de no confiscación nos permite valorar si la afectación de los bienes del contribuyente mediante el sistema tributario es legítima o no, esto es, fija el límite a partir del cual podemos entender que se está desnaturalizando el tributo, usando el mismo como un medio sancionador, así como se fija un límite a la acción redistributiva del Estado. La prohibición constitucional de alcance confiscatorio se configura, no como un límite a la justicia del sistema tributario, sino más bien como un principio que aporta un ingrediente más para conformar el ideal de justicia tributaria

Así las cosas, la no confiscatoriedad como principio constitucional puede servir para evitar que el sistema tributario, aún cumpliendo con determinados fines constitucionales como la igualdad material o la redistribución de la renta, pueda llegar a tener una estructura caracterizada como sistema confiscatorio. Entendemos, por tanto, que el principio de no confiscatoriedad aporta un valor importante que enriquece de significado el deber de tributación recogido en la Constitución y que si

el legislador constituyente lo incluyó fue para que ejerciera un papel relevante junto con los demás principios de justicia que ordenan el sistema tributario.

II LA INSTITUCIÓN DE LA CONFISCACIÓN Y LOS EFECTOS CONFISCATORIOS

Para entender la prohibición constitucional de que el sistema tributario tenga efectos confiscatorios es necesario analizar, con carácter previo, qué se entiende por confiscación y por efectos confiscatorios.

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, confiscar consiste en “penar con privación de bienes, que son asumidos por el fisco”. Así las cosas, se trata de una institución considerada como una pena⁴ que provoca un traspaso de bienes del ámbito de la propiedad privada a la pública sin indemnización alguna y que, según la rama jurídica en la que se produzca, puede perseguir fines sancionatorios (principales o accesorios), preventivos como medida de seguridad, o meramente civiles como una sanción civil. Visto, pues, que se entiende por confiscación, podemos entender que una medida tendrá “efectos confiscatorios” cuando, cualquiera que fuere la intención que subyazga, se produzca una merma sustantiva de tipo patrimonial.

Según el Tribunal Constitucional (STC 150/1990, de 4 de octubre), “en materia fiscal, la confiscación no supone la privación imperativa, al menos parcial, de propiedades, derechos patrimoniales o rentas sin compensación, ya que este tipo de exacción es, en términos generales, de esencia al ejercicio de la potestad tributaria y al correlativo deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos”.

Sin embargo, nosotros entendemos que el tributo nace de unas premisas diferentes a las de la institución confiscatoria, pues tiene naturaleza obligacional y lo que hace es gravar una determinada manifestación de capacidad económica y, aunque es evidente que supone una privación o exacción, al menos parcial, de

⁴ Históricamente, ya en el Derecho Romano era una institución que tuvo primero un carácter acentuadamente penal, como pena de tipo pecuniario y luego se desarrolló en otros campos jurídicos, como el Derecho civil. En tiempos de la Monarquía era utilizada como pena accesoria a otras, tales como la pena de muerte y fue en la República cuando los bienes confiscados dejaron de aplicarse al culto de los dioses para pasar directamente al Fisco.

bienes, rentas o derechos patrimoniales, no se puede considerar como una confiscación sin compensación, ya que su función no es otra que posibilitar la financiación del gasto público o propiciar otros objetivos derivados de los principios rectores de la política social y económica contenidos en la Constitución.

Así las cosas, un tributo, per se, no se identificará nunca con la institución de la confiscación en un sentido estricto, pero sí puede suceder que la carga tributaria, si el concurso de tributos sobre un mismo sujeto produce una ablación tal que disminuya en cierta proporción su patrimonio, tenga efectos confiscatorios, que es, precisamente, aquello que pretende evitar la Constitución. Ordenadas así las cosas, el principio de no confiscatoriedad en materia tributaria se identifica con el deber del legislador tributario de no establecer tributos que provoquen una situación irracional, anulando las posibilidades de actuación económica del sujeto, cuya situación económica debe estar lo más próxima posible al resultado de su iniciativa y nunca por debajo de su contribución al sostenimiento de los gastos públicos.

Sin embargo, lo que a priori parece sencillo no lo es tanto en realidad, pues si bien es más o menos fácil saber cuál es el límite superior de la confiscación, ya que será la totalidad del patrimonio afectado, las dificultades surgirán a la hora de determinar el límite inferior, esto es, el punto donde se empiezan a producir los efectos confiscatorios. En esta materia, el Tribunal Constitucional español, hasta el momento, no se ha pronunciado de forma clara sobre un límite cuantitativo en la imposición.

Esta postura adoptada por el más alto intérprete de la Constitución contrasta con la de algún otro Tribunal Constitucional europeo, como es el caso del alemán. Así, aunque la Constitución alemana no contempla expresamente la interdicción de los tributos confiscatorios, en la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 22 de junio de 1995 relativa al Impuesto sobre el Patrimonio se hizo una aproximación en cuanto a dónde se encuentra la frontera o límite que la carga tributaria no debería traspasar. El Alto Tribunal alemán señaló que la imposición no puede incidir sobre la sustancia del patrimonio ni exceder de un límite situado aproximadamente en la mitad de los rendimientos. Esta argumentación la basó en el precepto de la Constitución alemana 14.2, relativo a la función social de la propiedad, que establece que: “la propiedad debe servir igualmente al interés general”. Con este

pronunciamiento se vino a acuñar el principio de la partición por mitad, que implica que la carga total impositiva del producto potencial no debe exceder del 50 por 100 entre la mano privada y la pública.

En contraposición, ante la prohibición constitucional de confiscatoriedad en el ámbito tributario, el Tribunal Constitucional español, cuando ha tenido la oportunidad de hacerlo, no lo ha hecho de una forma clara, útil y precisa al respecto, no aportando prácticamente nada a la definición de la prohibición constitucional de confiscatoriedad en la materia tributaria.

Ante un recargo de la Comunidad Autónoma de Madrid del 3% sobre la cuota líquida del IRPF, se planteó un recurso de inconstitucionalidad en el que uno de los argumentos esgrimidos por el Defensor del Pueblo en contra del mismo era la posible violación del principio de no confiscación. Dicho recurso dio lugar a la ya citada STC 150/1990, de 4 de octubre, en cuyo FJ 9º, nuestro Tribunal Constitucional se expresaba en los siguientes términos:

“[...] Capacidad económica, a efectos de contribuir a los gastos públicos, significa tanto como la incorporación de una exigencia lógica que obliga a buscar la riqueza allí donde la riqueza se encuentra. A ello cabe añadir ahora que la prohibición de confiscatoriedad supone incorporar otra exigencia lógica que obliga a no agotar la riqueza imponible sustrato, base o exigencia de toda Imposición so pretexto del deber de contribuir; de ahí que el límite máximo de la imposición venga cifrado constitucionalmente en la prohibición de su alcance confiscatorio. Y dado que este límite constitucional se establece con referencia al resultado de la imposición, puesto que lo que se prohíbe no es la confiscación, sino justamente que la imposición tenga «alcance confiscatorio», es evidente que el sistema fiscal tendría dicho efecto si mediante la aplicación de las diversas figuras tributarias vigentes, se llegara a privar al sujeto pasivo de sus rentas y propiedades, con lo que además se estaría desconociendo, por la vía fiscal indirecta, la garantía prevista en el art. 31.1 de la Constitución; como sería asimismo, y con mayor razón, evidente el resultado confiscatorio de un Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas cuya progresividad alcanzara un tipo medio de gravamen del 100 por 100 de la renta”.

De lo que no hay duda es que una tributación del cien por cien tendría efectos confiscatorios, pues al sujeto se le privaría totalmente de su renta, impidiéndole cualquier estímulo económico y haciendo el Estado totalmente suyo el resultado de su actividad. Asimismo, la suma de la tributación de los distintos impuestos que recaen sobre una determinada manifestación de capacidad económica tampoco puede superar el 100%. Este porcentaje, por tanto, es un límite

que jugaría para cada impuesto aisladamente considerado y también para las acumulaciones de impuestos sobre una misma manifestación de capacidad económica.

En conclusión, una primera aproximación a la determinación de los efectos confiscatorios nos permite afirmar que para que un impuesto (o una acumulación de impuestos sobre una misma renta) sea considerado constitucional, hay un límite, al menos, del 100% (LÓPEZ ESPADAFOR, 2008, p. 33 y ss.).

Sin embargo, hay que tener en cuenta que, además del límite porcentual, el significado del principio de no confiscatoriedad se verá influido por la condición necesaria de que los gastos tengan la consideración de públicos, de tal forma que, caso de fijarse gastos que no respondieran a la finalidad pública podría conllevar la calificación de los mismos como confiscatorios y, a su vez, también se produciría una tributación confiscatoria.

Así, en la determinación de cual debe ser el alcance confiscatorio prohibido, “habría que tener en cuenta el carácter de los bienes y servicios recibidos por el ciudadano a cambio de los tributos” (LASARTE ÁLVAREZ). En el mismo sentido, si se recaudan sumas, cualquiera que sea su cuantía, que no se destinen a fines públicos sino a la satisfacción exclusiva del grupo político que ocupe el poder mediante decisiones de ingreso o gasto ocultados, formal o substancialmente, a un parlamento democrático, también estaremos en el ámbito que veta el principio de no confiscatoriedad.

III LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE NO CONFISCATORIEDAD.

1 ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO

La Constitución española establece, en su artículo 31.1, la obligación de “todos” a contribuir al sostenimiento de los gastos públicos. Dicho término se debe entender de forma amplia, incluyendo no sólo a los españoles sino también a los extranjeros residentes en territorio español o que realicen actividades en él.

Esta sujeción amplia al deber de contribuir es un reflejo de los principios de igualdad y solidaridad que reconoce la Constitución y que se plasman en las leyes tributarias elaboradas por el legislador.

Sin embargo, debemos tener en cuenta que el término “todos” no sólo abarca al deber de contribuir, sino también al hecho de que deberán hacerlo mediante un sistema tributario justo. La consecuencia lógica de ello es que todos los principios de justicia tributaria, en general, y la prohibición del alcance confiscatorio de los tributos, en particular, se establecen a favor de “todos”. De ello se deriva que la prohibición de confiscatoriedad no sólo es aplicable a aquellos contribuyentes con una mayor capacidad económica, lo que sucedería si sólo tuviéramos en cuenta la progresividad como límite a la imposición, sino que abarca a todos los contribuyentes, de acuerdo con su capacidad económica.

La garantía que reconoce el principio de no confiscatoriedad al poner un límite a la intensidad de gravamen no puede ser un beneficio para unos pocos, los de rentas más altas, sino que habrá de ser aplicable a todos los contribuyentes.

A pesar de esto, debemos tener en cuenta que el deber de contribuir, así como los principios que lo revisten, únicamente serán de aplicación a aquéllos que, en abstracto, posean capacidad económica.

En consecuencia, serán titulares del deber de tributación, y por tanto, del derecho a tributar con arreglo a su capacidad económica y sin alcance confiscatorio aquellos sujetos a los que el ordenamiento jurídico les permite ser titulares de un conjunto de relaciones jurídicas de contenido económico que manifiestan una cierta capacidad económica.

2 ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVO

La Constitución española se refiere a un sistema tributario justo mediante el que los ciudadanos puedan cumplir con el deber de tributación y hacer frente al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica.

En la realidad social, la riqueza económica no se muestra de forma unitaria, sino que se manifiesta de múltiples formas. Por ello, el sistema tributario está constituido por un conjunto de tributos y cada uno de ellos refleja o recoge una de

las capacidades económicas parciales que forman, por agregación, la capacidad económica global de una persona. Y es que no parece posible diseñar un tributo que represente o refleje por sí sólo y de forma suficientemente exacta la capacidad económica global del individuo.

En la realidad, por tanto, no es un tributo sino un sistema de tributos lo que sirve de instrumento para el cumplimiento del deber de tributación. Esto supone que cada ciudadano, como titular del deber de tributación, está sometido a un conjunto de tributos que gravan su capacidad económica total, de tal forma que sus gravámenes tributarios se van sumando, acumulando, formando la denominada “carga individual tributaria global” del sujeto pasivo, a la cual ha de hacer frente con sus recursos.

Partiendo pues de la inexistencia de un tributo único y global que pueda gravar toda la capacidad económica de un sujeto pasivo y ante el conjunto de figuras tributarias singulares que conforman nuestro sistema tributario, cada una de ellas, de acuerdo con su naturaleza, habrá de cumplir con todos y cada uno de los principios que componen, articulan y han de inspirar ese sistema tributario para que sea justo. Así pues, el ámbito de los principios de justicia tributaria se debe conjugar atendiendo a cada tributo y al sistema tributario en su conjunto.

De acuerdo con esto, la prohibición de confiscatoriedad se tendrá por infringida bien cuando un determinado tributo incida de forma desproporcionada en la riqueza gravada, o bien como consecuencia del efecto global producido por diversas figuras del sistema tributario.

Una cuestión distinta será la diferente intensidad con la que el principio de prohibición confiscatoria actúe sobre las diferentes figuras tributarias. Así, por ejemplo, puede tener más alcance en un tributo sobre la renta que sobre el consumo⁵, aunque ello no significa que sean admisibles los tributos sobre el consumo con alcance confiscatorio.

⁵ Debe tenerse en cuenta, no obstante, que la prohibición de la confiscatoriedad en el ámbito de los impuestos sobre el consumo revestirá perfiles especiales en aquellos bienes y servicios de primera necesidad.

A las consideraciones anteriores debemos añadir que el Estado español, con fundamento jurídico en la Constitución española de 1978, tiene una estructura fiscal basada en la existencia de diversos poderes tributarios. Es decir, todas las figuras tributarias que integran el sistema tributario, aunque sean establecidas y exigidas por diferentes entes públicos, en última instancia, inciden sobre la riqueza del país y recaban ingresos de cada persona en calidad de único sujeto titular del deber de tributación.

La prohibición de confiscatoriedad, por tanto, habrá que declararla no sólo del sistema tributario estatal, sino del conjunto de sistemas tributarios que inciden sobre un sujeto pasivo único frente a todos ellos, estatal, autonómico y local.

3 ÁMBITOS EN LOS QUE NO SE APLICA

Una vez vistos los ámbitos en los que se aplica el principio de no confiscatoriedad, procede ver ahora aquéllos en los que no hay aplicación alguna del mismo.

Así, en el ámbito de las ejecuciones forzadas de deudas ciertas, cuando la cuantía del tributo está definitivamente determinada y el contribuyente no cumple con su pago, esa ejecución parece que es inatacable por cuestiones de confiscatoriedad (NAVEIRA DE CASANOVA, 1996, p. 405).

Asimismo, también está vedado a la invocación del principio de no confiscatoriedad el campo relativo a las multas así como a los diferentes recargos por cumplimiento retrasado o incumplimiento, pues la deuda nace en virtud de la aplicación de una sanción, por lo que estamos (en este caso sí) ante una confiscación.

IV LA PROHIBICIÓN DE LA CONFISCATORIEDAD EN RELACIÓN CON EL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA

Teniendo en cuenta el concepto de efectos confiscatorios en el ámbito tributario que hemos analizado en el segundo apartado de este estudio, no es difícil atisbar la vinculación existente entre la prohibición de confiscatoriedad y el derecho

de propiedad, en virtud de la cual la prohibición de confiscatoriedad se configura como una especificación o especial protección del derecho a la propiedad privada en el ámbito tributario.

Hay así, en el marco de un sistema jurídico de base económica capitalista, una relación necesaria entre el derecho de propiedad individual reconocido a los sujetos de derecho y el deber de los mismos a contribuir al sostenimiento del Estado mediante el sistema tributario. Hay una dependencia recíproca entre ambas instituciones, pues no podría haber tributación sin reconocimiento del derecho de propiedad, lo cual se deriva de la misma definición de tributación, que implica la detracción de riqueza de manos de los particulares hacia manos estatales.

El derecho a la propiedad privada (y a la herencia) está reconocido en el art. 33 CE, aunque se establece que su contenido estará delimitado por su función social. Atrás queda así la concepción del derecho de propiedad de los códigos decimonónicos, en los que el derecho de propiedad se presentaba como un derecho absoluto que sólo excepcionalmente podía verse limitado. Esta limitación contenida en el art. 33.2 CE está inspirada en la Constitución de Weimar de 1919, que establecía en su artículo 153 que la propiedad no sólo era un derecho, sino que también obligaba y, por ello, su uso debía constituir un servicio para el más alto interés común.

Así las cosas, el derecho de propiedad, tal como sucede con todos los derechos que reconoce el Ordenamiento Jurídico, no tiene carácter absoluto, sino que hay una serie de límites institucionales que lo perfilan y que se instrumentan a través de unas instituciones que son ampliamente reconocidas⁶.

Cuando hablamos de derecho de propiedad como una garantía recogida en la Constitución, no estamos significando que lo protegido sea el derecho de propiedad sobre cada bien concreto, individualmente considerado, sino que se trata de una garantía institucional, que protege no tanto la posición jurídica de quienes ya

⁶ Más allá de la confiscación hay muchas otras formas que se han dado históricamente y se siguen dando y que influyen en el derecho de propiedad privada, entre los que destaca la figura de la expropiación forzosa, institución regulada por la aún vigente Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954.

son propietarios, sino la perdurabilidad de la institución de la propiedad en un sentido objetivo.

La regulación de la propiedad privada contenida en el art. 33 CE refleja el compromiso equilibrado asumido por el constituyente de 1978 ya que, mientras que el párrafo primero contiene un reconocimiento constitucional de la propiedad privada en términos de libertad en la esfera económica, asegurando al individuo la protección y disfrute de sus bienes; el párrafo segundo posibilita la privación de bienes y derechos por motivos de utilidad pública o interés social (mediante indemnización y de conformidad con las leyes), lo cual es un reflejo de las exigencias de la justicia social y la solidaridad, procurando así que se pueda hacer efectivo el valor constitucional superior de igualdad.

El deber de tributación se configura como una de las manifestaciones de esa función social que debe satisfacer la propiedad privada, aunque con sujeción al límite de la no confiscatoriedad contemplado en el art. 31.1 CE, y es que la tributación debe respetar, en todo caso, las bases del sistema económico que lo sustenta.

Por lo tanto, el derecho de propiedad privada no dificulta el desarrollo de un sistema tributario justo, ya que redistribuir la riqueza no implica eliminarla, sino conservarla y difundirla en mayor medida y de forma más equitativa. Así, pese a que es innegable que la imposición actúa sobre la propiedad, ambas instituciones se encuentran en ámbitos de actuación diferentes y, ante una posible colisión entre las mismas, actuará la prohibición del alcance confiscatorio de los tributos, como garantía al derecho de propiedad.

La redistribución de la renta no tendrá nunca, por tanto, carácter absoluto, sino que se inspirará en los principios contenidos en el art. 31 CE (y en el resto de preceptos de la Constitución).

Teniendo en cuenta que la propiedad privada es un derecho consagrado en la Constitución con carácter general (para todos los ciudadanos) y extensible a todas las ramas del ordenamiento jurídico, es evidente que la tutela que lo reviste ya alcanza por sí misma la materia tributaria. De acuerdo con esto, se ha planteado por algún sector de la doctrina si la protección que le brinda el art. 31.1 CE no resulta, entonces, inútil o reiterativa. Sin embargo, y desde la perspectiva de la técnica

legislativa, hay que recordar que la consagración general de una idea no tiene porqué impedir la utilidad de una especificación de esa idea en un ámbito más concreto, reforzando el valor sustantivo e interpretativo de la idea en ese ámbito más específico (LÓPEZ ESPADOR, 2008, p. 62.). Así las cosas, la Constitución consagra el derecho de propiedad y, con el objetivo de que su respeto tenga una especial atención en la articulación del Sistema tributario, se refuerza hablando expresamente de no confiscatoriedad en el art. 31.1 CE, evitando así posibles interpretaciones contrarias al espíritu de la norma.

Tal como dice Ferreiro Lapatza, la Constitución protege la propiedad privada impidiendo que los tributos tengan alcance confiscatorio, pero ello no le impide dejar claro que la prohibición de alcance confiscatorio de los tributos se debe interpretar dentro del precepto que la contiene, es decir, la cláusula no debe ir referida a la propiedad como institución separada del tributo, sino a la propiedad como objeto del mismo, como riqueza que se posee y que revela capacidad económica en la que debe basarse el sistema tributario justo, esto es, en la propiedad como una concreción del deber de tributación (FERREIRO LAPATZA, 2000, p. 60 y s).

De acuerdo con lo anterior, la prohibición confiscatoria en la configuración del deber de contribuir puede ser un importante refuerzo, aunque de forma indirecta, al derecho a la propiedad privada, a la herencia y a la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado, derechos todos ellos, ya consagrados en la Constitución. En este sentido la expresión del artículo 31.1, in fine, en “ningún caso tendrá alcance confiscatorio”, tendría la virtualidad de agudizar aún más el sentido garantista y de protección de la libertad y propiedad individuales.

Ordenadas así las cosas, la propiedad privada cumple una función social y el Derecho Financiero una función redistributiva de la riqueza en un Estado social y democrático de Derecho, pero todo ello con determinados límites; y es que, aunque el Sistema tributario pueda afectar al derecho de propiedad privada, no puede hacerlo de modo que este último quede vacío de contenido, dejando de ser propiedad privada para ser propiedad pública. Así, la propiedad del contribuyente no puede ser, en ningún caso, más pública que privada y, por ello, sus bienes y derechos no pueden estar nunca en mayor medida al servicio del Fisco que al suyo propio, regla que se rompería si el sistema tributario tuviera efectos confiscatorios.

V LA PROHIBICIÓN DE CONFISCATORIEDAD COMO LÍMITE AL DEBER DE CONTRIBUIR. LAS DIFICULTADES EN LA DETERMINACIÓN DE LOS LÍMITES DE LA CONFISCATORIEDAD

El ejercicio de la potestad tributaria, tal como ya hemos visto, se concreta en una privación coactiva, al menos parcial, de propiedades, derechos patrimoniales o rentas “sin compensación”, por el establecimiento del deber de tributación para el sostenimiento de los gastos públicos. Sin embargo, el poder tributario no puede ejercerse de forma discrecional e ilimitada, sino que estamos ante potestades ejercidas por el poder legislativo y que la Constitución limita.

En la configuración del deber constitucional de tributación se contienen, mediante principios jurídicos, los límites que el legislador ordinario ha de tener en cuenta para el establecimiento de los tributos que formen el sistema tributario justo. Estos principios de justicia tributaria recogidos en el artículo 31.1 de la Constitución conforman una serie de límites que dejan entrever las ideas de compromiso y de consenso plasmadas en la Constitución española de 1978. Por eso, en atención a esta idea, a unos principios de clara finalidad redistributiva que reflejan el valor superior de igualdad les sigue la prohibición confiscatoria como garantía del valor superior libertad, logrando así una configuración equilibrada del deber de tributación.

De acuerdo con esto, la Constitución española de 1978 consagra en su art. 31.1, dentro del Título Primero, que trata de los derechos y deberes fundamentales, en su Capítulo II, Sección Segunda (“De los derechos y deberes de los ciudadanos”), el deber de contribuir, bajo la fórmula de que “todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos [...] mediante un sistema tributario justo”.

El deber de contribuir, actualmente, está contemplado como una obligación generalizada en todos los Estados modernos, aunque se debe poner en relación con el cumplimiento por parte del Estado de que el gasto público realice una asignación equitativa de los recursos públicos y de que su programación y ejecución responda a los criterios de eficiencia y economía (art. 31.2 CE). Así, la necesidad de tributar se conecta con la existencia previa de garantizar unos bienes públicos mediante los recursos correspondientes (GARCÍA DORADO, 2002).

El deber contribuir encuentra su ratio en la propia existencia del Estado como una colectividad que necesita de unos medios para cumplir con las funciones

que se le encomiendan. El problema surge a la hora de determinar qué funciones y en qué intensidad se deben cumplir por el Estado y, por ende, cuántos recursos son necesarios y la porción de los mismos que corresponde aportar a cada ciudadano. Para resolver esta última duda, el deber de contribuir está revestido en la misma Constitución de una serie de principios que no podrán ser ignorados a la hora de establecer el sistema tributario. De acuerdo con los mismos, el deber de contribuir se cumplirá conforme a la capacidad económica y sus límites vendrán determinados por los principios de igualdad, progresividad y no confiscatoriedad. El cumplimiento de todos ellos conllevará el cumplimiento de un principio mayor que los engloba a todos: el principio de justicia tributaria.

Debemos analizar si el legislador español respeta ese derecho de los contribuyentes a sostener los gastos públicos de acuerdo con los principios de justicia tributaria, especialmente el de no confiscatoriedad, estableciendo unos límites al deber de contribuir.

Al respecto, hemos de constatar la inexistencia del establecimiento explícito de un límite a la carga tributaria global, posiblemente, por la también inexistencia de un único tributo que recoja la capacidad económica global del contribuyente. La ausencia de este límite máximo imponible a la carga tributaria global en la normativa tributaria impide llevar a cabo el control de la producción de efectos confiscatorios por el sistema tributario en su conjunto.

Sin embargo, al analizar pieza a pieza los tributos que conforman el sistema tributario encontramos establecidos algunos límites que, aunque parcialmente, sirven al principio de no confiscatoriedad. Este es el caso del tope establecido en el artículo 31 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio. En esta norma tributaria se establece un límite a la cuota íntegra de este impuesto que ,conjuntamente con la correspondiente al Impuesto de la Renta de las Personas Físicas, no podrá exceder, para los sujetos pasivos sometidos al impuesto por obligación personal, del 70 por 100 de la total base imponible de este último. Parece, que este límite sirve y es reflejo de la aplicación del principio de no confiscatoriedad de los tributos⁷. Sin embargo, este porcentaje no deja de ser una aproximación de la

⁷ Este tipo de limitación es frecuente en el derecho comparado. Así, en el ordenamiento holandés, la carga tributaria conjunta de los impuestos sobre la renta y el patrimonio no pueden exceder del 75

detracción a la que están sometidos algunos contribuyentes, teniendo en cuenta que no se contemplan en este límite todos los tributos que componen el sistema tributario.

Una vez visto que no hay fijado en ninguna norma un límite global, más allá del cual la tributación se considerará confiscatoria, la primera pregunta que nos planteamos es si realmente existe este límite. La segunda de las preguntas surge por sí misma si la primera es afirmativa, y es dónde (cuantitativamente) se sitúa dicho límite.

En cuanto a la primera de las cuestiones, está claro que hay una línea que separa aquella tributación que respeta la propiedad privada de los contribuyentes de aquella que desconoce este derecho. Así, resulta evidente que existe un límite pues es necesaria una división entre estas dos tributaciones, pues habrá un momento, más o menos determinado, mejor o peor delimitado, estrecho o amplio, marcado o difuso, traspasado el cual habrá una violación del derecho de propiedad y viceversa (NAVEIRA DE CASANOVA, 1996, p. 413).

Visto pues que existe un límite a partir del cual el cumplimiento del deber de contribuir tendría efectos confiscatorios, abordemos ahora la segunda cuestión, esto es, la cuantificación de dicho límite.

De lo visto en los apartados anteriores se desprende claramente que no es que no sea fácil, sino que es prácticamente imposible, cuantificar el citado límite, entre otras cosas, por cuestiones temporales. Si se fijara un límite porcentual o una fórmula que permitiera conocer las “cifras de la confiscatoriedad”, el mismo sería impasible ante los acontecimientos que se pudieran producir en el futuro, lo que coartaría significativamente las posibilidades del gobierno a la hora de establecer políticas fiscales. En este sentido, se debería plantear la procedencia de establecer un sistema de actualización de dicho límite para que el mismo no quedara desfasado o se pudiera acoplar a las contingencias económicas o circunstancias extraordinarias

por 100 de la renta gravada. Algo semejante ocurre en Dinamarca y Suecia donde no se puede exceder del 73,5 por 100 de la renta del contribuyente. En Francia, el Impuesto de solidaridad sobre el patrimonio conjuntamente con el Impuesto sobre la Renta del año precedente no puede exceder del 85 por 100 de los ingresos.

que viviera el país. Entendemos que establecer este sistema de actualización tampoco sería una cuestión pacífica.

Como alternativa a fijar ese límite de forma cuantitativa (estableciendo una cantidad determinada u obteniendo ésta a partir de una serie de operaciones aritméticas), encontramos la posibilidad de establecer este límite de forma cualitativa, esto es, mediante fórmulas que se basan en la apreciación de algunos conceptos, tales como el efecto de sustitución, el hecho de tener que desprenderse de todo o parte del patrimonio para pagar la obligación tributaria o en la llamada afectación sustancial del derecho de propiedad, del capital, de la renta, etc.

Dentro de la doctrina, destaca Pérez de Ayala (1996), que contempla un límite cualitativo, considerando que hay confiscatoriedad cuando para el pago del tributo se debe recurrir a la venta de la totalidad o de parte del patrimonio, sean bienes de producción o de consumo, pero integrantes de la capacidad productiva del individuo. Puede considerarse que hay confiscatoriedad antes aún, añade, cuando con carácter general se deja al contribuyente como renta disponible después de un impuesto una parte muy magra de patrimonio neto, que no compensa ni el coste, ni el riesgo, ni el esfuerzo que supone obtenerla, configurando lo que la doctrina francesa conoce como efecto de sustitución. Así, este autor considera que la capacidad contributiva relativa implica que exista una adecuación de equidad entre los valores de la renta y del patrimonio y la cuota del impuesto que sobre los mismos recaiga, añadiendo que “esta exigencia es muy difícil de controlar jurídicamente, pero se puede intentar un control jurídico positivo mediante la aplicación conjunta de los principios de capacidad contributiva y de prohibición de confiscatoriedad”.

En esta línea de que la prohibición de confiscatoriedad establece un límite en el deber de contribuir de forma cualitativa y de que la tributación no puede implicar que quede sin compensar el coste, el riesgo y el esfuerzo invertidos en obtener una renta, el principio constitucional que prohíbe el alcance confiscatorio de los tributos es uno de los que configuran el deber de tributación como proyección del valor libertad.

El poder tributario del Estado, ejercido mediante el establecimiento y aplicación de los tributos, está limitado de tal forma que permita al individuo un ámbito de libertad económica, social y cultural.

El reconocimiento del derecho a la no confiscatoriedad tributaria implica una protección o garantía que se traduce en términos de libertad en la esfera económica a modo de conquista, que asegura al individuo como contribuyente una protección frente a la intervención estatal en la obtención de recursos para sus necesidades y el disfrute de sus bienes.

Esta garantía de libertad que aporta el principio de no confiscatoriedad, se concreta en que la detracción tributaria de riqueza imponible sea limitada, parcial, de tal forma que, por un lado, queden libres de tributación los recursos mínimos necesarios para una vida digna y libre, que permitan al individuo ser partícipe activo de la vida económica, social y cultural. Por otro lado, los recursos sobrantes en poder del contribuyente, una vez cumplido el deber de tributación, no pueden ser tan escasos que impidan al individuo una actividad económica en libertad que les permita mantener su nivel de vida y, en su caso, el ahorro y la inversión. Es decir, la carga tributaria del individuo no debe ser tan elevada que reduzca su capacidad económica futura y, en último término, la recaudación tributaria del Estado.

Así las cosas, el principio de no confiscatoriedad como principio inspirador del deber de tributación obliga al poder tributario a respetar derechos y libertades que pueden ponerse en peligro en el establecimiento y aplicación de los tributos. Estos derechos y libertades contemplados en el texto constitucional son, por un lado, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad (artículo 10), el derecho a la vida y a la integridad física y moral (artículo 15) y otros económico-sociales que reconocen y garantizan al individuo unos recursos suficientes para llevar una vida digna. Por otro lado, y específicamente dentro de los derechos económicos, el derecho a la propiedad privada y a la herencia (artículo 33.1), ya visto en el apartado anterior; el derecho a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (artículo 38); y el derecho al trabajo y a la libre elección de profesión y oficio (artículo 35.1), que facilitan la participación en la actividad económica de forma libre y atendiendo al esfuerzo y riesgo utilizados en ella.

VI CONCLUSIONES

La prohibición de confiscatoriedad se configura en el art. 31.1 CE como un principio de justicia tributaria con autonomía propia. La no confiscatoriedad no es,

por tanto, un límite a la justicia tributaria, sino que es uno de los elementos que ayudan a configurar la misma, junto con los demás principios tributarios constitucionales, así como con aquellos principios consagrados en la Constitución que, aún no perteneciendo estrictamente a la materia tributaria, tienen una aplicación general en nuestro Ordenamiento Jurídico, tales como el principio de igualdad y el de solidaridad.

Muestra de la autonomía de este principio y de su importancia en la configuración del sistema tributario es que su ámbito de aplicación no se circunscribe, desde un punto de vista subjetivo, a aquellos contribuyentes que tienen una capacidad económica más elevada, sino que se aplica a “todos” los contribuyentes, contemplándose este último término en su vertiente más amplia.

Asimismo, la no confiscatoriedad es una característica que debe predicarse de todos y cada uno de los tributos que conforman el sistema tributario, así como del sistema en general, pues tan confiscatorio sería que a través de un tributo se produzcan efectos confiscatorios, así como que de la superposición de las distintas figuras tributarias existentes en el Ordenamiento Jurídico se produjeran efectos confiscatorios.

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que hay determinados ámbitos que están excluidos de la aplicación de la prohibición de confiscatoriedad, tal como sucede en aquellos casos en los que lo que se persigue, precisamente, es la confiscación, como en el caso de las sanciones.

El perfil de este principio que, tal como ha afirmado el Tribunal Constitucional, no está doctrinalmente clarificado, se completa al estudiarlo en relación con el derecho de propiedad así como con el deber de contribuir. En cuanto al derecho de propiedad, como derecho reconocido por la Carta Magna, está revestido de una protección que alcanza a todas las facetas del Ordenamiento Jurídico. Sin embargo, la especial referencia que hace el art. 31 CE a la prohibición de confiscatoriedad dota la protección de este derecho de una especial relevancia en el ámbito tributario, pues estando la propiedad sujeta a la satisfacción del interés social, la interdicción de los efectos confiscatorios nos permite saber hasta dónde puede llegar dicha satisfacción y, por tanto, en qué momento estaremos omitiendo el contenido del derecho reconocido en el art. 33 CE.

En cuanto al deber de contribuir, el principio de no confiscatoriedad nos permite discernir a partir de qué momento el cumplimiento de este deber se desnaturaliza, convirtiéndose en una sanción. Así las cosas, la no confiscación se constituye como un límite al deber de contribuir, aunque es una tarea ardua poder determinar dicho límite. En primer lugar, hay una imposibilidad de establecer un límite a nivel global, pues no existe un único tributo que grave toda la capacidad económica y, en consecuencia, no puede haber un único límite. En segundo lugar, reconocida la necesidad de establecer dicho límite, son pocas las referencias que encontramos en la ley a la hora de cuantificar el mismo. Por último, las interpretaciones del Tribunal Constitucional en esta materia no han aclarado en nada esta cuestión. La solución, así, a la hora de determinar el límite en que la tributación reviste alcances confiscatorios, pasa por establecer un límite no cuantitativo, sino cualitativo, estableciendo determinados valores o premisas que deberán ser respetadas por el sistema tributario para que este sea no confiscatorio y, por tanto, sea justo.

En conclusión, la no confiscatoriedad se presenta como un principio contenido en nuestra Carta Magna, cuyo cumplimiento es condición *sine qua non* para obtener un sistema tributario justo. A pesar de su importancia, ni la doctrina ni la jurisprudencia constitucional han acotado el alcance del mismo, por lo que es necesario un trabajo de campo que permita ir acotando sus límites, así como ir actualizando los mismos para evitar que las nuevas figuras tributarias tengan como resultado aquello que la Constitución prohíbe claramente: que el sistema tributario tenga efectos confiscatorios.

VII BIBLIOGRAFÍA

AGULLÓ, A. "Una reflexión en torno a la prohibición de confiscatoriedad del Sistema Tributario". Publicado en **Civitas: Revista Española de Derecho Financiero**, n. 36, octubre-diciembre 1982, Madrid.

ALONSO GONZÁLEZ, L. M. **Jurisprudencia Constitucional Tributaria**. Madrid: Marcial Pons, 1993.

BIBLIOTECA DEL PENSAMIENTO: "Confiscación". **En línea**. <<http://www.e-torredebabel.com/Biblioteca/Voltaire/confiscación-Diccionario-Filosofico.htm>>.

CASANA MERINO, F. "El Principio Constitucional de Interdicción de la Confiscatoriedad en el Ámbito Tributario", **Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública**, Núm. 216, Noviembre-Diciembre, Madrid, 1991.

- CHICO DE LA CAMARA, P. "Un apunte sobre el concepto, alcance y aplicación del principio de no confiscatoriedad en el sistema tributario español". **Revista de Actualidad Financiera**, Vol. I, Nº 4, 1996, Madrid.
- FERREIRO LAPATZA, J. J. **Curso de Derecho Financiero español**. Volumen I. Barcelona: Ed. Marcial Pons, 2000.
- FERREIRO LAPATZA, J. J. **Curso de Derecho Financiero español**. 13. ed. Madrid: Ed. Marcial Pons, 1991, p. 322.
- GARCÍA DORADO, F. "La difícil compatibilidad del Impuesto mínimo sobre el Patrimonio: comentario a la AN 8 Jun. 2000". **Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia**, Ed. La Ley-Actualidad, T. II; Madrid, 2002.
- GARCÍA DORADO, F. "Principio de no confiscatoriedad tributaria y excepciones a la operatividad del límite a la cuota íntegra conjunta por renta y patrimonio". **Quincena fiscal: Revista de actualidad fiscal**, Núm. 22, Diciembre, Madrid, 2001.
- GARCÍA DORADO, F. **Prohibición constitucional de confiscatoriedad y deber de tributación**. Primera Edición, Ed. Dykinson, Madrid, 2002.
- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M. **El principio de no confiscación y las Haciendas locales**. Ministerio de Justicia, Madrid, volumen II, 1994.
- LAGO, M.A. "Función motivadora de la norma tributaria y prohibición de confiscatoriedad". **Revista Española de Derecho Financiero**, Núm. 57, Enero-Marzo, Madrid, 1988.
- LÓPEZ ESPADAFOR, C. M. **La no confiscatoriedad en la imposición sobre el consumo**. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2008.
- LOZANO SERRANO, C. **Consecuencias de la jurisprudencia constitucional sobre el Derecho Financiero y Tributario**, Ed. Civitas, Madrid, 1990, Pp.20 y 21
- MARTÍN QUERALT, JUAN. **Derecho Tributario**. Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2009.
- NAVEIRA DE CASANOVA, G.J. **El principio de no confiscatoriedad. Estudio en España y Argentina**. Ed. McGRAW-HILL, Madrid, 1996.
- NEIRA RIZZO, J. "La confiscación". **En línea**. <http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2002/15/15_La_Confiscación.pdf>.
- PÉREZ DE AYALA, J.L. **Los principios de justicia del Impuesto en la Constitución Española**. Fiscalidad y Constitución, Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, Madrid, 1986.
- PONT MESTRES, M. "La justicia tributaria y su formulación constitucional", **CIVITAS R.E.D.F**, Núm. 31, 1981, p. 369.
- ROBLES MORENO, C. "A propósito de la no "confiscatoriedad" en materia tributaria". **Tribuna & Dogma**. **En línea**. <<http://tributoygogma.blogspot.com/2006/01/proposito-de-la-no-confiscatoiedad-en.html>>.
- RUIZ-HUERTA CARBONELL, J. "Vigencia y operatividad del principio de la no confiscatoriedad de los tributos en el ordenamiento español". **Crónica Tributaria**, núm. 64, Madrid, 1992.
- SAINZ DE BUJANDA, F. **La contribución territorial urbana. Trayectoria histórica y problemas actuales**. Consejo General de Cámaras de la Propiedad Urbana de la Comunidad Valenciana. Valencia, 1987.

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RECIPROCIDADE COMO PRESSUPOSTO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL¹

THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF RECIPROCITY
AS ASSUMPTION OF SUSTAINABLE DEVELOPMENT

Luiz Alberto Blanchet²

Resumo

Entre outros encargos definidos no preâmbulo da Constituição, o Estado brasileiro destina-se a assegurar o desenvolvimento. No art. 3º, inciso II, a garantia do desenvolvimento nacional é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil. Desenvolvimento necessariamente pressupõe trabalho, fator que, consoante define o art. 6º da Constituição, assume a natureza de direito social. Para que não se abale essa equação, o quinhão a que cada um tem direito no produto do desenvolvimento deve ser proporcional ao esforço exigido e à eficácia alcançada por seu trabalho. Se não houver essa reciprocidade, inviável será o desenvolvimento. Desse modo, impõe-se a necessidade de investigar o conteúdo jurídico da reciprocidade.

Palavras-Chave: Constituição. Desenvolvimento. Trabalho. Princípio. Reciprocidade.

Abstract

Among other policies defined in the Constitutional clauses of the Preamble, Brazilian government aims to ensure development. In article 3, item II, the guarantee of national development is a major objective for Federative Republic of Brazil. Development necessarily presupposes labor factor, as defined in article 6 of the Constitution. Not to shake this equation, the share that each has the right of economic development should be proportional to the effort required and the efficiency achieved by its work. Without reciprocity, development will be unviable. Thus, it is essential to investigate the legal content of reciprocity.

Keywords: Constitution. Development. Labor. Principle. Reciprocity.

¹ Artigo recebido em: 04/05/2010. Pareceres emitidos em: 29/08/2011 e 02/09/2011. Aceito para publicação em: 16/09/2011.

² Advogado, Membro Catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Professor da PUC.

INTRODUÇÃO

Entre outros encargos definidos no preâmbulo da Constituição, o Estado brasileiro destina-se a assegurar o desenvolvimento. No art. 3º, inciso II, a garantia do desenvolvimento nacional é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil. Desenvolvimento necessariamente pressupõe trabalho, fator que, consoante define o art. 6º da Constituição, assume a natureza de direito social. Para que não se abale essa equação, o quinhão a que cada um tem direito no produto do desenvolvimento deve ser proporcional ao esforço exigido e à eficácia alcançada por seu trabalho. A Constituição não legitima a obtenção de algo à força, a qualquer preço ou “no grito”, mas sim e apenas em troca de trabalho ou do que este produz. Se não houver essa reciprocidade, inviável será o desenvolvimento.

Noção de fundamental relevância para o presente estudo, a *reciprocidade* impõe a necessidade de investigar-se, preliminarmente, seu conteúdo jurídico, o que exige a análise simultânea de ideias como atuação produtiva, agente produtivo, eficácia do particular, eficiência do Estado, justiça social e solidariedade. Em sistemas como o brasileiro, um vocábulo ou expressão tem sentido jurídico somente se seu conteúdo for objeto de disciplinamento, direto ou mediato, por norma jurídica. Dito em mais claros termos, o vocábulo ou locução terá sentido jurídico somente se seu conteúdo configurar-se mediante conjugação de elementos originariamente extraídos de *lei*, devendo-se obviamente entender o termo *lei* no sentido que a Constituição da República lhe imprime em seu art. 5º, inciso II (“*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”). Oportuno lembrar que, embora o texto constitucional pareça estabelecer apenas que “*ninguém será obrigado*”, em verdade traz implícito, também, que ninguém obterá direitos senão em virtude de lei, pois se alguém está obrigado ou impedido de fazer algo é porque se o fizer lesará ou ameaçará um direito de outrem.

A reciprocidade aponta para o fato de que ninguém obtém um direito patrimonial sem o esforço correspondente. Há, sem dúvida, direitos cuja obtenção não se condiciona à reciprocidade. É o que ocorre com os direitos resultantes de sucessão hereditária ou de aposta em jogos lícitos, por exemplo. Todavia, mesmo na hipótese da herança, se confirma o princípio da reciprocidade, pois a pessoa é incentivada a inovar, produzir utilidades ou comodidades, ainda que não haja

expectativa de vida longa, porque a seus sucessores estará assegurado o direito ao produto de seu esforço. O tratamento normativo em muito contribui para o desenvolvimento, pois estimula a produção das mentes mais experientes que já passaram por longos anos de aprimoramento e, inexistisse esse incentivo, simplesmente cairiam em sua derradeira improdutividade esperando o fim chegar.

Por força da reciprocidade, consoante se afirmou linhas acima, ninguém obtém um direito patrimonial sem o esforço correspondente. O trabalho gerador e legitimador do direito deve resultar em algo útil para o seu autor, para a sociedade ou para ambos. A referência que ora se faz não se limita apenas ao trabalho físico. No inciso XXXII do art. 6º, a Constituição proíbe distinções entre trabalho manual, técnico e intelectual. Aliás, os maiores avanços em matéria de saúde, tecnologia e bem estar resultaram originariamente de atividade intelectual. Para o princípio da reciprocidade interessa o resultado útil e não a natureza do trabalho. Quem define o esforço individual que ensejará a obtenção do direito é, obviamente, a norma jurídica.

É inquestionável que somente esforços lícitos geram direitos. O autor de um furto, de uma apropriação indébita ou de um esbulho também desenvolve um trabalho, físico e mental, entretanto ele creta o princípio da reciprocidade, pois seu objetivo não é inovar, criar algo novo e útil, mas apenas aproveitar-se do produto do esforço alheio. Na atividade ilícita, um ganha porque outro perde. Na reciprocidade, todos devem ganhar, porque ela pressupõe a criação de algo novo a ser dado em troca.

O Direito assegura o resultado desejável pelo particular (obtenção do direito) somente se a atuação por ele levada a efeito é eficaz para atingir o resultado colimado pela sociedade (inovação idônea a contribuir para o desenvolvimento). Inovação não se restringe somente ao resultado inédito, mas também à produção de algo usual, mas útil, ou mesmo, à nova utilidade dada a algo já existente.

Assim, a qualidade de *agente produtivo* é pressuposto, por exemplo, da obtenção - e manutenção - do direito de propriedade. Com o resultado de sua produção individual, o agente pode adquirir o bem que escolher e sobre ele exercer seu direito de propriedade. Mas o dever de reciprocidade não termina na aquisição, pois ele deverá manter essa propriedade como instrumento para produção de novas

utilidades ou comodidades, consoante deflui dos arts. 182, § 2º, e 186 da Constituição, dispositivos aos quais é imanente o princípio da reciprocidade.

Naturalmente inaplicável, todavia, o princípio da reciprocidade quando se trata de direitos não patrimoniais como o direito à vida, à saúde, à liberdade, ao voto e outros. A obtenção desses direitos independe de esforço individual prévio, pois a fonte é inesgotável: ninguém obtém tais direitos subtraindo-o de outrem, o que os leva à indisponibilidade, não apenas jurídica, mas lógica. Ainda assim, a manutenção de muitos desses direitos condiciona-se à reciprocidade de conduta correspondente (imposta ou admissível pelo Direito). Caso a reciprocidade seja quebrada pelo titular de um deles, este deixa de ser objeto de defesa pelo Estado, como sucede, por exemplo, com seu direito à vida na hipótese de legítima defesa, com seu direito ao voto em caso de descumprimento dos deveres correspondentes, e com seu direito à liberdade diante de condenação penal privativa desse direito.

A reciprocidade, quanto a direitos de natureza não patrimonial, deve operar-se somente nas hipóteses definidas normativamente e, quanto aos direitos patrimoniais, em qualquer hipótese.

1 RECIPROCIDADE, PRODUTIVIDADE E SOLIDARIEDADE

Reciprocidade e produtividade estão intimamente vinculadas: obtém o direito somente quem oferece em troca o bem ou trabalho correspondente. Quando, todavia, a pessoa, temporária ou definitivamente, não consegue manter atuação produtiva por motivos por ela não previsíveis, não provocados e inevitáveis, a sociedade (através do Estado, seu instrumento) não pode abandoná-la à sua própria sorte. Se a impossibilidade for permanente, a assistência do Estado deve também ser permanente. Não é senão por este motivo, que o art. 6º da Constituição, ao elevar o *trabalho* à categoria de direito social, o faz igualmente em relação à *assistência aos desamparados*. Afinal, qualquer modalidade de desenvolvimento egoístico seria insustentável.

Se não existisse o dever da reciprocidade, ter-se-ia de admitir que uma fração da sociedade produziria bens e utilidades mediante seu trabalho, enquanto o restante nada produziria, embora pudesse fazê-lo, e, persistindo em sua indolência,

seria sustentada pela população produtiva. Que estímulo teriam os agentes produtivos? Certamente não haveria desenvolvimento. Quanto à insustentabilidade de uma sociedade com tal desvio, nem é necessário aprofundar os comentários.

O conjunto de aspectos determinantes do princípio da reciprocidade não se cinge à produtividade, exige também solidariedade: ele é mais benevolente que a tradição humana. De uso corrente é o provérbio que manda ensinar a pescar e não simplesmente dar o peixe. Mas e se essa pessoa não pesca porque não pode, embora queira, deve-se abandoná-la à morte?

Enquanto o antigo provérbio manda ensinar a pescar em lugar de apenas dar o peixe, o princípio da reciprocidade manda dar o peixe enquanto ensina a pescar se o aprendiz não o souber por motivos alheios a sua vontade ou capacidade; a sociedade deve ampará-lo até que possa também ele produzir. Se, ademais, o aprendiz jamais terá capacidade para aprender ou fazer sozinho, esse princípio manda assisti-lo indefinidamente. Não é um princípio egoísta, portanto. Não é uma reciprocidade produtiva que visa resultados somente para o agente produtivo. Não interessa a produtividade de cada um apenas, mas acima disso, o caráter produtivo da própria sociedade e em benefício desta e de cada um de seus membros.

A Constituição não aponta para a formação de um grupo de agentes empreendedores, mas para uma sociedade harmônica e solidária de pessoas produtivas, na qual as riquezas não são simples e sumariamente “distribuídas”, mas *multiplicadas* pelo empreendedorismo privado e pela eficiência pública.

Na multiplicação, na criação de novos bens, nasce o desenvolvimento e repousa a sustentabilidade. Não é por outra razão que o art. 170 da Constituição, em seu *caput*, funda a ordem econômica na valorização do trabalho humano (produtivo, obviamente) e na livre iniciativa (igualmente, e não menos, produtiva). Também ao aludir a “existência digna” e a “justiça social”, o art. 170 ilumina o mesmo princípio, pois não tem existência digna quem trabalha para dividir o fruto de seu esforço com os que nada fazem. Em uma sociedade assim, sem reciprocidade, na qual a produção dos trabalhadores devesse sustentar também quem nada fizesse embora tivesse condições, não se poderia falar em justiça social.

O cidadão, na amplitude do conceito constitucional, deve, pois, ser empreendedor.

Aquele que, sem nada produzir, pretende ter direito a bens patrimoniais, direito a remuneração, direito a férias remuneradas, etc. resultantes de trabalho de outrem, sem sequer ter para este colaborado, desconhece a reciprocidade, evita a solidariedade, estorva o desenvolvimento e tem nos dicionários um apropriado nome que nem precisa aqui ser citado. Igualmente avesso ao desenvolvimento é aquele que vive apenas do rendimento de suas aplicações financeiras, quando em verdade outros estão trabalhando para esse resultado. O homem, enfim, já ultrapassou o período extrativista, ele já deixou de ser o coletor-caçador, ele já alcançou a posição de inovador. Alguns, contudo, insistem em continuar sendo meros coletores, não da natureza, o que já seria reprovável, mas do produto gerado pelo trabalho de alguém produtivo, reduzindo, com essa conduta, a busca da dignidade da pessoa humana a mera frase de efeito.

2 UMA QUESTÃO DE “BOM SENSO”?

Há períodos da História em que certos termos e expressões passam a ser mais frequentes em textos jornalísticos, em tratados científicos, em discursos, em conversas descontraídas e até em faixas utilizadas em movimentos de protesto. Todos já viram isso acontecer com palavras como *liberdade, igualdade, cidadania, dignidade, desenvolvimento, sustentabilidade, democracia, bom senso* e, mais recentemente, *empreendedorismo*. A percepção imediata menos detida e criteriosa nos leva a supor que se trata de meros modismos influenciados pela imprensa, por tendências políticas e carências sociais de cada momento. Ao passo, porém, que refinamos nossa avaliação, tornam-se cada vez mais nítidos os aspectos distintivos das ideias que tais vocábulos e expressões representam.

Sem dúvida, ninguém, no pleno domínio de seu juízo, afirmaria que as palavras e locuções referidas linhas acima não correspondem a valores da mais elevada importância para qualquer sociedade. Não basta, todavia, que algo seja importante, é necessário que possa ser buscado, alcançado e, principalmente, exigido e mantido.

O objeto do presente estudo consiste exatamente em buscar saber se o tratamento democrático, o bom senso, o empreendedorismo, a reciprocidade ou a postura relativa a qualquer dos demais valores socialmente relevantes, referem-se a noções inequívocas, são de observância obrigatória e podem ser impostos a cada um.

Da avaliação de cada valor, chega-se a constatações objetivamente esclarecedoras, surpreendentes e até curiosas. Entre elas, figuram ideais respaldados por traços de fundo ideológico, científico, social, ético, jurídico e, não raramente, religioso. Muitos contextos, aliás, nos quais aqueles termos e expressões são empregados denunciam, já nos primeiros passos da análise, seu caráter de meras frases ou expressões de efeito.

Dentre as expressões de mero efeito, uma sobressai pela enorme frequência com que é empregada em frases da mais variada natureza e com os mais diversos objetivos: *bom senso*. Princípios constitucionais expressos são beneficiados por sua evidência literal; se exigem algum esforço mental do intérprete o fazem apenas quanto à definição de seu sentido jurídico, porém sua existência é inquestionável, não há como sustentar que o escrito não está escrito. Princípios implícitos, a seu turno, esbarram na tão frequente quanto atrevida pergunta: “- *onde está ‘escrito’ que devo (ou não posso) fazer isto?*”. Assim sucedeu com um princípio de fundamental relevância para o desenvolvimento e para a sustentabilidade: o da eficiência, que amargou sua existência como princípio implícito até a edição da Emenda Constitucional nº 19, a partir de quando passou à categoria de princípio expresso no caput do art. 37 da Constituição; antes disso, raros juristas a ele dedicavam algum comentário. Hoje, há obras inteiras, e de excelente qualidade, a respeito.

Enquanto implícitos, os princípios não são aparentes, podem até nem terem sido ainda identificados pelos juristas, mas a realidade, complexa e dinâmica que é, já exige as soluções que eles propiciariam. Diante da necessidade concreta de tais soluções, e enquanto desconhecidos, os princípios implícitos são substituídos por ideias como *bom senso*, *senso comum*, e outras do gênero. Nossa tradição sempre espera que as pessoas conduzam suas atitudes, façam suas escolhas, julguem, ou mesmo castiguem, com bom senso. Mas em que consiste o bom senso? Envolve

realmente um valor? Qual é a sua natureza, o seu conteúdo? Quais são, se é que há, as consequências jurídicas da conduta levada a efeito sem bom senso?

Bom senso, a rigor, é uma dentre as tantas expressões ‘mágicas’ utilizadas quando não se dispõe de outra objetivamente mais consistente e inequívoca.

René Descartes, em seu *Discours de la Méthode*, já afirmava que O bom senso é a coisa mais bem partilhada do mundo: pois cada qual julga estar tão bem provido dele, que até aqueles que são mais difíceis de satisfazer em muitas outras coisas não costumam desejar mais bom senso do que aquele que já possuem. (...) Pois não basta ter o espírito bom, o principal é sim aplicá-lo bem. (René Descartes (*Discurso do Método* – Dialética Editora – out.1999)

Na tentativa de salvar a expressão, alguns substituem o termo “bom” por “comum”, porém outra mente privilegiada, Albert Einstein, assim definiu o *senso comum*: é o conjunto de preconceitos adquiridos por alguém aos dezoito anos de idade.

Ademais, ainda que essa expressão tivesse sentido consistente e preciso, ela representaria um valor imponível a todos? Afinal, as consequências do comportamento mantido sem bom senso não passam da mera insatisfação ou reprovação por parte de quem observa a conduta. Essa reprovação, note-se, carece de base objetiva, pois aquilo que parece ser de bom senso para uma pessoa pode não ser para outra, não raro, de mesma índole e formação.

Negar-se a existência do princípio da reciprocidade, substituindo-o pelo “bom senso”, só dará vida mais longa aos abusos levados a efeito por quem confunde interesse jurídico com simples vontade, pelos passivos e indolentes que creem ser suficiente querer para ter direito a algo, pelos demagogos que os apoiam ou toleram. A mera transferência de mãos, a simples coleta, divisão ou distribuição, sem reciprocidade, sem a correspondente produção, inviabiliza o desenvolvimento e leva à insustentabilidade.

Reciprocidade não é uma “questão de bom senso”, é uma noção objetiva, tem embasamento lógico e, acima de tudo, constitucional.

3 A DEMOCRACIA E O HOMEM LIVRE

A liberdade é, sem dúvida, traço valiosíssimo e absolutamente indispensável para o desenvolvimento e manutenção de qualquer grupo humano e de cada um de seus membros individualmente. Essa inquestionável importância, todavia, é constantemente buscada para respaldar condutas desdenhosas, invasivas da liberdade de outrem e inclusive violentas.

A liberdade deixa de ser efetiva liberdade a partir do momento em que seu suposto titular julga que seus ideais, seus problemas ou suas necessidades legitimariam qualquer atitude independentemente dos reflexos impostos à vida dos demais.

Liberdade sem reciprocidade carece de qualquer respaldo jurídico.

A breve e superficial análise, a que se procederá a seguir, de algumas situações pretensamente justificáveis pelos ideais de liberdade democrática são suficientes para evidenciar o deplorável casamento entre o abuso de poucos e a tolerância de muitos.

Quem já não precisou manobrar seu veículo a fim de se livrar das chamadas *ruas sem saída*? Elas são comuns em qualquer cidade. Elas existem e, ao menos explicitamente, ninguém contesta. Normalmente tais vias passam a ser bloqueadas porque seus proprietários, preocupados com sua segurança e mediante persuasão ou poder, obtiveram das autoridades a anuência para tal. Toda pessoa é livre para tomar os cuidados necessários para preservar sua segurança e a de seu patrimônio. Ninguém discordaria. Mas igualmente ninguém duvidaria que 'ter saída' é da natureza de todo caminho que, afinal, acima de tudo, é público. E, sendo público, não é simplesmente o caminho para os moradores da via bloqueada chegarem às suas casas, mas também é o caminho para os outros, que moram mais longe, o utilizarem livremente para também chegarem a suas casas.

Sob um enfoque, há alguém que, com o fim de preservar sua segurança, se julga livre para obrigar os demais a gastar mais tempo e combustível para desviar tais locais; sob outro enfoque, opera-se a inversão de valores imprescindíveis para toda sociedade sadia, criando-se um suspeito princípio: o da supremacia do interesse individual sobre o da coletividade. Sob os dois enfoques, o que se vê, é

alguém preocupado unicamente com seu interesse em detrimento da coletividade, sem nada oferecer em troca, em total desprezo pela reciprocidade.

Que dizer, ademais, de outro curioso enlace: aquele contraído entre o abuso (e, não raro, agressividade) da minoria improdutiva ousada e espalhafatosa e a tolerância da maioria produtiva, discreta e pacífica. Transtorno que se repete a todo momento é a lentidão ou total impedimento do trânsito provocados por manifestações, ditas e tidas como democráticas, movidas pelos mais variados motivos e objetivos. São surpreendentemente comuns, por exemplo, manifestações públicas, passeatas, carreatas e caminhadas de pessoas isoladas ou grupos - organizados ou não – em vias públicas, que retardam as atividades e a vida dos demais. Simples e evidentemente são pessoas que não enxergam senão o que querem que para si a sociedade encontre um meio de lhes proporcionar, sem absolutamente nada produzirem e oferecerem em troca que justifique suas exigências e torne sustentável sua satisfação. Ora se o direito de ir e vir de uns impede o exercício do mesmo direito pelos outros, alguém está equivocado, alguém desconhece a reciprocidade, alguém se considera o centro do mundo e vê na sociedade a fonte inesgotável de atendimento a seus caprichos. Instala-se, assim, o inexplicável em bases lógicas: uns deixam de trabalhar para obter algo, enquanto a grande maioria está trabalhando para atingir o mesmo objetivo e, paradoxalmente, produzir os meios sem os quais aqueles primeiros não teriam as condições mínimas necessárias para se entregarem ao luxo de simplesmente “manifestar-se”.

Não há reciprocidade, tampouco sustentabilidade, quando alguém somente sabe protestar e exigir sem nada oferecer.

A própria imprensa reforça a tolerância ao reprovar essas condutas impeditivas da liberdade de outrem somente quando configuram crime. Mas todo dano, resulte ele de conduta criminosa ou não, seja ele material ou moral, deve ser reparado pelo responsável, ainda que seja o próprio Estado, ou quem atue em seu interesse, como resta claro do art. 37, § 6º da Constituição da República.

Absolutamente imprescindível, sem dúvida, discernir-se dessas condutas, os (pouquíssimos) protestos populares lícitos e construtivos. Dentre estes, sobressaem soberanamente os movimentos pelo reconhecimento da reciprocidade até então não observada. Naturalmente, os meios empregados devem ser também lícitos e

construtivos, excluídas, pois, a força, a depredação, o constrangimento e o vandalismo.

Alicerce da democracia sustentável é a reciprocidade de direitos e deveres entre os indivíduos e entre estes e a sociedade.

O princípio constitucional democrático não leva a outra conclusão senão à de que o papel, o espaço e os *deveres* de cada um na sociedade definem a medida de sua liberdade. Esta é uma frase convincente, mas torna-se fluida, flutuante e vazia enquanto não se esclarece em que consiste o *dever* de cada um.

4 O DEVER DE CADA UM

As pessoas sempre foram compelidas, ora pacífica e polidamente, ora mais firmemente, a manter certos comportamentos porque o grupo ao qual pertencem entende assim ser devido.

Nos grupos mais antigos, os deveres eram eficientemente impostos por normas religiosas; eficientemente porque essas coletividades eram mais homogêneas e constituídas por pessoas que seguiam todas uma só religião e, conseqüentemente, sofreriam os mesmos castigos se transgredissem os comandos religiosos. À medida, contudo, em que um mesmo grupo passava a ter seguidores de religiões diversas, tornava-se fácil para o transgressor fugir às conseqüências de suas atitudes reprováveis, pois simplesmente mudava de religião. Passou a ser necessário então o emprego de novo instrumento que atingisse a todos indistintamente.

Dando um grande salto na História, desemboca-se no império do Direito: as normas jurídicas impõem deveres e proibições independentemente da religião, ideologia e demais convicções pessoais de cada um. Não é mais a autoridade religiosa, mas a autoridade estatal que define a imposição e aplica a sanção a quem infringe o mandamento.

O Direito impõe condutas prescrevendo deveres de fazer ou de não fazer algo por meio de normas jurídicas. As normas jurídicas não diferem estruturalmente das normas morais, religiosas ou técnicas. Tampouco quanto ao seu conteúdo poder-se-ia apontar qualquer traço distintivo, pois uma norma originariamente moral

ou técnica pode ser transformada em norma jurídica. A grande diferença consiste no fato de que a norma passa a ser jurídica se submetida a procedimento de competência do Estado, procedimento que pode ser legislativo ou mesmo administrativo como ocorre com os regulamentos.

Alguns deveres são impostos sempre que a pessoa se vê envolvida em determinada situação específica que coincide com a descrição teórica previamente descrita pela norma (a hipótese normativa). Outros deveres, por sua maior relevância para a sociedade, são de observância obrigatória independentemente de hipóteses específicas. Esses comandos, não restritos a hipóteses particulares, caracterizam os princípios, eles dão fundamento aos comandos relativos a hipóteses específicas e fornecem a base para interpretação de todo o sistema para fins de sua aplicação a cada situação concreta.

A reciprocidade seria simples recomendação administrativa ou ideológica? Sem dúvida não. A reciprocidade é um princípio jurídico, um princípio constitucional implícito. Sendo tal, ela deve nortear a atuação da iniciativa privada e, principalmente, a do Estado em relação a esta. Como todo princípio, a reciprocidade, como norma que é, integra o sistema a que denominamos Direito. Integrando-o, e justamente por isto, condiciona-se aos demais elementos desse sistema, especialmente aos princípios da isonomia, da solidariedade e do empreendedorismo. Sim, empreendedorismo, base do desenvolvimento, também é princípio constitucional implícito.

5 O PRINCÍPIO DO EMPREENDEDORISMO

Consoante se teve oportunidade de avaliar nas linhas iniciais deste estudo, o inciso XXXII do art. 6º, da Constituição reprovava qualquer tentativa de distinção que se pretenda estabelecer entre trabalho manual, técnico e intelectual. Todavia, não raros estudiosos, ideólogos, políticos – e até demagogos -, embora não o digam, pressupõem que trabalho é somente o braçal. Apesar de aludirem a trabalho manual e trabalho intelectual, a rigor consideram como trabalho efetivamente, somente o manual. Assim acontecia, aliás, após a abertura política no Brasil, com os partidos em geral que se autoatribuíam a qualidade de representantes dos “excluídos”; quem

não se lembra das campanhas iniciais, quando criticavam, e não reconheciam como trabalhador, aquele que ficava atrás de uma prancheta ou escrivadinha, à frente de um quadro negro, e tantos outros que não utilizassem máquinas ou ferramentas. Os simpatizantes desses partidos, todavia, muito cresceram em número a partir do momento em que a noção de trabalho foi revista em função da complexidade e diversidade que envolve, a qual supera em muito a visão meramente ideológica.

As sociedades humanas são muito mais complexas do que puderam, até o momento, captar as mentes que conceberam a grande diversidade de teorias que hoje disputam espaço até mesmo no campo político e, muito pior, nas universidades. Aliás, essa visão não justifica nem mesmo o mecanismo que se opera nas sociedades mais simples, onde inexistem a criatividade, o planejamento e outros fatores característicos de grupos humanos.

Verdade, enfim, é, que empregados e empregadores, ao lado dos autônomos, são empreendedores, todos podem inovar ou com o produto de seu trabalho físico ou com o produto de seu trabalho intelectual.

O ser humano, afinal, nem sempre tem um patrimônio porque o recebeu de seus ascendentes ou porque ganhou na loteria. São inúmeros os casos de pessoas que conseguiram, com sua inteligência, persistência e empreendedorismo, patrimônios muito mais invejáveis. E é exatamente neste segundo grupo que se encontram as pessoas que conseguem manter seu patrimônio e, quase sempre, acrescê-lo. Estariam eles explorando mais pesadamente seus empregados do que os “empregadores” que receberam seu patrimônio por herança? Ou haveria um fator – aliás, aquele que distingue o homem dos animais irracionais – que não vem sendo visto e levado em consideração por esses gênios teóricos que, no final da história, acabam alimentando as mentes mais vazias (nessas há muito mais espaço para “ideias” alheias oportunistas) e menos aptas para criar situações e bens necessários à sobrevivência própria e, mais que isto, a sobrevivência e o progresso dele e, se possível, dos demais? Por que, afinal, o homem hoje vive muito melhor e por mais tempo que seus antepassados? Assim estaria ocorrendo porque ele trabalha mais ou porque ele vem sendo remunerado com mais justiça? Ou seria porque há mentes empreendedoras que, além do trabalho manual, oferecem um trabalho menos visível, mas de benefícios igualmente, ou muito mais, perenes (comodidades e

confortos) que independem de trabalho manual, como curas ou novos tratamentos para problemas de saúde.

Outro equívoco das teorias avessas à reciprocidade consiste no fato de considerarem que todo lucro só resulta de enriquecimento sem causa, de valor não pago a quem realmente trabalhou. De fato o termo “lucro” derivou-se de *‘lucrum’*, a mesma palavra latina da qual proveio o vocábulo “logro”, mas é só na origem terminológica que há alguma conexão entre os dois fenômenos. Muito do que se denomina hoje como “lucro” não o é. Há o equivocadamente chamado “lucro” que, em verdade é a remuneração daquilo que mentes proativas e criativas (empreendedoras) produzem para a sociedade.

Alguns diriam que, se essas mentes são mais privilegiadas, os outros seriam os “excluídos” e teriam direito à produção intelectual dos “privilegiados”; mas e se esses privilegiados passassem a pensar somente em benefício próprio a partir do momento em que sua produção intelectual passasse a beneficiar os demais?

Funestamente proliferam as teorias cegas a princípios como empreendedorismo e reciprocidade, e teorias que dividem a sociedade em dois grupos: “*beneficiados*” e “*excluídos*”. Se essas visões particulares, subjetivas e parciais, do mundo fossem abrigadas pelo direito de um povo, levá-lo-ia à estagnação e à desagregação social, desestimularia a produção racional do ser humano em benefício da coletividade.

O homem é proativo, elege métodos e metas, procura produzir utilidades para si e espera ser reconhecido pela comunidade por ter também para ela contribuído. O homem é, por natureza, empreendedor. Negar-lhe o reconhecimento dessa sua qualidade e potencialidade é tratá-lo como mero objeto, afronta-lhe a dignidade, um dos maiores fundamentos da República Federativa do Brasil - art. 1º, inciso III da Constituição

6 CAPITALISMO, SOCIALISMO OU RECIPROCIDADE EMPREENDEDORA?

Seria equívoco ou exagero afirmar-se que as teorias socialistas em sua pureza original teriam sido mais válidas para o tempo em que foram concebidas e não tanto para a nossa época? Se a resposta é afirmativa o capitalismo conforme

primitivamente concebido – ou sistematizado - também já se tornou anacrônico. Mas quem disse que devemos optar necessariamente por um ou outro grupo de teorias já concebidas? O homem teria parado de pensar desde que foi concebida essa visão maniqueísta?

Deve-se, no mínimo, esperar que se concebam muitas outras teorias, cada vez melhores do que, por exemplo, as de Marx, de Adam Smith, ou de quem seja, à medida que as sociedades humanas evoluem.

O homem não parou de evoluir. O homem não é como a abelha ou a formiga que trabalha, e muito, mas o faz apenas instintiva e automaticamente sem consciência dos objetivos a serem alcançados.

Trabalhador, na sociedade contemporânea, não é demais repetir e insistir, não é só quem produz algo físico, visível a olho nu, que tem forma física, cheiro, temperatura, mas todo aquele que cria algo que antes inexistia e que, independentemente da quantidade de caloria despendida por seu autor, tem utilidade para todos. Ou será que o operário braçal, quase inconsciente e repetitivo como uma máquina, produtivo e honesto sem dúvida, digno dos maiores elogios e reconhecimento, teria mais valor que o cientista que descobrisse a cura para o câncer, para a AIDS, para o mal de Alzheimer, para as psicopatias, para a simples depressão (tão “simples” que pode levar a suicídios e homicídios)?

O homem deve passar a avaliar o mundo e autoavaliar-se racionalmente e não como um animal faminto, predador de ideias e desencorajador da utilização e aprimoramento de potencialidades intelectuais. Ou será que se deve continuar desprezando a realidade e as efetivas necessidades humanas, avaliando-se os homens a partir do ponto de vista do indivíduo que não conseguiu êxito em sua vida e, para se autojustificar, iguala o homem a uma abelha ou formiga coletora?

O mundo não é apenas uma fazenda, uma fábrica ou um engenho; nunca foi, e se um dia tivesse sido algo parecido, evoluiu muito. Chegou, ou talvez até já passou, a hora de se ouvir Karl Raimund Popper e analisar o mundo, as sociedades, o homem, como efetivamente são e em toda a riqueza de sua infinita diversidade, e não como parecem ser, como alguém gostaria que fosse ou precisa que seja para respaldar suas teorias.

Trabalhador, na sociedade contemporânea não é só o operário da fazenda ou da fábrica. O conceito hoje é assimilado pelo de empreendedor, pessoa que produz algo útil (corpóreo ou incorpóreo) para si e para a coletividade e, em consequência, obtém o direito correspondente a sua contribuição para a sociedade, tem direito à *reciprocidade*.

Não são poucos os dispositivos constitucionais que apontam para a valorização das aptidões e atuações produtivas. Dentre outros, sobressai o inciso VIII do art. 170 pertinente à *busca do pleno emprego*, elevada à categoria de princípio da ordem econômica. Buscar o pleno emprego não é simplesmente “dar emprego a todo mundo”, mas propiciar as condições necessárias para aproveitamento de toda a potencialidade empreendedora da população.

A figura do trabalhador pura e simplesmente considerada: pessoa que exerce esforço físico, aos poucos começa a ceder lugar à figura do empreendedor, daquele que não apenas executa um trabalho (em seu sentido convencional), é disciplinado, cumpre horários e não é indolente, mas daquele que, autônomo ou empregado, produz resultados que tornam melhor a vida das pessoas.

A rica diversidade das pessoas e de suas mentes é fundamental para alavancar e manter o desenvolvimento. É com base neste evidente fator de desenvolvimento que a Constituição, ao tratar da educação - “*direito de todos e dever do Estado e da família*” - valoriza o “*desenvolvimento da pessoa*”, seu preparo para a vida em sociedade, sua “*qualificação para o trabalho*”, como remanesce claro da leitura do art. 205.

Não é por outra razão que o art. 218 explicitamente estatui que “*O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas*”. Do mesmo artigo, emerge o princípio da *reciprocidade*, pelo reconhecimento e pela valorização das condutas produtivas, empreendedoras: no § 1º, pelo tratamento prioritário do Estado à pesquisa visando o bem público e o progresso científico; no § 2º, ao definir que a pesquisa tecnológica deve ter por fins a solução dos problemas brasileiros e o “*desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional*”; no § 3º, ao prever a concessão de meios e condições de trabalho aos que se ocupem da ciência, pesquisa e tecnologia (implícita, mas obviamente, produtivas); no § 4º, ao estabelecer o apoio e estímulo às empresas

que invistam em pesquisa e assegurem ao pessoal envolvido *remuneração desvinculada do salário e participação nos ganhos econômicos vinculados à sua produtividade*; e, finalmente, no § 5º, por força do qual os Estados e o Distrito Federal podem destinar receitas orçamentárias ao fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica.

O art. 219 estabelece a reciprocidade entre o *incentivo devido* e o *desenvolvimento esperado*, ao estatuir que o mercado interno, por integrar o patrimônio nacional, será alvo de incentivo destinado a “*viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País*”.

Neutralizam, comprometem ou eliminam totalmente o potencial de desenvolvimento, aqueles sistemas que igualam todos independentemente de sua capacidade empreendedora, que desconhecem o direito ao reconhecimento e à retribuição proporcional ao esforço e aos resultados produzidos, à *reciprocidade* afinal.

Sem desenvolvimento, sobrevivem e se potencializam as dificuldades, a necessidade de se utilizar o discutível escudo da reserva do possível no atendimento dos direitos sociais, e as disputas pelas cada vez mais raras riquezas pois não seriam criadas mas apenas divididas. E sem criação de novas riquezas, não há desenvolvimento. Impende acentuar que não apenas o inventor cria algo que não existia, mas também aquele que faz algo já tradicional e nos moldes igualmente tradicionais, porém produz uma unidade desse algo que materialmente passa a existir somente a partir desse momento; mas o faz, claro, com espírito empreendedor: planeja, questiona, faz, gera, imediata ou mediadamente, desenvolvimento. Por que um empreendimento dá certo para um e para outro não, embora sejam ambos do mesmo ramo, mesmo porte, mesma região, etc.? Quem não deu certo poderia exigir reciprocidade? Teria oferecido algo à comunidade para dela esperar algum resultado? Estas questões serão objeto de maior aprofundamento linhas adiante.

Por que, enfim, não adotar apenas o que há de útil em cada teoria, independentemente de seu rótulo? A Constituição de 1988 o faz.

Embora para muitos se mostrem mais evidentes as normas constitucionais de tendência capitalista, são inúmeras as normas que apontam para soluções tipicamente socialistas, e tantas outras cujos mandamentos nada têm a ver com qualquer das duas ideologias dominantes no mundo, mas a uma infinidade de outras que valorizam a grande diversidade de aspectos da vida humana.

Pode-se afirmar que socialismo e capitalismo são dois princípios constitucionais implícitos. Nenhum, portanto, pode ser sumariamente eliminado e sua aplicação no mundo concreto far-se-á à ajuda da técnica da ponderação dos interesses jurídicos envolvidos. Essa ponderação atingirá os objetivos que foram colimados pela sociedade quando instituiu o atual Estado brasileiro, mediante recurso, entre outros, aos princípios da proporcionalidade, da isonomia e da reciprocidade.

7 EMPREENDEDORISMO PRIVADO E EMPREENDEDORISMO DO ESTADO (EFICIÊNCIA)

Por que uma pessoa se estabelece, inicia um empreendimento e obtém tanto sucesso enquanto outras procuram fazer o mesmo e seu empreendimento não sobrevive ou sequer decola? A resposta está no espírito empreendedor (com efetividade) da primeira pessoa.

Alguém não se torna necessária e automaticamente empreendedor pelo simples fato de dar início a uma nova atividade. A noção de empreendedor pressupõe proatividade criativa e se completa com a eficácia. A proatividade criativa deve ser inovadora, geradora de utilidades ou comodidades inexistentes antes da atuação do empreendedor, ou pela criação de objeto novo, ou pela nova utilidade dada a objeto já existente. A eficácia está vinculada aos resultados positivos, úteis, do empreendimento.

Empreendedor não é somente o autônomo. Também o é o empregado, o funcionário público e toda pessoa que identifica necessidades presentes e antevê utilidades futuras e as materializa.

Por ser figura insubstituível em todo processo de desenvolvimento, o empreendedor deve ser reconhecido e compensado, caracterizando-se aí a

reciprocidade. Sem reciprocidade, ninguém teria estímulo para produzir utilidades senão somente para si próprio e para seu grupo. Atitudes empreendedoras geram inovação, o que resulta em desenvolvimento para a sociedade e, para o empreendedor, na obtenção do direito correspondente.

O empreendedorismo privado é mero sacrifício quando o Estado é ineficiente. O art. 37 da Constituição, em seu *caput*, expressamente impõe à administração pública o dever de atuar com eficiência. Preteritamente implícito, o princípio da eficiência na administração deixou de ser objeto de dúvidas e divergências a partir da Emenda Constitucional nº 19. Mas o Estado não está obrigado a atuar eficientemente apenas ao administrar. A ele a Constituição implicitamente impõe a necessidade de conduzir-se eficientemente também ao exercer suas outras funções, ao levar a efeito a jurisdição, ao legislar e na persecução dos fins que pressupõem atividades por estas não abrangidas, como as que competem ao Ministério Público.

Como resta inequívoco da leitura do preâmbulo da Constituição, o povo, representado pela Assembleia Nacional Constituinte, ao instituir o atual Estado brasileiro, o criou para assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais e os demais valores expressos ou implícitos na Constituição então promulgada. Instituiu, portanto, um Estado que deve, no mínimo, ser eficiente na execução de todas as suas competências e não somente das administrativas.

Mas o Estado não é o representante de Deus na Terra. Ele pode muito, mas não pode tudo. Ou seja, se, por um prisma, a reciprocidade pressupõe empreendedorismo privado e eficiência estatal, também é verdade que, por outro, a eficiência depende da reciprocidade.

Dos fatores envolvidos nessa constatação, deflui uma das equações básicas do relacionamento povo/Estado: *“prestações devidas pelo Estado = recursos gerados pela produção privada de riquezas + eficiência estatal”*. A teoria da *reserva do possível* converge com o resultado dessa equação e, naquilo em que divergir, naturalmente não pode ser válida.

8 RECIPROCIDADE E RESERVA DO POSSÍVEL

A reciprocidade não é fundamental apenas em relação a direitos subjetivos de conteúdo patrimonial. Também direitos de outras naturezas por ela são alcançados quando sua satisfação depende de recursos derivados de trabalho humano, como os direitos sociais. Não é, obviamente, o que ocorre com outros direitos fundamentais como, por exemplo, os direitos à vida, à intimidade, ao tratamento isonômico, à liberdade, que não exigem desembolso por parte do Estado.

Há, todavia, um terreno que a reserva do possível não pode invadir: aquele definido pelos domínios do mínimo existencial. Seria, então, a proteção do mínimo existencial, a exceção, ou negação, da reciprocidade? Não parece.

Com o desenvolvimento, uma sociedade consegue, cada vez mais eficiente e satisfatoriamente, produzir os meios necessários para assegurar o atendimento de todos os interesses, e mesmo evitar que venham a surgir certas necessidades que hoje ainda esbarram na reserva do possível. Mas para isto, deve haver reciprocidade, devem ser criadas novas riquezas e não apenas consumidas as já existentes.

Quando em dado momento um Estado tem dificuldades para assegurar a satisfação de direitos sociais, e não apenas o mínimo existencial, é porque no passado ele foi ineficiente.

O que se conclui, enfim, é que, em qualquer sociedade, a reserva do possível é inversamente proporcional à eficiência do Estado e ao empreendedorismo privado.

A reserva do possível é justificável em determinado momento histórico somente na medida da reciprocidade então exigível.

Os limites da reserva do possível serão tanto menores quanto maior for o empreendedorismo privado e a eficiência estatal.

CONCLUSÕES

Espera a sociedade, como remanesce evidente da leitura da Constituição, que o particular, pessoa natural ou jurídica, seja proativo, criativo e eficaz, e que o

Estado seja eficiente na busca de todos os fins que a ele competem, destacando-se o desenvolvimento. É o que se manifesta claro e inequívoco, em especial, no preâmbulo, no art. 3º, inciso II, e no *caput* do art. 37, e se subentende de todo o contexto normativo constitucional.

O princípio constitucional implícito da reciprocidade aponta para a reprovação incondicional de qualquer atitude, individual ou coletiva, premeditada, organizada ou espontânea, de simples disputa por bens e recursos, sem nada oferecer em troca.

O art. 225, § 2º, da Constituição, impõe ao explorador de recursos minerais o dever de restabelecer a reciprocidade recuperando o meio ambiente da degradação que tiver provocado. O art. 37, § 6º, obriga o próprio Estado, demais pessoas jurídicas de direito público e também as de direito privado prestadoras de serviço público, a repararem os danos que seus agentes, atuando nessa qualidade, tiverem provocado, pois as perdas teriam sido, em princípio, causadas no interesse das pessoas enumeradas no § 6º, e teriam provocado uma diminuição patrimonial não compensada, sem reciprocidade portanto.

O homem, pois, ao contrário de seus mais primitivos antepassados, não se limita a disputar e lutar com os demais pela obtenção de recursos disponibilizados pela natureza. Por força do princípio da reciprocidade, o homem não pode ocupar, e tampouco consumir, os bens naturais, em especial os limitados, mediante simples competição corporal, sem nada produzir a título de troca ou de compensação.

Sem proatividade eficaz não há desenvolvimento. E sem reciprocidade, enfim, nunca será demais insistir, não há sustentabilidade.

Na pré-história, ao alimentar-se ou apropriar-se de recursos da natureza, o indivíduo necessária e automaticamente eliminava a possibilidade de outro fazê-lo; inexistia reciprocidade.

Hoje, o homem não se limita a caçar e coletar, ele cria, ele inova, ele não mais colhe os frutos da natureza, mas os guarda, seleciona, aperfeiçoa, replanta, multiplica. Ele tampouco caça, mas cria, aprimora, multiplica e consome sem subtrair da natureza.

Ao eleger o desenvolvimento (não apenas econômico), a Constituição abandonou a vetusta disputa entre capitalismo e socialismo. Com sua opção pela produtividade, como o faz, por exemplo, ao erigir em fundamentos da República os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, que levam ao desenvolvimento, a Constituição valoriza o cidadão produtivo. Valoriza aquele que, em lugar de simploriamente esperar, rezar ou lutar por uma romântica e insustentável “*distribuição de riquezas*” ou por um acesso a “*bens de produção*”, põe sua mente a trabalhar e cria a sua riqueza, transforma coisas comuns em bens de produção, pertença ele à categoria dos empresários, autônomos, empregados, funcionários públicos ou a qualquer outra.

Bens não são “*de produção*” por natureza. É a mente humana que os torna produtivos, razão pela qual um mesmo bem será mais produtivo nas mãos de um, e menos, ou nada, produtivo nas mãos de outro.

A Constituição valoriza, enfim, o cidadão produtivo, inovador, proativo. E o faz pelo princípio da reciprocidade: o proativo obtém direitos proporcionais à sua contribuição para o desenvolvimento socioeconômico. Mas, consoante já se teve oportunidade de afirmar, não abandona aquele que não tem as condições naturais necessárias para desenvolver seu próprio empreendedorismo. Eles serão solidariamente assistidos pela sociedade até que consigam reunir as aludidas condições e, portanto, enquanto não conseguirem, ou ainda, para sempre se por qualquer deficiência involuntária jamais puderem fazê-lo. Não abandona quem não pode, mas também não abandona quem poderia e não o faz, ensinando quem não sabe como fazê-lo e motivando quem não quer. O ensino se opera por meio de muitos mecanismos, como, por exemplo, pelo apoio do Estado à formação de recursos humanos a que alude o art. 218, §3º, da Constituição; também se dá pelo apoio às empresas que adotarem sistemas de remuneração, desvinculada do salário, que valorize a produtividade do empregado (art. 218, § 4º). A motivação deflui do estímulo resultante do princípio da reciprocidade: aquele que se esforçar e produzir obterá e, obtendo para si, contribui e participa do desenvolvimento.

As riquezas, os bens de produção e tudo o mais que não é criado, mas apenas é cobiçado, pelo indolente, não são “*dádivas divinas*” ou favores da “*mãe natureza*” ou da “*pacha mama*” dos andinos. Não podem ser, igual e não

isonomicamente, distribuídos também a quem não contribui. A distribuição sem reciprocidade inviabiliza o desenvolvimento além de óbvia e inquestionavelmente ser insustentável.

O sistema pelo qual opta a Constituição, como se vê, opostamente aos clássicos capitalismo e socialismo (e a outras visões particulares e exclusivistas), não é egoísta. Não se ilude buscando explicar e resolver o mundo sob um único e exclusivo enfoque, mas, ao contrário, adota o que de bom cada um (e não apenas aqueles dois) tem a oferecer.

As riquezas hoje existentes são produto de mentes proativas. Os bens de produção têm essa qualidade por obra de mentes empreendedoras que neles vislumbraram utilidade e não fonte inesgotável – e insustentável, pois – de recursos.

Onde há reciprocidade, todos ganham; onde não há, alguém ganha somente se outro perde, o que é insustentável.

Na socialista distribuição de riquezas e na capitalista especulação financeira, um ganha, outro perde.

Pela reciprocidade, ganha quem oferece algo em troca, quem cria algo novo ou vê utilidade produtiva de soluções em algo velho. Na reciprocidade, não há ganho sem retribuição.

Justiça social não se alcança distribuindo a todos igualmente, inclusive aos ociosos por opção, aquilo que foi criado pelo trabalho de apenas alguns. Não cabe falar em justiça social onde o trabalho de alguns beneficia os indolentes e os que, além de não contribuírem, dificultam ou mesmo inviabilizam o trabalho de quem procura cumprir seu papel para construir uma sociedade justa.

Quem se limita a aproveitar-se, sem reciprocidade, do trabalho alheio, trata como se fosse objeto e não sujeito aquele que produz, agride a dignidade da pessoa humana.

Desenvolvimento se faz construindo o futuro e não distribuindo, generosa, demagógica e gratuitamente, sem critério, sem reciprocidade, sem justiça, o que foi construído no passado.

Não há desenvolvimento sem trabalho.

Não há estímulo ao trabalho sem justiça social.

Não há justiça social sem sustentabilidade.

Não há sustentabilidade sem reciprocidade.

CONSTITUIÇÃO: FUNDAMENTOS DE SUA IMPRESINDIBILIDADE PARA A PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS DE LIBERDADE¹

CONSTITUTION: FUNDAMENTALS OF INDISPENSABILITY
FOR THE PRESERVATION OF RIGHTS OF FREEDOM

Isaac Sabbá Guimarães²

Resumo

O presente artigo intenta afirmar a posição de que os direitos clássicos, também chamados de direitos de liberdade, são, no percorrer da história do direito constitucional, imprescindíveis apesar da sucessão de gerações de direitos. Para tanto, primeiramente o autor estabelece a ideia de liberdade, apresenta os movimentos de constitucionalização e discorre sobre as gerações de direitos. Esse quadro teórico demonstra a essencialidade da preservação da liberdade no constitucionalismo moderno.

Palavras-Chave: Direitos de liberdade. Direitos humanos. Gerações de direitos. Direitos fundamentais. Direito constitucional.

Abstract

This article assert that classical human rights, also called rights of freedom, are, in constitutional law history, essential despite the succession of generations of rights. For this purpose, first, the author establishes the idea of freedom shows the movements of constitutional practice and philosophy and discusses the generations of rights. This theoretical framework demonstrates the essentiality of freedom in the preservation of modern constitutionalism.

Keywords: Freedom rights. Human rights. Generations of rights. Constitutional rights. Constitutional Law.

Sumário: *Introdução I. Liberdade Como Fundamento da Hominidade. I.1 Liberdade dos antigos. I.2 Liberdade e suas vicissitudes ao longo do medievo. I.3 O Renascimento como força motriz cultural do reconhecimento de novos papéis para o cidadão. I.4 A liberdade dos modernos (o Iluminismo e a nova perspectiva do homem). II. A Positivização dos Direitos de Liberdades. II.1 A experiência constitucional inglesa. II.2*

¹ Artigo recebido em: 03/05/2011. Pareceres emitidos em: 26/08/2011 e 29/08/2011. Aceito para publicação em: 12/09/2011

² O autor é mestre em direito pela Universidade de Coimbra e doutorando pela Univali; Promotor de Justiça no estado de Santa Catarina.

A experiência constitucional americana. II.3 A experiência constitucional francesa (modelo do constitucionalismo da Europa continental). III. O Constitucionalismo Contemporâneo. III.1 Novas gerações de direitos. III.2 A irrenunciabilidade dos direitos ancestrais como fundamento de sentido e ordem para o homem e a necessária positivação na Constituição. Conclusões. Referências das fontes citadas.

INTRODUÇÃO

Ao lançarem-se os olhos para os alvares da *constituição* das civilizações humanas, logo se perceberá que desde a antiguidade há uma preocupação gravitando em torno de dois eixos fundamentais para a elaboração racional do convívio social (que bem pode ser reconhecido como convívio político-social, uma vez que a *polis* – onde se dão os jogos de interação humana – é o próprio elemento que amalgama a ideia de sociedade organizada), o da *práxis* e o da técnica teorizada, formando duas linhas discursivas complementárias entre si (e indissociáveis)³, mas com pontos de interseção: referimo-nos àquilo que para a filosofia antropológica pode ser considerado como uma aporia, que é a indiscutível propensão humana para a autorrealização, característica só concebível se conjugada com a ideia de liberdade pessoal, inclusive para a escolha de direções para a vida, mas que necessária e condicionalmente se vincula à concepção do homem como *ser-em-sociedade*. Ora bem, desde Aristóteles se tem a noção de que a perfectibilidade do homem só é possível através de sua vivência em meio social; e este será o elemento condicional, que só por si torna a questão problemática. Tentemos melhor explicar a situação.

As experiências de governos autoritários, ainda presentes em alguns Estados onde, pela violência e coação, se optou pelo fundamentalismo teológico (e teocrático), ou que representam as sobras do stalinismo, ou que concretizam o ressurgimento pela via do populismo de um modelo de socialismo de todo em todo anacrônico, são, como facilmente se percebe, posições muito claras de domínio e de subjugação, que em nada se relacionam com a ideia de autorrealização, de liberdade pessoal e de progresso (não apenas material, mas espiritual e humano). A

³ Acerca da intrigante questão de predominância de uma ordem de conhecimento sobre a outra, ou sobre a possibilidade de autonomização das referidas categorias, cf. SARTORI, 1997, *maxime* p. 75-87.

extrema apatia de povos subjugados por um modelo de governo que não permite a manifestação das liberdades religiosa, de expressão e política, coincide, como bem se sabe, com baixos índices de qualidade de vida, com a falta de progresso material e de perspectivas para o futuro. Por outras palavras e à guisa de primeira aproximação, segundo entendemos, a perfectibilidade humana estará diretamente relacionada com as concretizações de liberdade ou, ao menos, com sua otimização, só possíveis, no entanto, onde os Estados se constituem sob a égide da democracia. Mas, de pronto – e aí se encontra a aporia instalada no sistema dialético operado entre *práxis* e técnica teorizada –, surgem as hipóteses restritivas do conceito de liberdade. A primeira e fundamental equaciona-se com o aspecto determinista que enforma o ser humano: o homem está condenado a viver em sociedade e por isso deve ser entendido como um *ser-em-sociedade*. Desta forma, a ideia de liberdade terá contornos determináveis pela circunstância do homem – de estar inserido na sociedade e ter de nela amoldar-se e moldá-la –, e jamais poderá ser absolutizada sob pena de dar-se sua negação⁴. A segunda encontra-se no fato decorrente do aperfeiçoamento do Estado⁵, que, conforme terá dito Pontes de Miranda, criou técnicas de liberdade, sendo a principal delas aquilo que denominamos de liberdade legal. A ideia de liberdade estará presuntivamente encerrada nas regras do direito e, portanto, seu âmbito estender-se-á sobre tudo aquilo permitido ou, simplesmente, não proibido por lei. Assim, o Estado – de modelo democrático, frisemos –, que assume o monopólio da preservação da *pax social*, cria e fiscaliza as regras dos jogos sociais, tendo ele próprio autolimitar-se em nome dos valores anteriormente referidos, especialmente os da autorrealização do homem e aperfeiçoamento. Justamente por isso o Estado constitui-se como suposto de organizador e garantidor de direitos de liberdade: seu documento político-jurídico

⁴ A manifestação talvez mais veemente de liberdade humana inscreve-se no domínio que o homem tem sobre sua vida, dizendo até onde deve ela prosseguir. E as propensões tanáticas coroariam um tal postulado o que, contudo, é vedado.

⁵ Segundo entendemos, não se pode pensar na ideia de Estado como sistema orgânico, com funções determinadas, agregando elementos materiais e ideológicos (culturais) de um povo, antes do pensamento de Maquiavel (a quem se atribui o emprego do vocábulo *Stato*, para designar as Repúblicas e Principados) e da experiência política ocorrida em algumas repúblicas da Itália renascentista, dentre as quais Florença, terra daquele pensador político. Antes, durante o medievo, havia a descentralização e a própria concorrência entre poderes políticos, a falta de uma concepção de unidade e de projeto, para além da indeterminação espacial para o exercício das atividades de governo.

fundamental estabelece áreas de competências para o desenvolvimento da vida social(-política), que incluem o respeito pelos direitos de liberdade tanto nas relações horizontais – entre os cidadãos – quanto nas verticais – entre o Estado e os cidadãos.

Os estudiosos, no entanto, têm apontado uma série de fatores que repercutem diretamente na organização política e jurídica dos Estados contemporâneos⁶, colocando em causa a possibilidade de novas ondas de constitucionalismo e, até mesmo, os valores hauridos da Constituição. Desde a queda do muro de Berlim e do fim da guerra fria, com o esfacelamento do *establishment* soviético, opera-se o encurtamento das distâncias (ideológicas e materiais) no globo. A própria evolução tecnológica contribui para que hoje as cercas divisórias dos lindes sejam colocadas abaixo, tornando possível aquele cosmopolitismo de que Kant, embalado pelo romantismo setecentista, falava em A paz perpétua. As comunicações deram maior visibilidade aos fenômenos humanos (e sociais), transmitindo as mais variadas informações em tempo real, de modo que hoje o novo horizonte de direitos esteja diretamente relacionado com isso, chegando a obnubilar outras categorias de direitos fundamentais. O neoliberalismo diminuiu o papel do Estado, que pouco intervém na economia, que vem passando por outros mecanismos regulatórios. O antigo modelo de produção tipo fordista foi substituído por um mais dinâmico, capaz de estabelecer-se em qualquer parte onde se mostre eficiente e barata a mão de obra. Com isso, certos localismos passaram a subjugar outros, como se houvesse uma espécie de darwinismo cultural, dando-se a isso o nome de globalização. Que não é apenas econômica, mas cultural, jurídica e política. A própria Europa, que tradicionalmente contesta determinada vertente desse fenômeno, concretiza uma experiência exitosa em termos organizacionais de sua União (política-econômica-jurídica). Em contrapartida, as planificações de cunho transnacional vão impondo um desgaste nos velhos e consolidados conceitos constitucionais e atualmente talvez já não haja cabimento para a ideia de soberania como expressão do poder político não contrastável e absoluto: há várias

⁶ Embora alguns autores, como Sousa Santos, falem da pós-modernidade (cf. SANTOS, 2006, *passim*), entendemos preferível a cautela de Ferreira de Melo, para quem passamos pelo momento de crise de paradigmas da modernidade, justificando a transição dos tempos (cf. MELO, 2009, p. 81-94).

determinantes que fazem não só revisar seu conceito, como o da própria Constituição de onde, em termos programáticos, a soberania se justificava a partir daqueles referenciais muitas vezes repetidos por cientistas políticos e constitucionalistas. Aliás, a própria ideia de Constituição dirigente atravessa o declínio conceitual. Pois bem, diante desse quadro de reformulação dos paradigmas (econômicos, políticos e jurídicos – e jurídico-constitucionais), em o qual os programas constitucionais deixam de ter relevância para a promoção da liberdade positiva – a que substancialmente se revela na função prestacional do Estado –, até há bem pouco tida como essencial e complementária da liberdade negativa – a que se fundamenta na abstenção do Estado diante das manifestações de liberdade humana –, terá cabimento a sustentação de uma teoria constitucional de estabelecimento e garantia de direitos fundamentais de primeira onda, os direitos de liberdade?

O artigo pretende dar uma resposta à questão problemática, percorrendo duas formulações metódicas. Em primeiro lugar, situando-a no pensamento filosófico antropológico, onde tentaremos descortinar a ideia de liberdade humana, mesmo que de forma reduzida em razão de estarmos a tratar do tema no espaço de um artigo. Em segundo lugar, de acordo com uma perspectivação orteguiana da história como sistema, verificaremos como os direitos de liberdades tomaram substantivação ao longo da experiência jurídica ocidental. Como já se deu a entender, delimitaremos a linha discursiva atendendo a duas balizas: nossa ancestralidade cultural judaico-cristã e o modelo democrático de Estado de direito. A pesquisa bibliográfica servirá para dar arrimo, através do método dedutivo, à formulação de nossa posição quanto à sustentação de uma teoria constitucional de positivação dos direitos e garantias das liberdades. As categorias que constituem diretrizes para o desenvolvimento do texto, encontram-se já destacadas na parte preambular do trabalho e são, à medida que delas nos ocupamos, conceituadas no corpo do texto.

I LIBERDADE COMO FUNDAMENTO DA HOMINIDADE

O romantismo de onde brotou Jean-Jacques Rousseau via numa ancestralidade, há muito perdida na lembrança de todos, a existência do *status*

naturalis, em que os homens, desvestidos da maldade, conviviam pacificamente, em liberdade pura – ou absoluta –, que lhes permitia estarem integrados ao meio. Ao tratarem desta característica humana, o pensador político genebrino, assim como os outros que imaginaram a formação do Estado por contrato, Hobbes (este, como sabido, com um entendimento pessimista acerca do homem) e Locke, e, ainda, o moralista Kant, pretendiam deslindar a própria natureza dos homens que, no entanto, era confrontada com a evolução das sociedades ou com certas propensões adquiridas, como a da cobiça: então, essa natureza que dá os contornos da hominidade deveria ser domada pelo uso da razão, visando a um fim prático de convivência. Vistas assim as coisas, a primeira nota que se deve escrever com relação à ideia da liberdade arranca da questão da natureza humana. Existirá, *de facto*, uma natureza humana, em a qual encontraremos certos aspectos comuns a todos, dentre os quais a liberdade que, por isso, deve ser entendida como elemento inerente ou fundante da hominidade?

Vem a propósito desse debate inesgotável, a lembrança de um capítulo escrito por Ferreira da Cunha, em o qual, tendo como alegoria uma crônica de Vinicius de Moraes, pondera sobre a existência da natureza humana, e, referindo-se à página de nosso poeta, interroga-se se os homens estão presos a determinadas circunstâncias, assim como Vinicius é levado a descrever a cena vivida numa praça de Florença (como se estivesse fadado a isso). Ao descrever a questão, o jurisfilósofo português lança uma síntese inquietante: “Talvez não haja mesmo uma natureza humana (mas o que significa isso de não a haver?), mas então não há, deveras, sequer Homem.” (CUNHA, 2001, p. 82). Pois bem, advogar a existência da natureza humana é aceitar o determinismo de ideias, que condicionam os caminhos por onde o homem vai espalhando suas angústias enquanto vive; e, então, os obstáculos encontrados e as escolhas tomadas constituem a tragédia de sua existência, que foi toda descoberta por um Shakespeare, quem escrutinou o espírito do homem dizendo verdades impagáveis (e imorredouras), as mesmas sobre as quais se estruturou uma *philosophia perennis*; é, também, entender que o homem está predestinado a cumprir uma missão já inscrita na natureza e que ele a depreende pelo uso da razão; e, ainda, que existem imperativos categóricos universais, a indicarem como o homem deve pautar sua vida. Desta lógica emerge a aporia filosófica: se há limites naturais para o homem, que lhe determinam o *como-*

viverá, então a ideia da liberdade ficará bastante reduzida, justificando-se apenas na ausência de coação contra quem se acha a exercê-la; será uma liberdade no singular, que não se compaginará, portanto, com a possibilidade das escolhas arbitrárias sobre os modos de vida, ou em dar-se vazão à criatividade (estética, v.g., e, então a ideia de arte, já tão humilhada pelas expressões contemporâneas – *de facto*, pobres de substrato estético e efêmeras – será apenas uma utopia), preferindo o homem dogmatizar (através das asserções religiosas, morais etc.) sua existência (social) em torno de um conjunto de verdades *ne varietur*. Ou, segundo pensa Nietzsche, quando adquiriu a *má consciência* – “a profunda doença que o homem teve de contrair sob a pressão da mais radical das mudanças que viveu – a mudança que sobreveio quando ele se viu definitivamente encerrado no âmbito da sociedade e da paz” (NIETZSCHE, 1998, p. 72) –, o homem domou a liberdade desbragada, transformou o não egoísmo em valor moral, feriu-se gravemente como se fosse um escultor de cinzel à mão dando a si próprio uma nova forma, esta que deverá ser consentânea com as verdades indesmentíveis, criadas, contudo, sob o signo de divindades míticas, cuja autoridade não permite que se duvide.

As ponderações de Ferreira da Cunha acabam, no entanto, numa perturbadora reticência: afinal, se duvidarmos da natureza humana, como justificaremos os aspectos somáticos, a inteligência, a capacidade para adaptação, o raciocínio, que compõem os caracteres dignificantes da espécie humana? Então, teremos de admitir que o homem possui uma constituição própria, que o torna diferente dos demais seres vivos, e que pode – por que não? – ser denominada de *natureza humana*. Mas, diferentemente, não possui o aparato instintivo: nasce desprovido de uma natural orientação para enfrentar o meio, contando, tão somente, com sua aptidão racional para dar orientação à sua vida. O homem, por outras palavras, encontra um mundo a desbravar – sempre a desbravar – e sua missão é justamente ter de enfrentá-lo, pavimentando seus caminhos ou escolhendo aqueles já sedimentados, mas, em todo caso, tendo de fazer escolhas, que é isto o que lhe resta e dá substância à sua natural missão, que é ter de viver. Parafraseando Ortega y Gasset, diríamos que a vida do homem se conjuga no gerúndio e, por isso, ela é um constante *faciendum*. São significativas, a este respeito, as observações de Baptista Machado (1996, p. 7):

[...] o organismo humano carece de meios biológicos necessários para proporcionar estabilidade à sua conduta. Por isso mesmo, não tem um “mundo próprio”, como os outros animais, isto é, não se acha enclausurado num “envolvimento” natural biologicamente fundado. Neste aspecto, aparece-nos como um ser deficiente, caracterizado por uma incompletude essencial. Mas, por isso mesmo que se não acha enclausurado num “mundo próprio”, diz-se “aberto para o mundo”.

Esta abertura para o mundo e a incompletude conotam diretamente com o estado de insegurança que é a própria existência, obrigando ao homem estabelecer as bases a partir das quais procurará aperfeiçoar-se, progredir e autorrealizar-se. Cria seu ambiente – a sociedade –, em o qual se acha indissolúvelmente ligado; desenvolve estratégias para nela manter-se em relativa harmonia e dá-se conta, por fim, ao longo da experiência haurida em meio às relações sociais(-políticas) dos contornos (e, numa outra fase, da própria substância) dos seus direitos que são, numa palavra, a representação, em termos racionais e compreensíveis como se se tratassem de regras do jogo, das liberdades. Por outras palavras, tudo aquilo laborado pela inteligência humana para a consecução de sua missão de viver, que se cristaliza em determinada cultura como instituições ou direitos, é a própria expressão da liberdade.

Mesmo que se diga que ao criar seu ambiente o homem fica em *relativa clausura* (Baptista Machado), há de ter-se em consideração o fato de que pode ele ainda deliberar sobre aspectos de sua vida individual (inclusive aqueles que implicam no autoaniquilamento); tentar mudar a configuração da sociedade para que ela preserve bens caros à humanidade (vê-se isso quando se trata da preservação do meio ambiente); e exigir que se lhe respeitem determinadas esferas de autopromoção. Não é por outro motivo que Tomás de Aquino, ao enfrentar uma *quaestio disputata*, escreve: “deve-se dizer que o homem não está ordenado para a sociedade política com todo seu ser e com todas suas coisas.” (TOMÁS DE AQUINO, 2003, p. 298). Ou seja, a sociedade política (o Estado) criada pelo homem, não deve penetrar todo seu ser, instrumentalizando-o para os fins que coloquem em causa sua dignidade. Quanto aos direitos do homem, não se pode dizê-los propositadamente concebidos como pura expressão de domínio, com a finalidade de coarctar a liberdade, mas como resultante do meio sociocultural. De outra forma, podemos entender que os direitos são o reflexo de tudo o que o homem como *ser-em-sociedade* criou para si, através do livre uso da razão. Numa síntese, diremos

que, por mais relativizada que seja a ideia de liberdade, ela torna-se a expressão da hominidade.

I.1 LIBERDADE DOS ANTIGOS

Se nos for lícito afirmar que a liberdade do homem, como uso da razão e expressão da potência⁷, se molda segundo a experiência histórica das sociedades, também estaremos autorizados a afirmar que esta ideia, que se constrói, como é suposto, pelo acúmulo de experiências, não atenderá a uma progressão linear. É ela desvendada de forma errática pelas várias culturas, que ao se entrecruzarem em certos momentos históricos possibilitarão uma nova dialética tendente ao melhoramento das técnicas de sua aplicabilidade nas relações entre os homens. Não será exatamente por isso que o ocidente é tido como tributário das influências judaico-cristãs (havendo mesmo quem refira a existência de uma cultura ocidental de raiz judaico-cristã)? Ou, que os expedientes jurídicos criados para o asseguramento da liberdade física entre os períodos do baixo medievo e a modernidade, embora ocorrentes em diversas partes da Europa continental e na Inglaterra, acabaram sendo obscurecidos pelo *habeas corpus*, que também veio a difundir-se entre nós, aqui ganhando novos contornos? Pois bem, ao afirmarmos esta espécie de descontinuidade na definição das liberdades, queremos advertir que poderemos, no espaço de um artigo, apenas verificar uma ideia geral sobre o pensamento e a prática da liberdade. Ainda assim, verificando tão somente aqueles marcos culturais da civilização ocidental. Começemos, pois.

a) Embora diversos povos da antiguidade tenham criado sistemas jurídicos (tingidos, é verdade, com tons de moral religiosa e de misticismo, e este é o aspecto marcante da primeira história das civilizações), como foi o caso dos egípcios e dos babilônios, foram os judeus que conseguiram não só sistematizar as regras presentes na tradição oral (*Mishné Torah*) e escrita (*Torah* – o Pentateuco) de seus preceitos éticos através de estudos de comentadores e da jurisprudência, cristalizando-as tanto no *Talmud* do período babilônico (a partir do séc. IV a.C)

⁷ No sentido aristotélico, significando a capacidade de provocar mudança.

quanto no *Talmud* jerusalemita (*Talmud ierushalmi*)⁸, que se gestou a partir do séc. I, como, ainda, forjaram as bases de um *jusumanismo* que transcendeu seu tempo e sua cultura, entroncando-se, através do cristianismo, nas civilizações ocidentais.

É lógico que os preceitos éticos presentes nas antigas escrituras e no que se vai sedimentando como direitos do homem, têm na divindade a representação do ser que os dirige e em relação ao qual se atribuem os julgamentos supremos; aliás, esses preceitos aos quais os judeus estão obrigados a observar justificam-se mais pela dignificação da divindade do que na da própria hominidade, porque tudo decorrerá de Deus, inclusive quando se pensa sobre a disponibilidade do corpo e da vida; ou seja, o homem (da cultura judaica) dignifica-se pelo respeito a Deus. Assim, os preceitos referidos aos cuidados com a higiene, com o corpo e com a saúde, *v.g.*, explicam-se não por uma filosofia antropocêntrica, mas pelo fato de o homem ter sido criado à imagem de Deus (BELKIN, 2003, p. 20). Ao tratar das leis sobre o comportamento, e enfocando semelhante aspecto, Maimônides (1992, p. 162) refere:

Aquele que regula a sua vida segundo as leis da medicina com o único objetivo de manter um físico forte e vigoroso e gerar filhos que façam o seu trabalho em seu benefício, e se esforçam na vida para o seu bem, não está seguindo o caminho certo. Um homem deve ter como objetivo manter a saúde e o vigor físicos, a fim de que sua alma esteja disponível, livre e sã, em condições de conhecer o Eterno.

Há nisso um forte aspecto determinista, que pode melhor ser compreendido na passagem em que Belkin (2003, p. 21) trata do propósito de cumprimento das *mitsvot* (preceitos):

Quando um judeu cumpre os mandamentos positivos e negativos da Tora, ele está, de certo modo, fazendo o seguinte pronunciamento: “Eu não sou o senhor completo do mundo nem de mim mesmo; eu não possuo autoridade ilimitada sobre as coisas da Criação e, portanto, tudo o que eu fizer ou deixar de fazer com as coisas da Criação depende da vontade do dono da Criação – o próprio Deus.”

⁸ Sobre o direito talmúdico, cf. FALK, 1988.

Mas se é assim, então a civilização judaica abriu mão de todas as liberdades em nome das representações que faz da divindade, como se estivesse abdicando até mesmo de seu étimo de humanidade? Estará Nietzsche (2002, p. 39) com razão ao afirmar que “Os judeus, são [...] o povo *mais funesto* da História Universal: no seu efeito ulterior, de tal modo falsearam a Humanidade que ainda hoje o cristão se pode sentir anti-judeu, sem a si mesmo se compreender como a *última consequência do judaísmo*.”? Terá cabimento a lancinante afirmação de que “A história de Israel é inestimável como história típica de toda *desnaturalização* dos valores da natureza [...]” (NIETZSCHE, 2002, p. 40), como se a estrutura moral e os dogmas religiosos daquele povo fosse, *de facto*, um proceder *contra natura* e contra a própria ideia de hominidade? As respostas não nos parece devam ser arrancadas de premissas tão reduzidas. Por vários motivos. Primeiro, porque o conjunto ético judaico, ao arrimar-se nas representações da Perfeição divina, reconhece o que a ontologia e a filosofia moral tratam em outros níveis, ou seja, deixa dito que o homem é um ser aberto e tendente ao melhoramento pessoal e social. Justamente por isso, reconhecendo a falibilidade do homem, o judaísmo cria uma forma de governo teocrático-democrático⁹, em que o rei não podia estar acima das leis, vindo a elas se submeter como qualquer outro. Belkin (2003, p. 72-73) refere, a este propósito, que “Ele [o rei] não estava isento de observar a lei, mas devia submeter-se a ela como qualquer outro homem e estava sujeito ao mesmo padrão de punição aplicado a todos os homens.”. Em segundo lugar, porque a legislação judaica formulou os conceitos de fraternidade e de respeito pelo outro, de forma que não só a caridade¹⁰, como forma de dar conforto material e espiritual ao outro, mas a tolerância são já princípios filosóficos que permitem o progresso pessoal dos indivíduos e a busca da autorrealização – tudo, entendemos, convergindo para a ideia de liberdade. Em terceiro lugar, o respeito pelos direitos do homem irá manifestar-se tanto no sistema judicial (estruturado em colegiados que decidiam por maioria, exigindo a imparcialidade dos juízes, que, em razão disso, estavam proibidos de receber presentes, de decidir em favor de um homem pobre por piedade, de distorcer um

⁹ O termo teocracia deve-se ao historiador judeu Falvius Josefus, quem narrou a conquista de Israel por Roma e a diáspora do povo judeu no ano 70.

¹⁰ O vocábulo *tzedaká*, em hebraico significa justiça, mas é empregue, também, no sentido de caridade, o que lhe confere um amplo valor semântico, que concorda com a própria filosofia da religião judaica.

juízo contra alguém de má reputação, de ouvir uma das partes na ausência da outra (MAIMÔNIDES, 1990, p. 313-315), quanto na punição, cuja execução não podia exceder o decreto judicial, nem expor o condenado ao vilipêndio (o corpo do executado não deveria permanecer insepulto, não execução de alguém sob suspeita, proibição de excesso na execução da pena (MAIMÔNIDES, 1990, p. 102.)). A justificativa da prudência judicial está no fato de esse sistema ético entender que o homem é falível e que deve respeitar ao outro nível de conhecimento, que é o da própria perfeição em Deus. Mas, pela via do misticismo e da moral religiosa, os judeus da antiguidade estabeleceram uma série de direitos do homem, diretamente relacionados com a liberdade. Por isso, e finalmente, podemos dizer que o *lóghos* da estruturação dessa civilização se encontra fulcrado nos costumes e crenças que naturalmente se incorporaram na carga cultural do povo judeu, que antes de representar uma espécie de autoimolação, como poderia ter dito o filósofo atormentado que deblaterava contra toda espécie de redução dogmática, era a própria e consciente expressão de seu modo de pensar; era – e continua a ser – a manifestação da psicologia daquele povo, não podendo, já por isso, haver maior prova de sua liberdade.

b) Ao pensar-se na civilização grega, logo vem à mente a forma política criada em Atenas, que se tornou o panteão desejado pelos Estados da modernidade, mas, muita vez, erroneamente proclamado como o que inspirou um regime de liberdades políticas modernas. As ideias de democracia e de liberdade gregas devem ser vistas com alguma reserva, por mais de um motivo. Tentemos, no entanto, para melhor situarmos a questão, uma aproximação ao campo ideativo e prático dessas liberdades.

Ficaram célebres as palavras que Péricles proferiu no seu discurso em homenagem aos mortos durante a guerra do Peloponeso, registrado por Tucídides, quando o governante de Atenas, pretendendo levantar o moral de seus soldados, ressalta as qualidades de sua forma de governo ao mesmo tempo em que detratava o modelo espartano:

Vivemos sob uma forma de governo que não se baseia nas instituições de nossos vizinhos; ao contrário, servimos de modelo a alguns ao invés de imitar os outros. Seu nome, como tudo depende não de poucos mas da maioria, é democracia. Nela, enquanto no tocante às leis todos são iguais para a solução de suas divergências privadas; [...] a pobreza não é razão

para que alguém, sendo capaz de prestar serviços à cidade, seja impedido de fazê-lo pela obscuridade de sua condição.

[...] mantemos nossa cidade aberta a todo o mundo e nunca, por atos discriminatórios, impedimos alguém de conhecer e ver qualquer coisa que, não estando oculta, possa ser vista por um inimigo e ser-lhe útil.

[...] Ver-se-á em uma mesma pessoa ao mesmo tempo o interesse em atividades privadas e públicas, e em outros entre nós que dão atenção principalmente aos negócios não se verá falta de discernimento de assuntos políticos; [...] nós, cidadãos atenienses, decidimos as questões públicas por nós mesmos, ou pelo menos nos esforçamos por compreendê-las, na crença de que não é o debate que é empecilho à ação, e sim o fato de não se estar esclarecido pelo debate antes de chegar a hora da ação. (TUCÍDIDES, 2001, p. 109-111)

Pois bem, já de antemão percebemos que não se pode julgar a Grécia antiga pelo que normalmente se fala sobre Atenas, pois é indiscutível o fato de que ela se compunha de várias realidades sociais, políticas e culturais, sendo os jônios, espartanos e atenienses, dentre os mais conhecidos, apenas algumas das etnias que habitaram aquele mundo. Não será desarrazoado pensarmos, portanto, em civilizações do mundo helênico, ao invés de as tratarmos no singular. Mas a cultura ateniense acabou se tornando a mais conhecida em razão daquilo que, do ponto de vista literário (relatos históricos, as tragédias, diálogos filosóficos), produziu, chegando até nós como relato vívido do que ocorrera naquelas terras do Mediterrâneo. E um dos aspectos destacados é justamente a forma de governo democrática de que fala Péricles, mas que, como se verá, não potenciava as liberdades mais do que em outras culturas.

Atenas conheceu, com efeito, o regime de governo tirânico e somente no início do século V a.C. passa por uma revolução social e política que criará, possivelmente através do gênio de Clístenes, um dos principais mecanismos tendentes à democracia: o ostracismo, que deveria impedir o retrocesso político. Mossé (1997, p. 23) explica que “[...] a lei previa uma pena de exílio temporário fixada em dez anos, aplicável a quem parecesse suscetível de instaurar uma tirania em proveito próprio”, guardando alguma familiaridade com os atuais instrumentos democráticos que suspendem os direitos políticos de alguém. A autora adverte que “[...] o ostracismo viria a constituir uma temível arma nas mãos do povo, e os inúmeros *ostraka*, que chegaram até nós, demonstram que nenhum político ateniense escapou à desconfiança popular.” (MOSSÉ, 1997, p. 23). Mas como essa liberdade política se dava e quem, efetivamente, dela podia dispor?

A participação popular exaltada por Mossé deve ser entendida com cautela, uma vez que a sociedade grega (na acepção ampla) era estamental, estabelecendo classes de indivíduos, nem todos detentores de direitos de liberdade. O pensamento de Platão ([s.d.], p. 186-187 (livro V)), a este respeito, propunha a formação de uma elite, tornando “[...] as relações muito frequentes entre os homens e as mulheres de escol e, pelo contrário, muito raras entre os indivíduos inferiores de um e de outro sexo; além disso, é preciso educar os filhos dos primeiros e não os dos segundos, se quisermos que o rebanho atinja a mais elevada perfeição.” (PLATÃO, [s.d.], p. 258 (livro V)). E no campo político, apenas os homens livres ou libertos podiam manifestar-se na *ágora*, mas não será estranho ao pensamento do discípulo de Sócrates que somente os melhores podiam governar a *polis*, referindo: “[...] com efeito, neste Estado [idealizado pelo filósofo] só mandarão os que são verdadeiramente ricos, não de ouro, mas dessa riqueza de que o homem tem necessidade para ser feliz: uma vida virtuosa e sábia”, imaginando, portanto, uma *sofiocracia*¹¹, um governo de sábios. Por fim, não se pode esquecer que os gregos adotavam o regime escravocrata e não tinham o apreço pela vida humana que as sociedades modernas conhecerão pela influência dos valores morais judaico-cristão, sendo que, conforme observa Amaral, nem mesmo o aristotelismo “[...] foi capaz de descobrir o valor absoluto da pessoa humana: por isso, não se insurge contra a escravatura, ou contra a “exposição” dos recém-nascidos.” (AMARAL, 1998, p. 130)

c) Há uma larga distância entre gregos e romanos no que concerne à concepção de mundo, a cosmovisão. Se os gregos almejavam a vida contemplativa e voltada para a aquisição da sabedoria, que constituiria a virtude máxima, os romanos mostrar-se-ão pragmáticos e é Cícero quem refere no início do livro primeiro de Da república que “[...] não é bastante ter uma arte qualquer sem praticá-la. Uma arte qualquer, pelo menos, mesmo quando não se pratique, pode ser considerada como ciência; mas a virtude afirma-se por completo na prática, e seu melhor uso consiste em governar a República e converter em obras as palavras que se ouvem nas escolas.”¹² E não será por outro motivo que os romanos destacar-se-

¹¹ A expressão não é nossa, mas de Amaral (1998, p. 102), que refere: “Assim, Platão dá como assente, no início da evolução, a existência de sua Cidade ideal, a *sofiocracia*”.

¹² CÍCERO, [s.d.], p. 19-20. Não podemos esquecer, contudo, que os romanos admiravam a filosofia grega e nela instruíam-se. É novamente Cícero quem nos revela isto numa das cartas ao filho, em

ão naquilo que os demais povos antigos ficaram para trás, na sistematização de um *corpus iuris* e na prática forense que, conforme Hauriou, terá sido eficiente inclusive na proteção de certas liberdades. (HAURIUO, 1968, p. 38-40)

É claro que os romanos também estabeleceram sua sociedade de forma estratificada, havendo várias esferas sociais, incluindo aquelas em que seus membros eram coisificados, *tout court*. É Miranda (2005, p. 28) quem nos dá uma boa noção disso:

Em Roma, quem se encontra fora do círculo do Estado é *hostis*; o que se encontra no raio menor do império, mas fora da *res publica*, é *hostis submetido* – *servus*, *dediticius*, súbdito ou cliente; o que se encontra no raio menor, mais próximo da *res publica*, embora, ainda assim, fora dela é o aliado – *socius*, *amicus*; o que se acha na sociedade de *res publica*, mas fora do governo, é o *civis*, o qual toma parte na assembleia do *populus*; o que se encontra no interior da esfera do governo, visto que tem a pretensão de governar, é o *nobilis* da aristocracia; e este, na medida em que tem o poder executivo, é o *magistratus* e, na medida em que tem o direito de o controlar, é o *pater*, membro do senado.¹³

O *servus* nada mais era que *res* e, enquanto não libertado, não gozava de direitos. No entanto, aqueles que os possuíssem podiam reclamá-los em juízo, havendo, inclusive, a garantia do direito de liberdade física, o interdito *de hominelibero exhibendo*¹⁴, que, como o *habeas corpus*, dirigia-se contra quem irregularmente detinha, enclausurava ou de qualquer forma impedia a fruição da liberdade de movimentos de alguém e podia ser impetrado por mulher ou por menor *impuber pubertate proximi* (emancipado por outorga do pai ou em razão de sua morte) em favor de parente. Mas as expressões de direitos de liberdades são, entre

que escreve: “Ainda que tu, Marco, meu filho, te encontres em Atenas a estudar há já um ano sob a direcção de Cratipo, importa, no entanto, que sejas instruído com grande empenho nos preceitos e doutrinas da filosofia devido ao elevado prestígio não só do mestre mas também da cidade, podendo aquele enriquecer-te com o seu saber enquanto esta, com seus exemplos”. CÍCERO, 2000, p. 15 (livro I).

¹³ Cretella Júnior, ao tratar do *status libertatis*, refere, no entanto, que “No mundo romano, em relação à liberdade movimentam-se pessoas que, conforme a circunstância, recebem os nomes de *livres*, *semilivres*, *escravos*, *ingênuos*, *libertos*, *libertinos*, “in mancipio”, *colonos*”, o que nos dá a noção de que a categoria em que se enquadram as pessoas determinará a modalidade de sua liberdade. Cf. Cretella Júnior, 1990, p. 90. V., também, Chamoun, 1957, p. 53 e s.

¹⁴ Sobre a matéria, conferir nosso *Habeas corpus: críticas e perspectivas* (um contributo para o entendimento da liberdade e de sua garantia à luz do direito constitucional). 3. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2009, p. 144-146.

os romanos, um amplo leque, incluindo a liberdade política, “[...] isto é, a participação de cidadãos no governo da Cidade” (HAURIOU, [s.d.], p. 38) e as liberdades civis que, mesmo com o fim da república, continuam presentes entre os cidadãos.

O constitucionalista francês, ao mencionar o direito de contratar livremente o casamento – *justes noces* –, a liberdade testamentária, a liberdade do comércio e da indústria e a propriedade privada, assinala que o direito romano cunhou não só um aspecto embrionário de liberdade individual, como aperfeiçoou o sistema jurídico no sentido de que as liberdades devessem ser respeitadas pelo poder (HAURIOU, [s.d.], p. 39). E, por isso, conclui;

Pode dizer-se, finalmente, se se quiserem sintetizar os aportes sobre Roma, que o gênio romano racionalizou o diálogo entre Poder e Liberdade, precisando-lhe os termos e, sobretudo, trazendo o essencial do problema para o plano jurídico, quer dizer, fazendo intervir, nas aproximações entre Poder e Liberdade, as idéias conjugadas de justiça, de bem social e de valor dos procedimentos. (HAURIOU, [s.d.], p. 40)¹⁵

A história da liberdade dá um grande salto com a civilização romana, portanto, em termos qualitativos. Se, por um lado, os romanos, da mesma forma como se verifica no exame comparativo de outras civilizações da antiguidade, estruturaram uma sociedade em estamentos, por outro lado, começaram a definir o âmbito das liberdades legais, não só criando mecanismos jurídicos para sua garantia, como, também, determinando as relações entre cidadãos e os níveis de poder através da intervenção judicial.

I.2 LIBERDADE E SUAS VICISSITUDES AO LONGO DO MEDIEVO

Como antes dito – e o simples percurso da história o confirma –, o desenvolvimento do que ordinariamente se chama de cultura ocidental e da própria consciência dos âmbitos de liberdade consolidados em direitos (que podem ser constitucionais, mas são antes direitos humanos), não obedece a um programa, nem se pode dizer ter-se operado de forma retilínea. As muitas vicissitudes da antiguidade impediram que a civilização romana se tornasse o eixo central do

¹⁵ Fizemos aqui uma tradução livre do texto.

ocidente moderno: houve rupturas que determinaram uma nova (e talvez fundamental) escala histórica, a intermédia, em a qual o processo de civilização deixa de refletir sobre o homem, criando uma experiência cultural teocêntrica, enquanto que as expressões de poder político são plurais, dificultando a concepção de ideia de Estado nacional (a bem da verdade, então absolutamente inexistente) e, por isso, do próprio relacionamento entre *auctoritas* e povo. Para uns, como S. Agostinho, Roma não poderia ser o esteio para novos tempos justamente por ter-se tornado autodestrutiva, na medida em que não só proliferou as guerras de sedição, como, também, seus costumes levaram à corrupção dos espíritos¹⁶; para história – a que se conta desde o ocaso de Roma –, as invasões bárbaras e o choque cultural causado pelo cristianismo foram decisivos para a fragmentação daquela civilização.

O cristianismo primitivo, aquele que buscou sua afirmação inclusive pelas guerras, como as que vivenciou Agostinho de Hipona, quem, nascido cidadão romano, tornou-se *lui-même* divulgador panfletário da nova religião, *de facto*, contribuiu para minar as bases da civilização dos césares. E não só. Conseguiu, ao longo dos séculos, reverter a cosmovisão do homem ocidental que surgia a partir do mundo heleno-latino, passando de antropocêntrica para teocêntrica. Ao criticar Cícero, a quem jocosamente denominava de *philosophaster* (um filósofo amador), Agostinho, deixando entredita esta nova experiência cultural, refere: “Desta maneira, [Cícero] não só nega a presciência de Deus, mas também procura destruir toda a

¹⁶ Em passagem eloqüente de *A cidade de Deus*, o bispo de Hipona refere contra os historiadores romanos: “Se, portanto, estes historiadores pensaram que o que caracteriza uma honesta liberdade é não esconder as mazelas de sua própria pátria (que de resto noutras ocasiões não deixaram de exaltar com altos encómios), quando não tinham outra melhor razão para imortalizar os seus cidadãos – que nos convém a nós fazer (a nós de quem quanto maior e mais certa é a esperança em Deus, tanto maior deve ser a liberdade), quando eles imputam ao nosso Cristo os males presentes para alienarem os espíritos mais débeis e menos esclarecidos desta cidade [a cidade de Deus], única na qual devemos viver para sempre em felicidade? Nós não dizemos contra os seus deuses coisas mais horríveis do que os seus autores cuja obra eles lêem e elogiam. Deles é que colhemos os factos que relatamos – apenas não somos capazes de os relatar nem tão bem nem tão completamente.” E, após várias indagações que põem em causa as crenças e os próprios deuses romanos, Agostinho prossegue: “ – Onde estavam [os deuses] quando em Roma, após demoradas e graves sedições, a plebe, abrindo as hostilidades, acabou por se retirar para o Janículo, tendo sido tão funesta esta calamidade que se resolveu (o que só em perigo extremo se fazia) nomear Hortênsio ditador? [...] De resto as guerras multiplicavam-se então por toda parte a tal ponto que, por falta de soldados, se recrutavam proletários (assim chamados porque tinham por missão única gerar prole para o Estado, uma vez que, devido à sua pobreza, não podia fazer parte do exército).” (AGOSTINHO, 1996, p. 330 e 333) (as interpolações com colchetes são nossas). Título original: *De civitate Dei*.

profecia, mesmo que ela seja mais clara do que a luz, com vãos argumentos e opondo a si mesmo certos oráculos que facilmente se podem refutar – mas nem sequer isto mesmo consegue.” (AGOSTINHO, 1996, p. 485)¹⁷, desta forma revelando, por um lado, que Deus está no centro da vida humana – portanto, também da vida social –, e, por outro lado, estreitos limites do determinismo, uma vez que a promessa de graça divina ou de castigo limitarão as áreas de expansão da liberdade humana¹⁸. É por isso que Agostinho condena com veemência o suicídio, aquele que seria o mais fundamental e individual dos gestos de liberdade, referindo: “Só nos resta concluir que temos de aplicar apenas ao homem as palavras *não matarás* – nem a outro nem a ti próprio matarás pois quem a si próprio se mata, mata um homem.” (AGOSTINHO, 1996, p. 158)¹⁹

O determinismo teológico-filosófico do período medieval, considera – como pensava, aliá, S. Agostinho, quem não nega a legitimidade do rei autocrata, capaz de impor o mais severo dos regimes desde que isso implique na ascensão do homem da cidade terrena (a *Civitas diaboli*) para a cidade divina (a *Civitate Dei*) – que o homem terá como missão a procura da redenção, situação que apenas começa a sofrer alguma mudança com S. Tomás de Aquino. Ao tratar da teologia medieval, Maritain (1965, p. 10) escreve que o homem

[...] carrega a herança do pecado original, nasce despojado dos dons da graça, e, se bem que não sem dúvida substancialmente corrompido, é ferido em sua natureza. Doutro lado, é ferido para um fim sobrenatural: ver a Deus como Deus se vê; é feito para atingir à vida mesma de Deus; é atravessado pelas solicitações da graça atual, e se não opõe a Deus seu poder de recusa, é portador, desde a terra, da vida propriamente divina da graça santificante e de seus dons.

¹⁷ A interpolação com colchetes é nossa.

¹⁸ Ao tratar do pensamento de Agostinho acerca da liberdade, Brown refere: “[...] para Agostinho, a liberdade só podia ser a culminação de cura”. E, mais adiante, explica: “Em Agostinho, portanto, a liberdade não pode ser reduzida a um sentimento de escolha: trata-se de uma liberdade de agir plenamente. Tal liberdade deve envolver a transcendência do sentimento de opção. É que o sentimento de opção é sintoma de desintegração da vontade: a união final do conhecimento e do sentimento envolveria de tal maneira o homem no objeto de sua escolha, que qualquer outra alternativa seria inconcebível.” (BROWN, 2005, p. 465-466).

¹⁹ Ao referir-se sobre o suicida, S. Agostinho (1996, p. 163) escreve: “Antes se reconhece neste caso uma alma débil que não é capaz de suportar a dura servidão do corpo nem a estulta opinião do vulgo.”.

O tomista francês vai mais longe em suas observações quando refere que o pensamento filosófico-teológico da Idade Média era dominado por S. Agostinho e que aquele período era “puramente e simplesmente” católico cristão, estabelecendo-se, pois, como paradigma cultural:

Quando afirmava ao mesmo tempo a plena gratuidade, a soberana liberdade, a eficácia da graça divina, - e a realidade do livre arbítrio humano; quando professava que Deus tem a primeira iniciativa de todo bem, que ele dá o querer e o fazer, que em coroando nossos méritos ele coroa seus próprios dons, que o homem não pode salvar-se sozinho, nem começar sozinho a obra de sua salvação, nem preparar-se para ela sozinho, e que por isso mesmo ele só pode o mal e o erro; - e que entretanto é livre quando age sob a graça divina; e que, interiormente vivificado por ela, é capaz de atos bons e meritórios; e que é o único responsável do mal que pratica; e que sua liberdade lhe confere no mundo um papel e iniciativas de importância inimaginável; e que Deus, que o criou sem ele, não o salva sem ele; assim pois, quando a Idade Média professava essa concepção do mistério da graça e da liberdade, é puramente e simplesmente a concepção cristã e católica ortodoxa que afirmava. (MARITAIN, 1965, p. 11)

O pessimismo agostiniano em relação ao homem – que é essencialmente marcado pelo pecado original –, é, inegavelmente, também verificado como característica do ocidente medieval, sendo sensível nas mais diversas expressões, inclusive artísticas, bastando que se compare a arte pictórica do período com o que se sucede a partir da Renascença, uma espécie de revolução cultural em termos abrangentes. E nesse ambiente, que havia passado por invasões dos bárbaros, pela instabilidade e insegurança, onde vamos observar, no plano político, duas notas de relevo: a primeira, a fragmentariedade do poder político, que vai distribuído entre o rei, a igreja, os barões e os senhorios corporativos. Não há, portanto, um poder central que coordene um projeto de Estado. Aliás, será acertado dizer, apoiados em Heller, que “[...] a denominação “Estado medieval” é mais que duvidosa” (HELLER, 1968, p. 158). Em segundo lugar, conforme lembra Miranda (2005, p. 30), a influência das concepções germânicas em boa parte da Europa continental, faz com que o príncipe esteja no centro da vida política. Não será por outro motivo que a justiça deve representar e zelar pela dignidade do príncipe. Em Portugal, onde não se chegou a experimentar o feudalismo característico do continente, havia a figura do rei itinerante, estabelecendo ele próprio a unidade do povo e distribuindo a justiça, ao mesmo tempo em que constituía o *corpus iuris* do que se pretendia como Estado unitário. Tem, por isso, perfeito cabimento a observação feita por Pérez-

Prendes (1997, p. 89) com relação à forma de governo: “A função institucional dos monarcas medievais centrou-se em constituir a expressão mais elevada da autonomia jurídica da comunidade política, tanto no interior como no exterior dela. Para obter êxito, é-lhe atribuída máxima autoridade no uso da força, nos campos bélico e jurídico.”²⁰ Ora, nesta sua condição, o rei, mais ou menos ao modo como Maquiavel recomendou no seu pequeno-grande livro *O príncipe*, praticava atos de magnânimos, inclusive podendo impedir a execução da pena de morte; intervinha, também, nas situações em que a salvaguarda de um mínimo de paz social era importante para a estabilidade do trono. Em Portugal, as Posturas do rei Afonso II, de 1211, proibiram a vingança particular na casa do inimigo (uma herança do direito germânico) e já no século XII, durante o reinado de D. Afonso Henriques, deu-se *carta de fidelidade e segurança* para colocar-se a salvo todo muçulmano vítima de perseguições.²¹ Também na Península Ibérica, vamos encontrar no reino de Aragão um expediente jurídico capaz de controlar eventuais abusos cometidos durante a prisão de quem estivesse a responder à ação penal, a *manifestación de personas*, através do que se podia, inclusive, obter a medida *casa por cárcere*, uma espécie de prisão domiciliar. Contudo, cabe destacar que estamos tratando do cenário medieval, cuja constituição social era eminentemente estamental e o direito à *manifestación* não se destinava a plebeus nem àqueles que estivessem sujeitos ao Tribunal do Santo Ofício; ou seja, os direitos de liberdade existiam para poucos²².

I.3 O RENASCIMENTO COMO FORÇA MOTRIZ CULTURAL DO RECONHECIMENTO DE NOVOS PAPÉIS PARA O CIDADÃO

Ao fim do século XV a Itália auspicia uma das mais importantes revoluções culturais de que se tem tido notícia, o Renascimento. As bases intelectuais da Idade Média são colocadas em causa pelo humanismo, que lança um olhar para a antiguidade greco-latina, retomando seus princípios estéticos. O homem passa a ser esculpido e retratado sem os pudores antes determinados pela Igreja; com isso, ela

²⁰ Fizemos aqui uma tradução livre do texto.

²¹ Sobre as garantias de liberdade em Portugal da Idade Média, cf. nosso Habeas corpus, 2009, p. 149-154.

²² Sobre as garantias de liberdade em Espanha da Idade Média, cf. nosso Habeas corpus, 2009, p. 146-149.

própria é questionada, inclusive no que tem de influente no poder político – o poder espiritual que até então vinha compartilhando com o poder temporal do monarca o estabelecimento de direção e ordem para as sociedades, é questionado e vai, pouco a pouco, perdendo seu posto. O antropocentrismo cultural toma lugar do teocentrismo.

Verificam-se, também nos campos político e econômico, profundas transformações. Os Estados monárquicos unificados consolidam-se, destacando-se Inglaterra, França, Espanha e Portugal; há já inspiração para a formação dos Estados-nação, cuja *ratio* política não mais se mescla com a moral²³; os avanços tecnológicos da navegação impulsionam a travessia dos mares e a descoberta de novas terras possibilita o surgimento dos grandes impérios; a economia puramente feudal será substituída por um mercado que atravessa as regiões fronteiriças. Isto tudo, somado ao que o humanismo vinha cunhando em termos intelectuais, vai repercutir na formação de novas concepções de liberdade.

É verdade que as coisas não se operaram simplesmente dum momento para outro: a Renascença, antes de ser caracterizada como o puro e instintivo olhar para a estética da antiguidade clássica e pela circunstância das descobertas (tecnológicas e marítimas), é resultado da *intelligentsia* brotada numa sociedade que conhecia alguma organização política e que já reivindicava certas liberdades ainda na baixa Idade Média. A propósito disso, Skinner refere que na metade do século XII, na região norte da Itália, “[...] o poder dos cônsules foi suplantado por uma forma mais estável de governo eletivo à volta de um funcionário conhecido como *podestà*, assim chamado porque era investido com o poder supremo – ou *potestas* – sobre a cidade.” (SKINNER, 2006, p. 25), abrindo, com isso, a senda para as liberdades dos modernos. A cidade-república de Florença é uma das que se destaca quanto ao modelo de governo e pelas liberdades políticas, entendendo o cientista político de Cambridge que a irradiação disso pelo norte da Itália provocará interesse em duas questões, “a necessidade de conservar-se a liberdade política e os perigos para a liberdade que representavam, na península, os exércitos mercenários permanentes.” SKINNER, 2006, p. 219). Assim, surgem as condições para as opções republicanas

²³ Maquiavel oferece-nos uma idéia de razão do Estado que poderíamos denominar de amoral, no sentido em que se mostra pragmática e tendente à concepção de programas nacionais.

que, *de facto*, vão se verificando, na mesma medida em que o Estado-nação vai tornando-se realidade. Mas o período é de transição e, portanto, antes de os paradigmas culturais estarem consolidados, eles mesclam-se, havendo o convívio dos antigos com os novos. É por isso que na Florença de Maquiavel e de Dante, Lourenço, o Magnífico, patrono das artes e amante da boa vida, atentou contra as liberdades públicas; e Jerônimo Savonarola, um monge que detém força política em fins do século XV, influenciará a queima de livros e de obras de arte durante a quaresma de 1497 (Cf. CHEVALIER, 1997, p. 7). É, portanto, o período de agonia medieval, que ainda estertora.

I.4 A LIBERDADE DOS MODERNOS (O ILUMINISMO E A NOVA PERSPECTIVAÇÃO DO HOMEM)

A ebulição de novas ideias ao longo da Renascença dá-se em momento de crise dos paradigmas da cultura medieval, quando, portanto, há uma espécie de exaustão de seus valores. Há nisso a preparação para o ingresso da Europa num novo estágio histórico-civilizacional, o da Idade Moderna, quando o Estado surge em sua inteireza conceitual sob a forma de Estado-nação, isto é, tendo como referenciais ideológico e político a estruturação dos objetivos depreendidos do próprio povo, e como propulsor disso o poder político, que se transforma em soberania.

O movimento cultural-político-econômico-jurídico de fins do século XVI, dominado pelos humanistas, será, dessa forma, o arrimo para a circunstância²⁴ moderna, e já no século XVII, quando um Baruch Spinoza, bebendo nas fontes intelectuais do judaísmo, mas vivendo o cosmopolitismo dos Países Baixos, para onde muitos judeus se refugiaram após o decreto de expulsão dos reis católicos em

²⁴ O termo é aqui empregue no sentido orteguiano – *circum-stantia* –, ou seja, tudo o que está “[...] em nosso próximo derredor” e que, na visão global do homem como ser histórico, será representado por círculos concêntricos. Ao interpretar a filosofia circunstancial de Ortega y Gasset, Kujawski refere que “A circunstância inclui-se sucessivamente, em outra circunstância maior, num jogo de círculos concêntricos, cuja circunferência ou periferia é o universo” (KUJAWSKI, 1994, p. 15).

E melhor aclarando seu pensamento, Ortega (1967, p. 47) refere: “O homem sendo o máximo de sua capacidade quando adquire plena consciência de suas circunstâncias. Por elas se comunica com o universo.”

1492, pregará o panteísmo e a democratização das práticas religiosas (Cf. SPINOZA, 1996, p. 31 e s. (em outras edições, cf. capítulo V, do primeiro dos livros, Tratado teológico-político))²⁵; o pensamento cartesiano, por outro lado, introduzirá o problema da dúvida ao mesmo tempo em que fulcra o conhecimento do homem no *cogito*; mais adiante, já durante o iluminismo do século XVIII, o enciclopedismo tentará minar as forças da igreja católica, e Voltaire, no seu Dicionário filosófico, tratará da liberdade de pensamento e da tolerância, que, sem dúvida, contrastavam com os dogmas religiosos daquele período²⁶. Vê-se, por tudo isso, a erupção de uma nova consciência do homem, de suas potencialidades e de sua dignidade, formando um novo ambiente cultural, que será propício à estruturação dos direitos dos modernos.

As mudanças nos campos econômico e social, decorrentes dos avanços científicos e das descobertas, que propiciaram o surgimento do capitalismo, repercutirão na forma de como os modernos considerarão os direitos de liberdade. Se durante a antiguidade a falta de delimitação entre as esferas privada e pública, bem como a convocação dos homens livres ou libertos para os negócios políticos na *ágora* grega ou no *forum* romano os massificava – ao mesmo tempo em que se viam outras classes de pessoas sem as liberdades políticas –, a partir da Idade Média haverá, por um lado, a submissão do homem a uma expressão poliárquica de organização política e, por outro lado, o modelo econômico baseado no feudalismo tradicional que não permitia se definissem as margens de liberdades individuais. Contudo, o aparecimento, por primeiro em Florença e posteriormente no restante do continente, da liberdade gremial e industrial e da liberdade aquisitiva e comercial do indivíduo, quando já se podia constatar a existência de uma classe burguesa, permitirá um princípio de estruturação dos direitos individuais; o que será posto em

²⁵ Esse panteísmo surgido com Spinoza terá força na filosofia de uma moral prática norte-americana, especialmente com Emerson, quem combaterá o dogmatismo puritano dos colonos. Sobre isso, cf. a apresentação que fizemos à tradução de Ingenieros, 2009, p. 9-22.

²⁶ Cf. Voltaire, [s.d.], verbetes *liberté de penser* e *tolérance*. Com relação a esta última idéia, que se tornará uma das que se tornam centrais no momento pós-revolucionário francês, o filósofo comenta tratar-se de “[...] um apanágio da humanidade. Todos nós somos seres sujeitos a falhas e a erros; perdoemo-nos reciprocamente nossas falhas, esta é a primeira lei da natureza”. E, mais adiante, Voltaire conclui: “Mas é ainda muito claro que nós devemos nos tolerar mutuamente, porque somos todos falíveis, inseqüentes, sujeitos à mutabilidade e ao erro”, dando as pistas necessárias para a compreensão do pluralismo (fizemos, aqui, uma tradução livre do texto).

evidência através dos contrastes entre a forma de governo do *ancien régime* e o ambiente cultural e econômico (é por isso que, no campo político, Peces-Barba (1998, p. 22) considera o estágio do absolutismo um episódio necessário para que, além centralizar o poder político e estabelecer alguns papéis de domínio, tornasse “[...] nítida uma das primeiras funções que se atribuem aos direitos: a de limitar o poder do Estado”)²⁷.

Há dois momentos paradigmáticos relacionados com essa absoluta viragem no modo de tratar as liberdades: a declaração de independência dos norte-americanos e a revolução francesa de 1789; aqueles, os europeus anglo-saxônicos renovados, partindo de uma circunstância diversa da dos franceses, já que sua matriz política-jurídica havia consolidado o âmbito das liberdades civis em cartas de direitos desde o século XVII, enquanto que os *révolutionnaires* lutavam contra um regime que não garantia liberdades; uns, concebendo sua existência política e declarando as liberdades fundadoras do Estado que surgia e os outros destituindo as velhas bases políticas de que eram constituídos, depondo, por outras palavras, o *ancien régime* para, partindo das redefinidas expressões socioculturais, tratar da transformação da ordem social²⁸; os primeiros, já ciosos das liberdades conhecidas pelos reinóis britânicos e transportadas para as colônias, mas pouco a pouco destituídas de certas garantias, enquanto que os últimos, majoritariamente pequenos agricultores – 85% da população francesa vivia nos campos –, eram arrojados pelo feudalismo e pela excessiva taxaço de seus produtos²⁹. No entanto, ambas experiências de constitucionalismo provêm de fontes comuns, que marcarão a

²⁷ Fizemos aqui uma tradução livre.

²⁸ Grimm (2006, p. 61-62), ao tratar dos movimentos de constitucionalismo, refere que “A explicação da origem do constitucionalismo moderno acabou por adaptar-se ao exemplo francês. Este modo de proceder não tem, naturalmente, o sentido de colocar em dúvida a prioridade americana na constitucionalização: quando a assembléia nacional francesa se dispôs a elaborar uma constituição, já podia recolher o exemplo americano. Não obstante, a decisão francesa não consistiu em uma simples imitação ou recepção do processo americano. A revolução francesa não foi originariamente a implantação de um Estado constitucional estabelecido segundo aquele modelo: sua meta antes se encontrava na transformação da ordem social.”

²⁹ Vovelle (2007) refere que todo campesinato sofria ainda, embora em graus variados, o domínio do sistema “senhorial”. A aristocracia nobiliárquica, no seu todo, detinha parte importante do território, talvez 30%, enquanto o clero, outra ordem privilegiada, possuía entre 6 a 10%” (p. 12). Mais adiante, o historiador escreve: “Os primeiros sinais de mal-estar aparecem na década de 80 do século XVIII nos campos franceses: uma estagnação dos preços dos cereais e uma grave crise de superprodução vitícola” (p. 22).

concepção das liberdades: o jusracionalismo, o contratualismo e a teoria da divisão de funções do Estado. Por isso que tanto a Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, quanto a Declaração de Direitos do Homem e Cidadão, de 1789, são escritas pelos representantes do povo; ambas reconhecendo direitos naturais e inalienáveis dos homens, regidos pelos princípios da igualdade e universalidade; ambas determinando a separação de poderes como forma de impedimento de abusos e, principalmente, estatuidando que as liberdades são definidas pela lei (a *law of land, a loi*). Eis a marcante contribuição desse momento que representa um divisor de águas entre o velho e o novo: a ideia de que as liberdades do homem devem permanecer a salvo de intromissões do Estado – liberdade negativa –, cabendo à entidade política garantir-lhe o âmbito de desenvolvimento pessoal e definir, pela lei, sua extensão, ou, na fórmula que até vige nas constituições, a conotação de liberdade com tudo o que for expressamente permitido ou não proibido em lei. Passou-se a experimentar a ideia de liberdade legal.

II A POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS DE LIBERDADES

As experiências de proclamação de direitos em documentos políticos de *fin de siècle*, embora não tenham sido as primeiras se abarcarmos em nossa visão a organização político-jurídica inglesa, representaram um ponto de partida para as quatro grandes ondas de constitucionalização (*vagues de constitutionnalisation* (Cf. HAURIOU, [s.d.], p. 75 e s.)). O que se relaciona com o fenômeno político do constitucionalismo, cujas premissas são o estabelecimento dos direitos individuais e a delimitação da esfera de atuação estatal, justamente como técnica de preservação das liberdades. Mateucci (2000, p. 247-248), ao abordar o tema, refere que sobre o constitucionalismo já se disse se tratar de “[...] técnica da liberdade, isto é, a técnica jurídica pela qual é assegurado aos cidadãos o exercício de seus direitos individuais e, ao mesmo tempo, coloca o Estado em condições de não os poder violar.”. Trata-se, numa palavra, de um definitivo rompimento com os paradigmas da liberdade dos antigos, pois, enquanto estes eram absorvidos em sua individualidade, o âmbito de liberdade dos modernos “[...] tem o caráter nitidamente antropocêntrico; coloca os valores referentes ao homem num grau mais elevado em relação aos negócios públicos; marca o surgimento de uma visão do homem como ente autônomo; ele

irrompe consciente de seu papel exigindo o estabelecimento de limites ao poder absoluto [...]” (SABBÁ GUIMARÃES, 2009, p. 82).

É verdade que a *primeira grande onda de constitucionalização* (Hauriou) teve início com a revolução francesa de 1789 que, paradoxalmente, teve seu marco político-jurídico numa declaração, de caráter autônomo e declarativo e sem as abrangências regulatória e programática só possíveis na constituição. No entanto, não podemos deixar de lado outros processos de constitucionalização que, como experiências políticas, igualmente pretenderam estabelecer a esfera de direitos de liberdade e a delimitação do poder estatal, de modo a que não houvesse intromissão naquela área.

II.1 A EXPERIÊNCIA CONSTITUCIONAL INGLESA

A primeira onda de constitucionalização, assim como seu momento precedente verificável com a Declaração de Direitos da Virgínia (1776) e a Constituição dos Estados Unidos da América (1787), partem de movimentos revolucionários cruentos, que pretendiam, num e noutro caso, a reorganização das bases sociopolíticas e o estabelecimento do Estado, ocorrendo, nisso, a necessária redefinição ideológica que deveria dar consistência à ideia de Estado-nação. Os colonos da América Norte, unidos pela identidade étnica e cultural, viam nas terras ocupadas um lar nacional e antes mesmo de as terem declarado como tal haviam dado passos importantes em direção à constituição política, como foi o caso do pacto de *Mayflower*, de 1620 (Cf. REY CANTOR, 1996, p. 63-64); os franceses, por sua vez, já haviam se organizado como Estado-nação, com poder político central e estrutura burocrática, mas o modelo de governo absoluto havia chegado a um ponto de saturação que não mais se adequava, por um lado, com as carências de grande parte da população e com os reclamos da *bourgeoisie* e, por outro lado, com o ambiente cultural forjado ao longo do *Siècle des Lumières*. Mas na Inglaterra os movimentos políticos tendentes à sua constituição decorreram de forma diferente.

É óbvio que não se quer aqui afirmar a inexistência de conflitos que, em verdade, ocorreram ao tempo da *Magna Charta Libertatum* (1215), passando pela revolução que instalou a chamada República de Cromwell e, mais tarde, a

restauração da monarquia (1660) e a revolução de 1688, que pôs fim à dinastia dos Stuarts, e o superveniente *Bill of Rights*. Mas é certo que o poder político inglês se desenvolveu guiado pelo caráter institucionalizante daquele povo, que vê na multissecular monarquia um símbolo de identidade nacional e que conhecia o gérmen de sistema parlamentar de governo desde fins do século XIII, sabendo-se que já em 1295 o Parlamento atuava com os três estados, clero, lordes e comuns (Cf. CAETANO, 1996, p. 51). O povo inglês passou por um processo de progressiva consolidação de suas instituições políticas que mais bem está relacionado com as experiências de efetiva atividade política, que denota seu pragmatismo, do que propriamente com o decalque de modelos ou de ideários. René Pinon, ao tratar das liberdades daquela parte da Europa insular, refere que “As instituições inglesas não derivam do desenvolvimento dum princípio lógico e abstrato; elas são o produto dos fatos essencialmente empíricos, resultantes da dinâmica da história e da vida.” (PINON, 1938, p. 395). De forma que poderemos afirmar, com base na categoria desenvolvida por Hauriou³⁰, que o *diálogo* entre *auctoritas* e *liberdade* foi travado desde cedo pelos ingleses, numa primeira etapa através da elite formada por nobres, formulando na *Magna Charta* as noções de *rule of law* e *law of land*, que se prestam a conceder segurança jurídica e garantia à liberdade física e, numa segunda fase, já com o Parlamento funcionando nos moldes que até hoje se conhecem, escrevendo no § 9º do *Bill of Rights* (1689) “Que a liberdade de expressão e os debates ou atividades no parlamento não devem ser objeto de acusação nem de impedimento nem de questionamento por nenhuma jurisdição ou instituição alheia ao mesmo”, enquanto que no § 1º, reservou-se a prerrogativa de fiscalização de certos atos do rei, dispendo “Que o pretendido poder de suspender as leis ou sua execução por autoridade real sem consentimento do parlamento, é contrário ao direito”, com isso a um só tempo abrindo caminho para a democracia representativa e liberdades políticas e para o controle do poder político, pelo impedimento de atos típicos de governo autocrático.

Ao analisar a circunstância política da Inglaterra, Grimm aponta outros dois aspectos de relevo (que ao fim e ao cabo confluem para aqueles acima

³⁰ Lamentavelmente André Hauriou não aplica a categoria *diálogo* entre *autoridade* e *liberdade* à experiência constitucional britânica, embora ela caiba à perfeição.

mencionados) para sua experiência constitucional. Em primeiro lugar, o fato de ter-se desenvolvido uma burguesia, liberta do sistema feudal, que não se opôs ferozmente ao regime monárquico, mas, pelo contrário, tornou-se seu arrimo na medida em que desfrutava de mobilidade social, ascendendo a categorias nobiliárquicas. Em segundo lugar, o constitucionalista alemão menciona que a Reforma, em vez de ter fortalecido o poder monárquico, atribuiu maior valor ao Parlamento (GRIMM, 2006, p. 63), que passa a ocupar as funções do legislativo e executivo. De fato, o *Bill of Rights* estabelecerá um programa de monarquia parlamentar sobre o qual Hume refere, não sem uma dose de ufanismo, que “[...] embora o rei tenha direito de veto na elaboração das leis, este direito é na prática considerado tão pouco importante que tudo o que é votado pelas duas Câmaras é com certeza transformado em lei, sendo o consentimento real pouco mais do que uma formalidade.” (HUME, 2004, p. 143)

Esses dois aspectos intervêm diretamente na consolidação das liberdades civis dos ingleses que, muito antes de quaisquer outros povos do continente, estenderam as regras de direito destinados aos estamentos superiores da sociedade a todos os cidadãos, ao longo dum processo de amadurecimento das instituições políticas. O *habeas corpus act*, de 1679, garantia jurídica do direito à liberdade física, *v.g.*, é apenas o momento culminante do que se vinha operando na experiência jurídico-jurisdicional desde antes da *Magna Charta*, através do *writ de homine replegiando* (ordem judicial concessiva de liberdade mediante fiança), do *writ of mainprize* (ordem destinada ao *Sheriff*, para o restabelecimento da liberdade ao detido mediante arbitramento de fiança), do *writ de odio et atia* (que estabelecia condições para a liberdade de quem fosse acusado do crime de homicídio) que, no entanto, eram expedientes jurídicos ainda de aplicação restrita e, tal como acontecia com as regras do art. 29 da *Magna Charta*, manejados fundamentalmente por pessoas de elevada condição social. Além do mais, não se pode esquecer que as prisões *per speciale mandatum regis* determinadas pela Coroa e pelo *Privy Council* escapavam ao controle de legalidade, situação que só sofrerá alguma mudança a partir de 1592, quando a Justiça inglesa passa a exigir justificação para os mandados de prisão. Não tarda para que isto se constitua numa garantia para todo cidadão inglês, quando, em 1627, no julgamento do caso Darnel, a Corte julga, baseada na *Magna Charta*, a ilegalidade da prisão decretada *per speciale*

*mandatum regis*³¹. Todos esses episódios que engrossam o caudal do *common law* tendem para que se fixem os direitos de liberdade dos ingleses, que ganham garantias através dos *Acts of Parliament*. Grimm refere que as ameaças contra as liberdades dos ingleses existentes até a *Glorious Revolution*, de 1688, são repelidas pela tradição parlamentar que “[...] se investia da condição de defensor de uma situação jurídica liberal desde há muito em vigor”, não tendo sido necessário “[...] o recurso ao direito natural para legitimar os direitos de liberdade, mas apenas a remição ao bom direito antigo.” (GRIMM, 2006, p. 87)³². Um tal sistema que, como referido por politólogos, está longe de caracterizar a monarquia pura, mas, para o pensamento de Hume, se trata de um sistema misto, em que as características de república são evidentes, permite não apenas o controle do poder político, como, também, o exercício das liberdades civis. Ao tratar disso, o filósofo escocês dá como exemplo a liberdade de imprensa, que consiste, inclusive, na possibilidade de “[...] criticar abertamente qualquer medida decretada pelo rei ou por seus ministros.” (HUME, 2004, p. 101.), que, segundo seu entendimento, é liberdade que decorre da forma mista de governo (HUME, 2004, p. 102). Fecha-se, assim, o círculo: o pragmatismo político dos ingleses permitiu a estruturação de instituições autorreguláveis, que impedem arbitrariedades e indevida invasão na esfera de liberdades individuais, ao mesmo tempo em que as garantem.

II.2 A EXPERIÊNCIA CONSTITUCIONAL AMERICANA

O movimento de constitucionalização observado nos Estados Unidos da América percorre, podemos assim dizer, um caminho que estava previamente traçado. Primeiro porque as colônias britânicas que lhe deram corpo jamais conheceram o feudalismo, nem muito menos os riscos do absolutismo. Os colonos emigrados da metrópole para o novo mundo, já conheciam as liberdades civis e levaram-nas em sua bagagem; respeitavam às hieráticas instituições que formavam o eixo central de sua vida política e jurídica, especialmente o Parlamento, com seu sistema de autolimitação e de controle da legalidade; havia uma classe burguesa em

³¹ Cf. nosso Habeas corpus, 2009, p. 155-161.

³² Aqui fizemos uma tradução livre do texto.

ascendência, que gozava não apenas das liberdades, mas era economicamente independente, inclusive a ponto de reclamar contra os pesados tributos impostos pelo Parlamento inglês. Em segundo lugar, a circunstância enfrentada pelo Império Britânico, por um lado combalido política e economicamente após a Guerra dos Sete Anos, por outro lado tendo se tornado demasiado grande, vendo-se na contingência de organizar burocraticamente seu domínio, permitiu que os colonos estivessem menos sujeitos a intervenções opressoras. As colônias, em boa verdade, passaram a funcionar de forma autônoma, embora tivessem governadores coloniais indicados pela coroa, pagos pelas assembleias locais (Cf. DRIVER, 2006, p. 10). Por último, esse ambiente em que se permitia a livre produção, a não interferência na esfera privada do indivíduo e a relativa estruturação de funções políticas, adequava-se aos ideais de uma filosofia política e econômica do liberalismo, propícia, portanto, à preservação dos direitos de liberdade.

No entanto, a Inglaterra passou a impor pesados tributos às colônias, primeiro através da Lei do Açúcar (1764), depois pela Lei do Selo (1765) e, por fim, pelas Leis Townshend (1767), as quais desrespeitavam nitidamente o princípio *no taxation without representation*. Para além do mais, as garantias jurídicas de índole processual, foram modificadas, como as que se referiam às regras de competência judicial. Por outras palavras, o Parlamento inglês estava suprimindo garantias jurídicas dos colonos, que se insurgiram através de grupos organizados, como o dos Filhos da Liberdade e por meio de deliberação da maioria das colônias, que passaram ao franco desrespeito às leis da Inglaterra. Aí estavam as condições para a independência das colônias e para a constituição de um novo Estado.

É de observar-se que os direitos de liberdade que apareceram nas cartas políticas dos Estados Unidos, primeiro a Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, depois a Constituição norte-americana, de 1787, não são apenas de inspiração inglesa ou o puro e simples decalque das leis constitucionais da pátria-mãe. A essa altura, o ideário liberal e a filosofia jusnaturalista de Locke e Rousseau propagavam-se e ganhavam a simpatia de homens como Benjamin Franklin e Thomas Paine, este, apesar de inglês, um verdadeiro entusiasta da independência das colônias e defensor da revolução francesa de 1789, participando da propaganda panfletária ao escrever *Senso comum e Direitos do homem*. É esta base intelectual e filosófica que

está sensivelmente presente no primeiro dos documentos políticos, cujo art. 1º declara que

Todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes e contam com certos direitos inatos dos quais não se pode privá-los nem despojá-los por nenhum compromisso ao entrarem num estado de sociedade; e que todos estes direitos são, principalmente, o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e conservar a propriedade e de perseguir e de lograr a felicidade e a segurança.

E aí estão uma natureza humana que não se compagina com a estrutura estamental e rigorosamente orgânica de sociedade, os direitos naturais presentes desde sempre e depreendidos pelo homem ao entrar na sociedade política, que é assim concebida pela disposição livre em contrato de todos os que deixam o *status naturalis*, e eis, ainda, o próprio sentido da Constituição, que é o de permitir a realização de objetivos comuns, a felicidade e a segurança. É claro que há, também, um sentido pragmático na Declaração de Direitos, cujo art. 8º, inspirado no *Bill of Rights* inglês, dispõe sobre as garantias processual-penais, como a do conhecimento da acusação a que se é submetido, confrontação de testemunhas e acusadores, julgamento por júri formado por doze homens, para além da garantia de não se fazer prova contra si mesmo e a regra da legalidade para a supressão da liberdade.

A constituição dos Estados Unidos, a mais curta e longeva de quantas que a história da democracia pode registrar, prescreve não mais que princípios e garantias fundamentais, os quais darão sustentáculo às liberdades civis e ao processo. Assim, a liberdade só será restringida mediante regular processo e julgamento; o Estado tem seu poder de persecução criminal limitado; os acusados têm direito de serem informados sobre a natureza e causa da acusação e de serem julgados por júri popular em todos os casos criminais, além de gozarem de assistência profissional para a defesa (sexta emenda à Constituição); ninguém estará obrigado a fazer prova contra si (quinta emenda). Em suma, a Constituição norte-americana ultrapassa os âmbitos declarativo e programático para tornar-se ela própria instrumento de aferição do processo legal: é, pois, verdadeiro documento político-jurídico de natureza instrumental.

II.3 A EXPERIÊNCIA CONSTITUCIONAL FRANCESA (MODELO DO CONSTITUCIONALISMO DA EUROPA CONTINENTAL)

Em França o fenômeno de constitucionalização aparece de forma tumultuada, em meio a uma revolução que não representa apenas um movimento popular para tornarem efetivos os direitos de liberdade mediante o reconhecimento de determinados princípios, como ocorrera entre os norte-americanos, nem para confirmar uma tradição política que desse arrimo ao âmbito de liberdades, como se verificou entre os ingleses. Ali, dirá Grimm, “[...] não existia uma tradição comparável de direitos de liberdade catalogados, que unicamente necessitassem de ampliação e de serem elevados ao nível constitucional para adotarem o caráter de direitos fundamentais.” (GRIMM, 2006, p. 90). Isso em razão de que naquele país vigorava um regime absolutista de governo que, por um lado, impunha pesada carga de tributação ao povo e, por outro lado, apesar de deliberar em conjunto com seus conselhos, o rei exercia o poder político que não conhecia um contrapeso que mitigasse as arbitrariedades; além do mais, o feudalismo, que à época revolucionária já não mais existia na vizinha Inglaterra, era, em França uma estrutura complexa atrelada a um sistema econômico tradicional que se baseava na produção do campo; também importava numa abissal injustiça na distribuição de riquezas, uma vez que a nobreza e a igreja detinham quase 40% do território francês (VOVELLE, 2007, p. 12); por fim, esse sistema atribuía ao senhor a prerrogativa de aplicar sua justiça aos camponeses que vivessem em suas terras.

Em contrapartida, França abrigou (e irradiou para o continente) o iluminismo de fins do século XVIII, cujos postulados de racionalismo não apenas colocavam em causa os dogmas da igreja e sua influência sobre a vida política do Estado, como, também, difundiam novas concepções acerca do homem e de sua dignidade. Voltaire reconhecerá o caráter de perfectibilidade, que se compaginará com as ideias de liberdade, de solidariedade e de tolerância. É o pano de fundo para que se reclame a mediação do diálogo entre a *auctoritas* e o povo através do entendimento desse signo de humanidade. Isto que é a um só tempo anterior e transcendente ao Estado permitirá a redefinição da ideia de democracia, ao menos no que concerne às concepções de formação da sociedade política e de soberania: e o pensamento político de um Rousseau dará suficiente sustentáculo para se reconhecer que a ela

provém, em verdade, do povo e o modo de organização do Estado, através da Constituição, “[...] é a propriedade de uma nação e não daqueles que exercem o governo”, como terá defendido um dos grandes entusiastas da revolução de 1789, Paine (2005, p. 169). Para que se dê cabimento a essa lógica de organização política da sociedade, é crucial que se delimitem as funções e os poderes do Estado, o que só se alcança, segundo pensa Montesquieu, com a separação de poderes e a técnica controle recíproco.

Para além do ambiente intelectual que contagiava os domínios políticos da França pré-revolucionária, não se pode esquecer que outros fatores igualmente contribuíram para que se perpetrasse contra o absolutismo. A revolução das colônias norte-americanas e os princípios inscritos no *Bill of Rights* de 1776, inspirariam a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e o exemplo do regime monárquico vindo da Inglaterra serviria ao novo sistema de monarquia constitucional (Cf. CAETANO, 1996, p. 94). A partir disso e dos contornos constitucionalistas da reunião dos Estados Gerais, que viriam a se transformar em Assembleia Nacional Constituinte, já se podia falar na deposição do *ancien régime* e de uma longa revolução, que se inicia em 1789 e estende-se por vários anos de instabilidade, com as perseguições jacobinas e o regime de Robespierre e constituições de vida curta, que não impedem um ciclo de alternância de formas de governo que passam da monarquia absoluta à monarquia limitada, desta para república democrática, que se transforma em ditadura. O que ocorre, em suma, é uma revolução em sentido amplo, que importava na reestruturação do Estado francês. Ou, como afirma Paine (2005, p. 33) “Não foi contra Luís XVI mas contra os princípios despóticos do governo que a nação se revoltou. Esses princípios não tinham nele sua origem, mas no *establishment* original, muitos séculos atrás, e haviam se tornado demasiado profundamente arraigados para serem eliminados [...]”, e os experimentos acabam se tornando o expediente para alcance dos fins revolucionários. No entanto, a revolução – ou, como alguns querem, as revoluções que se sucedem a partir de 1789 – trará importantes contribuições para a primeira fase de constitucionalismo.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que formalmente não cabe no conceito de Constituição e, talvez por isso, um Marcello Caetano sequer a cite entre os documentos políticos de França³³, já dispõe as balizas que delimitam a soberania do Estado que, aliás, está fulcrada na nação e “[...] nenhum corpo, nenhum indivíduo poderá exercer autoridade que não emane diretamente dela” (art. 3); que o Estado só estará regularmente constituído quando houver garantia dos direitos e separação dos poderes (art. 16); que os limites à liberdade apenas poderão ser estabelecidos mediante lei (art. 4), cujo conteúdo estará relacionado a proibições de ações prejudiciais para a sociedade (art. 5). A declaração, portanto, encerra dúplice caráter, o de estabelecer controle dos poderes estatais ao mesmo tempo em que dispõe sobre direitos e garantias de liberdades: há, por um lado, controle das funções mediante o sistema de tripartição de poderes, implicando, *ipso facto*, na própria organização burocrática do Estado; as liberdades, por outro lado, apresentam-se em duas dimensões, a dos direitos definidos pela norma e a das garantias, que podem ser reclamadas para sua salvaguarda (art. 12). Tudo isto, ao fim e ao cabo, podendo ser esquematizado ao modo como elaborou Carl Schmitt (1982, p. 138), para quem “[...] a esfera da liberdade do indivíduo se supõe como um dado anterior ao Estado, ficando a liberdade do indivíduo *ilimitada em princípio*, enquanto que a faculdade do Estado para invadi-la é *limitada em princípio*.”³⁴

Se não se trata propriamente de Constituição, pelo menos a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão contém um indesmentível aspecto ideológico que propende para a estruturação não só dos direitos de liberdade, mas, também, do próprio Estado. E parece que ela foi por muito tempo entendida desta forma, já que até a Constituição francesa de 1946 não havia um capítulo específico estipulando os direitos e garantias individuais, que permaneciam íntegros na Declaração.

EM SUMA, a primeira onda de constitucionalização, que tem na revolução francesa de 1789 e no seu encarte de direitos de liberdade o ponto de irradiação

³³ Por algum tempo desenvolveu-se a polêmica entre os defensores da expressão constitucional da declaração autônoma de direitos fundamentais e seus detratores, que, como Hesse, entendiam que a Constituição confere pretensão de vigência às normas de direitos fundamentais.

Acerca do debate, cf. nosso Habeas corpus, 2009, p. 85-87. Gicquel e Hauriou (1985, p. 153), no entanto, pontificam a importância das declarações de direitos da fase clássica do direito constitucional.

³⁴ Aqui fizemos uma tradução livre do texto.

para o constitucionalismo europeu, mas que começa antes, com as declarações de direitos e a constituição dos Estados Unidos, é, em sua gênese, fundamentalmente marcada por pelo menos três aspectos: o primeiro, de caráter sociológico, relaciona-se com “[...] a chegada ao poder da classe média, da burguesia” (HAURIOU, [s.d.], p. 153)³⁵, que é fato verificável nas duas experiências constitucionais referidas. As primeiras constituições nasceram do descontentamento da burguesia que, por um lado, era cônica de sua importância, especialmente para a vida econômica de seus países e, por outro lado, haviam adquirido não só a noção das arbitrariedades dos regimes de governos, como daquilo que a intelectualidade propunha em termos ideológicos. Não será errado, portanto, referir, como Carl Schmitt, que os Estados desse período de constitucionalização eram Estados burgueses. O segundo aspecto radica-se no liberalismo que dominou a filosofia política e a economia de fins do século XVIII. O livre estabelecimento, a busca do progresso pessoal e a não interferência estatal são características que advêm dos postulados da economia liberal. No campo ontológico e ético, o individualismo torna-se premissa para a demarcação da esfera de liberdades do homem. O terceiro aspecto, que de alguma forma pode dar amparo, segundo entendemos, à teoria da unidade do Estado de Heller, refere-se ao liame existente entre “[...] o desenvolvimento da consciência nacional e o movimento constitucional.” (HAURIOU, [s.d.], p. 155). Nas duas experiências constitucionais do século XVIII, havia um forte pendor revolucionário, que se traduz no desejo de organização política nacional. Por fim, não podemos esquecer que o movimento de constitucionalização brotou no meio revolucionário, que para uns importou na libertação e fundação do Estado, enquanto que para outros a revolução depunha um regime antigo de governo e redesenhava a estrutura social-política do Estado já existente, mas em ambos os casos recorrendo-se às lutas.

III O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

O movimento de constitucionalização de fins do século XVIII, com toda a circunstância que o envolveu, indicando, fundamentalmente, para a necessidade de

³⁵ Fizemos aqui uma tradução livre do texto.

ampla organização das sociedades políticas (que, de forma genésica, também já havia nas colônias norte-americanas), tem importância que transcende o mero aspecto histórico. As bases das liberdades individuais e políticas foram aí sedimentadas, sofrendo poucas alterações nas supervenientes ondas do constitucionalismo. Além do mais, esse fenômeno político de *fin de siècle* reserva um lugar de destaque para a Constituição, como documento imprescindível para as necessárias (re)estruturações sociopolíticas. A primitiva ideia de pacto, de contrato social, dá lugar à força jurídica e política vinculativa que se projeta em todo *corpus iuris* do Estado.

Mas as constituições da primeira onda correspondem ao momento fundacional dos Estados modernos, cuja estrutura-tipo apresentava aspectos facilmente identificáveis. O ambiente econômico foi forjado a partir do pensamento liberal, que não exigia mais do que a liberdade para estabelecer-se e produzir. A experiência jurídica, que durante os séculos de influência germânica era costumeira, tinha, agora, na entronização da lei positiva, a tendência para a laicização e para conferir segurança às liberdades civis, mas estava por fazer-se. O Estado – que era burguês – devia ser limitado, de modo a não interferir no âmbito das liberdades. Isso tudo permitindo-nos compreender um cenário de complexidades bem distintas das que viriam com uma nova revolução industrial no século XIX, com as guerras mundiais do século seguinte e com as reivindicações sociais. E as bases do modelo de Constituição declarativa de direitos naturais imprescritíveis e universais, que concernem à ideia de liberdade, e a garantia de sua preservação através da limitação do poder estatal e da lei, já não seriam suficientes para manter a estrutura dos Estados em cada sucessivo momento de complexidade. Novas gerações de direitos estavam para ser reconhecidas.

III.1 NOVAS GERAÇÕES DE DIREITOS

O Estado do *ancien régime* era o ente político personificado na figura do príncipe, que monopolizava o poder e em nome de quem a soberania significava criar e revogar leis; que tratavam antes dos deveres do que dos direitos dos homens. Com a primeira onda de constitucionalismo, ocorre uma viragem completa, em que os Estados assumirão as características gerais de seu conceito moderno. Já nem se

pensará em cidades-Estados como as que formavam boa parte da Europa continental, que se refunda toda esquadrinhada em Estados-nação, em que aquela parte espiritual, que se pode chamar de psique do povo, dará substância à unidade territorial e de soberania. O poder político, por outro lado, não estará pura e simplesmente representado pela *auctoritas* com prerrogativas de mando, pois que encontrará limites ditados por uma ordem legal tendente ao reconhecimento da esfera de liberdades individuais. Se antes havia apenas o conjunto de deveres, agora o direito passava a estabelecer as liberdades dos homens e cidadãos. Mas já a partir do século XIX esta estrutura de Estado, com seu esquema reduzido de funções, não será suficiente para atender os novos interesses. A revolução industrial põe em evidência a classe proletária, responsável pelo processo de produção e geração de riquezas e, no entanto, gozando de situação não mais vantajosa do que a dos camponeses do século XVIII. As reivindicações de direitos sociais e econômicos eclodem durante esse período, em o qual o Manifesto comunista de Marx e Engels é publicado (1848). Os direitos individuais, os de primeira geração, que expressam a liberdade dos modernos, ou, nas palavras de Benjamin Constant, “[...] o direito a não estar submetido a não ser às leis [...]”, eram insuficientes, como dá a entender a Constituição francesa de 1848 e, mais tarde, com maior importância, a Constituição de Weimar, de 1919, tratando de direitos sociais referidos à proteção da família, da educação e do trabalho, quando se transpõe o limite do Estado liberal para avançar-se ao Estado do bem-estar social.

Se a primeira geração de direitos implica no reconhecimento da liberdade negativa, ou seja, na liberdade de não ser molestado e, no que concerne ao Estado, priorizando-se a não interferência (uma situação que antagoniza com o regime de opressão do absolutismo e que surgiu como declarada luta contra esse estado de coisas), podendo essa liberdade ser esquematicamente reduzida à expressão berliniana *estar livre de (liberty from)* (BERLIN, 1998, p. 220-23), a segunda geração de direitos expressará a liberdade positiva, ou seja, a liberdade de autorrealização, ou, na fórmula de Berlin, *estar livre para (liberty to)* (BERLIN, 1998, p. 231-236). Esses novos direitos aparecem logo após a Primeira Grande Guerra que, no entanto, não é determinante para o aparecimento das reivindicações dos direitos econômicos e sociais; aliás, não há nesta fase lutas armadas contra regime autoritário. Por fim, em vez de não interferência, esses direitos são preenchidos

pelas prestações estatais, o que justifica denominar-se o Estado assim constituído como de bem-estar social, ou Estado-providência.

Mas como a história é também feita de movimentos cíclicos determinados por momentos críticos, a destruição da Europa ao longo da Segunda Grande Guerra Mundial e o morticínio de milhões de pessoas, inclusive deliberado pelo programa do regime nazista de extermínio de certas minorias, como a de judeus e ciganos, criou uma nova consciência política mundial em torno dos direitos humanos, que veremos representada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948. O avanço que aí se dá não decorre pura e simplesmente por influência do experimento vivido pela Liga das Nações, em cuja efêmera existência não logrou atingir seu principal objetivo, o de coordenar os litígios entre Estados estrangeiros de modo a preservar a paz; no entanto, pode encontrar um étimo filosófico em Kant. Afinal, o filósofo de Königsberg já havia entendido que nenhum Estado tem direito à guerra de punição (*bellum punitivum*) (KANT, 2004, p. 36), nem a impor coerção (KANT, 2004, p. 46), devendo, pelo contrário, procurar a paz, constituindo uma espécie de “liga” ou “aliança da paz”. E explica que “Essa liga não se propõe a adquirir qualquer poder do Estado, porém somente a manter e garantir a *liberdade* de um Estado para si mesma e, ao mesmo tempo, para outros Estados coligados.” (KANT, 2004, p. 48), desenvolvendo-se a partir disso uma *república mundial*. É nessa *república mundial*, onde é suposto tratar-se de domínio de todos, que o homem deverá gozar do direito à hospitalidade, tornando-se um homem cosmopolita. Pois bem, a terceira geração de direitos, que poderia ter sido concebida por um Kant, mas advém da circunstância política e social mundial de pós-guerra, identifica-se com o direito à paz, ao meio ambiente, ao patrimônio comum da humanidade e com o desenvolvimento. Já não se referirá ao homem com ser individual, mas aos grupos de indivíduos, à família, ao povo, e à própria humanidade. Perspectiva-se nessa nova geração de direitos, portanto, a proteção do homem em níveis que transcendem as fronteiras dos Estados e o ser ideal detentor de uma natureza, para o compreender na sua essencial veste de pessoa humana, carecedor de atenções indispensáveis para a caminhada rumo ao aperfeiçoamento. Ao referirem-se à própria humanidade, esses direitos devem ser positivados arrancando do consenso dos Estados, de maneira que possam ser exigidos em foros internacionais.

Não se pode esquecer, entretanto, que a terceira geração de direitos é também marcada por três importantes aspectos. Em primeiro lugar, a declaração universal de direitos, que logo passa a apanágio dos Estados da modernidade comprometidos com o progresso dos povos, arrimando-se não apenas no respeito aos direitos econômicos e sociais, mas num princípio fundamental de solidariedade que rompe fronteiras, coincide com o momento histórico categorizado por Hauriou como o da quarta onda de constitucionalização (HAURIOU, [s.d.], p. 79). É durante o pós-guerra, atravessando os anos 60 até chegar à década de 70, que há a descolonização e o surgimento de novos Estados, obviamente procurando seu posto na escala dos Estados desenvolvimentistas, muitos dos quais sem uma precisa direção a tomar no campo ideológico (o mundo estava dividido em dois grandes blocos e o juízo de valor que se fazia era simplesmente maniqueísta, não havendo lugar para outras situações ideológicas). Em segundo lugar, as Constituições desse período, iniciando pela Lei Fundamental da Alemanha Federal, depois pela Constituição da República Democrática Alemã e, já na década de 70, pela Constituição portuguesa e pela Constituição espanhola, inscrevem o princípio da dignidade da pessoa humana, de inspiração humanista e cujo conceito diz respeito à ontologia, como norma que preside a todos os direitos fundamentais. O primeiro dos documentos políticos citados insculpe o princípio já no seu art. 1º, prescrevendo que a dignidade é inviolável e o Estado obrigado a respeitá-la e protegê-la; e que, ademais, “O povo alemão reconhece, em consequência, os direitos invioláveis e inalienáveis do homem como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça”, ou, por outras palavras, que os direitos fundamentais estão atrelados à dignidade da pessoa humana que, como tal, é patrimônio natural de todos os homens. O terceiro aspecto está relacionado com a observação de Bobbio, segundo a qual os direitos do homem são históricos e uma série de fatores determinará a especificação e a aceitação de novos direitos (BOBBIO, 1992, p. 32 e s.). Assim, a Declaração Universal de Direitos não é obra acabada, mas apenas a diretriz histórica que permitirá a admissão de outros interesses humanos como direitos novos, segundo são depreendidos dentro da dinâmica de desenvolvimento humano.

Há quem sustente, como Paulo Bonavides, a existência de outra geração de direitos – ou, em sua terminologia, “dimensão de direitos” –, que é determinada pela circunstância da política global e pelos avanços tecnológicos, exigindo não apenas o

redimensionamento da democracia, como, também, o direito à informação e ao pluralismo. No entanto não estamos seguros de que estejamos, de fato, diante de um novo ciclo de reconhecimento de direitos fundamentais. Primeiro, porque as circunstâncias que dizem determinantes dos novos direitos não estão muito bem definidas, nem sugerem um ponto paradigmático de revolução constitucional. As gerações de direitos anteriores foram marcadas pela exaustão de modelos em relação ao trato das novas necessidades e interesses humanos, de forma que foram os momentos de crise que determinaram ou a declaração de direitos, ou o consenso em torno deles. No atual *hic et nunc* histórico, no entanto, não se observa isso de maneira muito clara. Em segundo lugar, o direito à informação, *v.g.*, pode melhor estar alinhado à situação que Bobbio referiu como de especificação de novos direitos decorrentes dos direitos humanos, do que propriamente uma insurgência para sua concretização. Ademais, como questão hoje de domínio global, o direito à informação pode ser antes tratado nos foros internacionais dos Estados para posteriormente ser positivado. Em terceiro lugar, o próprio âmbito globalizado das decisões políticas, jurídicas e econômicas, não se compagina com a necessária positivação constitucional de novos direitos.

O que antes se referiu, com apoio em Bobbio, não permite apressarmos uma opinião no sentido de que a necessária (e natural) especificação dos direitos para atender à dinâmica histórico-cultural – que parte daquelas amplas diretrizes consensualmente aceitas pelos Estados –, coloca um ponto final na sequência de rupturas revolucionárias e de redefinição dos direitos humanos; mesmo que, por um lado, as atuais Constituições visem mais a programas para concretização de direitos fundamentais (nessa parte tornando-se, portanto, suscetíveis de reformas), do que propriamente à positivação de novos direitos e que, por outro lado, a inclusão das regras de recepção de normas proclamadas em tratados internacionais, como ocorre em nossa Constituição e na da República portuguesa, *v.g.*, mitigue o papel dos movimentos de constitucionalização, tudo isso, provavelmente, decorrente dum fenômeno que podemos chamar de cosmopolitismo político, jurídico e econômico. Isto porque a circunstância global não é de pura tranquilidade, bastando para reforçar nossa posição lembrarmos de um dos mais emblemáticos episódios políticos ocorrido justamente na União Europeia, um dos palcos da globalização, onde as planificações políticas, jurídicas e econômicas deviam assentar-se numa

Constituição europeia, que acabou, no entanto, sendo rejeitada por França e Holanda, em 2005. A globalização – ou as globalizações, como prefere Boaventura Sousa Santos – não é capaz de pôr cobro aos localismos, embora os aspectos locais cada vez mais se nos pareçam vulneráveis diante daquele fenômeno. A tentativa de unificarem-se a ortografia e regras de acentuação gráfica da língua portuguesa entre os países da chamada comunidade lusófona, *v.g.*, que não considera os particularismos no modo de falar de cada povo, nem mesmo os traços psicológicos que aí se denotam, fazendo com que o português do Brasil seja sensivelmente diferente do que se fala em Portugal ou em Angola, é uma tentativa mal arremedada de aproximação cultural que, no entanto, vem sofrendo forte e legítima resistência por parte dos falantes de além-mar; mas o acordo está já em vigor, atropelando, de maneira brutal, aspectos culturais dos povos de língua portuguesa, que não se sabe até quando resistirão à força do decreto. Por outras palavras, podemos dizer que existe um movimento que se pode chamar de contraglobalização, baseado na justa renitência de certos localismos (que é justa por estar fundada na tradição cultural dos povos)³⁶. Isto implica reconhecer uma tensão que atualmente existe entre localismos e globalização, às vezes expressada de forma dramática quando um aspecto cultural, *v.g.*, tenta resistir à pressão de uma cultura hegemônica. Embora o direito à cultura esteja previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos e em Constituições contemporâneas, como a nossa, e que as legislações europeias têm destinado especial atenção a determinados aspectos culturais, como os linguísticos, não duvidamos que o fenômeno da globalização possa, ainda, abrir uma nova fronteira para divisarmos direitos e garantias fundamentais relacionados à proteção dos nacionalismos, dos

³⁶ Ao tratar do fenômeno de massificação (de padronização) num âmbito menor – o da Europa da era comunitária –, mas que não deixa de ser expressão de globalização, que, para lembrar de uma metáfora do crítico literário Harold Bloom, parece com o tanque *Merkavah* do exército israelense, passando por cima de tudo e de qualquer obstáculo, Touraine refere que os europeus enfrentaram o drama do “[...] abandono de todo o nacionalismo, abertura à diversidade do mundo, mantendo-se contudo profundamente ligados ao país que os modelou, tanto pelas suas instituições, pela sua língua, pela sua literatura como pela sua história.”, de forma que o cidadão europeu da contemporaneidade continua, no fundo, cidadão francês, italiano, espanhol, português, e mais que isso, continua preso às tradições locais, falando o dialeto que teima em resistir à língua nacional e preservando seus costumes (cf. TOURAINE, 2005, p. 49).

A expressão *contraglobalização* é nossa, mas se aproxima daquilo que Sousa Santos denomina de globalização contra-hegemônica, fundamentada no direito à diferença, no respeito às minorias, inclusive culturais (cf. SANTOS, 2006, p. 194 e ss.).

regionalismos, dos localismos, que são aspectos de identidade dos povos e sem os quais sequer se pode pensar em programas políticos, jurídicos e econômicos para os Estados.

III.2 A IRRENUNCIABILIDADE DOS DIREITOS ANCESTRAIS COMO FUNDAMENTO DE SENTIDO E ORDEM PARA O HOMEM E A NECESSÁRIA POSITIVAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO

Há quem condene a expressão *geração* de direitos preferindo referir sobre suas *dimensões* que, segundo se percebe do percurso histórico, se amalgamam de tal forma que quase se tornam indissociáveis, como se fosse um organismo vivo do direito, de modo que ao se falar da cláusula de proibição de arbitrariedade na prisão, prevista na Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. IX), imediatamente poderemos relacioná-la a uma série de garantias fundamentais de índole processual presentes nas Constituições; dizem os estudiosos que o vocábulo *geração* faz supor a sucessão de períodos, como se cada um se sobrepusesse ao outro em importância, o que para nós é equivocado.

De fato, se pensarmos na ideia de *geração* cunhada por Ortega y Gasset, teremos de reconhecer que ela significa uma variedade humana datada e, por isso, diretamente relacionada com cada *hic et nunc* histórico. Insere-se, pois, na ordem de sucessões históricas, permitindo-nos divisar aspectos marcantes em cada uma. Mas não só. Ao tratar do tema relacionado com a evolução dos povos segundo o reconhecimento de gerações, diz Ortega (2005, p. 564) que “[...] essas mesmas diferenças de estaturas supõem que se atribua aos indivíduos um mesmo ponto de partida, uma linha comum, sobre a qual uns se elevam mais, outros menos, e vem a representar o papel que em topografia é o nível do mar.”³⁷, deixando entredito, pois, que as gerações se inscrevem dentro de um sistema histórico, em o qual uma geração não deve prescindir da outra. Mais adiante, o filósofo espanhol refere que “[...] cada geração representa uma certa altitude vital, a partir da qual se sente a existência de uma determinada maneira. Se tomamos a evolução de um povo em seu conjunto, cada uma de suas gerações apresenta-se como um momento de sua

³⁷ Fizemos aqui uma tradução livre do texto.

vitalidade, como uma pulsação de sua potência histórica.”³⁸ Esse momento de vitalidade próprio de uma *geração* faz supor o poder criativo que está sujeito, segundo entendemos, à exaustão, quando a força generativa se transforma, *tout court*, em puro acúmulo histórico que servirá à *geração* superveniente. Daí termos de concordar com Ortega (2005, p. 564) quando refere “[...] que as gerações nascem umas das outras, de sorte que a nova já se encontra com as formas que a existência deu à anterior.” Mas se é assim, também é de admitir-se que a ideia de *geração* é mais ampla que a da de *dimensão*, que apenas planifica no tempo uma dada circunstância, já que “Para cada geração, viver é, pois, uma tarefa de duas dimensões, uma das quais consiste em receber o vivido – ideias, valorações, instituições etc. – pela antecedente; a outra, é deixar fluir sua própria espontaneidade.”

Se não estivermos de todo enganados, a ideia de *geração* aqui exposta – que não se refere apenas ao homem biológico ou àquele ser descrito pelas ciências naturais, mas àquele de cujo élan vital decorrem, como obra criativa, as instituições, os valores, as ideias – prestar-se-á para o entendimento da história dos direitos humanos, muitos dos quais positivados nas Constituições como direitos fundamentais. Então, já não parecerá tão disparatada como propugnam os defensores das dimensões de direitos. Pois que cada nova *geração* será resultado do acúmulo histórico de experiências, nem sempre implicando reconhecer numa *geração* a completa razia do que anteriormente se havia construído. Aliás, as gerações podem parecer-se interdependentes, na medida de em que esse acúmulo de experiências se distende no tempo, tornando-se explicação do presente e prognóstico para o que está para ocorrer. “Houve gerações – diz Ortega (2005, p. 565) – que sentiram uma suficiente homogeneidade entre o recebido e o próprio. Então, vive-se em *épocas cumulativas*.”, justificando-se seu estudo por uma ciência que se pode denominar de *meta-história*³⁹. Não terá ocorrido algo semelhante com as gerações de direitos que conhecemos?

A verdade é que o marco inicial dos direitos humanos, identificado como aquele em que se definem os direitos como forma de delimitação das áreas de

³⁸ Os itálicos são do original.

³⁹ O itálico é do original.

atuação do Estado – oponíveis, portanto, contra a *auctoritas*, ao mesmo tempo em que esta deve, por outro lado, não interferir na área das liberdades cidadãs – é, podemos assim dizer, aquela primeira *geração* moderna de direitos que tem início no século XVII, na Inglaterra, e é estabelecida sobre a linha que serve para medir as demais *gerações* que lhe sobrevêm. Mas as demais *gerações*, já descritas, não se desenvolvem, *tout court*, lateralmente em relação à primeira, senão que dela partem num sentido ascendente e sempre, assim vemos, de forma independente. Por outras palavras, as *gerações* de direitos aparecem como fenômeno jurídico e político em que cada qual traz a carga de experiências e valores adquiridos pela precedente, de modo que todo o vivido anteriormente se torna patrimônio cumulativo do homem. E isto é tão evidente que basta para demonstrar o que aqui defendemos lembrarmos que a crise do Estado do bem-estar não expurgou os direitos sociais de segunda geração, por um lado ferrenhamente defendidos por grupos de pressão política contrários ao neoliberalismo, por outro lado redimensionados a partir de uma nova forma de salvaguarda, pela participação do terceiro setor; enquanto que os direitos que se tornaram transnacionais, reconhecidos em tratados internacionais, convocando as nações para o dever de solidariedade e de desenvolvimento dos grupos humanos, encontram seu étimo fundante nos primitivos direitos do homem e do cidadão do século XVIII. Por outras palavras, as *gerações de direitos* surgidas nos albores do século XX não excluem os direitos ancestrais, aqueles celebrizados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão; pelo contrário, deles dependem diretamente em razão da força axiológica que exercem, dignificando o homem não apenas na sua individualidade, mas como pessoa humana; por isso, ao fim e ao cabo, referindo-se a todos os homens.

Ao tratar da liberdade dos modernos comparada à dos pósteros, Bobbio (2000, p. 277-278) ressalta a importância daqueles direitos de *primeira geração*, referindo que “[...] a doutrina liberal, embora historicamente condicionada, expressou uma exigência permanente [...]: essa exigência, para dizer de modo mais simples, é aquela da *luta contra os abusos do poder*.”⁴⁰. Mais adiante, dando prova de sua afirmação, alega que

⁴⁰ Itálico no original.

Ainda hoje, contra os abusos do poder, por exemplo na Itália, os comunistas invocam a Constituição, invocam exatamente aqueles direitos de liberdade, a separação dos poderes (a independência da magistratura), a representatividade do Parlamento, o princípio da legalidade (nada de poderes extraordinários para o executivo), que constituem a mais ciosa conquista da burguesia na luta contra a monarquia absolutista.

Apropriando-nos da lição do filósofo italiano, podemos dizer que aqueles direitos clássicos de liberdade estão sempre sendo convocados – ou melhor, já se inscreveram no caráter do homem moderno –, não apenas para que se dê consecução às liberdades, mas como forma de arrimar axiologicamente o reconhecimento de qualquer outro direito do homem. Não é por outro motivo que o jurisfilósofo espanhol Joaquín Costa (1901, p. 47), na virada do século XIX, vai mais longe, entendendo que os direitos de liberdade são

[...] inerentes à pessoa individual, e dizem-se naturais e por isso não legisláveis, porque existem por si, como uma das qualidades constitutivas do ser humano, não dependendo da vontade social nem estando, portanto, entre as faculdades do poder público desconhecê-los, suprimi-los ou limitá-los: se são incluídos no Código Civil (Portugal) ou na Lei Fundamental (Espanha), é por mero acaso, por motivos puramente históricos, como uma solene afirmação da personalidade individual por parte do Estado que até então a havia, de fato, negado, ou, se se prefere, como uma negação dessa negação anterior e como um afiançado transitório contra possíveis veleidades e tentações de retrocesso⁴¹.

Hoje é possível reconhecer que tais direitos estão permanentemente inscritos no caráter dos homens. Há mais de dois séculos os temos praticado, quando os movimentos de trabalhadores exigiram melhores condições, quando os negros norte-americanos reclamaram igualdade, quando alguns povos lutaram por sua autodeterminação, mas, também, quando se deu a revolução feminista, ou quando se lutou contra o *apartheid* e, em nossos dias, quando se protesta contra os movimentos de globalização ou contra o regime neoliberal. Ao se tentar tolhê-los, como agora ocorre na Venezuela com o fechamento de canais de televisão por decreto do presidente Hugo Chávez, num explícito ataque contra as liberdades de imprensa e de pensamento, a comunidade local e estrangeira é violentada e não se conforma. Há nisso um acinte inaceitável que afronta os valores éticos ocidentais.

⁴¹ Há tradução nossa do livro: COSTA, Joaquín. A ignorância do direito. Tradução, notas e apresentação por Isaac Sabbá Guimarães. Curitiba: Juruá, 2008.

Não será exagero, em suma, afirmar que qualquer homem é cômico de suas liberdades e o regime de governo que se pretenda legítimo terá de pautar-se pelo respeito aos direitos de liberdade. Contudo, o conhecimento dos direitos de liberdade, fundamente arraigados na consciência e na cultura ocidental será suficiente para sua planificação no mundo concreto, das práticas políticas, podendo, como entendia Joaquín Costa, prescindir-se de sua positivação no *corpus iuris* do Estado?

Como início de resposta à questão problemática, lembremos, dentre os pressupostos gerais para o aparecimento da Constituição moderna citados por Grimm (2006, p. 61)⁴², que foi através dessa técnica jurídico-política que se pôde determinar “[...] um objeto constitucionalmente regulável sob a forma de um poder estatal diferenciado e unitário”; e, também, “[...] submeter a decisão dos problemas da ordem [...]”, que passam a ter melhores contornos pela positivação jurídico-legal. Mas é igualmente importante ter em consideração que o inicial movimento de constitucionalização pretendia que a sociedade pudesse desenvolver-se e aperfeiçoar-se, supondo, para isso, a não interferência do Estado regulamentada, de maneira que pudesse salvaguardar a esfera das liberdades individuais através de mecanismos jurídicos, como o direito de resistência, da cultura europeia e, entre nós, através de providências judiciais, como a da ordem do *habeas corpus* ou do mandado de segurança. Hoje, entretanto, como Grimm observa com precisão, as condições e os pressupostos mudaram, inclusive pelo fato de a Constituição ter-se tornado fenômeno universal, não sendo instrumento jurídico-político típico dos Estados de sistema liberal-burguês. Segundo o constitucionalista alemão, “[...] esta circunstância não só prova a persistente força de atração do pensamento constitucional mas, também, talvez, a falta de outras opções capazes de solucionar os problemas da legitimação e limitação do poder político.” (GRIMM, 2006, p. 72)⁴³ Por outras palavras, podemos aqui sustentar que a Constituição continua sendo o instrumento capaz de harmonizar e vincular o *corpus iuris* e, nos Estados democráticos de direito, tornando-se a um só tempo instrumento motriz para política-

⁴² A tradução por nós feita é livre.

⁴³ A tradução é nossa.

jurídica concernente ao respeito dos direitos humanos e conjunto de normas fundamentais para sua salvaguarda.

Em suma, não poderemos prescindir da positivação dos direitos de liberdade na Constituição, por duas principais razões: em primeiro lugar, ao transcender o aspecto formal, a Constituição abrigará, por um lado, os valores axiológicos consensualmente dominantes na comunidade, mas, por outro lado, organizará as relações em nível horizontal, entre os do povo, em linha vertical, entre o povo e a *auctoritas*; tais relações desenvolvem-se segundo os direitos fundamentais ali prescritos e nas normas de caráter infraconstitucional do Estado, que devem ser coerentes com aqueles direitos de liberdade; de forma que a Constituição terá papel que poderemos denominar de instrumental. Em segundo lugar, também podemos dizer que a Constituição é ainda, para nossa cultura jurídica pelo menos, um documento que vincula política e juridicamente a todos do Estado; por consequência, a positivação dos direitos de liberdade representará não apenas força, mas segurança jurídica.

CONCLUSÕES

Embora possamos localizar na história das civilizações, desde os mais remotos tempos da antiguidade, não apenas a pretensão de uma liberdade fundamental do homem, mas, também, traços inequívocos de concretizações jurídicas de seu aspecto conceptual, é com a Idade Moderna que ocorrem significativos avanços no sentido de sua proteção contra o poder da *auctoritas* estatal. Para tanto, o ponto de partida, quanto ao aspecto ideológico, é a viragem radical operada no diálogo entre o homem – aqui encarnando a figura de *homo politicus*, que, como produto histórico-cultural, é, também, *homo phaenomenon* – e a *auctoritas*, o ente, portanto, investido de poder político – o que é bastante evidente nesse período de viragem, quando a própria ideia de soberania radicava-se no príncipe, por isso sendo corrente falar-se *princeps legibus solutus est*. O processo dialógico é aqui operado não apenas pela ilustração setecentista com sua pregação panfletária em torno do jusracionalismo e do positivismo científico, mas pela dinâmica da economia, que deixa de ser feudal para se tornar capitalista e pelas inevitáveis contendas, que na Inglaterra estabeleceram um regime monárquico

parlamentar e *acts* de garantia das liberdades, no novo continente o surgimento dos Estados Unidos e em França a deposição do *ancien régime* e o início de uma onda de constitucionalização. Quanto aos aspectos políticos e jurídicos, teremos o surgimento do Estado, com as funções delimitadas segundo o esquema filosófico liberal, tratando-se, portanto, do Estado de não interferência, o Estado-garantia (das liberdades burguesas), o Estado burguês. Mas, principalmente, se trata de um Estado que se constitui a partir de um documento de cariz político e jurídico, cuja soberania já não será personificada pelo príncipe, e a própria *auctoritas* é criada pela lei e a ela submetida. Assim, as ondas de constitucionalização tornam-se fenômeno que impulsiona o reconhecimento e consolidação de direitos.

A pretensão de suficiência embutida nas primeiras declarações de direitos e na Constituição norte-americana e das demais que surgiram ao longo do século XIX, no entanto, encontra-se com a complexidade das sociedades modernas. Os avanços tecnológicos e científicos, a revolução industrial e os conflitos mundiais, representam uma humanidade em constante e rápido movimento, que precisa, por isso, ser reconhecida em suas peculiaridades. Daquela primeira experiência de *fin de siècle*, surgem outras novas gerações de direitos, que se podem dizer derivadas por especificação dos amplos conceitos de direitos humanos e, segundo uma análise *meta-histórica*, interdependentes, projetando-se a cada momento histórico como o acúmulo dos valores e experiências de tudo o anteriormente vivido. Já não se trata, *tout court*, de *dimensões* de direitos, de planos onde localizamos os direitos de cada momento histórico, mas de verdadeiras *gerações*, que são as variedades de direitos de cada tempo, que antes evoluem em linha ascendente em a qual vão se acumulando as cargas de experiências, em vez de uma ordem de sucessão linear.

Em razão disso, pode reconhecer-se nos direitos da *primeira geração* uma cláusula de irrenunciabilidade. Por mais que hoje tratemos de direitos humanos referidos a toda humanidade e que não descartemos a possibilidade de surgimento de uma nova geração de direitos, aqueles, os direitos de liberdade, os direitos de primeira geração, permanecem como verdadeiro arrimo de todo esse organismo vivo que chamamos de direitos humanos. Seja pelo aspecto instrumental, pois que muitos dos novos direitos podem ser entendidos como consequências – ou especificações – dos direitos ancestrais, seja pelo aspecto axiológico, que justifica um étimo fundante dos valores do homem, reconhecíveis como verdadeiros direitos.

E a forma de se lhes dar força jurídica e política, para além do aspecto harmônico em relação a todo conjunto de direitos fundamentais, é através de sua positivação na Constituição.

REFERÊNCIAS

- AGOSTINHO, Santo. **A cidade de Deus**. V. I. 2. ed. Tradução, prefácio, nota biográfica e transcrições de J. Dias Pereira. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996. Título original: De civitate Dei.
- AMARAL, Diogo Freitas do. **História das ideias políticas**. V. I. Coimbra: Almedina, 1998.
- BELKIN, Samuel. A filosofia do Talmud. **O caráter sagrado da vida humana na teocracia democrática judaica**. Tradução de Beatriz Telles Rudge e Derval Junqueira de Aquino Neto. São Paulo: Exodus Editora-Sêfer, 2003. Título original: In his image – the jewish philosophy of man as expressed in rabbinic tradition.
- BERLIN, Isaiah. **Quatro ensayos sobre la libertad**. Tradução de Julio Bayon. Madrid: Alianza Editorial, 1998. Título original: Four essays on liberty.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Título original: L'età dei diritti.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**. A filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000. Título original: Teoria generale della política.
- BROWN, Peter. **Santo Agostinho: uma biografia**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Record, 2005. Título original: Augustine of Hippo.
- CAETANO, Marcello. **Manual de ciência política e direito constitucional**. Tomo I. 6. ed. rev. e ampl. por Miguel Galvão Teles. Coimbra: Almedina, 1996.
- CHAMOUN, Ebert. **Instituições de direito romano**. 3. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1957.
- CHEVALIER, Jean-Jacques. **Las grandes obras políticas desde Maquiavelo hasta nuestros días**. Tradução para o espanhol de Jorge Guerrero R. Bogotá: Temis, 1997. Título original: Les grandes œuvres politiques.
- CÍCERO, Marco Túlio. **Da república**. 5. ed. Tradução de Amador Cisneiros. Rio de Janeiro: Ediouro, s/d. Título original: De republica.
- CÍCERO, Marco Túlio. **Dos deveres**. Tradução, introdução, notas, índice e glossário de Carlos Humberto Gomes. Lisboa: Edições 70, 2000. Título original: De officiis.
- COSTA, Joaquín. **La ignorancia del derecho**. Barcelona: Manuel Soler, 1901.
- CRETELLA JÚNIOR, J. **Curso de direito romano**. 13. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- CUNHA, Paulo Ferreira. **O ponto de Arquimedes: natureza humana, direito natural e direitos humanos**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 82.
- DRIVER, Stephanie Schwartz. **A declaração de independência dos Estados Unidos**. Tradução de Mariluce Pessoa. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.
- FALK, Ze'ev. **O direito talmúdico**. Tradução de Neide Terezinha Moraes Tomei e Esther Handler. São Paulo: Perspectiva, 1988.
- GICQUEL, Jean et HAURIU, André. **Droit constitutionnel et institutions politiques**. Paris: Éditions Montchrestien, 1985.
- GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Tradução para o espanhol de Antonio López Pina. Madrid: Editorial Trotta, 2006. Título original: Die Zukunft der Verfassung.
- HAURIU, André. **Droit constitutionnel et institutions politiques**. Paris: Éditions Montchrestien.

- HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. Título original: Staatslehre.
- HUME, David. **Ensaio morais, políticos & literários**. Tradução de Luciano Trigo. Rio de Janeiro: Topbooks, 2004.
- INGENIEROS, José. **Para uma moral sem dogmas**. Tradução, apresentação e notas de Isaac Sabbá Guimarães. Curitiba: Juruá, 2009. Título original: Para una moral sin dogmas.
- KANT, I. Para a paz perpétua. In: GUINSBURG, J. **A paz perpétua: um projeto para hoje**. Tradução de J. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 2004.
- KUJAWSKI, Gilberto de Mello. **Ortega y Gasset: a aventura da razão**. São Paulo: Moderna, 1994.
- MACHADO, J. Baptista. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. 9. reimpressão. Coimbra: Almedina, 1996.
- MAIMÔNIDES. Mishné Tora. **O livro da sabedoria**. Tradução do rabino Yaacov Israel Blumenfeld. Rio de Janeiro: Imago, 1992.
- MAIMÔNIDES. **Os 613 mandamentos**. Tradução de Giuseppe Nahaïssi. 3. ed. São Paulo: Nova Arcádia, 1990. Título original: Tariag ha-mitzvoth.
- MARITAIN, Jacques. **Humanismo integral: uma visão nova da ordem cristã**. 5. ed. Tradução de Afrânio Coutinho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1965. Título original: Humanisme intégral.
- MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. In: BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI Nicola et PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. V. 1. Tradução de João Ferreira et alii. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000. Título original: Dizionario di politica.
- MELO, Osvaldo Ferreira de. O papel da política jurídica na construção normativa da pós-modernidade. In: DIAS, Maria das Graças dos Santos; SILVA, Moacyr Motta; MELO, Osvaldo Ferreira de. **Política jurídica e pós-modernidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.
- MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- MOSSÉ, Claude. **Atenas: a história de uma democracia**. 3. ed. Tradução de João Baptista da Costa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. Título original: Histoire d'une democracie: Athènes.
- NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da moral: uma polêmica**. Tradução, notas e posfácio de Paulo César de Souza. 3. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. Título original: Zur Genealogie der Moral.
- NIETZSCHE, Friedrich. **O anticristo**. Anátema sobre o cristianismo. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2002. Título original: Der Antichrist.
- ORTEGA Y GASSET, José. **Meditações de Quixote**. Tradução de Gilberto de Mello Kujakski. São Paulo: Livro Ibero-Americano, 1967. Título original: Meditaciones del Quijote.
- ORTEGA Y GASSET, José. **El tema de nuestro tiempo**. In: Obras completas, tomo III. Madrid: Taurus, 2005.
- PAINE, Thomas. **Direitos do homem**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2005.
- PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 11 ed. rev. e atual. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium Editora, 2008.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Transito a la modernidad y derechos fundamentales. In: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio et FERNANDES GARCÍA, Eusebio (organizadores). **Historia de los derechos fundamentales**. Tomo I: Transito a la modernidad. Siglos XVI y XVII. Madrid: Dykinson, 1998.
- PÉREZ-PRENDES, José Manuel. **Instituciones medievales**. Madri: Editorial Sintesis, 1997.
- PINON, René. La conception britannique de la liberte. **Revue Politique et Parlementaire**, t. CCXXVII, octobre-décembre, 1938.
- PLATÃO. **A república**. 3. ed. Tradução de Sampaio Marinho. Portugal (s/l): Publicações Europa-América, s/d.

REY CANTOR, Ernesto. **Teorías políticas clásicas de la formación del estado**. 3. ed. Bogotá: Temis, 1996.

SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. **Habeas corpus**: críticas e perspectivas (um contributo para o entendimento da liberdade e de sua garantia à luz do direito constitucional). 3. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006.

SARTORI, Giovanni. **A política**: lógica e método nas ciências sociais. Tradução de Sérgio Bath. 2 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. Título original: La política: logica e metodo in scienze sociali.

SKINNER, Quentin. **As fundações do pensamento político moderno**. Tradução de Renato Janine Ribeiro e de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. Título original: The foundations of modern political thought.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Tradução castelhana de Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1982.

SPINOZA, Baruch. **Tratado teológico-político**. Tratado político. Tradução para o espanhol de Enrique Tierno Galván. 3. ed. Madri: Tecnos, 1996.

TOMÁS DE AQUINO, S. **Suma teológica**. V. III (I-II, q 21, art. 4, 3). São Paulo: Loyola, 2003. Título original: Summa theologiae.

TOURAINÉ, Alain. **Um novo paradigma**. Para compreender o mundo de hoje. Tradução de Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 2005. Título original: Un nouveau Paradigme.

TUCÍDIDES. **História da guerra do Peloponeso**. Tradução de Mário da Gama Kury. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

VOLTAIRE. **Dictionnaire philosophique**. Paris: Flammarion, s/d.

VOVELLE, Michel. **A revolução francesa**. 1789-1799. Tradução de Pedro Elói Duarte. Lisboa: Edições 70, 2007. Título original: La révolution française, 1789-1799.

REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE A VIABILIDADE DE UM “CONSTITUCIONALISMO DO FUTURO” NO BRASIL: EXEGESE VALORATIVA¹

CRITICAL REFLECTIONS ABOUT THE VIABILITY OF A
"CONSTITUTIONALISM OF THE FUTURE" IN BRAZIL: EXEGESIS OF VALUES

Rafael José Nadim de Lazari²

Resumo

Através dos métodos histórico, comparativo e dedutivo, este texto discorre sobre aquele que seria o sucessor do neoconstitucionalismo, a saber, o "constitucionalismo do futuro". Isto posto, em primeiro lugar, o estudo irá abranger as premissas básicas deste fenômeno, desenvolvido por José Roberto Dromi. Neste sentido, será visto se as características do "constitucionalismo do futuro" são, realmente, "do futuro", se já estão institucionalizadas na legislação em vigor – mas carentes de realização -, ou, se, simplesmente, representam as aspirações daquele que defende essas premissas. No final, tomando uma posição, dar-se-á parecer valorativo sobre o tema.

Palavras-chave: "Constitucionalismo do futuro". Neoconstitucionalismo. Normas constitucionais programáticas. Força normativa da Constituição Federal.

Abstract

Trough methods historical, comparative and deductive, this text discusses about that what would be the successor of neoconstitutionalism, ie, the "constitutionalism of the future." So, first, the study will cover the basic premises this phenomenon, developed by Jose Roberto Dromi. In this vein, will be seen if the characteristics of "constitutionalism of the future" are, really, "of the future", if are already institutionalized in the current legislation - but lacking in accomplishment -, or, if, merely, represents the aspirations of those who defends these premises. In the end, will be given a valorative opinion about the theme.

Keywords: "Constitutionalism in the future." Neoconstitutionalism. Constitutional programatic norms. Normative force of the Federal Constitution.

¹ Artigo recebido em: 18/04/2011. Pareceres emitidos em: 10/06/2011 e 14/07/2010. Aceito para publicação em: 12/09/2011.

² Advogado, consultor jurídico e parecerista. Mestrando-bolsista (CAPES/PROSUP Modalidade 1) em Direito pelo Centro Universitário "Eurípides" de Marília/SP – UNIVEM. Pesquisador do Grupo de Iniciação Científica "Novos Rumos do Processo de Conhecimento", sob orientação do Prof. Dr. Gelson Amaro de Souza. Colaborador permanente de diversos periódicos especializados de Direito. E-mail: rafa_scandurra@hotmail.com.

Sumário: 1. Linhas prolegominais. 2. Breve síntese da evolução constitucionalist.; 3. Sobre as premissas do “constitucionalismo do futuro”, por José Roberto Dromi; 4. Sobre a viabilidade de um “constitucionalismo do futuro” no Brasil: plausibilidade, repetitividade ou utopia?. 5. Linhas derradeiras; 6. Referências bibliográficas.

1 LINHAS PROLEGOMINAIS

Nunca o fenômeno constitucionalista ocidental esteve tão perto dos direitos e garantias fundamentais como nos tempos atuais. Tal movimento ganhou fôlego, sobretudo, a partir do pós-Segunda Grande Guerra, e, desde então, tem milagrosamente germinado em ambiente lúgubre, se observadas problemáticas como a Guerra Fria, os conflitos separatistas regionalizados, a invasão ocidental a países da “lua crescente”, o populismo latino-americano, o combate ao Terror, dentre tantas outras adversidades.

Respostas a este paradoxo não faltam, mas é certo que são apenas suposições, com maior ou menor grau de fundamentação. No *campo político*, o advento do globalismo, do multiculturalismo, a adesão maciça aos blocos econômicos (sobretudo, o fortalecimento e a expansão da União Europeia), a criação de tribunais internacionais de julgamento de crimes de guerra e contra a humanidade, e as Nações Unidas, podem ser argumentos justificadores deste fenômeno binomial constitucionalismo/direitos e garantias fundamentais. No *campo jurídico*, a Lei Fundamental da Bonn³, a crise do positivismo⁴ e a volta de elementos

³ Promulgada aos 23 de maio de 1949, fundadora da República Federal da Alemanha, a Lei Fundamental de Bonn consistiu num paradigma inovador da própria noção de Estado Constitucional, conforme se pode extrair de suas características: “(i) a importância dada aos princípios e valores como componentes elementares dos sistemas jurídicos constitucionalizados, (ii) a ponderação como método de interpretação/aplicação dos princípios e de resolução dos conflitos entre valores e bens constitucionais, (iii) a compreensão da Constituição como norma que irradia efeitos por todo o ordenamento jurídico, condicionando toda a atividade jurídica e política dos poderes do Estado e até mesmo dos particulares em relações privadas, (iv) o protagonismo dos juízes em relação ao legislador na tarefa de interpretar a Constituição, e (v) a aceitação de alguma conexão entre Direito e Moral”. (Discurso proferido em 25.5.2009 na Embaixada da República Federal da Alemanha, por ocasião dos 60 anos da Lei Fundamental de Bonn. s/n. In <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/discAlemanha.pdf>>. Acesso em: 24 nov. 2010).

⁴ Lenio Luiz Streck (2009, p. 62) evidencia essa crise quando questiona o fato de se pensar um direito imune às influências metajurídicas em sua análise hermenêutica, como previa o positivismo em essência: “Nesse sentido há uma pergunta que se torna condição de possibilidade: por que o direito estaria “blindado” às influências dessa revolução paradigmática? Aliás, talvez por assim se pensar – e a dogmática jurídica e até mesmo algumas posturas que se pretendem críticas

metajurídicos ao direito⁵, bem como o sentido jurídico atribuído às Constituições⁶, também podem ser consideradas algumas respostas.

Sem mais delongas, este artigo não almeja debruçar-se meramente sobre a evolução do constitucionalismo, até porque isso não é trabalho para as poucas páginas de um artigo científico. Ateremo-nos apenas a pontos nevrálgicos, meramente exemplificativos, de cada etapa evolucionista, que serão importantes quando o trabalho desembocar em seu eixo central, que é o “constitucionalismo do futuro” (ou “constitucionalismo por vir”), e as sete premissas desenvolvidas por José Roberto Dromi⁷. Desculpamo-nos, então, de antemão, por eventual omissão desagradável aos olhos e à opinião do leitor.

Isto posto, insta saber de que forma pode-se enxergar o futuro do constitucionalismo, no intento de corrigir os excessos e devaneios neoconstitucionais⁸, sem, contudo, repetir os percalços criados pelo positivismo extremado à implementação de direitos fundamentais.

Mas isso já é assunto para outro capítulo.

apostam na presença da filosofia do direito tão somente como “capa de sentido” – *é que o direito continua até hoje refém, de um lado, do objetivismo e, de outro, do solipsismo próprio da filosofia da consciência*. Ou seria possível conceber o direito isolado das transformações ocorridas na filosofia (da linguagem)?”. (grifei)

⁵ Vide nota explicativa nº 1.

⁶ Cf. Luís Roberto Barroso (2000, p. 68), em análise ao ideário de Konrad Hesse: “Na vertente liberal, Konrad Hesse, em lição primorosa, assinala que a Constituição jurídica vem condicionada pela realidade histórica. Mas ela não é apenas a expressão da realidade de cada momento. Graças ao seu caráter normativo, ordena e conforma à sua vez a realidade social e política. Dessa coordenação correlativa entre o ser e o dever ser derivam as possibilidades e, ao mesmo tempo, os limites da força normativa de uma Constituição. E essa força normativa não se baseia apenas em adaptação inteligente às circunstâncias: a Constituição jurídica tem uma significação autônoma, ainda que apenas relativa”.

⁷ José Roberto Dromi (1997).

⁸ Cf. Daniel Sarmiento (2009, p. 52-53), que levanta três acertadas críticas ao neoconstitucionalismo: “a) a de que seu pendor justicialista é anti-democrático; b) a de que a sua preferência por princípios e ponderação, em detrimento de regras e subsunção, é perigosa, sobretudo no Brasil, em razão de singularidades da nossa cultura; e c) a de que ele pode gerar uma panconstitucionalização do Direito, em detrimento da autonomia pública do cidadão e da autonomia privada do indivíduo”.

2 BREVE SÍNTESE DA EVOLUÇÃO CONSTITUCIONALISTA

Como força reativa equivalente aos movimentos absolutistas do período medieval, e como embrionário da concretização futura dos Estados Nacionais, o constitucionalismo surgiu em oposição ao caráter divino e/ou imperativo do monarca, num tentame de impor limitação ao poder e seus desdobramentos negativos, como o autoritarismo e a censura⁹. Com efeito, em que pesem as diversas fases pela qual o constitucionalismo passou¹⁰, sempre lhes foram características comuns, em maior ou menor grau de intensidade, a limitação ao governo dos homens, a separação de funções e a garantia de direitos¹¹.

Sendo assim, de início, como primeira fase tem-se o *constitucionalismo antigo*, identificado por Karl Loewenstein¹² entre os hebreus e nas Cidades-Estado gregas.

Mas, na forma mais robusta e nos moldes primários do que se vive hoje, o constitucionalismo somente ganhou força na *Idade Média*, com a Magna Carta de 1215, com a *Petition of Rights*, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, e o *Bill of Rights*, de 1689. A importância do período consiste nas primeiras Cartas escritas e nos primeiros resquícios de proteção de direitos individuais.

⁹ Neste sentido, oportunas as palavras de André Ramos Tavares (2003, p. 13): Em todas as suas fases sucessivas, o constitucionalismo apresentou um traço constante, desde o início, *que é a limitação do governo pelo Direito, as denominadas "limitações constitucionais"*. Essa é a nota mais antiga e, ao mesmo tempo, a mais recente, no constitucionalismo. *Opõe-se, desde sua origem, ao governo arbitrário.* (grifei).

¹⁰ Joaquim José Gomes Canotilho (1999, p. 47) defende um constitucionalismo *uno*, mas com vários "movimentos constitucionais" em seu conteúdo: "Será preferível dizer que existem diversos *movimentos constitucionais* com corações nacionais mas também com alguns elementos de aproximação entre si, fornecendo uma complexa tessitura histórico-cultural. E dizemos ser mais rigoroso falar de vários *movimentos constitucionais* do que de vários constitucionalismos porque isso permite recortar desde já uma noção básica de *constitucionalismo*".

¹¹ Neste sentido, as palavras de Gerardo Pisarello (2007, p. 159), que demonstram a preocupação do constitucionalismo com estas questões: "En ese marco, ha supuesto también un desafío central al paradigma constitucional entendido como *sistema de vínculos y controles a los poderes públicos e privados en beneficio de los derechos de las personas*". (grifei). Em mesma sintonia, Mário Lúcio Quintão Soares (2006, p. 48): "Ambos, o Estado e o constitucionalismo, lastreiam-se na garantia dos direitos fundamentais e na separação de poderes, compreendidos como identidade e rosto do Estado democrático de direito".

¹² Karl Loewenstein (1970).

Posteriormente, tem-se o *constitucionalismo clássico (ou liberal)*, que se inicia com a Constituição dos Estados Unidos da América, em 1787, e com a Constituição Francesa, de 1791, que durou apenas dois anos, e que teve como preâmbulo a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Neste período, inaugura-se a característica da rigidez constitucional, e é justamente nesta etapa de constitucionalismo rígido que surge a ideia de supremacia formal da Constituição, o que desencadeia, por consequência, o Controle de Constitucionalidade, surgido em 1803, pela via difusa, no famoso caso *Marbury vs. Marshall*. Além disso, juntamente com a já propalada ideia de supremacia constitucional, vem a atribuição ao Poder Judiciário de assegurá-la. Por fim, é dentro do constitucionalismo liberal que surge a primeira dimensão de direitos fundamentais (valor liberdade), feita, no Brasil, por Paulo Bonavides.

No período pós-Primeira Grande Guerra, inicia-se a etapa mais curta – porém, não sem menor importância - do movimento constitucionalista, a saber, o *constitucionalismo moderno (ou social)*. Com efeito, o liberalismo burguês cômodo, não intervencionista e exclusivista se revelou improfícuo em face das demandas sociais do período, o que levou à bancarrota o Estado *Gendarme* e o constitucionalismo liberal, clarificando-se a necessidade de uma onipresença estatal na vida cotidiana. Vale lembrar que a Europa estava devastada por um primeiro conflito de caráter mundial, havia feridas não cicatrizadas materializadas pela “paz aparente” do Tratado de Versalhes, e o socialismo “soprava do vento leste”. É neste período que surge o positivismo jurídico, em substituição ao *jusnaturalismo* do período anterior, separando *direito* e *moral*. Ademais, é durante o constitucionalismo social que surge a segunda dimensão de direitos fundamentais, predominantemente individual, ligada à igualdade, bem como as chamadas “garantias institucionais”¹³.

Mas, como dito alhures, o constitucionalismo moderno pouco durou, pois, entre o final da década de 1930 e o primeiro lustro dos anos 1940, a ascensão das “ditaduras democráticas” nazifascistas mergulhou o mundo em outra Grande Guerra. Ao seu fim, surge o *constitucionalismo contemporâneo (ou “neoconstitucionalismo”)* (ou, ainda, “*pós-positivismo*”), que perdura até hoje. É aqui que o discurso começa a

¹³ Clarividente, neste período, a influência das Constituições Mexicana, de 1917, e da República de Weimar, de 1919, bem como a ameaça da bem-sucedida Revolução Bolchevique, de 1919, o que fez com que direitos sociais passassem a ser previstos nos Textos Constitucionais ocidentais muito mais por temor à “Cortina de Ferro”, que por benevolência propriamente dita.

ser no sentido de superar a dicotomia entre direito natural e direito positivo, equacionando os valores “justiça” e “segurança jurídica”. É nesta fase, também, que surge a terceira dimensão de direitos fundamentais, ligada à fraternidade (predominantemente coletiva), e o Estado Democrático de Direito.

Acerca do “neoconstitucionalismo”, ainda, há imperiosa consideração a ser feita, e que muita influenciará nas argumentações do trabalho em elaboração, qual seja, a ideia de *normatividade da Constituição*, cujo maior expoente é Konrad Hesse. Melhor explicando, através da “normatividade”, subtrai-se o viés preeminente político de um Texto Supremo, para atribuir-lhe sentido jurídico (vide nota explicativa nº 4), confirmando a tendência iniciada já no constitucionalismo clássico. Com isso, solidifica-se a ideia de superioridade constitucional e os desdobramentos deste fenômeno, como a filtragem constitucional, a ideia de constitucionalização do direito, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, e o fortalecimento do Poder Judiciário (hoje, chega-se a falar na “judicialização da política”, inclusive).

E, existe alguma coisa depois do constitucionalismo contemporâneo? Isso será melhor visto no próximo tópico.

3 SOBRE AS PREMISSAS DO “CONSTITUCIONALISMO DO FUTURO”, POR JOSÉ ROBERTO DROMI

Em linhas primeiras, o “constitucionalismo do futuro” consiste numa projeção do que haveria depois do neoconstitucionalismo, em analisando as mudanças dessa etapa atual, as críticas que lhe vêm sendo feitas, e o sobrepujamento evolucionista natural do fenômeno constitucionalista. Também chamado de “constitucionalismo vindouro”, ou de “constitucionalismo por vir”, sobre o tema destacam-se as ideias de José Roberto Dromi, jurista argentino, que prevê um equilíbrio entre os atributos do constitucionalismo moderno e os excessos do constitucionalismo contemporâneo.

Para o autor, as Constituições do futuro teriam sete valores fundamentais supremos: verdade, solidariedade, consenso, continuidade, participação da sociedade na política, integração, universalização dos direitos fundamentais para todos os povos do mundo¹⁴.

¹⁴ Pedro Lenza (2009, p. 07-08) traz uma breve síntese explicativa destas premissas: “O constitucionalismo do futuro sem dúvida terá de consolidar os chamados *direitos humanos de*

Melhor discorramos sobre cada um deles, dissecando o entendimento de Dromi.

Por *verdade*, entende-se a preocupação com a necessidade de promessas factíveis pelo Constituinte. De nada adiantaria uma Carta dotada de excessivo protecionismo, mas destituída de qualquer exequibilidade. Seria o desvencilhamento, do Texto Constitucional, de tudo aquilo que pode constituir mera carta de intenções, elaborada sem qualquer fundamento ou cientificidade. Em outras palavras, seria o equivalente a dizer que “cada Estado tem a Constituição que *pode ter*”, isto é, respeitadas regras mínimas e suficientes de previsão de direitos fundamentais, em todas as suas subespécies (direitos individuais, direitos sociais, direitos políticos etc.), ficaria o constituinte impedido de enganar seu povo¹⁵.

Ademais, denota-se, já nesta primeira característica, um claro acoplamento entre os constitucionalismos moderno e contemporâneo, ao passo que

terceira dimensão, incorporando à ideia de constitucionalismo social os valores do constitucionalismo fraternal e de solidariedade, avançando e estabelecendo um equilíbrio entre o constitucionalismo moderno e alguns excessos do contemporâneo [...]. Trata-se da constituição do “por vir”, com os seguintes valores: verdade: a constituição não pode mais gerar falsas expectativas. O constituinte só poderá “prometer” o que for viável de cumprir, devendo ser transparente e ético; solidariedade: trata-se de nova perspectiva de igualdade, sedimentada na solidariedade dos povos, na dignidade da pessoa humana e na justiça social; consenso: a constituição do futuro deverá ser fruto de consenso democrático; continuidade: ao se reformar a constituição, a ruptura não pode deixar de levar em conta os avanços já conquistados; participação: refere-se à efetiva participação dos “corpos intermediários da sociedade”, consagrando-se a ideia de democracia participativa e de Estado de Direito Democrático; integração: trata-se de previsão de órgãos supranacionais para a implementação de uma integração espiritual, moral, ética e institucional entre os povos; universalização: refere-se à consagração dos direitos fundamentais internacionais nas constituições futuras, fazendo prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana de maneira universal e afastando, assim, qualquer forma de desumanização”.

¹⁵ André Ramos Tavares (2003, p. 14) tece posicionamento diferente, complementar, acerca da *verdade*: “Importa salientar, aqui, o constitucionalismo da verdade. Nesta referência existem duas categorias de normas a serem analisadas. “Uma parcela, que é constituída de normas que jamais possam ser programáticas e são praticamente inalcançáveis pela maioria dos Estados; e outra sorte de normas que não são implementadas por simples falta de motivação política dos administradores e governantes responsáveis”. “As primeiras precisam ser erradicadas dos corpos constitucionais, podendo figurar, no máximo, apenas como objetivos a serem alcançados a longo prazo, e não como declarações de realidade utópicas, como se bastasse a mera declaração jurídica para transformar-se o ferro em ouro. As segundas precisam ser cobradas do Poder Público com mais força, o que envolve, em muitos casos, a participação da sociedade na gestão das verbas públicas e a atuação de organismos de controle e cobrança, como o Ministério Público, na preservação da ordem jurídica e consecução do interesse público vertido nas cláusulas constitucionais”.

institucionaliza a Reserva do Possível como elementar mitigadora da aplicação de preceitos *magno*¹⁶, mas salvaguarda o mínimo existencial¹⁷.

Já por *solidariedade*, entendemos que deste valor elencado por Dromi extrai-se um triplo significado: *primeiro*, o de solidariedade entre os povos; *segundo*, o de necessidade de implementação expressa desta dimensão fraternitária de direitos fundamentais nas Constituições ocidente afora, algo que poucos Textos fazem explicitamente. A Constituição Federal pátria, *p. ex.*, em momento algum consagra um Princípio da Solidariedade de maneira expressa, a exemplo do que faz com a Igualdade e a Liberdade, içadas à categoria fundamental de direitos¹⁸.

Noutro enfoque, o *terceiro*, a solidariedade pode ser vista como um clamor aos tempos de cooperação e tolerância, bem como de redução de desigualdades étnicas, religiosas, raciais, etc., almejando o agrupamento, independentemente de qualquer ideologia, sob uma mesma batuta, que é uma Constituição. As Constituições deixariam de ser um mecanismo equacionador de igualdade entre diferentes filosofias e preocupado excessivamente com as minorias, como acontece hoje.

O *consenso*, por sua vez, grande relação guarda com a solidariedade. Com efeito, sabe-se que gente das mais diferentes matizes políticas se une para elaborar

¹⁶ Em sentido contrário, Andreas J. Krell (2002, p. 52-54): “Segundo o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, esses direitos a prestações positivas (*Teilhaberechte*) “estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade”. Essa teoria impossibilita exigências acima de um certo limite básico social; a Corte recusou a tese de que o Estado seria obrigado a criar a quantidade suficiente de vagas nas universidades públicas para atender a todos os candidatos [...]. Pensando bem, o condicionamento da realização de direitos econômicos, sociais e culturais à existência de “caixas cheias” do Estado significa reduzir a sua eficácia a zero; a subordinação aos condicionantes econômicos relativiza sua universalidade, condenando-os a serem considerados “direitos de segunda categoria”. Num país com um dos piores quadros de distribuição de renda do mundo, o conceito da “redistribuição” (*Umverteilung*) de recursos ganha uma dimensão completamente diferente”.

¹⁷ Acerca do “mínimo”, oportunas as palavras de Ana Carolina Lopes Olsen (2008, p. 318): “Todavia, ainda que a definição de um mínimo existencial possa variar, é possível reconhecer que determinadas prestações materiais incumbidas ao Estado pelo constituinte são essenciais para a manutenção da vida humana com dignidade. Sempre que a vida humana, e a personificação do homem (em contraposição à ideia de coisificação do homem) estiverem em risco, poderá o intérprete aquilatar a presença do mínimo existencial (Ana Carolina, fls. 318).

¹⁸ A única previsão de solidariedade na Constituição Federal está no art. 3º, I: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais de República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e *solidária*”. (grifei).

leis, decretos, e, principalmente, Constituições. Neste prumo, em pensando numa decisão incondicional, com absoluta aprovação, aqui o consenso se faz desnecessário. A maioria já basta.

Agora, como acontece na maior parte das vezes, a diversidade de argumentos e ideologias faz com que se impossibilite uma decisão unânime. Isso é uma consequência natural do pluralismo político. É aqui que entra em cena o consenso, consubstanciado na capacidade de fazer valer aquilo que um grupo, *não necessariamente uma maioria*, decidiu, sem que haja rupturas neste processo decisório. Disso infere-se, pois, que o consenso não significa maioria, como erroneamente se possa pensar. Pelo contrário, pressupõe a manutenção da iquebrantabilidade da ordem democrática, com a adesão solidária da parte que consentiu, consensualmente, em prol de um interesse maior.

Dando prosseguimento, a *continuidade* deve ser analisada sob dos dois ângulos distintos: o *primeiro* consiste na necessidade de uma Constituição respeitar a história de um país. As Constituições podem ser consideradas os “Estatutos Vigentes” de uma Nação, mas não implicam, necessariamente, no surgimento desta, salvo se na condição de Constituições históricas. Ora, é óbvio que uma Carta é capaz de definir diretrizes múltiplas para o povo que tutela, mas em momento algum deve desrespeitar a história do país e das pessoas que por sua unidade e prosperidade lutaram. Isso representa a continuidade do ciclo evolutivo de um *país*. Já num *segundo* enfoque, continuidade pode ser entendida como a escala desenvolvimentista de um *povo*. Deve-se visar, sempre, ao desenvolvimento de direitos, partindo não de uma “folha em branco”, mas dos direitos já consagrados hoje, buscando sempre melhorá-los, nunca piorá-los.

Em suma, pois, deve-se privilegiar a continuidade, vez que qualquer ruptura profunda a um ordenamento, ou a excessiva alteração a uma Constituição, pode constituir ato pernicioso, violador desta característica¹⁹.

A *participação* refere-se à necessidade de influência da sociedade na política, o que representa um avanço no processo democrático, ao passo que

¹⁹ Cf. José Roberto Dromi *apud* André Ramos Tavares (2003, p. 14): “[...] é muito perigoso em nosso tempo conceber Constituições que produzam uma ruptura da lógica dos antecedentes, uma descontinuidade com todo o sistema precedente”.

transpassa a mera condição de alistável do cidadão, para incluí-lo como voz a ser ouvida na tomada de direções. Em outras palavras, mais que o direito de voto, o cidadão passa a ter direito de voz.

De outra forma, esta participação também pode ser encarada como o controle dos atos, típicos e atípicos, praticados pelos integrantes das três esferas de funções, bem como a verificação do atendimento dos princípios inerentes à Administração Pública.

A penúltima característica, *integração*, consiste na comunhão entre os povos, por meio de políticas e órgãos transnacionais. Valendo-se do encurtamento de distâncias provocado pelo desenvolvimento das telecomunicações e dos meios de transporte, bem como do respeito para com o estrangeiro em prol da reciprocidade, tal característica representa o rompimento dos feudos a que se resumiram alguns povos nos últimos tempos, para disponibilizá-los outros pontos de vista, desde que respeitada sua identidade e cultura embrionária.

Por fim, a última característica é a *universalização* dos direitos fundamentais para todos os povos do mundo. Seria a busca de uma “fórmula mágica fundamental”, com a dignidade da pessoa humana como denominador comum, que pudesse ser aplicada em qualquer parte do mundo, da desenvolvida Alemanha, *p. ex.*, aos ditos países subdesenvolvidos.

4 SOBRE A VIABILIDADE DE UM “CONSTITUCIONALISMO DO FUTURO” NO BRASIL: PLAUSIBILIDADE, REPETITIVIDADE OU UTOPIA?

Postas, no tópico anterior, as sete características fundamentais do “constitucionalismo do futuro” de Dromi, convêm responder às indagações feitas no capítulo em desenvolvimento: é plausível um “constitucionalismo vindouro”? É utópico? Ou é uma mera repetição conglobada de institutos outrora já desenvolvidos nas outras etapas constitucionalistas?

Com efeito, consignando, desde já, o respeito a opiniões divergentes, merece acolhida entendimento pelo qual não existe um “constitucionalismo do futuro”. Não nos moldes propostos por seu criador, ao menos. Tratam-se de

proposições que, *ou* refletem o ânimo de quem as escreve, *ou* já estão institucionalizadas por meio de mecanismos similares, *ou* são, simplesmente, incríveis.

Discorramos sobre cada uma delas, agora com visão crítica.

Acerca da *verdade*, é fato que mostra-se como medida salutar a não assunção, pelo constituinte, de compromissos desprovidos de concretude. O problema é que, no Brasil, superado um primeiro momento de euforia de reabertura política e de democracia plena, em que uma ideia de *welfare-state* ecoou incondicionadamente pela doutrina constitucional, pode-se dizer que as funções estatais colocaram um “pé no freio” quanto à possibilidade de atingimento irrestrito de pessoas.

Ora, é farta a jurisprudência brasileira atestando a incapacidade do Estado em atender a todas às necessidades constitucionalmente previstas. Basta ver as questões envolvendo internações hospitalares à base de comando judicial, o abarrotamento do sistema prisional e a conseqüente soltura de presos por essa razão, o fornecimento de medicamentos e a busca de critérios pelo STF mediante a utilização de audiências públicas etc. Afinal, o que mais é isso que não o compromisso com a verdade? A atestação de incapacidade estatal em atender e solucionar as mazelas sociais é a demonstração da verdade, nua e crua, de que o Estado não é onipresente o bastante como um dia pensou o bem-estar social.

Noutra esfera argumentativa, sabe-se que há normas constitucionais sociais carecendo de regulamentação infraconstitucional, e, dentre estas, estão aquelas de princípio programático, consistentes em regras e princípios que preveem a implementação de diretrizes e programas de governo e que, desde que perderam sua conotação política que quase as levou à “falência”, vem-se pacificando o entendimento, no Supremo Tribunal Federal, de que as tais normas não podem se transformar numa promessa incosequente dos Poderes Públicos fraudando a expectativa do povo. Essa é outra demonstração de compromisso com a verdade, que não precisa ocorrer somente “no futuro”.

No que atine à *solidariedade* e à *integração* entre os povos, tais características talvez pudessem melhor servir como norte para espaços ideologicamente delimitados pelo ódio entre extremistas e conservadores, xiitas e sunitas, israelenses e palestinos, indianos e paquistaneses etc. O Brasil é formado

por uma identidade miscigenada, não-perfeita, é verdade, mas longe de ser um problema em nível de beligerância ou de guerra civil interna²⁰.

Sobre a *integração*, aliás, insta frisar que já adota-se uma política diplomática do diálogo, que permite à Nação negociar, ao mesmo tempo, com o Irã e os EUA, *p. ex.* Sem contar o relacionamento pacífico com os vizinhos do sul, dos Andes e do Caribe, bem como a posição de destaque e liderança no Mercosul.

Além desta questão política integradora favorável, existem outros instrumentos que podem ser extraídos do Princípio da Solidariedade, ainda que não esteja o mesmo expressamente disposto na Constituição Federal, como é o caso das ações afirmativas, do mecanismo securitário social de arrecadação de muitos para custeio de alguns, da distribuição de competências tributárias e de tributos etc.

Tais dados somente confirmam que a solidariedade, num país como o Brasil, jamais poderia ser dispensada, obviamente, mas que não constitui extrema urgência sua previsão no ordenamento pátrio como necessidade de diminuir discrepâncias.

No pertinente ao *consenso*, sabe-se que há muito as Constituições ocidente afora deixaram de ser sinônimo de maioria. Isso se deu, inclusive, com a transição do viés político para um enfoque jurídico das Constituições pós-Segunda Grande Guerra (vide, mais uma vez, nota explicativa nº 4). Até porque, do contrário, se estaria legitimando a perpetuação da maioria no poder, o esmagamento das minorias, e o impedimento de ascensão destas últimas a um nível maior de influência na tomada de decisões político-administrativas pátrias. Isto posto, fato é que, com a *supramencionada* transição, as Constituições tornaram-se o mecanismo de manutenção destas minorias e de controle das majorias. Em termos práticos, atualmente, uma Constituição pode representar tanto uma vontade da maioria, como uma vontade da minoria, assim como pode vetar tanto maioria como minoria.

Neste diapasão, se foi dito que o consenso de Dromi representa o respeito a uma decisão não necessariamente majoritária, como forma de assegurar a iquebrantabilidade da ordem constitucional, significa que as Constituições atuais

²⁰ Ademais, a Constituição Federal, em seu art. 4º, prevê o seguinte: “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas duas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] IX – *cooperação entre os povos para o progresso da humanidade*”. Isso é mais um elemento que confirma que a solidariedade, no Brasil, não é uma premissa “do futuro”.

tornaram-se sinônimo de consenso. Logo, desnecessário falar em consenso como uma premissa “do futuro”, se este pressuposto está em plena aplicabilidade hodierna.

No que tange à *continuidade*, partida em dois enfoques no capítulo anterior, reconhece este autor haver falha em uma de suas facetas, que não recomenda alterações excessivas numa Constituição como forma de garantir sua concretização e um estado de tranquilidade aos por elas tutelados, no Brasil. Infelizmente, esse é um “costume maldito” que persiste, apesar da rigidez constitucional e do quórum específico para Emenda. Não que algumas não fossem necessárias, mas quanto a outras alterações, seria preciso uma discussão mais aprofundada de sua introdução na Magna Carta pátria, vez que, ao diluir-se, a conta-gotas, o Poder Constituinte Originário, vai-se retirando, também, a identidade atribuída por uma Constituição a um país. Não que se defenda o interpretativismo originalista²¹, mas algo temos a aprender com a experiência, bem-sucedida e única, norte-americana, de 1787.

No mais, ainda falando em continuidade, há que se defender, por outro lado, que seu enfoque que denota a necessidade de ampliação contínua de direitos e garantias fundamentais, sobretudo os sociais, com um mínimo possível de involuções e retardos, também já encontra implementada no constitucionalismo atual, na forma da Proibição do Retrocesso²².

Dando prosseguimento, no tocante à *participação* da sociedade na vida política, obtempera-se que o Brasil já dispõe de inúmeros mecanismos efetivadores de tal pressuposto, como é o caso do assento eclético no Conselho Nacional de Justiça, pós EC nº 45/2004²³, de instrumentos de vontade popular, como plebiscito,

²¹ Cf. Elival da Silva Ramos (2010, p. 130), por *interpretativismo originalista* deve-se entender a teoria de interpretação constitucional que toma o texto da Constituição tão autoritariamente como o textualismo. A diferença é que olham os originalistas, para além de uma linguagem textual, para o significado que os constituintes ou as ratificações pretenderam dar ao texto.

²² Cristina M. M. Queiróz (2002, p. 151), em análise à obra de J. J. Gomes Canotilho, afirma: “Os direitos econômicos, sociais e culturais, garantidos por *normas de escalão constitucional*, dispõem de *vinculatividade normativa geral* [...]. Implicam, genericamente, segundo Gomes Canotilho: [...] c) e, por último, a *proibição do retrocesso social*, querendo com isso significar que, uma vez consagradas legalmente as “prestações sociais” (v. g., de assistência social), o legislador não pode depois eliminá-las sem alternativas ou compensações”.

²³ Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo: [...] XIII – dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal”.

o referendo e a iniciativa popular (art. 14, I, II e III, CF), além, é claro, dos *writs* constitucionais, como o Mandado de Segurança (art. 5º, LXIX, CF), o Mandado de Injunção (art. 5º, LXXI), o Habeas Data (Art. 5º, LXXII), e a Ação Popular (art. 5º, LXXIII).

Por fim, como última premissa elencada por Dromi, constitutiva do “constitucionalismo do futuro”, situa-se a *universalização* dos direitos fundamentais para todos os povos do mundo. Aqui reside, na opinião deste autor, o elemento de maior discordância como um pressuposto “do futuro”.

Com efeito, ao longo desta obra, o leitor mais atento certamente deve ter percebido que se utilizou a expressão “Constituições *ocidente* afora”, e não “Constituições mundo afora”, dividindo, temerariamente, o mundo em apenas duas partes, por um mero meridiano, e resguardando as características do constitucionalismo exclusivamente ao oeste.

Isto porque este autor, – como a primeira premissa de Dromi –, tem um compromisso com a *verdade*, e não pode deixar-se enganar sobre a pérfida possibilidade de uma homogeneidade constitucional entre oriente e ocidente. Os argumentos são múltiplos, da natureza legal à consuetudinária, da regra ao axioma, dentre os quais se pode, resumidamente, afirmar que toda a concepção evolutiva do constitucionalismo que se estuda atualmente é feita *com base em institutos de países que compõem o bloco ocidental*, como é o caso dos EUA, da Alemanha, da Inglaterra e da França. Ademais, ao se estudar os sistemas jurídicos, muito se fala do *common law* anglo-saxão e do *civil law* franco-romano-germânico, mas pouco ou nada se fala do direito soviético, do direito chinês e do direito árabe, *p. ex.*

Longe, aqui, querer criticar estes sistemas, até porque, vale reafirmar, pouco se sabe sobre eles. E por pouco deles se saber é que seria extremamente pretensioso estender para o “lado de lá” os nossos direitos fundamentais, em prol de uma pretensa e tendenciosa universalização. Até porque a hipocrisia não pode ser esquecida: ao exportar *nossos* ditos direitos fundamentais, isso seria chamado “universalização”; ao importar os direitos *deles* ditos fundamentais, isso seria considerado uma afronta ao marco civilizatório e democrático alcançado pelo ocidente.

Ora, é ululante a impossibilidade de se conviver com uma Constituição mundial dotada de completude de essência, tão menos com uma gama estendida de direitos fundamentais. Uma Constituição mundial seria mera proposição teórica, desprovida de aplicabilidade, ou é de se acreditar que a Coréia do Norte respeitaria o direito à liberdade de expressão? Que a China deixaria de ser uma grande poluidora?

Por outro lado, partindo de “lá” pra “cá”, será que aceitaríamos as extenuantes jornadas de trabalho chinesas como compatíveis com os Direitos Sociais aqui solidificados? E a poligamia árabe? E as ampliadas hipóteses de pena de morte? E a inferiorização da mulher, renegada à condição de objeto? O que faríamos com o Princípio da Igualdade?

Disso infere-se que esta sétima premissa do “constitucionalismo vindouro” estaria ferindo a primeira, a saber, a verdade, já que, mais uma vez, e como de costume, o “constituente mundial” estaria tentando consubstanciar uma proposição ilógica e desprovida de concretude²⁴.

Enfim, por estas razões acima aduzidas, conclui-se não haver um “constitucionalismo por vir” viável ao modelo constitucional brasileiro, nos moldes propostos por Dromi. Ou se tratam de premissas já vigentes, ou simplesmente inaplicáveis, ou meras aspirações de quem as desenvolve.

5 LINHAS DERRADEIRAS

Por todo o explanado, em apertada síntese conclusiva, as conclusões que se extraem são as seguintes:

²⁴ Vejamos o problema de um constitucionalismo *universal*. André Ramos Tavares (2003, p. 15) afirma que: “Nessa reconhecida busca por maior integração *insere-se uma tentativa de ampliação dos ideais e princípios jurídicos adotados pelo Ocidente, de maneira que todos os povos reconheçam sua universalidade*. Assim, a exigência de democracias, no modelo norte-americano, de Estados que garantam e respeitem eles os próprios direitos humanos já consagrados, incluindo a liberdade de religião, bem como outros tantos princípios, foi disseminada como verdadeiro “dogma”, valor absoluto do qual não se pode desviar qualquer país. Ora, em síntese, tem-se uma fase “final” do constitucionalismo, que é justamente a de propagar-se e alcançar todas as nações, unificando os ideais humanos a serem consagrados juridicamente”. (grifei). Em que pese a opinião do autor, atenta-se para o erro em querer padronizar o constitucionalismo ocidental como modelo a ser seguido. Tal fato constitui velada ofensa aos sistemas jurídicos do lado oriental do mapa-mundi.

1) O constitucionalismo representa um marco no processo civilizatório, à medida em que surgiu para limitar o poder do monarca, para implementar a separação de funções, bem como para assegurar a previsão e, sobretudo, a concretude de direitos. Sendo assim, pode-se falar num constitucionalismo uno, cujas camadas evolutivas foram sobrepujando-se umas às outras, até o momento atual, dito neoconstitucional;

2) O fenômeno constitucionalista não está livre de equívocos, e prova disso é a necessidade de se readequar alguns excessos desse neoconstitucionalismo. Por tal razão, correntes buscam alternativas para o futuro, dentre as quais se destaca o “constitucionalismo do futuro” (ou “constitucionalismo vindouro”) (ou “constitucionalismo por vir”), desenvolvido por José Roberto Dromi, e suas sete premissas fundamentais: *verdade, solidariedade, consenso, continuidade, participação, integração e universalização*;

3) Em que pese o respeito à posição do jurista argentino, bem como por quem o acompanha, entende-se, neste trabalho, pela desnecessidade e impossibilidade de um “constitucionalismo do futuro” no Brasil, dada a *mera repetitividade*, em alguns casos, de preceitos cujos institutos símiles já são aqui implementados, como é o caso da verdade, da solidariedade e do consenso; bem como a *impossibilidade de aplicação* de outros, como na questão de universalização.

O certo é, contudo, que o constitucionalismo segue seu prumo, e, neste diapasão, antes de pensar-se num “constitucionalismo do futuro”, mister se faz readequar equívocos do neoconstitucionalismo que podem provocar, “no futuro”, obstáculos incontornáveis e crises irremediáveis. A questão é, portanto, de um “constitucionalismo do presente”.

6 REFERÊNCIAS

BARROS, Sérgio Resende de. **Contribuição dialética para o constitucionalismo**. Campinas/SP: Millennium, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudo sobre direitos fundamentais**. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 2004.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 2002.
- CIANCIARDO, Juan (coord.). **La interpretacion en la era del neoconstitucionalismo**. Buenos Aires, Argentina: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006.
- DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DROMI, José Roberto. La reforma constitucional: el constitucionalismo del “por venir”. *In: El derecho publico de finales de siglo: una perspectiva iberoamericana*. Madrid: Fundación BBV, 1997.
- GRASSO, Pietro Giuseppe. **El problema del constitucionalismo después del Estado Moderno**. Madrid, Espanha: Marcial Pons, 2005.
- GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Madrid, Espanha: Editorial Trotta, 2006.
- KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2. ed. Barcelona: Ed. Ariel, 1970.
- LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 9. ed. Madrid, Espanha: Tecnos, 2005.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008.
- PISARELLO, Geraldo. Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico. *In: Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid, Espanha: Editorial Trotta, 2007.
- QUEIRÓZ, Cristina. **O princípio da não-reversibilidade dos direitos fundamentais sociais**. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 2006.
- QUEIRÓZ, Cristina. **Direitos fundamentais (teoria geral)**. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 2002.
- RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades *In: Leituras complementares de direito constitucional: teoria da Constituição*. Salvador: Jus Podium, 2009.
- SOARES, Mário Lúcio Quintão. Constitucionalismo e Estado. *In: Constitucionalismo e Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **Consenso e constitucionalismo no Brasil**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002.
- STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica jurídica nos vinte anos da Constituição do Brasil. *In: O novo constitucionalismo na era pós-positivista: homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigo/Discurso/anexo/discAlemanha.pdf>>. Acesso em 24 nov. 2010.
- VADE MECUM RT. 5. ed. São Paulo: RT, 2010.

DESENVOLVIMENTO, COOPERATIVISMO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988¹

DEVELOPMENT, AND COOPERATIVE FEDERAL CONSTITUTION OF 1988

Ana Righi Cenci²

Walter Frantz³

Resumo

O cooperativismo consiste numa prática alternativa de produção e distribuição de riquezas, cuja atividade pressupõe a adoção de práticas e o enraizamento de princípios diametralmente opostos ao do sistema capitalista. A Constituição Brasileira, em que pese a vigência inequívoca do sistema econômico capitalista, estimula, em diversos dispositivos, a adoção do cooperativismo. O desenvolvimento de uma sociedade não está atrelado apenas ao crescimento econômico, como por muito tempo se entendeu, e sim a uma série de fatores que dizem respeito ao bem-estar dos cidadãos e à ampliação de sua qualidade de vida. Nesse sentido, o desenvolvimento só pode acontecer através da redução das desigualdades sociais e com a ampliação do acesso aos bens de consumo entre a população. Para isso, o cooperativismo mostra-se como um instrumento extremamente importante e fortemente legitimado pelo texto constitucional, uma vez que, além da melhoria das condições materiais, almeja a consolidação de relações humanas pautadas na democracia, na solidariedade, na responsabilidade e na liberdade dos sujeitos.

Palavras-Chave: Cooperativismo. Capitalismo. Desenvolvimento. Constituição Federal.

Abstract

The cooperativism is a alternative practice of production and distribution of wealth, whose activity requires the adoption of practices and the rooting of principles diametrically opposed to capitalist system. The Brazilian Constitution, in spite of

¹ Artigo recebido em: 15/05/2011. Pareceres emitidos em: 10/06/2011 e 26/08/2011. Aceito para publicação em: 12/09/2011.

² Estudante dos Cursos de Graduação em Sociologia e em Direito da UNIJUI – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – e Bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica da mesma Universidade (PIBIC/UNIJUI). E-mail: <anarc1@gmail.com>.

³ Professor do Departamento de Ciências Sociais da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Professor orientador do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica da mesma Universidade (PIBIC/UNIJUI).

capitalist economic system, stimulates, on many devices, the adoption of the cooperativism. The development of some society isn't linked only to economic growth, how many time we understand, but a many factors relative the welfare of citizens and to increase its quality of life. Accordingly, the development only can be happen with the reduction of the social inequality and with the increasing of the access to consumer goods between the population. For this, the cooperativism is an instrument very important and highly legitimated by Constitutional text, because, besides to improve the material conditions, craves the consolidation of human relationship based on democracy, solidarity, responsibility and on the freedom of each one.

Keywords: Cooperativism. Capitalism. Development. Brazilian Constitution.

Sumário: 1. Introdução. 2. Sobre a ideia de desenvolvimento num mundo capitalista. 3. Constituição Federal, Economia e Cooperativismo. 4. Cooperativismo e enfrentamento dos limites capitalistas. 5. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Embora não haja dúvidas quanto ao sistema econômico vigente no Brasil, é evidente que o capitalismo não se apresenta da mesma forma a todos os atores (países e pessoas) que dele fazem parte. É notório, por exemplo, que a promulgação da Constituição Federal de 1988 significou, de forma clara, o abandono da perspectiva genuinamente liberal pelo legislador brasileiro. Isso se verifica, sobretudo, pela postura intervencionista que o Estado, de acordo com o texto constitucional, deveria assumir, com ênfase ao que diz respeito à elaboração de políticas públicas que atendam aos direitos sociais.

As alterações na redação da Constituição brasileira ao longo desses 24 anos, contudo, foram conduzidas pelo contexto histórico (pela política nacional e pelas circunstâncias do capitalismo internacional) e levaram a uma relativização da presença do Estado em diversos setores, abrindo espaço ao capital privado. Apesar das muitas emendas constitucionais que flexibilizaram a atuação do Estado no âmbito econômico, os princípios que originalmente orientam a ordem econômica brasileira continuam com a função de estabelecer diretrizes gerais, explicitando as finalidades, da exploração de atividades econômicas no território brasileiro.

Nesse sentido, a ordem econômica nacional se encontra subordinada aos princípios constantes no texto constitucional, o qual indica o sentido do sistema

econômico capitalista no Estado brasileiro. Nesse aspecto, pode-se elencar, a título de exemplo, a ideia de função social da propriedade, função social do contrato e, de modo geral, a publicização do direito civil, ou seja, a interpretação dos institutos jurídicos do direito privado a partir de um viés que prioriza o interesse público implícito nas relações entre particulares. A Constituição dá margem, portanto, para o exercício de modos alternativos de produção, que extrapolam as práticas do direito empresarial, via tradicional de exercício da atividade econômica em nosso País. Exemplo desses institutos alternativos são, por exemplo, as sociedades cooperativas, cuja existência encontra respaldo constitucional, bem como regulamentação específica na legislação ordinária.

O exercício da atividade cooperativa, bem como o estudo dessas organizações, exige a superação de noções tradicionais sobre **desenvolvimento**, passando a perceber tal conceito como ponto de convergência de inúmeros fatores sociais, e não apenas um reflexo automático e imediato do crescimento econômico.

1 SOBRE A IDEIA DE DESENVOLVIMENTO NUM MUNDO CAPITALISTA

O conceito de desenvolvimento, por muito tempo (e até os dias de hoje, pela academia mais tradicional) foi tratado como sendo um correspondente da noção de crescimento econômico/financeiro e, principalmente, como elemento invariavelmente atrelado (proporcional) à industrialização, uma vez que o “desenvolvimento econômico”, desde a consolidação do sistema capitalista e, sobretudo, com a Revolução Industrial, foi considerado privilégio dos países que conseguiam instalar indústrias em seus territórios. Isso ocorria não pelos postos de emprego que o fenômeno da industrialização gerava, ou pelo poder aquisitivo que proporcionava aos empregados (mesmo porque este era irrisório, os empregos extremamente desqualificados e degradantes e os sujeitos frequentemente submetidos a condições insalubres), e sim pelo capital resultante dos negócios realizados por essas indústrias. Disso resulta, inclusive, a ideia corrente de “sociedades industriais” e “não industriais”, correspondendo estas, respectivamente, a “sociedades desenvolvidas” e a “sociedades subdesenvolvidas” ou “subdesenvolvimento”.

Tal entendimento, contudo, tem sido gradativamente superado, considerando principalmente o processo de **desindustrialização** vivenciado pelos países mais ricos do mundo (que delegam aos países mais pobres a produção fabril), o que não tem implicado, logicamente, a transposição dos índices de desenvolvimento dos primeiros para os segundos, evidenciando que desenvolvimento e indústria nem sempre são fatores convergentes.

Giovani Arrighi defende, por exemplo, que

a industrialização geralmente é buscada não como um fim em si mesmo, mas como um **meio na busca de riqueza, ou de poder, ou de bem-estar, ou de uma combinação disso**, e a questão é, portanto, bastante legítima. Mas, para que se possa levantar essa questão [se os processos de industrialização e desindustrialização conduzem a esses objetivos] é necessário **abandonar o postulado de que industrialização é o equivalente de desenvolvimento**. (ARRIGHI, 1998, p. 209) (grifo meu).

A tradicional estratificação do planeta em “países desenvolvidos e subdesenvolvidos” ou em “primeiro, segundo e terceiro mundos” está atrelada ao equivocado pressuposto de que existe um **processo de desenvolvimento linear**, ou seja, um lugar a ser finalmente alcançado por qualquer país de economia capitalista. Logicamente, tal pressuposto assegura a manutenção da ordem global, naturalizando a busca permanente de mais recursos financeiros, por todos os países, mediante a adoção das mesmas vias. A busca de todos os países por recursos financeiros e por um “desenvolvimento” idêntico, linear, implica a desconsideração de aspectos extremamente relevantes para a condição atual de cada país, como o lugar historicamente ocupado por cada nação nas relações internacionais (colonizador ou colonizado), a cultura local, a estrutura populacional e até mesmo as condições naturais (climáticas, geográficas, etc. Haveria, portanto, de acordo com as teorias tradicionais, uma “receita” mundial para o desenvolvimento, a qual consistiria na adoção das mesmas práticas realizadas pelos países desenvolvidos, buscando superar os “**óbices**” existentes nas culturas dos países pobres. As especificidades não consistiriam, pois, em elementos caracterizadores de um determinado país, mas em barreiras – elementos invariavelmente negativos – a serem superados –, na busca da condição já alcançada pelos países ricos (BENECKE, 1980).

Uma importante oposição a essa ideia foi levantada, de acordo com Outhwaite e Bottomore, por André Gunder Frank, que cunhou, em 1969, a expressão “desenvolvimento do subdesenvolvimento”, afirmando que o subdesenvolvimento (dos países periféricos) não consiste apenas numa situação original ou residual, e sim em uma criação ativa, resultante da “incorporação do Terceiro Mundo à economia mundial formada pela expansão europeia a partir do final do século XV” (1996, p. 198). A aceitação dessa concepção conduz à superação da ideia linear de desenvolvimento, já que implica que sejam considerados os fatores sociais, culturais e políticos (entre outros) que integram o contexto de cada país, percebendo que o desenvolvimento de cada um dar-se-á de formas diferentes e em sentidos distintos – muitas vezes, inclusive, opostos. A assunção de determinadas práticas por uma sociedade não produzirá os mesmos efeitos que a adoção de processos idênticos, por uma sociedade diferente. Isso demonstra, claramente, a insuficiência do crescimento econômico para alcançar o desenvolvimento e, ainda, a ineficácia da adoção de quaisquer “receitas desenvolvimentistas”, haja vista a condição singular em que cada país se encontra (sem desconhecer evidentes semelhanças e contrariedades existentes entre determinadas sociedades).

Outhwaite e Bottomore, ao conceituar *desenvolvimento* e *subdesenvolvimento*, e reconhecer que o desenvolvimento contempla, para além do progresso econômico, o *progresso social*, afirmam que

“o crescimento econômico é uma condição necessária, ainda que insuficiente, para o progresso social, representado pela **satisfação de necessidades básicas, tais como nutrição, saúde e habitação adequadas** (superação da pobreza absoluta), ao que se podem acrescentar ainda outras condições de uma existência humana plena, tais como o **acesso universal à educação, liberdades civis e participação política (superação da pobreza ou privação relativa)**” (1996, p. 197) (grifo meu).

As liberdades civis e a participação política, citada pelos autores, são exemplos claros de que o **desenvolvimento** não ocorre pela simples adoção de atitudes, pelo Estado e pelas empresas que protagonizam o cenário econômico de um país, que aumentem o índice de crescimento econômico/financeiro, sendo imprescindível, antes disso, a priorização de ações que distribuam renda, ampliem e

democratizem o acesso a bens e serviços e busquem garantir uma “existência humana plena” a todos os cidadãos de uma nação, conforme ressaltado na citação supra.

Além disso, contudo, deve-se ter clareza que o **desenvolvimento** não consiste em um resultado final a ser atingido, e sim num **processo**, sendo de extrema relevância, portanto, a análise dos *meios* adotados para busca de condições de vida e bem estar melhores para uma população.

O presente trabalho não pretende, de forma alguma, abranger de forma total qualquer debate sobre o tema (até mesmo pela insuficiência do arcabouço teórico utilizado e, principalmente, pela enorme quantidade de boas produções teóricas acerca da temática), sendo importante, contudo, destacar que a superação da ideia segundo a qual desenvolvimento e crescimento econômico se equivalem tem estado, contemporaneamente, atrelada fortemente à noção de **desenvolvimento sustentável**.

Por esta perspectiva, reafirma-se a concepção de desenvolvimento como processo complexo e holístico, não bastando (agora, para além do crescimento econômico) a satisfação das necessidades e direitos da população, sendo relevante, também, a observação dos reflexos produzidos por esse processo, sobretudo na esfera ambiental, trabalhista, de democratização ao acesso à propriedade privada e de respeito aos direitos fundamentais do homem. Assim, produção de alimentos, geração de emprego e renda, ampliação do acesso à habitação, à saúde, entre outros, deixam de ter respaldo se obtidos à custa de poluição ambiental desenfreada, de aceitação de condições inadequadas de trabalho, de testes arriscados com seres vivos (principalmente humanos), etc.

A noção de desenvolvimento sustentável é ainda incipiente e tem sido adotada, em termos legislativos, apenas nos documentos produzidos nos últimos anos. O Brasil, quando da promulgação da Constituição de 1988, apontou, em seu preâmbulo, o **desenvolvimento** como um dos valores a serem garantidos pelo texto constitucional e, ainda, como **objetivo fundamental da República Federativa do Brasil**, ao lado de outros, os quais apenas podem ser interpretados de forma

complementar, jamais excludente⁴. O art. 3º da Constituição elenca quatro “objetivos fundamentais”, sendo o “desenvolvimento nacional” um deles. Extraí-se daí que o desenvolvimento pretendido pelo Estado brasileiro está intrinsecamente vinculado ao progresso social, com a erradicação da pobreza e redução das desigualdades e a promoção do bem comum, por exemplo.

Ademais, existem, ainda, outros momentos em que é evidenciada a opção do legislador constitucional pela noção de desenvolvimento como um **processo holístico**⁵, abrangendo, por exemplo, desenvolvimento científico e educacional (art. 218), cultural (art. 215, *caput* e § 3º) e econômico, o qual deve ocorrer observando-se a função social intrínseca à propriedade privada em um Estado Democrático de Direito (arts. 5º, XXIII; 170; 182; 184 e 186), que assegura a priorização do interesse coletivo em detrimento do particular, quando necessário.

A concepção de **desenvolvimento** adotada, portanto, pelo legislador brasileiro (em que pese a inexistência de referência à sustentabilidade) engloba, notoriamente, o bem-estar da população, extrapolando, portanto, o simples progresso econômico. Isso se verifica não só pelo texto constitucional, mas também

⁴ “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.” (grifei).

⁵ A ideia de holístico refere-se à necessidade de tratamento “global” de um fenômeno, ou seja, de considerar os diferentes elementos que o integram. Evidentemente, a adoção de uma perspectiva holística não pode implicar cegueira para com os elementos individualmente considerados. No caso do processo de desenvolvimento, é necessário considerar sua *complexidade*, enquanto fenômeno composto por diversos aspectos, tais como o bem-estar social, a redução das desigualdades sociais, o crescimento econômico, a ampliação do acesso à serviços essenciais como educação, saúde e habitação, entre outros. Cada um destes fatores possui um significado próprio, contudo, ao integrar o conceito de *desenvolvimento*, adquirem novos sentidos, porquanto passam a ser compreendidos de forma complementar (por exemplo: o elemento “crescimento econômico” possui, naturalmente, um significado; contudo, sua participação na ideia de desenvolvimento implica sua própria releitura, na em que só pode ser interpretado de maneira convergente às ideias de sustentabilidade, de redução das desigualdades, de respeito aos direitos trabalhistas, etc). MORIN (2005, p. 135-171), ao defender a ideia de sistema, a aborda sob a perspectiva de “unidade complexa”, a medida em que um fenômeno (no caso, o processo de desenvolvimento) composto por diferentes elementos materializa o paradoxo de ser, ao mesmo tempo, mais que a simples soma dos elementos que o integram (ou seja, o sistema constrói características próprias a partir da interação peculiar de seus elementos) e ser, também, menos, uma vez que determinadas características próprias de cada um dos elementos são afastadas pela lógica global do sistema (de modo, por exemplo, que o crescimento econômico precisa, invariavelmente, ser condicionado/limitado a questões de interesse coletivo, e não simplesmente à lógica do capital).

pela legislação ordinária, que, a exemplo do Código Florestal, das legislações que tratam da exploração dos recursos naturais e das pesquisas com seres vivos, da Consolidação das Leis do Trabalho (embora anterior, recepcionada pela Constituição vigente) e outros diplomas legais que limitam o acúmulo de capital em favor da qualidade de vida e da preservação de recursos naturais.

2 CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ECONOMIA E COOPERATIVISMO

Para além dos aspectos gerais atinentes ao desenvolvimento nacional, a Constituição Federal especificou formas de realização deste processo, apontando diretrizes, e vinculando, inclusive, o orçamento público, em determinados percentuais, a investimentos e políticas públicas especiais. Para o estudo pretendido neste trabalho, cabe destacar apenas o que prevê o texto constitucional sobre a ordem econômica nacional e sobre a exploração das atividades econômicas no território brasileiro, acentuando a possibilidade de organização de sociedades cooperativas como instrumentos eficientes de produção e distribuição de riquezas.

O art. 170 da Constituição Federal prevê que:

Art. 170. A ordem econômica, **fundada na valorização do trabalho humano** e na livre iniciativa, tem por fim **assegurar a todos existência digna**, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; **III - função social da propriedade**; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; **VII - redução das desigualdades regionais e sociais**; **VIII - busca do pleno emprego**; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (grifos meus).

O texto constitucional trata, portanto, o exercício da atividade econômica como um fenômeno complexo, na medida em que aponta uma série de aspectos a serem observados por quem a protagoniza (com ênfase, por exemplo, à função social da propriedade, à busca do pleno emprego, à redução das desigualdades e, ainda, à defesa do meio ambiente). Além disso, é importante salientar que a

valorização do trabalho humano é um dos pilares fundamentais da ordem econômica brasileira, sendo, portanto, pressuposto imprescindível para o exercício de qualquer atividade econômica.

Nesse sentido, o desempenho da atividade econômica através de sociedades cooperativas vai ao encontro do que prevê o texto constitucional. Além disso, a própria Constituição previu, em alguns dispositivos, o incentivo à criação de cooperativas, fazendo constar, inclusive, entre o rol de direitos fundamentais, o direito à livre associação e a vedação à intervenção estatal nos empreendimentos cooperativos⁶. Além deste, especificamente no Título destinado à “Ordem Econômica e Financeira”, a Constituição Federal estabelece, em seu art. 174, §2º, que “a lei apoiará o cooperativismo e outras formas de associativismo”, evidenciando, nesse sentido, o relevante espaço que essas sociedades possuem para a atividade econômica no Brasil. Antes mesmo do texto constitucional, contudo, as sociedades cooperativas são regulamentadas pela Lei 5.764, de 16 de dezembro de 1971, que estabelece normas para a sua criação e funcionamento, a qual foi recepcionada pela Constituição de 1988, que fez, além das já mencionadas, outras referências às sociedades cooperativas, sobretudo às agrícolas e às de crédito.

De acordo com Ênio Meinen, a relação entre a cooperação e a Constituição Federal é mais profunda, uma vez que os objetivos do Estado brasileiro, expressos no texto constitucional, coincidem com os objetivos do cooperativismo. Segundo o autor,

fundamentos como cidadania, dignidade da pessoa humana, valor social do trabalho, livre iniciativa e pluralismo político, bem assim objetivos como liberdade, justiça, solidariedade, desenvolvimento, redução de desigualdades, promoção do bem comum ou coletivo e não discriminação compõe exatamente o rol de valores e princípios do cooperativismo, assim secularmente consagrados. (MEINEN, 2002, p. 26)

⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;

Tal afirmação evidencia a potencialidade das sociedades cooperativas na promoção do desenvolvimento nacional, já que a persecução de seus objetivos colaborará, de forma direta, para a concretização dos interesses do País, no que tange ao desenvolvimento (entendido este como capacidade de ampliar as condições de bem-estar e emancipação dos sujeitos, de assegurar qualidade de vida e fortalecer as características próprias de um Estado Democrático).

Além dos objetivos republicanos expressos no texto constitucional e dos dispositivos atinentes, especificamente, ao cooperativismo, cabe mencionar, também, a convergência, entre a Constituição Federal e as práticas cooperativas de valores genéricos, tais como a solidariedade, a liberdade, a democracia, a justiça social e a igualdade. Amélia Rossi (2008), afirma que estes valores, cujo desenvolvimento o texto da Constituição Brasileira estimula, são também promovidos pelo cooperativismo.

A democracia, por exemplo, é um dos mais importantes valores constantes no texto constitucional, devido, principalmente, ao contexto histórico ao tempo da sua promulgação, qual seja, o período pós-ditatorial, no qual se deu especial atenção aos direitos que sofreram repressão durante o Regime Militar (1964-1984). A democracia expressa no texto constitucional abrange tanto a democracia representativa manifesta, sobretudo, no direito a votar e ser votado, quanto a democracia participativa, ou seja, a participação direta dos indivíduos nas decisões estatais. O cooperativismo, do mesmo modo, valoriza (e, mais do que isso, **depende**) da participação efetiva dos seus associados, sob pena de descaracterizar a própria sociedade cooperativa, quão elementar é este valor para a prática cooperativista.

3 COOPERATIVISMO E ENFRENTAMENTO DOS LIMITES CAPITALISTAS

A sociedade moderna industrial é marcada, fundamentalmente, pelo aparecimento de novas instituições, tais como as *ciências*, os *movimentos sociais* e as *ideologias*, estas últimas correspondendo às diferentes maneiras de interpretar o mundo, a partir de determinados pressupostos políticos – quais sejam, o conservadorismo, o liberalismo e o marxismo (WALLERSTEIN, 2006). O

cooperativismo aparece, dentro do contexto destas novas instituições, como um dos movimentos sociais, que se caracterizavam, sinteticamente, pela contraposição à ordem capitalista dominante, buscando formas de produção e distribuição das riquezas alternativas às tradicionais do sistema econômico.

As teorias antissistêmicas buscam alterar precisamente as relações sociais ocorridas no espaço de trabalho, sobretudo no que diz respeito à valorização do trabalho humano frente ao capital. Se, por um lado, o trabalho humano é, para o sistema capitalista, apenas um meio de gerar capital, para o cooperativismo o trabalho possui um sentido central, que lhe deve ser reincorporado – aceitando-se a ideia de que o capitalismo retira do trabalho a condição central na vida do homem e lhe confere tão somente a função de meio à obtenção de lucro. O **trabalho** deve ser compreendido, portanto, como conceito central do cooperativismo, observadas as suas distintas dimensões, tais como a política, econômica e cultural, e sua capacidade de reconstrução da identidade dos indivíduos como sujeitos da produção, conferindo-lhes a responsabilidade pelas decisões da coletividade.

Nesse sentido, afirma Frantz,

A cooperação é uma ação que decorre de um ato de vontade política de indivíduos que passam a se identificar como sujeitos e atores, por causa de necessidades ou interesses comuns, em um determinado contexto social. Passam a pensar e agir de uma forma ordenada e esclarecida, associando-se na interação, com vistas à realização de seus objetivos. Normalmente, **trata-se da afirmação de necessidades e interesses econômicos, no contexto do mercado, isto é, os associados buscam a valorização de seu trabalho.** (...) Os associados produzem clareza a respeito da realidade e do contexto que os envolve, organizam ações de intervenção, em favor de seus objetivos comuns. Assim, **constituem-se atores no complexo jogo das relações econômicas e sociais do mercado.** Pela organização cooperativa, buscam **constituir poder nas relações de mercado.** (FRANTZ, 2003, p. 18-19) (grifos meus).

Essa ideia contrapõe-se frontalmente às organizações típicas da produção capitalista, uma vez que os mecanismos jurídicos de direito empresarial e trabalhista (não só no Brasil, mais em qualquer país de economia capitalista) institucionalizam a separação do trabalhador/empregado e de sua força de trabalho, já que a remuneração paga pelo empregador ao empregado é justamente a contraprestação ao tempo em que o empregado encontra-se à disposição do empregador: é a compra da sua força de trabalho.

As deficiências do sistema capitalista e a sua incapacidade de, por conta própria, distribuir renda e ampliar o acesso aos bens de consumo (construindo, desta forma, o bem-estar dos sujeitos, que é a finalidade primordial do desenvolvimento) é evidenciada pelas inúmeras situações de desemprego, de exclusão social e pela consequente necessidade de repensar o lugar do ser humano, preferindo os seus interesses face aos interesses do capital financeiro. Nesse sentido, as práticas cooperativas representam um modo de enfrentamento das situações anômalas criadas pela exploração do trabalho humano no sistema capitalista e pelos desastres ciclicamente causados pelo seu crescimento desregulamentado.

Para tanto, as organizações cooperativas adotam princípios e práticas diametralmente opostos aos da economia capitalista, prezando, por exemplo, pela gestão democrática, pela participação econômica igualitária de todos os membros, pela educação e formação permanente dos cooperados, pelo interesse em relação à comunidade na qual está inserida, entre outros aspectos. A cooperativa compreende uma dupla dimensão, que devem estar em preciso equilíbrio, sendo uma relativa ao viés econômico da organização (o “instrumento empresarial” em si) e a outra relacionada ao aspecto associativo propriamente dito, envolvendo os aspectos político, cultural e social da cooperativa.

Eis, justamente, a característica que distingue a sociedade cooperativa de quaisquer outras formas de exploração da atividade econômica: a coexistência de elementos não econômicos, de modo que o sucesso da cooperativa não depende, apenas, do seu bom desempenho econômico, mas também (ou principalmente) dos resultados humanos a que a atividade-fim conduz. Quer dizer: importa notar se as práticas adotadas pelas sociedades cooperativas possibilitam, de fato, a participação democrática de seus associados, se é eficaz na distribuição das riquezas e se os cooperados alcançam, a partir da atividade cooperativa, condições dignas de existência material.

O artigo 4º da Lei 5.764/71 (lei que define a Política Nacional de Cooperativismo e institui um regime jurídico próprio das sociedades cooperativas) explicita:

Art. 4º As cooperativas são **sociedades de pessoas**, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para

prestar serviços aos associados, **distinguindo-se das demais sociedades pelas seguintes características:** I - **adesão voluntária**, com **número ilimitado de associados, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços**; II - variabilidade do capital social representado por quotas-partes; III - **limitação do número de quotas-partes do capital para cada associado**, facultado, porém, o estabelecimento de critérios de proporcionalidade, se assim for mais adequado para o cumprimento dos objetivos sociais; IV - inaccessibilidade das quotas-partes do capital a terceiros, estranhos à sociedade; V - **singularidade de voto**, podendo as cooperativas centrais, federações e confederações de cooperativas, com exceção das que exerçam atividade de crédito, optar pelo critério da proporcionalidade; VI - **quorum para o funcionamento e deliberação da Assembléia Geral baseado no número de associados e não no capital**; VII - retorno das sobras líquidas do exercício, proporcionalmente às operações realizadas pelo associado, salvo deliberação em contrário da Assembléia Geral; VIII - indivisibilidade dos fundos de Reserva e de Assistência Técnica Educacional e Social; IX - **neutralidade política e indiscriminação religiosa, racial e social**; X - prestação de assistência aos associados, e, quando previsto nos estatutos, aos empregados da cooperativa; XI - área de admissão de associados limitada às possibilidades de reunião, controle, operações e prestação de serviços. (grifos meus).

Da análise dos incisos que integram o dispositivo transcrito acima, verificam-se muitas das razões pelas quais as sociedades cooperativas diferem das sociedades empresariais. Quanto a estas diferenças atenta-se, primeiramente, para o fato de que não há vínculo trabalhista⁷ entre a sociedade cooperativa e seus associados, de modo que quaisquer benefícios aferidos em decorrência da atividade desempenhada pela sociedade cooperativa não equivale à *remuneração* dos associados (isso porque estes não alienam sua força de trabalho), mas sim à *divisão dos resultados* oriundos do trabalho coletivo.

André Cremonesi (2009), ao dissertar sobre as cooperativas de trabalho⁸, especificamente, analisa alguns dos princípios cooperativistas, expressos no dispositivo legal transcrito acima, acentuando que os mesmos são fundamentais para distinguir o “verdadeiro” e o “falso” cooperativismo. Os princípios que orientam o cooperativismo são, portanto, imprescindíveis para verificar se determinada sociedade é, ou não, cooperativa (uma vez que o que interessa é que observe as

⁷ A Lei 5.764/71 prevê, em seu art. 90: “Qualquer que seja o tipo de cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados”.

⁸ CREMONESI, André. **Cooperativas de Trabalho**: alternativa de trabalho e renda ou fraude aos direitos trabalhistas. São Paulo: LTr, 2009. As sociedades cooperativas são tradicionalmente divididas em ramos, de acordo com a atividade fim que perseguem. As cooperativas de trabalho, por exemplo, abrangem, segundo a classificação utilizada pelo autor (2009, p. 23), as cooperativas de produção, cooperativas de serviço e cooperativas de mão de obra.

características do tipo societário, de acordo com sua finalidade, e não apenas que preencha qualquer aspecto formal atinente a sua denominação).

Entre as características das sociedades cooperativas deve-se ressaltar que se trata de sociedades civis, e não empresariais, não estando sujeitas, portanto, à falência. São, pois, sociedades de **pessoas**, e não de capital, sendo este o elemento fundamental da organização de toda sua estrutura jurídica.

É disso, por exemplo, que decorre a ideia de “uma cabeça, um voto”, já que o direito de participação dos associados, nas sociedades cooperativas, é pessoal, possuindo, para qualquer cooperado, o mesmo “peso”. Nas sociedades empresariais, por outro lado, a oportunidade de participação dos sócios nas assembleias societárias está vinculada ao número de cotas que cada um possui⁹. Aliás, não só isso, pois a atuação dos sócios (não só em termos de participação) se dá exclusivamente em função do número de cotas que cada um possui (sua responsabilidade perante as dívidas societárias, por exemplo), sendo estas, portanto, a representação dos sócios. Assim, evidencia-se a ideia de que a sociedade empresária é composta de *capital* (do capital de seus sócios), e não de *pessoas*. Nas sociedades cooperativas, diferentemente, o voto *pertence* ao cooperado, enquanto sujeito que integra a associação.

Relacionado a isso, verificam-se, também, distinções referentes ao capital social de cada sociedade, uma vez que, nas sociedades empresariais, o mesmo é estipulado no estatuto e qualquer modificação exige alteração formal, de modo que a incorporação de novos sócios (não a substituição, mediante a alienação de cotas) constitui um procedimento significativamente burocrático. Nas sociedades cooperativas, por outro lado, há uma limitação do número de cotas para um único associado, sendo este número variável, de modo que o capital social pode variar livremente, de acordo com a integração ou saída dos associados, estando limitada unicamente por um número mínimo de cotas, estabelecido no estatuto.

A entrada e saída dos cooperados, inclusive, também consiste numa importante distinção dos dois tipos societários, estando pautada, nas sociedades

⁹ De acordo com o art. 1.010 do Código Civil, “Quando, por lei ou pelo contrato social, competir aos sócios decidir sobre os negócios da sociedade, as deliberações serão tomadas por maioria de votos, contados segundo o valor das quotas de cada um”.

cooperativas, pelo princípio da livre adesão ou adesão voluntária. Para Cremonesi, este é a principal característica do cooperativismo, sem desprezar as demais:

Incide, aqui, a *affectio societatis*, consistente no interesse efetivo e concreto de determinada pessoa em participar de uma sociedade. Nesta esteira de raciocínio, resta inadmissível a coação física ou moral ou mesmo o induzimento para que determinada pessoa adira a uma sociedade cooperativa. (CREMONESI, 2009, p. 25).

Ao mesmo tempo, portanto, que tal princípio assegura a voluntariedade, ou seja, o desejo pessoal de participar da sociedade cooperativa, também veda a discriminação injusta, por razões de qualquer ordem, dos indivíduos que queiram ingressar na associação.

É importante ressaltar que os princípios expressos no art. 4º da Lei 5.764/71 correspondem (senão literalmente, ao menos em termos semânticos) aos eleitos, em 1995, no Congresso do Centenário da Aliança Cooperativa Internacional (Manchester, Inglaterra), como princípios do cooperativismo mundial, de modo que todas as cooperativas do planeta compartilham destes pressupostos. Devido a isto, inclusive, as práticas cooperativas devem ser vistas com uma forma global de resistência à exclusão social promovida pelo sistema capitalista, enfrentando não só os resultados catastróficos desse sistema, mas principalmente a lógica da produção e distribuição a partir do qual o mesmo se estrutura. Isso equivale à ressignificação do trabalho, através da atribuição, aos sujeitos, da centralidade do processo de produção, os quais se tornam protagonistas da sua própria vida, sem se submeter à alienação de sua força de trabalho. Os associados possuem, portanto, dupla qualidade, porquanto são, concomitantemente, prestadores de serviços e beneficiários dos mesmos.

As sociedades cooperativas oportunizam, nesse sentido, uma importante inversão de valores: retiram o homem da condição de **instrumento do processo produtivo** e atribuem este lugar ao capital, o qual, conseqüentemente, decai de sua condição de centralidade em favor das **relações humanas**.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Cooperativismo, como se buscou demonstrar, representa, no mundo atual, uma importante forma de resposta aos problemas gerados pelo capitalismo e pela globalização, sobretudo à exclusão social e ao desemprego. Trata-se de um modo alternativo de produção e distribuição de riquezas que possui amplo amparo no texto constitucional e que apresenta grande potencial para colaborar no processo de desenvolvimento nacional.

O desenvolvimento que o cooperativismo almeja não corresponde ao simples crescimento econômico e, por isso, deve ser percebido como um instrumento estratégico especificamente para a promoção do desenvolvimento que se preocupa com o progresso social, científico, cultural do País, para além do progresso financeiro.

Há que se ter consciência, contudo, de que a adoção de práticas alternativas ao sistema capitalista não é tarefa tranquila e simples, uma vez que, embora o cooperativismo não rompa com o capitalismo como um todo, exige a assunção de valores diametralmente opostos aos propagados por esse sistema. Talvez aí resida a maior dificuldade das organizações cooperativas: superar os valores próprios do capitalismo (não só da economia, mas da consciência subjetiva), fortemente impregnados no cotidiano de todos, dentre os quais se destaca, certamente, a **concorrência**. Não só a concorrência econômica, esclareça-se, mas principalmente o espírito de concorrência com que os indivíduos agem nas suas relações interpessoais, que se manifesta quase como algo intrínseco ao ser humano. Na verdade, não o é, mas se torna elemento imprescindível de sobrevivência em uma sociedade que faz constantes comparações entre os sujeitos e que exige, para o sucesso, que se seja *melhor* que o outro.

O cooperativismo consiste, portanto, num grande desafio, pois, diferentemente, requer que os sujeitos desenvolvam relações **solidárias**, e não competitivas, entre si. A solidariedade, como afirma Rossi (2008, p.78), é a “base da cooperação, é a perspectiva de se olhar o outro e unir-se a ele” e exige relações fundadas na alteridade.

Apesar destas dificuldades, a Constituição Federal estimula amplamente a associação cooperativa, direta e indiretamente, já que o faz tanto através dos dispositivos que expressamente versam sobre o assunto, quanto ao coincidir seus próprios objetivos e valores com os da sociedade cooperativa. O tratamento dado pelo texto constitucional às sociedades cooperativas demonstra a possibilidade destas integrarem, ativamente, o cenário econômico nacional, colaborando para o desenvolvimento brasileiro – existem no Brasil, atualmente, 9.016.527 pessoas associadas em cooperativas, segundo levantamento da Organização das Cooperativas Brasileiras, no ano de 2010.¹⁰

Para além do desenvolvimento coletivo, contudo, as sociedades cooperativas almejam, também, o desenvolvimento individual, de cada ser humano (o que não equivale ao individualismo concorrencial do sistema capitalista, mas sim à percepção, de cada um, enquanto sujeito protagonista de sua própria existência e comprometido com a coletividade). Por isso também, nota-se que o desenvolvimento pretendido pelo cooperativismo é global, pois envolve o comprometimento de cada sujeito com a coletividade a que pertence, mas exige, sobretudo, o fortalecimento de características como a solidariedade, a autonomia e a liberdade.

Nesse sentido, como se buscou evidenciar, o cooperativismo representa a possibilidade de novas práticas de desenvolvimento, que colaborem na implementação dos objetivos da República Federativa do Brasil. Para além disso, a cooperação é capaz romper com a ideia de que o desenvolvimento se uns se faz às custas do empobrecimento de outros, implementando a lógica do **desenvolvimento coletivo e sustentável**, que é de todos e, também, de cada um.

REFERÊNCIAS

ARRIGHI, Giovanni. **A ilusão do desenvolvimento**. 5. ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 1998.

BENECKE, Dieter W. **Cooperação e Desenvolvimento**: O papel das cooperativas no processo de desenvolvimento econômico dos países do Terceiro Mundo. Porto Alegre: Coojornal; Recife: Assocene, 1980.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>.

¹⁰ Dados estatísticos da Organização das Cooperativas Brasileiras, disponíveis em <http://www.ocb.org.br/gerenciador/ba/arquivos/numeros_do_cooperativismo_2010.pdf>.

BRASIL. **Lei 5.764**, de 16 de dezembro de 1971. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5764.htm>.

CREMONESI, André. **Cooperativas de Trabalho**: alternativa de trabalho e renda ou fraude aos direitos trabalhistas. São Paulo: LTr, 2009.

DOMINGUES, Jane Aparecida Stefanos (org.). **Aspectos jurídicos do cooperativismo**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002.

FRANTZ, Walter. Educação e poder na racionalidade da cooperação. **Perspectiva Econômica**, n.º 121, vol. 38, jan-mar/03. Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2003.

MEINEN, Ênio. As sociedades cooperativas na Constituição Federal. *In*: DOMINGUES, Jane Aparecida Stefanos (org.). **Aspectos jurídicos do cooperativismo**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002.

MORIN, Edgar. **O método 1**: a natureza da natureza. 2. ed. Trad. Ilana Heineberg. Porto Alegre: Sulina, 2005.

OUTHWAITE, William; BOTTOMORE, Tom. **Dicionário do Pensamento Social do Século XX**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.

ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. **Cooperativismo à luz dos princípios constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2008.

WALLERSTEIN, Immanuel. **Impensar a ciência social**: os limites dos paradigmas do século XIX. Trad. Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. Aparecida, SP: Ideias & Letras, 2006.

UMA ANÁLISE CRÍTICA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 7º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA: VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE¹

A CRITICAL ANALYSIS OF THE PARAGRAPH OF ARTICLE 7 OF THE
FEDERAL CONSTITUTION BRAZIL: BREACH OF THE PRINCIPLE OF EQUALITY

Álvaro dos Santos Maciel²

Resumo

A presente pesquisa objetiva uma reanálise do princípio da igualdade, demonstrando, por conseguinte, a sua evolução histórica mundial bem como os paradoxos existentes no texto do parágrafo único do art. 7º da Lei Maior. Ademais, apresenta-se os Direitos Tradicionais e os Novos Direitos dos Domésticos preconizados pela Lei nº. 11.324/2006, revelando as críticas e as controvérsias doutrinárias. O método de abordagem se deu de forma mista haja vista a utilização do método hipotético-dedutivo e método dialético. Quanto ao método de procedimento utilizou-se os métodos histórico e tipológico. Conclui-se que, embora a recente Lei dos Domésticos estabeleça novos direitos, ainda há restrições quando comparados a outras espécies de trabalhadores. Destarte, ainda não há compatibilidade com o espírito norteador da Lei tida como Constituição-cidadã, além de que, comprova-se um descompasso com o princípio da isonomia deflagrando um sério abalo no sistema econômico-social e jurídico do país.

Palavras-chave: Direitos do empregado doméstico. Princípio da igualdade. Interpretação constitucional. Desenvolvimento econômico-social.

Abstract

This paper aims to review one of the principle of equality, demonstrated decreased, therefore, its historical development as well as the world paradoxes in the text of the sole paragraph of art. 7 of Law Major. Moreover, it presents the traditional rights and the new rights of Domestic recommended by Law nº. 11.324/2006, revealing the critical and doctrinal controversies. The method of approach occurred in a mixed considering the use of hypothetical-deductive and

¹ Artigo recebido em: 14/05/2011. Pareceres emitidos em: 29/05/2011 e 10/06/2011. Aceito para publicação em: 12/09/2011.

² Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, possui especialização em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Estadual de Londrina e graduação pela Universidade Norte do Paraná. Advogado. Assessor Jurídico da APAE-Balsas/Maranhão. É Docente e Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica na Faculdade de Balsas - UNIBALSAS. Atua principalmente nos seguintes temas: Direito do Trabalho, Direito Civil, Direitos Humanos e Direito Constitucional. E-mail: <macielalvaro@gmail.com>.

dialectical method. As for the method of procedure was used historical and typological methods. The conclusion is that, although the recent Law on Domestic establish new rights, there are still restrictions when compared to other kinds of workers. Thus, there is no compatibility with the guiding spirit of the Constitution Act, regarded as a citizen, and that proves to be a mismatch with the principle of equality triggering a serious blow to the economic system and social and legal in the country.

Keywords: Rights of domestic workers. Principle of equality. Constitutional interpretation. Economic and social development.

Sumário: 1. Conceito de Empregado Doméstico. 2. A Evolução Histórica Mundial do Princípio da Igualdade Jurídica. 3. O Princípio da Igualdade em confronto com o parágrafo único do artigo 7º da CF/88. 4. Direitos Tradicionais do Empregado Doméstico. 5. A Lei nº 11.324 de 2006 e os novos direitos do Empregado Doméstico. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

A contemporaneidade vivencia a dilatação do individualismo e a conseqüente degeneração da vivência coletiva. Ademais, o ser humano cada vez mais tem praticado ações de dominação para com o outro.

O embate entre a classe dominante e classe dominada (situação-objeto de estudo constante pelos jusfilósofos e sociólogos) é amenizado pela intervenção do Direito, que, muito embora não consiga acompanhar a modernidade com a mesma celeridade do avanço social e tecnológico, tem se demonstrado atento às demandas, e por isso, tem publicado novas leis na ânsia de regular a vida em sociedade de modo mais isonômico e justo.

No campo do Direito Constitucional do Trabalho, no que se refere ao trabalhador doméstico, ainda se vê um flagrante descompassado positivado no parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal, haja vista a violação ao direito da igualdade entre trabalhadores.

Como é observado, o texto constitucional ao limitar os direitos a serem aplicados a esta espécie de trabalhadores, positiva a discriminação.

Este estudo, por conseguinte, busca conceituar o empregado doméstico, realizar um aprofundamento sobre a evolução histórica mundial do princípio da igualdade, bem como avaliar o paradoxo contido no dispositivo supracitado da Lei Maior. Outrossim, é realizada uma reflexão crítica acerca dos direitos do empregado

doméstico de modo a revelar a inefetividade do princípio da isonomia constitucional, que por sua vez, viola frontalmente a dignidade da pessoa humana na medida em que discrimina o trabalhador doméstico lhe privando de determinados direitos garantidos a outras espécies de trabalhadores.

1 CONCEITO DE EMPREGADO DOMÉSTICO

A origem da palavra “doméstico” advém do latim *domus* (casa) que é o labor realizado no âmbito residencial de outrem.

O conceito de empregado doméstico apresenta aspectos similares à configuração do empregado celetista, elencada no art. 3º da CLT. Tanto o empregado doméstico quanto o trabalhador comum (urbano e rural) são pessoas físicas que prestam serviços não eventuais, de forma subordinada e mediante salário. A diferença reside no fato de que a prestação de serviço doméstico restringe-se ao âmbito familiar, sem fins lucrativos, enquanto que o empregado comum se vincula uma atividade empresarial que visa ao lucro.

A Lei que dispõe sobre a prestação de serviço doméstico é a de nº 5.859/72, que em seu artigo 1º conceitua este trabalhador como "aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas", concedendo-lhe basicamente direito a férias, assinatura da CTPS, filiação obrigatória à Previdência Social, FGTS e seguro desemprego. Frisa-se que estes dois últimos são facultativos.

Destarte, extrai-se do conceito de doméstico a lavadeira, a cozinheira, a babá, a governanta, o vigia, o motorista particular, o jardineiro, o caseiro em chácara de lazer dos proprietários, ou mesmo a pessoa que presta serviços de acompanhamento ou enfermagem em caráter particular nas dependências ou no prolongamento do lar.

Neste sentido aponta a jurisprudência:

VIGIA DOMÉSTICO. O empregado que presta serviços em chácara, sem fins lucrativos, na função de vigia, unicamente para velar pela segurança de aeronave do reclamado com finalidade apenas de sua locomoção, é doméstico. TRT 18ª R. RO-01036-2003-012-18-00-3. Rel. Juíza Ialva Luza Guimarães de Mello – DJGO 26.02.2004.

ENFERMEIRA. Caracterização do trabalho como doméstica. A qualificação dos serviços prestados como enfermeira não tem o condão de desqualificar o enquadramento do labor como doméstico. Empregado doméstico é aquele que “presta serviços de natureza e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família no âmbito residencial destas”, nos termos do art. 1º, da Lei n. 5.859/72. E, portanto, torna-se irrelevante a função desempenhada pela laborista quando, efetivamente, a tenha exercido para pessoa física e em seu domicílio. TRT 15ª R. Proc. 20.983/03. 4ª. T. Rel. Juiz Manuel Soares Ferreira Carradita – DOESP 19.12.2003.

A Constituição Federal de 1988, no capítulo "Dos Direitos Sociais", elencou no art. 7º, parágrafo único, outros direitos além daqueles especificados na citada Lei n. 5.859/72.

As legislações, constitucional e infraconstitucional, reguladoras da prestação de serviço doméstico são extremamente restritivas quanto aos direitos dessa categoria, permanecendo tais trabalhadores excluídos do campo dos demais direitos garantidos aos trabalhadores comuns.

Denotam-se com clarividência as restrições e disparidades impostas pelo legislador na Carta Magna através do dispositivo esculpido pelo parágrafo único do artigo 7º diferenciando, por que não dizer, discriminando esta classe de trabalhadores no que se refere à garantia de direitos e violando frontalmente o princípio da isonomia.

Após a análise preliminar acerca da localização do doméstico no Direito pátrio e no contexto social, para consolidar o entendimento central do tema, torna-se imperiosa uma abordagem sobre o princípio da igualdade que a seguir se expõe.

2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA MUNDIAL DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE JURÍDICA

“A igualdade constitui o signo fundamental da democracia” (SILVA, 2001, p. 214). Pode-se afirmar ainda, que é o tronco, a espinha dorsal de uma sociedade democrática. O princípio da isonomia, por sua vez, é advento do cotidiano humano e, portanto, reflexo dos valores costumeticamente construídos pelos grupos sociais no transcorrer da existência humana.

Em verdade, as sociedades estão em sucessivos processos de transformações, tornando, assim, mutável o conceito de igualdade tanto em relação

à época, ou em relação a determinado grupo. Diante dessa mutabilidade, o que se entende como igualdade jurídica em determinado país pode não ser da mesma forma entendida em outro país e ainda, a isonomia de tempos passados pode não equivaler ao que se entende por igualdade hodiernamente e tampouco servir como parâmetros efetivos para calcar previsões do que será ela em tempos vindouros.

É válido ressaltar também que o princípio da igualdade reveste-se de grande importância social e jurídica. É imperioso admitir que a modernidade demanda estudos e transformações concretas na cultura da sociedade, contrapondo-se à ideia de que, no presente, “o direito de igualdade não tem merecido tantos discursos como a liberdade” (SILVA, 2001, p. 214).

O Direito, como se constata, se utiliza dos critérios isonômicos para atingir a justiça, determinando o equilíbrio, ou mesmo o desequilíbrio, uma vez que há desigualdades provenientes de divergências políticas, econômicas, geográficas, culturais, enfim, desigualdades humanas, que privam muitos até de ter as suas necessidades básicas supridas.

Para se entender a noção exata do princípio da igualdade deve-se, inicialmente, compreender a sua evolução histórica, com destaque das principais contribuições dos povos que influenciaram a construção deste princípio, uma vez que a igualdade como ideologia sempre foi discutida em todas as regiões, em todas as épocas, por todos os indivíduos.

O progresso da isonomia divide-se em três etapas: a primeira em que a regra era a desigualdade; a segunda, a ideia de que todos eram iguais perante a lei, denotando que a lei deve ser aplicada indistintamente aos membros de uma mesma camada social; e na terceira, de que a lei deve ser aplicada respeitando-se as desigualdades dos desiguais ou de forma igual aos iguais. (ROCHA, 1990, p. 32 et seq.)

O primeiro momento é definido da seguinte forma:

[...] a sociedade cunhou-se ao influxo de desigualdades artificiais, fundadas, especialmente, nas distinções entre ricos e pobres, sendo patenteada e expressa a diferença e a discriminação. Prevaleram, então, as timocracias, os regimes despóticos, asseguraram-se os privilégios e sedimentaram-se as diferenças, especificadas em leis. As relações de igualdade eram parcas e as leis não as relevavam, nem resolviam as desigualdades. (ROCHA, 1990, p. 35)

A sociedade, como se observa, adotava a desigualdade fundamentando este sistema nas leis, que a legalizava, e deste modo propiciava a quem mais detivesse poder e riqueza mais privilégios e, ao contrário, aos indivíduos de classes inferiores restavam os resultados caóticos do desequilíbrio.

Os privilégios dos poderosos eram aceitos normalmente e a existência da escravidão não era contestada, era 'absorvida' pelo silêncio imposto aos escravizados. Como se constata o entendimento supra destacado, a sociedade antiga legitimava a diferenciação entre ricos e pobres e não se preocupava em igualar os desiguais.

Apesar do pensamento de Aristóteles: "a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais", não houve concretização nos povos antigos para deflagração do processo de igualdade, uma vez que a igualdade não era absoluta. Pode-se citar como exceção "a Lei das XII das Tábuas, pela qual consagra a igualdade entre patrícios e plebeus, o Edito Perpétuo que estende a igualdade às populações de outras etnias e o *Edito de Caracalla ou Constitutio Antoniniana*, que concede direito da cidadania de todos os habitantes do império." (ROCHA, 1990, p. 30)

A desigualdade atinge o seu ápice no período da Idade Média, haja vista que a sociedade cada vez mais cristalizava as diferenças, além de que o pensamento filosófico também as legitimavam. Este é o intervalo histórico em que os grupos sociais eram erigidos pelos suseranos e vassalos.

Neste sentido, bem ressalta Vicentino ao expor que:

[...] a sociedade feudal era composta por dois estamentos, ou seja, dois grupos sociais com *status* fixo: os senhores feudais e os servos. Os servos eram constituídos pela maior parte da população camponesa, vivendo como os antigos colonos romanos – presos à terra e sofrendo intensa exploração. Eram obrigados a prestar serviços ao senhor e a pagar-lhe diversos tributos em troca de permissão de uso da terra e proteção militar. (VICENTINO, 1997, p. 109)

Em um segundo momento histórico há o progresso da igualdade e transformações sociais que desencadeiam a gênese do Estado moderno. Surge a moeda e o comércio. Por isso o sistema feudal entra em declínio, e, no mesmo compasso, há o aparecimento das cidades, e a burguesia surge como a nova classe

social, que por sua vez, acumula riquezas através do comércio de mercadorias. Logo sobrevém a Revolução Industrial e os burgueses, enriquecidos culturalmente, reivindicam ainda que de uma forma conveniente à classe, tratamento igualitário a todos. Este momento histórico pode ser assim resumido:

[...] a sociedade estatal ressentia-se das desigualdades como espinhosa matéria a ser regulamentada para circunscrever-se a limites que arrimassem as pretensões dos burgueses, novos autores das normas, e forjasse um espaço de segurança contra as investidas dos privilegiados em títulos de nobreza e correlatas regalias no Poder. Não se cogita, entretanto, de uma igualação genericamente assentada, mas da ruptura de uma situação em que prerrogativas pessoais decorrentes de artifícios sociais impõem formas despóticas e acintosamente injustas de desigualação. Estabelece-se, então, um Direito que se afirma fundado no reconhecimento da igualdade dos homens, igualdade em sua dignidade, em sua condição essencial de ser humano. Positiva-se o princípio da igualdade. A lei, diz-se então, será aplicada igualmente a quem sobre ela se encontre submetido. Preceitua-se o princípio da igualdade perante a lei. (ROCHA, 1990, p. 35)

Todavia, “quando surge a sociedade de classes, canonizando juridicamente o princípio liberal da igualdade de todos os cidadãos, este, contudo não logra nem pretende a anulação completa das desigualdades. Apenas não a contempla, firmando assim uma igualdade formal que se limita a desconhecer as desigualdades reais”. (MACHADO NETO, 1987)

Aqui, cabe também destacar Silva:

[...] a burguesia, cônica de seu privilégio de classe, jamais postulou um regime de igualdade tanto quanto reivindicara o de liberdade. É que um regime de igualdade contraria seus interesses e dá à liberdade sentido material que não se harmoniza com o domínio de classe em que assenta a democracia liberal burguesa. (SILVA, 2001)

É cabível admitir a veracidade do pensamento de Machado Neto e José Afonso da Silva, posto que as desigualdades originadas no regime combatido pela burguesia demandavam um combate por meio da proclamação da igualdade, ainda que incompleta, o que desencadeou um grande avanço.

Rousseau defendia que os homens eram iguais posto que pertenciam ao gênero do ser humano diferenciando-se apenas pelas condições físicas e psíquicas

de cada um, sendo que outros tipos de diferenças deveriam ser rejeitadas pela sociedade. (CHEVALLIER, 1998, p.162-195)

[...] o ideal de igualdade entre os homens guarda uma relação mais íntima com as idéias propugnadas por John Locke, especialmente na obra *Segundo Tratado do Governo Civil*, quando ele revela uma preocupação com a liberdade e os direitos naturais e individuais dos seres humanos, e sustenta que a ordem social não devia assentar-se em grupos, entidades ou aglomerações, mas em indivíduos autônomos e independentes, que são os verdadeiros responsáveis pelos próprios destinos e os únicos capazes de buscar a felicidade. (MENZES, 2001. p. 11-12)

É o que retrata Chevallier, ao exprimir o pensamento de Locke:

[...] o estado de natureza é um estado de perfeita liberdade e também um estado de igualdade [...] a razão natural ensina a todos os homens, se quiserem consultá-la, sendo todos iguais e independentes, nenhum deve prejudicar o outro[...]. (CHEVALLIER, 1998, p. 108)

A França e as colônias inglesas, no final do século XVIII, foram influenciadas pelos ideários de igualdade. Deste modo, houve a difusão das ideias e diversas Constituições normatizaram o princípio da isonomia.

Por conseguinte, a Constituição de Virgínia de 12 de junho de 1776 elencou topograficamente em seu art. 1º que "todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes".

Na França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, em seu art. 1º cunhou o princípio de que os homens nascem e permanecem iguais em direito. Tal reflexo tornou-se a base do Estado moderno exercendo influência sobre todas as constituições posteriores.

Ocorre, entretanto, que este engatinhar do princípio da igualdade que levou a erigi-lo como norma constitucional, não foi o suficiente para garantir que as necessárias mutações que se sucedem na evolução da história dos povos fosse exteriorizada de modo igualitário, uma vez que o Estado liberal se pôs alheio a intervenções e designou aos operadores do direito a tarefa de tentativa de efetivação da isonomia. Não obstante, ainda que de forma lenta e gradativa, tendo

por base a realidade de cada grupo social, em cada época, o princípio da isonomia começa a ter desdobramentos cada vez mais significativos e concretos.

Em 10 de dezembro de 1948, com o intuito de promover grandes transformações sociais, é promulgada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que difunde seus preceitos a inúmeras nações desde o preâmbulo até o bojo de seus artigos. Importante destacar na Declaração, o que se tem também como objeto deste estudo, a igualdade:

Art. 7º - Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual proteção da lei. Todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação;
Art. 22 - Toda a pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social; e pode legitimamente exigir a satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis, graças ao esforço nacional e à cooperação internacional, de harmonia com a organização e os recursos de cada país;
Art. 23, inciso I - Toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego; inciso II - Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual.

Constata-se que, já em meados do século passado, era preocupação dos povos a legitimação da igualdade inclusive na seara trabalhista.

Ao perscrutar as Constituições brasileiras, desde sua gênese, há a presença constante do princípio da isonomia. Entretanto, houve momentos em que a igualdade não ocorreu nem tampouco em sua acepção formal, porquanto na Carta de 1824 o princípio coexistia com a legitimação da escravatura. Há que se apontar também que nesta Carta, envolvida pela tendência mundial da época, a distinção era fundamentada nos méritos individuais.

Com o fim do regime monárquico e advento da República, na Constituição de 1891, visando ao princípio da isonomia, todos os privilégios de classes superiores foram extintos ou vedados. No entanto, com o decurso temporal, viu-se que o autoritarismo, os privilégios e os títulos, ainda que não escritos, foram mantidas sob a imposição das classes superiores.

Na Constituição de 1934 mantém-se a igualdade perante a lei, porém traz em seu bojo um novo elemento, que descaracteriza as distinções por motivo de

nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas, ou seja, assume que existem questões tradicionalmente desencadeadoras de desigualdade e formalmente as recrimina.

Nada obstante, com a Constituição de 1937, o elemento supracitado, que outrora era inovação, foi excluído. Neste ínterim, destaca-se a Consolidação das Leis do Trabalho, a qual tornou defesa a diferenciação nos rendimentos com base no sexo, nacionalidade ou idade.

Por sua vez, a Constituição de 1946 consolidou o princípio da igualdade e houve a proibição da propaganda de preconceitos de raça ou classe.

Sobre a Constituição de 1964, pertine relatar que o Brasil tornou-se signatário da Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho, a qual definiu a discriminação como "toda distinção, exclusão ou preferência, com base em raça, cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha o efeito de anular a igualdade de oportunidade ou de tratamento em emprego ou profissão".

No que alude à Carta Máxima de 1967, há que se mencionar que se deu a constitucionalização da punição do preconceito de raça. Um ano após, o Brasil ratifica a Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as formas de Racismo, ao dispor que "não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais", admitindo a necessidade e a validade de ações para o progresso de determinados grupos.

A Constituição de 1969, em sua emenda nº 01, proclamou apenas que não seria tolerada a discriminação.

Finalmente, a Constituição promulgada em 1988, no que pertine à igualdade, inovou desde o seu preâmbulo ao eleger a igualdade como valor supremo de uma sociedade pluralista e sem preconceitos.

No art. 3º, IV, há uma determinação para se mudar a realidade juntamente com os valores de um Estado do bem estar social. Objetiva-se "promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação". (BRASIL, 1999, p. 03)

Há que se destacar o *caput* do art. 5º, que encampa direitos e garantias individuais, o qual se inicia com a previsão de que “todos são iguais perante a lei [...] garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito [...] a igualdade [...]”. (BRASIL, 1999, p. 05)

Em verdade, a noção de igualdade não se apresenta apenas no bojo dos dispositivos supramencionados. A igualdade permeia toda a Constituição, quer igualando ou desigualando para se garantir a todos a igualdade de oportunidades.

A igualdade entre as camadas sociais, perante a lei, é conhecida na doutrina como igualdade formal. Vê-se que igualdade está vinculada ao princípio da dignidade humana, em que uma vez dotados de humanidade, todos os indivíduos são sujeitos de direito, devendo obter tratamentos de maneira igualitária. Porém, a denominada isonomia formal caracterizou-se em sua ineficácia.

Bem explicita Rocha ao mencionar que:

[...] esta interpretação da expressão iguais perante a lei propiciou situações observadas até a muito pouco tempo em que a igualdade jurídica convivia com a separação dos desiguais, vale dizer, havia tratamento igual para os iguais dentro de uma estrutura na qual se separavam os desiguais, inclusive territorial e socialmente. É o que se verificava nos Estados Unidos em que a igualdade não era considerada desrespeitada, até o advento do caso *Broen versus Board of Education*. Até o julgamento deste caso pela Suprema Corte norte-americana, entendia-se nos Estados Unidos da América que os negros não estavam sendo comprometidos em seu direito ao tratamento jurídico igual se, mantidos em escolas de negros, fossem ali tratados igualmente. (ROCHA, 1990, p. 36)

Conclui-se que o princípio da igualdade formal permite que as pessoas, cada qual com seus próprios meios e condições, construam as oportunidades de crescimento, seja ele pessoal, profissional ou financeiro, uma vez que todos nascem iguais, são humanos e dotados do mesmo potencial e condições.

Todavia, a história mundial apresenta que a tentativa de abstenção estatal, não ensejou à igualdade entre os cidadãos, até porque não houve por parte do Estado tentativa de correção da própria história, de cada povo. Diante disso, compreendeu-se que não bastava que a Constituição trouxesse formalmente descrito que todos são iguais perante a lei, proibindo tratamentos diferenciados, observou-se a necessidade de que a Constituição obrigasse o Estado a discriminar

(positivamente) as pessoas de tal forma que implicasse na promoção de uma igualdade eficaz.

Assim, há o fim do Estado Liberal e nasce o Estado do Bem-estar Social, que se inaugura expressamente em 1917 na Constituição do México, e em 1919 na Lei Fundamental de *Weimar*. Este novo modelo, por sua vez, procurou reduzir as desigualdades ocorrentes na sociedade. O constitucionalismo com relação ao princípio da igualdade não deve estar limitado à igualdade perante a lei. Se antes, com o Estado Liberal, não se vislumbrava como realizar a igualdade, a norma agora, com o Estado Assistencialista, desiguala os desiguais para atingir a igualdade implicando em dinamicidade e flexibilidade ao princípio da isonomia.

É notável a especificação de Menezes:

[...] o ponto comum dessas tendências foi o de abstrair o conteúdo negativo do princípio da igualdade. O Estado, a partir de então, passa a ser reconhecido como a instituição, legítima e adequada, para nivelar as desigualdades sociais. (MENEZES, 2001, p. 24)

Com isso, surge a chamada discriminação positiva ou reversa, visando à supressão de desvantagens impostas às pessoas em razão de religião, sexo, cor de pele ou quaisquer outras particularidades.

A visão material da igualdade vem complementar a sua visão formal. O art. 5º, *caput*, é considerado “como isonomia formal para diferenciá-lo da isonomia material, traduzido no art. 7º, XXX e XXXI”. (SILVA, 2001, p. 218)

Além disso, é válido ressaltar que a Constituição Federal traz em seu bojo outras formas expressas de igualdade material, tais como o art. 3º, o art. 5º, I, XXXII, LXXIV, o art. 170, VII, art. 193, art. 196, art. 205 etc.

Portanto, não basta a lei declarar apenas que todos são iguais, deve propiciar instrumentos e mecanismos eficazes para a construção da igualdade.

Vê-se que a sociedade pós-moderna não vive mais um conceito passivo de igualdade e sim se vincula a uma realidade de igualdade ativa.

Porém, há de se entender que o legislador, sob pena de criar uma norma inconstitucional, ao elaborar uma norma não pode criar situações que discriminem sem motivo.

Mello leciona que:

Há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando:

I – A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura indeterminada;

II – A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fator tempo – que não descansa no objeto – como critério diferencial;

III – A norma atribui tratamento jurídicos diferentes em atenção ao fator de discrimen adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados;

IV – A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o discrimen estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses protegidos constitucionalmente.

V – A interpretação da norma extrai dela distinções, discrimens, desequiparações que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita. (MELLO, 2002, p. 47)

Logo, revela-se imperiosa a crítica ao parágrafo único do artigo 7º da atual Lei das Leis, que discrimina os empregados domésticos ao limitar os direitos dos mesmos quando comparados aos demais trabalhadores urbanos e rurais.

3 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE EM CONFRONTO COM O PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 7º DA CF/88

Mello ao tratar sobre o princípio da igualdade, em síntese enfatiza que a igualdade deve ser o ponto cardeal para equilibrar todas as relações:

O preceito magno da igualdade, como já tem sido assinalado, é norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador. Deveras, não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas, a própria edição dela sujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas. (SILVA, 2001, p. 9)

Porém, a norma prescrita no parágrafo único do art. 7º da Lei Maior, restringindo os direitos trabalhistas do empregado doméstico, discriminou-o negativamente, o tornando desigual, pois ao particularizar, estabeleceu diferenças entre os trabalhadores, afetando o princípio constitucional da isonomia, consagrado como o maior vetor do direito pátrio.

O parágrafo único do art. 7º, embora seja uma norma inserida na Constituição Federal, não está em conformidade com o princípio da igualdade, que "é a bússola que norteia a elaboração da regra, embasando-a e servindo de forma para sua interpretação. Os princípios influenciam as regras. Estas não influenciam os primeiros". (MARTINS, 2000, p. 111)

Por conseguinte, com fulcro no referido princípio, não pode a Lei Máxima discriminar negativamente o empregado doméstico, concedendo-lhe menos direitos que ao trabalhador comum. Porquanto, todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Logo, o empregado do âmbito familiar deve ter regime jurídico equiparado ao dos demais empregados.

Cretella Júnior, neste diapasão, dispõe:

O art. 7º, parágrafo único da Constituição de 5 de outubro de 1988, que estamos comentando, alterou os princípios que informam a nossa Oitava Constituição da República Federativa do Brasil, o da igualdade entre eles. Se "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza", o regime jurídico do trabalhador doméstico, advindo da relação empregatícia é equiparado ao regime jurídico trabalhista dos demais empregados de fábricas, indústrias ou empresas [...] (CRETELLA JR, 1994, v. 2, p. 1)

Desta forma, é incontestável que o parágrafo único do art. 7º da Carta fere frontalmente o princípio da igualdade, afinal se todos devem ser tratados com paridade, não pode tal dispositivo limitar de forma discriminatória os direitos do trabalhador doméstico.

Ora, a legislação trabalhista coexiste com a dignidade humana, princípio integrante da Constituição da República de 1988, restando clarividente que o primeiro fundamento do valor do trabalho é o próprio homem. Destarte, a dignidade humana é superior a qualquer outro princípio.

Consoante leciona Ruprecht, “trata de elevar a consideração da pessoa que trabalha aos mesmos níveis das que utilizam seus serviços”. (RUPRECHT, 1995, p. 106) Ademais, enfatiza a necessidade da promoção dos princípios da não discriminação, da equidade, da justiça social, da colaboração, da equidade, dentre outros. (RUPRECHT, 1995, p. 96 e ss.)

Por conseguinte, a Justiça deve promover a dignidade do ser humano com prudência e habilidade visando à interpretação das normas além dos elementos gramaticais, lógicos ou sistemáticos. Para tanto, deve utilizar-se de elementos sociológicos, econômicos, políticos e morais que revelem os anseios da comunidade no momento da aplicação da lei e impeça abuso em todos os sentidos.

4 DIREITOS TRADICIONAIS DO EMPREGADO DOMÉSTICO

O empregado doméstico representa uma categoria que, gradativamente, vem conquistando seus direitos.

Um primeiro marco nesse sentido, consoante expresso alhures, foi a promulgação da lei regulando a categoria, a Lei nº 5.859, de 11 de dezembro de 1972. Ela passou a garantir à categoria doméstica direitos como à assinatura de Carteira de Trabalho (art. 2º, I) para fins previdenciários, e as férias anuais remuneradas (art. 3º), então fixadas em 20 dias úteis, após 12 meses de serviços prestados à mesma pessoa ou família.

No entanto, outros direitos foram sendo garantidos aos empregados domésticos com o transcorrer da história, como o vale-transporte, previsto pela Lei 7.418/85.

Essa tendência foi acelerada com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que, no parágrafo único do seu artigo 7º, estendeu diversos dos direitos garantidos aos empregados urbanos e rurais, tais quais os direitos relativos à remuneração, como o salário mínimo (art. 7, IV), a irredutibilidade salarial (art. 7, VI) e o décimo terceiro salário (art. 7, VIII).

O legislador constitucional garantiu, também ao empregado doméstico, o direito ao repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos (art. 7, XV).

Outros direitos assegurados ao doméstico pela Constituição vigente foram o terço de férias (art. 7, XVII), a licença-maternidade de 120 dias (art. 7, XVIII) e a licença-paternidade de 5 dias (art. 7, XIX).

Por fim, o legislador constitucional previu proteção ao fim do contrato de trabalho do empregado doméstico, garantindo-lhe o direito ao aviso prévio de 30 dias (art. 7, XXI) e à aposentadoria (art. 7, XXIV), nos mesmos moldes do empregado comum.

Felizmente, porém não satisfatoriamente, este rol de direitos do empregado doméstico foi aumentado recentemente, pela promulgação da Lei 11.324 de 2006.

5 A LEI Nº 11.324 DE 2006 E OS NOVOS DIREITOS DO EMPREGADO DOMÉSTICO

Até o advento desta lei, o empregador doméstico podia descontar do seu empregado os valores despendidos com a sua alimentação e moradia, no caso de moradia e alimentação no seu âmbito laboral. A Lei 11.324/06 proibiu esse desconto, inserindo novo artigo na Lei 5.859/72:

“Artigo 2º-A. É vedado ao empregador doméstico efetuar descontos no salário do empregado por fornecimento de alimentação, vestuário, higiene ou moradia”.

Ademais, o empregador doméstico podia exigir do seu empregado o trabalho nos feriados, pois este direito tinha sido expressamente excluído do empregado doméstico pela lei específica dos feriados (Lei 605/49). Tal exclusão foi expressamente revogada pela 11.324/06:

“Art. 9º Fica revogada a alínea a do art. 5º da Lei nº 605, de 5 de janeiro de 1949”.

A Lei 11.324/06 determinou que o empregado doméstico tem direito a férias anuais remuneradas de 30 dias corridos, como os demais empregados e não mais apenas 20 dias úteis.

Outro direito estendido à doméstica foi a estabilidade da gestante. O fato de a doméstica poder ser dispensada quando grávida era permitido pela legislação anterior, porém, não mais pela Lei 11.324/06:

"Artigo 4º-A. É vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada doméstica gestante desde a confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto."

A questão da estabilidade era um aspecto controvertido até então, haja vista que o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho vinha sendo no sentido de que o parágrafo único do art. 7º da Constituição não estendeu o referido direito à doméstica, sendo, tão somente, destinatárias do Direito, as empregadas urbanas, rurais e as trabalhadoras avulsas, sob o argumento de que, sendo uma função de extrema confiança não teria porque uma família manter um empregado doméstico a pretexto de uma estabilidade provisória, quando a confiança deixa de existir, o que seria, por conseguinte, uma afronta à natureza humana (SANTOS, 1990, v. 26, n. 27).

A par disso, o art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (que cria a garantia de emprego à gestante) reporta-se e vincula-se expressamente ao art. 7º, inciso I da mesma Carta – inciso esse que pela CF/88 não foi estendido à categoria doméstica. Nesse quadro, até o advento da Lei 11.324/06, não seria viável considerar tal direito aos domésticos em função de inexistir previsão legal, pois a omissão constitucional não teria sido fruto de mero equívoco e sim da compreensão de que não deve a ordem jurídica conferir garantia extensa de emprego em segmento em que a fidúcia sobreleva-se ao primeiro plano da relação de emprego. (DELGADO, 2009, p. 360 et seq)

Quanto à estabilidade provisória assegurada ao empregado acidentado, por determinação do art. 11 e 18, parágrafo 1º da Lei n. 8.213 de 1991 não se aplica ao doméstico.

O direito de férias que outrora era fixado em 20 dias úteis foi alterado com fixação de 30 dias, todavia sem a concessão de férias proporcionais ou mesmo dobra de férias (art. 137 da CLT), tendo em vista a não previsão na Lei n. 5.859/72 e tampouco na Lei n. 11.324/06.

Para Barros, se a nova legislação que ampliou para 30 dias as férias aos domésticos não fez alusão a dobra celetista, a sanção deve ser denegada (BARROS, 2010, p. 360).

Para Delgado, ao contrário, este argumento é falho, pois a estrutura das férias é sim dada pela CLT, senão vejamos:

Em primeiro lugar, o Decreto n. 71.885/73, ao regulamentar a lei especial a que se reportava (Lei 5.859/72), determinou a aplicação do capítulo celetista referente a férias à categoria dos domésticos (art. 2º e 6º, Decreto n. 71.885/73). Em segundo lugar, mesmo que não se aceite a extensão feita pelo Regulamento da Lei do Doméstico, este diploma legal conferiu à categoria o direito ao instituto de férias anuais remuneradas, apenas com a particularidade do prazo de 20 dias úteis. Ora, a estrutura e dinâmica do instituto é dada pela CLT, que passou, desse modo, no compatível, a ser necessariamente aplicada à categoria doméstica. Por esta razão, cabem aos empregados domésticos as parcelas de férias proporcionais e a dobra celetista incidente sobre as verbas pagas e destempo. (DELGADO, 2009, p. 35)

Quanto ao descanso semanal remunerado, o texto Constitucional fez previsão expressa, em que pese tenha sido omissivo quanto ao repouso em feriados, gerando dúvidas a respeito de sua concessão aos domésticos, pois a lei ordinária que os prevê (Lei n. 605/49) excluía esses empregados de sua esfera normativa.

Ocorre que a Lei n. 11.324/06, em seu art. 9º revogou o art. 5º, “a” da Lei 605/49. Deste modo, o doméstico passou a fazer jus no texto positivado ao repouso semanal em dias santos e feriados, preceito este que já vinha sendo deferido nos textos constitucionais desde a Carta de 1937 como garantia de propiciar ao empregado disposição de tempo para o adequado desenvolvimento dos valores morais, culturais e religiosos. (BARROS, 2010, p. 360)

Entretanto, mesmo com a omissão da Constituição vigente, e antes da vigência da Lei 11.324/2006, havia decisões favoráveis à concessão do descanso também em dias santos e feriados:

Os empregados domésticos devem receber, em dobro, pelo trabalho realizado aos domingos, em feriados e dias santificados, embora a Carta de 1988 não se refira de modo expresso a estes últimos. O objetivo do legislador constituinte foi estender-lhes também o descanso em feriados. TRT – 3ª R – 2ª Turma – RO 3159/95 – Rel. Juíza Alice Monteiro de Barros – DJMG 19.04.95.

Paradoxalmente havia também decisões desfavoráveis fulcradas na omissão do texto legal. (BARROS, 2010, p. 360)

Embora a Carta Magna de 1988, em seu art. 7º, parágrafo único, tenha estendido à categoria dos empregados alguns direitos sociais, entre os quais o direito ao repouso semanal remunerado, não fez nenhuma menção quanto ao pagamento em dobro do trabalho prestado em feriados civis e religiosos, devendo tal pretensão do autor ser rejeitada, por ausência de previsão legal, e à luz do art. 2º da Lei n. 5.959/73. TRT – PB 5121/98 – AC. 51.233 – Rel. Juíza Ana Clara de Jesus Maroja Nóbrega – DOE 19.03.99.

Quanto às horas extraordinárias praticadas pelo doméstico, a legislação ainda apresenta-se lacunosa.

A jurisprudência majoritária, deste modo, sedimenta-se no sentido de que o doméstico que ultrapassar a sua jornada normal de trabalho, não fará jus ao recebimento de horas extras.

EMPREGADO DOMÉSTICO - HORAS EXTRAS - A garantia da limitação da jornada de trabalho e do pagamento de horas extras não foi estendida aos trabalhadores domésticos, haja vista que o artigo 7º, parágrafo único, da Constituição Federal, não lhe assegurou os direitos previstos nos incisos XIII e XVI do referido dispositivo legal. Assim, pode o empregado doméstico estender seu horário além das oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, sem que isso implique o pagamento de contraprestação pelos serviços prestados. (TRT 06ª R. - RO 0072900-07.2009.5.06.0411 -2ª T. -Rel. Des. Acácio Júlio Kezen Caldeira - DJe 04.05.2010 - p. 56)

HORAS EXTRAS - EMPREGADO DOMÉSTICO. Diante da realidade normativa sobre a qual se impõe o nosso ordenamento jurídico e que impõe aos seus cidadãos a estrita observância ao cumprimento da lei, conclui-se que, na ausência de dispositivo constitucional ou legal que conceda ao trabalhador doméstico um parâmetro mínimo de jornada e uma remuneração diferenciada para as horas de trabalho que a suplantarem, não convém ao julgador estender o direito elencado no inciso XIII do artigo 7º da Constituição Federal a um trabalhador doméstico. E mesmo que o reclamado seja confesso quanto ao fato de que remunerava as horas excedentes à jornada de trabalho pactuada, entendo que tais valores devem ser tidos como um mero acréscimo ao salário, já que é inegável a maior prestação de serviços nessas ocasiões. Nem por isso pode se pretender que tais pagamentos sejam tidos como horas extras, uma vez que inexistente a norma que confere o aludido direito ao trabalhador doméstico. Importa deixar bem claro que não se está fazendo tábula rasa ao fundamento da dignidade da pessoa humana constitucionalmente assegurado (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal), mas apenas cumprindo os ditames da lei, ordem sobre a qual igualmente se funda o Estado Democrático de Direito. Recurso provido por maioria. (TRT 24ª R. -Proc. 00985/2008-003-24-00 -2ª T. -Rel. Des. Francisco das C. Lima Filho -DO 15.06.2009)

O FGTS do empregado doméstico continuou a ser uma mera faculdade do empregador, que por sua vez, decide se inscreve ou não o seu empregado no referido regime (Lei n. 10.208/2001).

Se inscrito e tiver laborado nessa condição por período mínimo de 15 meses, nos últimos 24 meses contados da dispensa sem justa causa, fará jus ao seguro desemprego, no valor de um salário mínimo, por um período máximo de 3 meses³.

O mesmo diploma ainda criou o incentivo fiscal ao empregador doméstico uma vez que há permissão de deduzir do imposto de renda, desde o ano fiscal de 2006 (exercício 2007) e até o ano fiscal de 2011 (exercício 2012), as contribuições previdenciárias patronais mensais (inclusive sobre 13º salário e terço de férias) respeitados o teto de um salário mínimo como salário-de-contribuição e o lançamento de um único empregado (art. 1º e 8º da Lei n. 11.324/2006).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Demonstra-se evidente que a regulação do trabalho doméstico passou por uma intensa evolução. Entretanto, ainda há um caminho que se faz necessário para que se concretize a justa igualdade de direitos com o empregado comum, para que assim possa desenvolver a democracia social, além de fomentar a economia brasileira.

Afinal, consoante jurisprudência expressa anteriormente, ainda há a ausência do direito positivado a uma jornada de 8 horas de trabalho ao empregado doméstico assim como existe para o trabalhador comum. Não há o conseqüente adicional de horas extras quando tal jornada é ultrapassada. E ainda, o empregado doméstico não tem o direito ao adicional noturno quando exerce suas funções no período que deflagra tal direito a outros empregados sejam rurais ou urbanos.

Ora, não há dúvidas de que a legislação é tímida em relação aos direitos dos empregados domésticos, renegando-lhes determinadas garantias necessárias à

³ Medida provisória n. 1.986 de 1999 e subsequentes medidas renovatórias; Decreto n. 3.361 de 2000; Lei de Conversão n. 10.208 de 2001. Os diplomas legais alteraram o texto da Lei n. 5.58/72, acrescentando-lhe dispositivos.

preservação de sua dignidade profissional consoante estabelecido pelo art. 1º, III da Constituição Federal.

Por todas as óticas que se interpreta a Lei Maior, extrai-se a preocupação com a dignidade da pessoa humana, tanto que é conhecida como Constituição-cidadã. Desta forma, a exclusão do trabalhador doméstico dos direitos garantidos aos trabalhadores urbanos, rurais e avulsos não é compatível com o espírito norteador da Lei. Percebe-se um evidente descompasso com o princípio da isonomia deflagrando um sério abalo no sistema social, econômico e jurídico.

Torna-se necessária, por conseguinte, a reavaliação do parágrafo único do artigo 7º da Constituição Federal a ponto de igualar efetivamente o empregado doméstico como mecanismo de concretização dos ideários democráticos de Direito.

REFERÊNCIAS

- ASSIS, Romeu José de. **Guia Prático do Empregado Doméstico**. Curitiba: Juruá, 2000.
- BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTR, 2010.
- BITTENCOURT SANTOS, Hélio Antonio. **Síntese Trabalhista**. 16. ed. São Paulo: Síntese, 2002.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Antonio Luiz de Toledo Pinto (Org.). 21 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.
- CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As Grandes Obras Políticas de Maquiavel a nossos dias**. 8. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1998.
- DELGADO, Maurício Delgado. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTR, 2009.
- GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. Forense:2000 .
- MARTINS, Sérgio Pinto. **A Continuidade do Contrato de Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2000.
- MASCARO NASCIMENTO, Amauri. **Iniciação ao direito do Trabalho**. 22 ed. São Paulo, 1996.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MENEZES, Paulo Lucena de,. **A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano**. São Paulo: RT, 2001.
- PAIXÃO, Floriceno. **Empregado Doméstico**. São Paulo: Síntese, 1981.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Lê, 1990.
- RUPRECHT, Alfredo. **Os princípios do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 1995, p. 106. Trad. Edilson A. Cunha.
- SANTOS, Edilton Meireles de. **O doméstico e a estabilidade sindical provisória. Suplemento Trabalhista**. São Paulo: LTR, 1990, v. 26, n. 27.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.



Uma análise crítica do parágrafo único do artigo 7º...

SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. 21. ed. São Paulo: 2003.

VICENTINO, Cláudio. **História geral**. 8. ed. São Paulo: Scipione, 1997.

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA: A APLICAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS PARA A ABERTURA DA CONSTITUIÇÃO¹

CONTEMPORARY CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS: THE APPLICATION OF RIGHTS AND
GUARANTEES FOR OPENING OF THE CONSTITUTION

Priscila Dalla Porta Niederauer Cantarelli²

Resumo

Para se falar em interpretação constitucional, é necessário analisar os pensamentos de autores alemães e americanos que tratam do tema, pois a interpretação constitucional não pode ser mais concebida nos seus moldes tradicionais, uma vez que necessita de um alargamento de seus intérpretes. Assim, para concretizar os direitos fundamentais garantidos na Constituição, realiza-se uma atividade interpretativa mais intensa, efetiva e democrática, tendo por objetivo principal analisar a complexidade acerca da atuação da jurisdição constitucional. Portanto, a ampliação do controle normativo do poder judiciário no âmbito das democracias contemporâneas tornou-se tema central de muitas das discussões nas ciências. Para a realização da pesquisa, adotou-se o método de abordagem dialético, a partir do qual o tema exposto será tratado considerando-se os conflitos internos nele presente e sua interação com os fenômenos jurídico-sociais de ordem prática em função dos quais se desvela sua finalidade. Desse modo, o princípio da democracia pode ser institucionalizado mediante um sistema de direitos que garanta a cada um igual participação em um processo de normatização jurídica.

Palavras-Chave: Interpretação constitucional. Participação. Princípios. Judiciário;

Abstract

To speak on constitutional interpretation is necessary to analyze the thoughts of German and American authors dealing with the issue. Because the constitutional interpretation can not be conceived in their traditional way, since requires a broadening of its interpreters. Thus to achieve the fundamental rights warranties in the Constitution requires a interpretative activity more intense effective

¹ Artigo recebido em: 11/05/2011. Pareceres emitidos em: 30/05/2011 e 08/06/2011. Aceito para publicação em: 12/09/2011.

² Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Especialista em Educação Ambiental pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Advogada. E-mail: <priscila_dalla@hotmail.com>.

and democratic. As well as the expansion of the regulatory control of the judiciary in the context of contemporary democracies became a central theme of many discussions in sciences. The principle of democracy can be institutionalized through a system of rights that warrant each, equal participation in a process of legal regulation.

Keywords: Constitutional interpretation. Participation. Principles. Legal.

Sumário: *Introdução. 1. A Interpretação Constitucional Aberta e os direitos fundamentais. 2. A aplicação da nova hermenêutica constitucional para uma maior concretude de direitos. 3. A interface da jurisdição constitucional e o processo político. 4. Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Conclusão. Referências Bibliográficas.*

INTRODUÇÃO

Para tratar de interpretação aberta e legitimidade da jurisdição constitucional, é indispensável analisar o posicionamento de autores consagrados acerca do tema, isso acontece porque a interpretação constitucional é uma atividade que diz respeito a todos. Destarte, serão examinados os direitos fundamentais e a relação entre direito e moral, no ponto de vista de Dworkin, assim como a dimensão objetiva desses direitos, considerando a concepção de Böckenförde. Ademais, para concretizar esses direitos, é necessária uma atividade interpretativa e uma ponderação de direitos fundamentais e, para tanto, deverá ser enfrentado o tema através das considerações de Alexy.

Do mesmo modo, será abordada a vinculação dos direitos fundamentais com a ideia de democracia participativa sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito, juntamente com uma conexão aos procedimentos que assegurariam a formação democrática da opinião e da vontade. Tais procedimentos exigem uma identidade política por meio da análise das exposições de Habermas, assim como uma limitação da jurisdição constitucional através de um controle de natureza procedimental, qual seja, o processo político, e, para isso, deve-se observar o posicionamento de Ely.

Também será tratado sobre o processo de judicialização da política com a expansão do poder dos tribunais, o chamado “ativismo judicial”, fazendo-se imprescindível que a atuação do judiciário seja compatível com as bases do constitucionalismo democrático. Uma vez que a aplicação do Direito, no que se

refere à concretização, passa a ser mais importante do que a sua própria elaboração (questão legislativa), ou concorrente com ela, será considerado o posicionamento de Böckenförde.

Mostrando-se imprescindível à interpretação do Tribunal Constitucional para a realização da democracia, reconstruindo, dessa forma, a relação entre o juiz constitucional e o legislador, ainda será defendida a ideia de Dworkin, o qual aponta para a fundamentação de todas as decisões judiciais.

Por fim, será estudado o pensamento de Tribe, que defende a valorização do papel material do Judiciário, criticando a redução da Constituição a um mero documento procedimental, pois, para ele, os aspectos constitucionais estão relacionados ao conteúdo e não à técnica.

1 A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL ABERTA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Häberle afirma que existe um círculo muito amplo de participantes do processo de interpretação pluralista e, muitas vezes, esse processo se mostra difuso, pois se incorpora às ciências sociais e aos métodos de interpretação voltados para o atendimento dos interesses públicos e do bem estar geral. No entanto, a teoria da interpretação constitucional esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de uma “sociedade fechada”, porque se concentra na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados (HÄBERLE, 1997, p. 11-12).

Essencialmente se acreditava que a interpretação era delimitada apenas pela atividade consciente de explicar a norma, mas, para uma análise realista do desenvolvimento da interpretação constitucional, é indispensável um conceito mais amplo de hermenêutica, o qual abranja também cidadãos, grupos, órgãos estatais, sistema público e opinião pública. Desse modo, são representadas forças de interpretação como interpretes constitucionais em sentido *lato* e, assim, atuam, no mínimo, como pré-intérpretes, construindo a democratização da interpretação constitucional. Contudo, a jurisdição constitucional apresenta a última palavra sobre a interpretação.

Os novos conhecimentos da teoria da interpretação diz que ela é um processo aberto, e não é um processo de passiva submissão, nem se confunde com a recepção de uma ordem. Assim a ampliação do círculo de intérpretes é uma consequência da necessidade de integração da realidade no processo de integração, compondo essa realidade pluralista. Pois se a norma não é uma decisão prévia simples e acabada, é necessário indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional. (HÄBERLE, 1997, p. 30-31)

As constituições de letra viva, sendo entendida por letra viva aquelas cujo resultado é a obra de todos os intérpretes da sociedade aberta, são, em seu fundo e em sua forma, expressão em instrumento mediador de cultura, marco reprodutivo e de recepções culturais e depósito de futuras configurações culturais, experiências, vivências e saberes. Assim, a realidade jurídica de todo o Estado constitucional é só um fragmento da realidade constitucional viva, e seus textos e contextos são uma forma de suas realidades culturais (HÄBERLE, 2000, p. 35).

Häberle assevera que a Constituição é o processo cultural no sentido de a Teoria da Constituição ter referência na constituição democrática, essa interpretação é a que vem sendo entendida no ocidente. Esse processo cultural está se compondo de elementos reais e ideais, estatais e sociais, todos eles apenas localizados em um único estado constitucional de forma simultânea para se conseguir um nível de “ser” o mais adequado possível, em vistas de um “dever ser”. Seus elementos são: a dignidade da pessoa humana como premissa que deriva a cultura de todo um povo e dos direitos humanos universais; a soberania popular como forma identificatória de uma colaboração que se renova cada vez de forma aberta e responsável; a Constituição como pacto no qual se formulam objetivos educacionais e valores orientadores possíveis; e a divisão dos poderes e do Estado de Direito e o Estado Social de Direito (HÄBERLE, 2000, p. 33).

Os direitos dos homens têm um caráter moral e estão relacionados com o direito. Um exemplo que Alexy (1999, p. 60) traz é que “o direito moral à vida, implica um direito moral à proteção por um direito positivo estatal”. Portanto, existe um direito ao Estado, mas também um direito moral ao direito positivo, pois o respeito aos direitos do homem é uma condição necessária para a legitimidade do direito positivo. Desse modo, protegendo os direitos do homem, o direito positivo se legitima.

Nesse sentido, Dworkin (2003, p. 3) afirma que não é possível separar direito e moral, já que os princípios decorrentes da moral não estão sujeitos ao reconhecimento de autoridade competente, pois não nascem com a legislação, precisando ser positivados. No entanto, os aspectos morais e valorativos devem se fazer presentes no momento da aplicação do direito.

Dworkin ainda sustenta que os processos judiciais têm outro aspecto que não pode ser avaliado em termos de dinheiro ou liberdade. Há, inevitavelmente, uma dimensão moral associada a um processo judicial legal e, portanto, um risco permanente de uma forma inequívoca de injustiça pública. E se esse julgamento for injusto, logo a comunidade terá infligido um dano moral a um de seus membros por tê-lo estigmatizado, em certo grau ou medida, como fora-da-lei. A lesão é mais grave quando se condena um inocente por um crime não cometido, mas já é bastante considerável quando um queixoso com uma alegação bem fundamentada não é ouvido pelo tribunal, ou quando um réu dele sai com um estigma imerecido.

Ademais, o julgamento deve ser substantivo e trata-se de um reconhecimento, segundo Dworkin, de que as decisões devem ser justificadas de um ponto de vista moral, o que traz à tona o debate sobre sua subjetividade e a (i)legitimidade da atuação dos juízes.

Para Dworkin, todavia, essa leitura moral não possui nada de revolucionário, a não ser o fato de admitir e explicitar esta vinculação, já que advogados e juízes, em sua prática cotidiana, instintivamente percebem a Constituição como expressando aspectos morais (situação para a qual não há uma opção alternativa). Assim, a novidade reside no fato de se explicitar e reconhecer este fato, e não na leitura moral da Constituição propriamente dita (LEAL, 2007, p. 167).

Em relação aos direitos fundamentais, Alexy (1999, p. 61) sustenta que os direitos do homem tratam de interesses e carências para os quais valem coisas distintas, mas o interesse ou carência tem de ser tão fundamental que a necessidade de seu respeito ou proteção se deixe fundamentar pelo direito. Esse interesse é fundamental quando a sua violação resulta em morte, sofrimento grave ou influência no núcleo essencial da autonomia, sendo compreendidos aqui não só os direitos de defesas liberais clássicos, mas também os direitos sociais que visam assegurar um mínimo assistencial. No entanto, para o autor, a codificação dos

direitos do homem por uma Constituição transformando-os em direitos fundamentais não resolve o problema da institucionalização, porém caracterizam quatro extremos, como o escalão hierárquico supremo, que dá aos direitos hierarquia constitucional, a qual dá ensejo à força de concretização suprema que vincula os três poderes, mas nenhum desses extremos iria significar muito se os direitos fundamentais tratassem de questões sem importância. Desse modo, Alexy (1999, p. 63) assegura que:

entre tantos direitos positivados podem ocorrer conflitos, então, mostra-se necessária uma ponderação como parte de um exame de proporcionalidade, e esse é o problema da dogmática dos direitos fundamentais e também a razão principal para a abertura dos catálogos de direitos fundamentais. E cabe ao tribunal constitucional a interpretação dos direitos fundamentais.

No mesmo sentido, Cittadino (2002, p. 32) garante que, para concretizar o sistema de direitos constitucionais, implica-se uma atividade interpretativa tanto mais intensa, efetiva e democrática, quanto maior for o nível de abertura constitucional existente, pois não se prescreve o regime de aplicabilidade imediata da maioria das normas relativas a direitos fundamentais.

Segundo Böckénforde, tentando compreender o fenômeno que se opera no sentido da eficácia imediata atribuída a esses direitos, esta eficácia constitui uma novidade dos direitos fundamentais com relação à dimensão subjetiva, onde eles eram tidos como meras normas programáticas. Isso não implica, contudo, uma alteração substancial dos direitos fundamentais, pois também os direitos subjetivos, em sua feição liberal-individualista, são tidos como vinculantes e possuem eficácia imediata (LEAL, 2007, p. 103).

Entretanto, Alexy (1999, p. 65) sustenta que quem quer institucionalizar os direitos do homem no mundo como ele é somente através do modelo realista determina que direitos fundamentais e democracia sejam duas compreensões em sentido contrário, e assim se contradizem. Os direitos fundamentais são democráticos, porque garantem direitos de liberdade e igualdade e asseguram o desenvolvimento e existência de pessoas e são capazes de manter o processo

democrático na vida. Em contra partida, os direitos fundamentais são ademocráticos, porque eles desconfiam do processo democrático³.

Cittadino (2002, p. 28) sustenta que, recusando o constitucionalismo liberal, marcado pela defesa do indivíduo racional, deve-se passar para um constitucionalismo societário e comunitário que confere prioridade aos valores da igualdade e da dignidade humana. É exatamente a Constituição-dirigente que entra em choque com a cultura jurídica positivista e privatista, que objetiva preservar a esfera da ação individual.

Os direitos fundamentais positivados constitucionalmente recebem uma espécie de validação comunitária, pois fazem parte da consciência ético-jurídica de uma determinada comunidade histórica. É a ausência de qualquer dogmatismo jusnaturalista que permite a utilização do conceito de abertura constitucional. É, portanto, pela via da participação político-jurídica – alargamento do círculo de intérpretes da Constituição – que se processa a interligação dos direitos fundamentais e da democracia participativa.

2 A APLICAÇÃO DA NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL PARA UMA MAIOR CONCRETUDE DE DIREITOS

Foi sempre o temor ou o cuidado de declarar uma lei inconstitucional que produziram as modernas formas de interpretação constitucional, que objetivam, principalmente, conservar a norma no ordenamento jurídico, tendo como embasamento o princípio da economia, da segurança jurídica e da presunção de constitucionalidade das leis e como intuito a procura de uma interpretação que compatibilize a norma tida como "inconstitucional" com a Carta Magna. Parte-se da ideia de que, na maioria dos casos, essa inconstitucionalidade da norma vai dar espaço a um vazio legislativo, que causará sérios danos ao ordenamento jurídico.

³ Segundo Maus (2000, p. 131), a relação entre poder do Estado e cidadãos elabora-se como o oposto da forma tradicional da família dominada pela figura paterna. A concepção de democracia de Estado inverte as relações naturais: nela os filhos aparecem em primeiro plano, sendo-lhes derivado o pai.

Pode-se explicar o surgimento das novas técnicas de interpretação constitucional com base no fato de que cada disposição legal deve ser considerada na composição da ordem constitucional vigente, e não ficar restrita ao âmbito do conjunto das disposições da mesma lei ou de cada lei no conjunto da ordem legislativa (BASTOS, 2002, p. 269).

O método integrativo ou científico-espiritual foi desenvolvido por juristas alemães, capitaneado por Rudolf Smend, como acentua Paulo Bonavides:

A concepção de Smend é precursoramente sistêmica e espiritualista: vê na Constituição um conjunto de distintos fatores integrativos com distintos graus de legitimidade. Esses fatores são a parte fundamental do sistema, tanto quanto o território é a sua parte mais concreta (BONAVIDES, 1997, p. 478).

A Constituição se torna por consequência mais *política* do que *jurídica*. Reflete-se assim essa nova tomada de sentido na interpretação, que também se "politiza" consideravelmente do mesmo modo que ganha incomparável elasticidade, permitindo extrair da Constituição os mais distintos sentidos, conforme os tempos, a época, e as circunstâncias. Portanto, nesse novo meio de interpretação, chega-se a amoldar a Constituição às realidades sociais mais vivas. Já não se menosprezam, em consequência, os chamados fatores extraconstitucionais, que a interpretação formalista costumava ignorar por meta-jurídicos, mas que têm importante lugar na operação integrativa da Constituição (BONAVIDES, 1997, p. 479-480).

O método tópico veio a ser empregado na esfera jurídica através de Theodor Viehweg, em razão da insuficiência do método científico dos naturalistas. Martin Kriele, Peter Häberle, Friedrich Müller e Konrad Hesse voltaram-se também para a tópica, especificamente para uma teoria material da Constituição, construindo estradas próprias com o propósito de alcançar objetivos semelhante.

Pensar o problema constitui o cerne da tópica em suas exposições sobre o método, novo estilo de argumentação e acesso à coisa. A interpretação tópica procura evidenciar que o argumento dedutivo não constitui o único veículo de controle da certeza racional. O pesquisador procura abarcar o problema como uma questão aberta, tanto quanto admissível. A partir dessa posição, extraem-se e examinam-se as presumíveis soluções e, desse modo, chega-se à decisão final.

No entanto, para Viehweg e Esser, existe um confronto entre o pensamento tópico e o sistêmico. O pensamento sistêmico seria por excelência um pensamento “dedutivo”, ao contrário da tópica. Enquanto técnica jurídica da práxis, o pensamento tópico estaria sempre envolvido para a determinação do “respectivamente justo”, para a solução peculiar de cada caso, pensado como um problema em toda a sua complexidade. Os limites da tópica se encontram já na sua função instrumental, pois ela é uma técnica que simplesmente ajuda a descobrir que conhecimentos e interrogações podem, em cada caso, desempenhar determinado papel, sem oferecer por si mesma a suficiente fundamentação da solução.

Posto um problema constitucional concreto, os intérpretes utilizam-se de vários *topoi* ou pontos de vista, sujeitos a serem legitimados como premissas (caso venham a ser aceitos pelo interlocutor), visando resolver o problema por meio da interpretação mais adequada ao problema ou, noutras palavras, mais razoavelmente justa. Dessa forma, percebemos que os *topoi* servem de auxiliar de orientação ao intérprete, constituem um guia de discussão dos problemas e permitem a decisão do problema jurídico em discussão (BONAVIDES, 1997 apud ESSER, p. 44).

A tópica representa o tronco de onde partem na Alemanha as direções e correntes mais empenhadas em renovar a metodologia contemporânea de interpretação das regras constitucionais. Portanto, as normas jurídicas passam para um segundo plano, adquirindo a natureza de *topoi*. Em se tratando da Constituição, esta perde em muito o seu aspecto formal. Assim esclarece Paulo Bonavides:

A invasão da Constituição formal pelos *topoi* e a conversão dos princípios constitucionais e das próprias bases da Constituição em pontos de vista à livre disposição do intérprete, de certo modo enfraquece o caráter normativo dos sobreditos princípios, ou seja, a sua juridicidade. A Constituição, que já é parcialmente política, se torna por natureza politizada ao máximo com a metodologia dos problemas concretos, decorrentes da aplicação da hermenêutica tópica (BONAVIDES, 1997, p. 495).

No campo constitucional, a importância da tópica é decisiva na medida em que produz uma reorientação básica da doutrina, mas corre o risco de tomar, na esfera do Direito Constitucional, uma dimensão metodológica.

Mostra-se necessário apontar o método de interpretação constitucional de Friedrich Müller que intenta fundamentar uma teoria material do Direito, afastando-se assim por inteiro das correntes formalistas. O método de Müller é concretista. Tem sua inspiração maior na tópica, mas a modifica em diversos pontos para poder chegar aos resultados da metodologia proposta. Desse modo, Müller visa organizar o processo de interpretação, o qual é por ele visto como algo complexo, formado por diversos elementos, razão pela qual não há um ponto final, mas, auxiliando o operador, um método seguro, científico e rigoroso que permite o alcance do verdadeiro direito, que não se confunde com o texto da norma, o qual em momento nenhum é menosprezado ou abandonado pelo autor (BONAVIDES, 1997, p. 498-499). Como assinala Bonavides (1997, p. 500):

a exaustiva perquirição de Müller busca evitar o hiato, a separação, a antinomia das duas Constituições – a formal e a material – bem como aquele conhecido confronto da realidade com a norma jurídica. É nesse dualismo que a metodologia concretista, ao tornar fática a norma, se empenha com mais afinco por evitar.

Müller procura demonstrar que a jurisprudência da Corte de Karlsruhe já não pode ocultar, através de artifícios verbais, a ruptura com os métodos costumeiros de interpretação constitucional, de modo que se torna admissível questionar a visão clássica da norma jurídica e sua aplicação. O autor vale-se, para tanto, da análise dos processos atuais empregados, inclusive, pela Corte de Karlsruhe, na sua tarefa de concretizar a Constituição e transportar ao abandono das velhas e tradicionais concepções dos intérpretes formalistas.

Um dos métodos de interpretação constitucional que a tópica mais influenciou atualmente foi o método concretista da “Constituição Aberta” teorizada por Peter Häberle, o qual levou a tópica às últimas consequências, através uma série de fundamentações e legitimações que se aplicam ao campo dos estudos constitucionais, resultantes da democratização do processo interpretativo, pois não está mais ligado ao corpo clássico de intérpretes do quadro da hermenêutica tradicional, mas se estende a todos os cidadãos. A interpretação em sentido estrito é a que usa os métodos tradicionais de Savigny, de procedência civilista. A interpretação em sentido lato é a que oferece um amplo terreno à discussão e à

renovação, tendo sido desfavorecida pelos preconceitos dos juristas técnicos de visão formalista.

Assim, unidas as duas interpretações, podem os direitos fundamentais e a democracia pluralista, tanto na prática como na teoria, ser levados efetivamente a sério, porque as duas formas de interpretação se correlacionam. Não é possível estabelecer entre ambas uma delimitação rígida, sobretudo quando se sabe que na sociedade democrática há juízes “técnicos”, peritos e jurados que, não sendo juristas de profissão, contribuem para a abertura da categoria dos intérpretes da Constituição em sentido estrito (BONAVIDES, 1997, p. 510-511).

A tese de Häberle é de que a interpretação da Constituição é abrangida por todos os órgãos estatais, todos os entes públicos, todos os cidadãos, todos os grupos, não havendo *números clausus* de intérpretes constitucionais. Desse modo, constitucionalizar formas e processos de participação é uma tarefa específica de uma teoria constitucional. Assim, o processo político deve ser tanto quanto possível aberto, necessitando, em algum momento, ter uma interpretação “diversionista”, uma vez que essa teoria constitucional democrática assume a responsabilidade por uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição (HÄBERLE, 1997, p. 55).

A interpretação da Constituição, tida até então como um ato consciente, deliberado e formal do jurista de profissão como causa da “sociedade fechada”, deve, porém, considerar-se pela nova metodologia como obra da sociedade aberta, de quantos dela participam materialmente. A interpretação da Constituição está sempre a constituir a sociedade aberta e a ser por ela constituída, sendo seus critérios tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade (BONAVIDES, 1997, p. 512).

Entretanto, faz-se crítica a nova metodologia da “Constituição aberta”, pois depende de uma eficaz aplicação, da presença de sólido consenso democrático, da base social estável, de pressupostos institucionais firmes e da cultura política bastante desenvolvida. Esses fatores são difíceis de encontrar nos sistemas políticos e sociais de nações em desenvolvimento, sendo tão importantes que podem invalidar a metodologia. Até mesmo para Constituições de países desenvolvidos a serventia desses fatores se torna relativa e questionável em sua adoção desmedida,

porque debilitaria o fundamento jurídico específico do edifício constitucional, acabaria por dissolver a Constituição e sacrificar a estabilidade das instituições.

Assim, o surto de preponderância concedida a elementos fáticos e ideológicos de natureza irreprimível é capaz de exacerbar a sociedade, o antagonismo de classes, a competição dos interesses e a repressão das ideias. No entanto, a crítica que se faz a esse método concretista da Constituição aberta é de que, nos sistemas efetivamente democráticos, poderá revelar-se excelente para manter o *estatus quo* da liberdade, mas, nos Estados pouco desenvolvidos, seu préstimo será menor como recurso para manter as crises. O emprego desse instrumental, com a desorganização da consciência jurídica e a impotência normativa da lei, poderia ocasionar o desenlace institucional (BONAVIDES, 1997, p. 516).

Outro método é o da interpretação conforme a Constituição, que não se trata de um princípio de interpretação da Constituição, mas de um princípio de interpretação da lei ordinária de acordo com a Constituição. Dessa forma, nenhuma lei será declarada inconstitucional se comportar uma interpretação em harmonia com a Constituição, conservando seu sentido.

A aplicação desse método parte da presunção de que toda lei é constitucional, adotando-se, ao mesmo passo, o princípio de que, em caso de dúvida, a lei será interpretada conforme a Constituição, não devendo interpretar isoladamente a norma constitucional, uma vez que o conteúdo geral da Constituição procede de princípios elementares da ordem constitucional, representando a Constituição um todo, uma unidade, um sistema de valor. Esse princípio busca conservar a norma, sendo um instrumento de segurança jurídica contra declarações precipitadas de invalidade da norma. A declaração de nulidade da lei é o último recurso de que lança mão o juiz quando está persuadido da absoluta inconstitucionalidade e já não encontra saída, senão reconhecê-la incompatível com a ordem jurídica (BONAVIDES, 1997, p. 518-519).

Um aspecto negativo dessa interpretação é o risco de valer-se no ordenamento constitucional de normas inconstitucionais e de uma interpretação da Constituição conforme a lei. Entretanto, o lado positivo é a fidelidade do método quanto à preservação do princípio da separação de poderes. Isso faz com que juízes

e tribunais compreendam que sua incumbência não é desautorizar o legislativo ou nele se imiscuir por via de sentenças ou acórdãos, mas apenas controlá-lo, inclinando-se para a obra de aproveitamento máximo dos conteúdos normativos, ao reconhecer-lhes sempre que possível a referente validade. Porém, pode ocorrer que a vontade do juiz para salvar a lei substituiu a vontade do legislador.

Na medida em que o método empregado para manter a lei com o máximo de constitucionalidade que for possível nela vislumbrar, em face de interpretações ambíguas, não restará dúvida de que ela não só preserva o princípio da separação de poderes, como reconhece ao legislador uma posição de hegemonia no ato da concretização constitucional, o que está de acordo com o princípio democrático encarnado no legislativo, mas o excesso de zelo em manter as leis pode desfigurar esse aspecto positivo do método, fazendo-o negativo e igualmente atentatório ao próprio princípio da separação de poderes. Isso ocorre quando o Tribunal, para não declarar nula uma lei, perde de vista as limitações necessárias de seu ofício e acaba reformando a lei (BONAVIDES, 1997, p. 523).

O método tomado sem exagero, não desabona a função legislativa nem tampouco diminui a magistratura nos poderes de conhecer e interpretar a lei pelo prisma de sua constitucionalidade. Quanto mais rígida a Constituição e quanto maior o obstáculo para sua reforma, maior é a importância da interpretação e assim mais flexíveis e maleáveis devem ser os seus métodos interpretativos para se fazer uma perfeita acomodação entre a Carta Magna e as reivindicações do meio político e social.

Dessa forma, a interpretação preenche uma função muito além da de mero pressuposto de aplicação de um texto jurídico para transformar-se em elemento de constante renovação da ordem jurídica e para acolher, dentro dos limites formais, as mudanças da sociedade, tanto no desenvolvimento como na existência de novas ideologias.

Fica difícil interpretar sem se levar em conta as realidades políticas pelas quais passa o país. As discussões mobilizam o espírito de todos os setores da sociedade, que são altamente ideológicos, e se fazem sentir na interpretação do direito, em função do que se fala, então, de uma atualização das regras jurídicas por meio do processo interpretativo (BASTOS, 2002, p. 265).

3 A INTERFACE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O PROCESSO POLÍTICO

Se o teor universalista do Estado Democrático de Direito é o mesmo, ele será admitido em cada contexto histórico, diante das distintas formas culturais de vida. Habermas quer evidenciar que o patriotismo constitucional não pode prescindir de uma determinada identidade política, precisa que seja concretizado em cada caso conforme as condições históricas. Para o autor, a ideia de direitos humanos e da soberania do povo determina a autocompreensão normativa de Estados de direito democráticos. Na medida em que tradições culturais e processos de socialização tornam-se reflexivos, utilizam a consciência da lógica de questões éticas e morais que estão estruturadas no agir orientado pelo entendimento (HABERMAS, 1997, p. 128).

Assim, argumentos em prol da legitimidade do direito devem ser compatíveis com os princípios morais da justiça e da solidariedade universal, da mesma forma que os princípios éticos de uma conduta de vida projetada tanto no indivíduo como no coletivo. Na medida em que as questões morais e éticas se diferenciam entre si, encontram a sua expressão na dimensão da autodeterminação e da autorrealização (HABERMAS, 1997, p. 133).

O visado nexa interno entre soberania do povo e direitos humanos reside no conteúdo normativo de uma forma de exercício da autonomia política, que é garantido mediante a formação discursiva da opinião e da vontade, e não através das leis gerais.

O autor também destaca o papel do legislador quanto ao poder de conformação como intérprete constitucional, diferenciando-se qualitativamente do espaço que se assegura ao juiz constitucional na interpretação. Mas o processo político não é um processo liberto da Constituição: o legislador atua como elemento precursor da interpretação constitucional e do processo de mutação constitucional. A jurisdição constitucional é um catalisador essencial da Ciência do Direito Constitucional como interpretação constitucional (HÄBERLE, 1997, p. 26-28).

No mesmo sentido, apresenta-se a visão de Ely (2010, p. 137) quando afirma que os valores a serem protegidos pelo direito devem ser determinados e convencioneados pelo processo político, principalmente quando se trata de uma

democracia representativa. No que se refere aos tribunais, não cabe a tarefa de interpretação valorativa da Constituição e de garantia de direitos substantivos, já que estes devem ser especificados e determinados em uma instância política, e não em uma instância jurídica. Portanto, aos tribunais não cabe criar novos direitos ou ampliar o conteúdo ou extensão de direitos já existentes.

Como lembra a professora Mônia Leal, Ely busca fortalecer e ao mesmo tempo restringir a jurisdição constitucional através de um retorno a um referencial de controle de natureza procedimental, em suas palavras:

A posição de Ely se apresenta com uma característica aparentemente contraditória, a partir do momento em que fortalece e ao mesmo tempo limita a atuação da jurisdição constitucional. Por meio da retração e limitação ao aspecto procedimental, a atuação das Cortes é restringida e o processo político, fortalecido, porém, sem que isso implique a discriminação ou prejuízo de minorias, que devem ter os seus direitos fundamentais assegurados (no que a atuação jurisdicional é reforçada). Em outras palavras, trata-se de um modelo que intenciona, a um só tempo, fortalecer e restringir a jurisdição constitucional por meio de um retorno a um referencial de controle de natureza procedimental, em que o processo político pretende ser reforçado sem que isto implique em uma renúncia de proteção dos direitos das minorias (LEAL, 2007, p. 157).

De acordo com Ely (2010, p. 87), o acesso a um processo político aberto a todos e, com isso, o reforço do papel representativo com igual respeito para minorias e majorias se apresenta como o principal tema da jurisdição constitucional, determinando a natureza procedimental da Constituição americana, cujo principal conteúdo reside em afirmar que as escolhas substantivas sejam abertas a todos os interessados, garantindo-se a preservação da democracia e evitando-se a necessidade de uma imposição de valores por parte dos Tribunais, tidos como ilegítimos e não aptos para julgar e apreciar questões dessa ordem no contexto de um sistema representativo.

Assevera Häberle (1997, p. 53) que a fixação exclusiva da jurisdição tem de ser superada. Para ele, é possível cogitar a ideia de que a doutrina constitucional também integre a teoria da legislação, sendo admitida como interlocutora do legislador. Portanto, constitucionalizar formas e processos de participação é uma tarefa específica de uma teoria constitucional. Assim, o processo político de ser tanto quanto possível aberto, devendo, em algum momento, ter uma interpretação

diversionista, já que essa teoria constitucional democrática assume a responsabilidade por uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.

No que se refere às múltiplas faces do processo de judicialização da política, Cittadino (2002, p. 17) afirma que a ampliação do controle normativo do poder judiciário, no âmbito das democracias contemporâneas, tornou-se tema central de muitas das discussões na ciência política, sociologia jurídica e filosofia do direito. E nos países latino americanos de jovens democracias existe uma forte pressão e mobilização política da sociedade que está na origem do “ativismo judicial”, ou seja, na expansão do poder dos tribunais, ou no processo de judicialização da política.

O fato do domínio da lei ter sido confundido com a soberania do povo transformou a ideia de domínio em autolegislação. A vinculação estrita a legislação do aparelho judicial do Estado é ressaltada através do inquestionável primado do legislativo sobre os demais poderes do Estado. No modelo clássico de separação de poderes, tinha o sentido exclusivo de submeter esse aparato à vontade legislativa do povo (MAUS, 2000, p. 133), pois o sistema dos direitos não pode ser reduzido a uma interpretação moral dos direitos e nem a uma interpretação ética da soberania do povo, já que a autonomia privada dos cidadãos não pode ser sobreposta, assim como não pode ser subordinada à sua autonomia política (HABERMAS, 1997, p. 138).

Entretanto, para obter critérios precisos entre o princípio da democracia e o da moral, Habermas parte da circunstância de que o princípio da democracia destina-se a amarrar um procedimento de normatização legítima do direito. Assim, somente podem ter validade legítima leis jurídicas capazes de encontrar a concordância de todos os parceiros do direito em um processo jurídico de normatização discursiva, partindo do pressuposto de que uma formação político-racional da vontade é possível e de que o princípio da democracia pode ser institucionalizada, mediante um sistema de direitos que garanta a cada um igual participação em um processo de normatização jurídica (HABERMAS, 1997, p. 145-146).

Defende Böckenförde que o controle de constitucionalidade como uma forma específica de garantia da Constituição deve ser analisada em relação com o Estado democrático de Direito:

Diante de tal fato, que faz de certo modo sugerir a inevitabilidade de uma atuação dessa natureza por parte do Tribunal Constitucional ou, na lógica do autor, de qualquer outro órgão que configure a última instância de decisão, a questão central que se coloca é, portanto, a de quais os mecanismos de legitimação capazes de conferir sustentabilidade democrática a essa instituição. Em outras palavras, é possível dizer que também a jurisdição constitucional pressupõe e precisa se legitimar democraticamente, o que traz ínsita a idéia de que, ao exercer a sua função, ela não pode se apropriar, ela mesma, de seu objeto, qual seja, o Direito. Dito de outro modo, tem-se que o controle (de constitucionalidade, no caso) não pode, ele mesmo, enquanto tal, fugir do controle, tornando-se um risco em vez de uma garantia (LEAL, 2007, p. 102).

O emprego das normas de caráter principiológico que identificam a ordem objetiva e concreta de valores faz com que a interpretação seja substituída pela ideia de concretização⁴, conduzindo a um novo arranjo da relação entre jurisdição e legislação, pois esta mesma concretização provoca, em última instância, uma função de natureza "quase legislativa", fazendo com que desapareça a diferença qualitativa existente entre elas. Portanto, a aplicação do Direito passa a ser, em última instância, mais importante do que a sua própria elaboração, ou, pelo menos, concorrente com ela.

4 LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Segundo Maus (2000, p. 135) a expectativa depositada na Justiça de que ela possa funcionar como instância moral se manifesta não somente em pressuposições de cláusulas legais, mas também na permanência de uma certa confiança popular. Ainda afirma que a Justiça aparece como uma instituição que, sob a perspectiva de um terceiro neutro, auxilia as partes envolvidas em conflitos de interesses e situações concretas, por meio de uma decisão objetiva, imparcial e justa.

Dworkin (1996, p. 160) busca estabelecer o pressuposto de que o juiz está vinculado a determinados princípios preexistentes, ou seja, o argumento de que o autor se vale é o de que, ao estar vinculado a determinados princípios, ainda que

⁴ Interpretação e concretização se diferenciam, por conseguinte, no sentido de que a primeira consiste em uma averiguação de sentido de algo já pré-dado, cujo conteúdo se torna mais rico em razão dessa atividade de contraste com a realidade concreta; na segunda, pelo contrário, tem-se uma concretização - criativa - que consiste num preenchimento, numa atribuição de conteúdo a algo que somente está posto em linhas gerais. (LEAL, 2007, p. 107).

abertos e genéricos, o magistrado desenvolve uma atividade vinculada, o que não significa que ela não prescindida de interpretação.

Para o Häberle (1997, p. 33-34), do ponto de vista teórico-constitucional, a legitimação fundamental das forças pluralistas da sociedade para participar da interpretação constitucional reside no fato de que essas forças representam um pedaço da publicidade e da realidade da Constituição, não podendo ser consideradas como fatos brutos, mas como elementos que se colocam dentro do quadro da Constituição, já que limitar a hermenêutica constitucional aos interpretes “corporativos” ou autorizados juridicamente pelo Estado significaria um empobrecimento.

A representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que a representação pelo parlamento. O tribunal será representativo discursivamente, quando aceitarem o seu discurso jurídico-constitucional racional enquanto instância de reflexão do processo político, mas o ideal da Declaração⁵ pode ser realizado sem que precise fracassar em uma contradição interna entre direitos fundamentais e democracia (ALEXY, 1999, p. 66).

No que se refere à concretização da Constituição e separação de poderes, deve-se ter em mente que o ativismo judicial não significa o dever de os processos deliberativos democráticos conduzirem as instituições judiciais, transformando os tribunais em regentes republicanos das liberdades positivas dos cidadãos.

O processo de judicialização da política não precisa invocar o domínio dos tribunais, nem defender uma ação paternalista por meio do Poder judiciário, pois a própria Constituição institui diversos mecanismos processuais que buscam dar eficácia aos seus princípios. E essa responsabilidade é de uma cidadania juridicamente participativa que depende da atuação dos tribunais, mas, sobretudo,

⁵ O autor propõe uma indagação sobre se existe uma contradição na Declaração Universal dos Direitos do Homem entre direitos fundamentais e democracia? Para responder ele apresenta a análise de três modelos: um ingênuo, um idealista e um realista. Segundo o primeiro modelo não pode existir um conflito, pois tanto direitos fundamentais e democracia são algo bom, mas Alexy assevera que como existe entre esses bens fundamentos caracterizados por finitude e escassez, existe um conflito. No segundo modelo, admite o conflito, mas por ser idealista, acredita que em uma sociedade ideal os representantes políticos não querem violar os direitos fundamentais dos cidadãos através de decisões parlamentares. (HÄBERLE, 2000, p. 64).

do nível de pressão e mobilização política que sobre eles se fizer (CITTADINO, 2002, p. 39).

Conforme Maus (2000, p. 153-154), a dinamização da proteção dos bens jurídicos sujeita cada vez mais setores sociais à intervenção casuística de um Estado que, em nome da administração de crises ou de sua prevenção, coloca em questão a autonomia do sujeito para garantir a autonomia dos sistemas funcionais. Ao mesmo tempo em que a moralização da jurisprudência serve também à funcionalização do direito, a Justiça ganha um significado duplo. A nova *Imago paterna* afirma de fato os princípios da “*societate órfã*”. Nessa sociedade, exige-se igualmente resguardo moral a fim de se enfrentar pontos de vista morais autônomos, oriundos dos movimentos sociais de protesto. Os parlamentos podem mais facilmente desobrigar-se da pressão desses pontos de vista que vêm “de baixo”, na medida em que já internalizaram eles próprios os parâmetros funcionalistas de controle jurisdicional da constitucionalidade das leis.

A própria Teoria do Direito Livre fundamentara suas problemáticas exigências com a afirmação correta de que os chamados “destinatários jurídicos” não se deixam orientar pelo direito legal, comportando-se segundo o direito livre, o qual corresponde as normais sociais e convenções morais. Os indivíduos contêm-se de furtar, roubar ou matar não porque conheçam os artigos da lei, mas sim porque seguem as convenções morais que praticam desde a infância (MAUS, 2000, p. 155).

Portanto, Maus sustenta que, com a apropriação dos espaços jurídicos livres por uma justiça que faz das normas livres e das convenções morais o fundamento de suas atividades, reconhece-se a presença da coerção estatal, que, na sociedade marcada pela delegação do superego, localiza-se na administração judicial da moral.

Häberle (2000, p. 41) traz funções estatais e seus respectivos resultados como as obras do poder legislativo, executivo e judiciário, incluindo os aspectos contenciosos de toda prática meramente administrativa e os de representatividade da mais alta magistratura. As decisões vinculantes em última instância assim como as procedentes do Tribunal Constitucional em sua estruturação escalonada atingem qualquer parte interessada no processo junto com sua própria compreensão das respectivas decisões adotadas a respeito das funções estatais e seus resultados.

Segundo Häberle (2000, p. 46), é evidente que o Direito, a Ciência jurídica, os juízes e os legisladores não podem existir por si mesmos, porque todos eles dependem de certos materiais, ações e procedimentos, assim como de novos conhecimentos teóricos e experiências, tampouco é menos certo que dependem de novos ideais e expectativas que permitam ao Direito tradicional apresentar novas perspectivas que o obriguem a defender algumas de suas posturas secularmente mantidas.

Tem-se, pois, por parte de Dworkin, uma espécie de percepção ao mesmo tempo criativa e vinculada da interpretação e da aplicação do direito pelos tribunais, que lhe é bastante peculiar. É nesta perspectiva, por sua vez, ao referir que as críticas à leitura moral da Constituição pelos juízes são hiperbólicas, que o autor deixa claro que essa prática não é, de modo algum, contrária ao princípio republicano, senão indispensável para a própria democracia, eis que ela não pressupõe ou estabelece que os juízes devem ter a última palavra, porém, tampouco insiste ou determina que eles não a devam ter (LEAL, 2007, p. 169)

Portanto, pode-se dizer que a doutrina de Dworkin, em relação ao controle de constitucionalidade, reconstrói as relações entre o juiz constitucional (como garantidor dos direitos fundamentais e das minorias) e o legislador (como representante da vontade da maioria expressa pelo parlamento). Assim, Dworkin acrescenta ainda outro argumento a favor da legitimidade dos tribunais ao afirmar que, em meio a um regime democrático em que não há uma igualdade genuína de poder político e no qual muitos cidadãos são absolutamente destituídos de privilégios, aqueles que não possuem representatividade ganham mais do que perdem, enquanto outros ganham em poder político com essa transferência (LEAL, 2000, p. 171)⁶. Em defesa da interpretação feita pelos juízes Dworkin afirma que:

o papel atualmente desempenhado pelos juízes já foi, historicamente, desempenhado por padres e por soberanos; a diferença, no entanto, é que nenhum deles precisava justificar e fundamentar as suas ações em princípios, o que configura, de outro lado, uma característica neural na judicatura, uma vez que os juízes não podem fazer nada que não possam justificar em termos de princípio.

⁶ No dizer do autor, essas imperfeições no caráter igualitário da democracia se afiguram como bem conhecidas e, talvez, parcialmente irremediáveis, sendo preciso levá-las em conta ao julgar quanto os cidadãos, individualmente, perdem de poder político sempre que uma questão sobre direitos individuais é tirada do legislativo e entregue aos tribunais. Segundo ele, alguns perdem mais do que outros apenas porque têm mais a perder. (LEAL, 2007, p. 171).

Assim, a judicatura se adéqua melhor às sociedades pluralistas modernas, pois, como os juízes *decidem* com base em suas próprias convicções morais, eles aceitam esta responsabilidade institucional de forma menos rígida (DWORKIN, 2003, p. 11).

Tribe em suas reflexões de caráter substancialista critica à tentativa de redução da Constituição a mero documento procedimental. O autor enfoca a discussão sobre o constitucionalismo no aspecto das escolhas constitucionais inerentes à Constituição e no seu desenvolvimento (LEAL, 2000, p. 177). Desse modo, Tribe defende que o papel material do Judiciário faz jus a uma maior atenção, pois não é admissível que se ignorem as normas fundamentais da Constituição. Com isso, não se exclui a possibilidade de haver desavenças e discordâncias com relação a esses valores, mas é justamente esta a grande provocação que se coloca para a vida constitucional: não só a lista das normas e dos conteúdos constitucionais fundamentais, como também a própria identidade da Constituição deve, invariavelmente, permanecer abertas ao debate.

É preciso, neste sentido, que se tome consciência de que toda interpretação constitucional possui elementos de indeterminação, especialmente porque a Constituição não é capaz de resolver tudo por si só, libertando-nos da responsabilidade pelas escolhas que ela pressupõe - e que precisamos - fazer. De outro lado, ela não é meramente um espelho, muito menos um recipiente vazio no qual os seus usuários podem despejar o que bem entenderem. A Constituição, enquanto tal, nos diz alguma coisa e o que ela diz deve ser a "pedra de toque" (*touchstone*) para se avaliar a adequação substantiva de qualquer Emenda proposta (TRIBE, 1985, p. 26).

Com esses argumentos, Lawrence Tribe se afigura como um dos principais teóricos substancialistas americanos, não só em razão do desenvolvimento de uma teoria dos valores ou material, mas também em face de suas críticas ao pensamento procedimentalista, com base em suas pretensões de resguardo da democracia, assentadas na negação de elementos que lhe são inerentes. Por mais que não se pretenda negá-los ao transferir a responsabilidade de sua configuração para instâncias democráticas, a chave para todas as discussões que pretendem consolidar e fortalecer a democracia devem ter como pressuposto a ampliação das esferas de debate. Nesse ponto, o autor defende a vinculação entre procedimentalismo e substancialismo (LEAL, 2000, p. 188).

CONCLUSÃO

O estudo desses diversos autores enriquece e torna possível a discussão acerca da jurisdição constitucional. Mesmo que Peter Häberle não aborde de forma direta a jurisdição constitucional, o autor trata especificamente da interpretação constitucional aberta, o que resulta em uma maior eficácia na aplicação dos direitos fundamentais e, até mesmo, da democracia, pois os direitos fundamentais não se configuram em meros direitos subjetivos, uma vez que possuem uma dimensão objetiva com eficácia imediata, e com isso, apresentam um caráter vinculante atrelado a própria Constituição. Desse modo, é por meio da participação político-jurídica que se dá a ampliação do círculo de intérpretes da Constituição e que se verifica a conexão dos direitos fundamentais e da democracia participativa.

Portanto, não é razoável isolar a norma da realidade, pois a realidade é atingida pela disposição da norma, o componente material constitutivo da própria norma. Dessa forma, a norma constitucional não pode ser interpretada isoladamente, já que o conteúdo geral da Constituição deriva de princípios elementares da ordem constitucional, representando a Constituição um todo, que alude à cultura de um povo.

No que se refere aos aspectos interpretativos que envolvem a moral, um dos expoentes é Ronald Dworkin, que defende a substancialidade do juiz ao desempenhar suas funções, afirmando que a questão da legitimidade não pode ter uma leitura reducionista. De acordo com Habermas, tem-se a aplicação da teoria discursiva e do agir comunicativo à jurisdição constitucional. Aplica-se também o agir comunicativo, à participação efetiva dos cidadãos na democracia. Assim, a legitimidade está na jurisdição constitucional aberta, na qual todos podem participar da interpretação constitucional, em defesa dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Luís Afonso Heck. **Revista de Direito Administrativo**, n. 217, Rio de Janeiro, jul./set. 1999. p. 56-66.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FARPERJ, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Traducción de Claudia Montilla. Santafé de Bogotá: Siglo Del Hombre, 1996.

DWORKIN, Ronald. The judge's new role: should personal convictions count? **Journal of International Criminal Justice**, nº 1. Oxford University Press, 2003, p. 04-12.

ELY, Jonh Hart. **Democracia e Desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional aberta**: reflexões sobre os limites e a legitimidade da Jurisdição Constitucional na ordem democrática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HÄBERLE, Peter. **Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura**. Madrid: Tecnos, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martonio Mont'Alverne Barreto Lima e Paulo Menezes Albuquerque. **Novos Estudos**, n. 58. São Paulo CEBRAP, nov./ 2000.

TRIBE, Lawrence H. False equation of proceduralism with passivity. **Constitutional choices**. Cambridge Massachusetts: Harvard University Press, 1985, p. 26.

A ILEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PROCESSO MONITÓRIO EM FACE DA FALÊNCIA DA ORDINARIEDADE CLÁSSICA¹

THE DEMOCRATIC ILLEGITIMACY OF THE
MONITORY PROCESS FACE TO THE COLLAPSE OF THE CLASSIC ORDINARINESS

Talita Késsia Andrade Leite²

Resumo

Este estudo tem como objetivo questionar a legitimidade democrática do processo monitorio diante do processo comum ordinário em face das garantias e princípios processuais constitucionais. Neste artigo, critica-se a técnica do contraditório invertido empregada naquele processo em um momento em que se pensa uma nova legislação processual civil brasileira comprometida com a celeridade, mediante a sumarização da cognição.

Palavras-Chave: Processo monitorio. Contraditório. Ilegitimidade democrática.

Abstract

This study aims to question the democratic legitimacy of the monitorio process before the ordinary common process in the face of constitutional guarantees and procedural principles. This article criticizes the technique of adversary reversed at a time when is thought in a new civil procedural Brazilian law committed to speed, through the summarization of cognition.

Keywords: Monitorio process. Contradictory. Democratic illegitimacy.

Sumário: 1. Introdução. 2. O processo monitorio. 2.1. Conceito e finalidade. 2.2. O rito especial estabelecido pela Lei 9.079/1995. 2.3. A anomalia do contraditório invertido. 3. A evolução das principais teorias do processo até o advento da teoria neoinstitucionalista. 4. O princípio do contraditório na construção de um provimento democrático. 5. A natureza jurídica do processo monitorio e a falência da

¹ Artigo recebido em: 05/05/2011. Pareceres emitidos em: 30/05/2010 e 20/07/2011. Aceito para publicação em: 12/09/2011.

² Acadêmica do 9º (nono) período da Faculdade de Direito do Centro Universitário Metodista Izabela Hendrix integrante da Rede Metodista de Educação – BH/MG. Endereço eletrônico: talitakessia@uol.com.br. Artigo orientado por Maria Luisa Costa Magalhães. Mestre em Direito Processual Civil (PUC MINAS); escritora; professora acadêmica. E-mail: mlcmagalhaes@yahoo.com.br.

ordinariedade clássica. 6. O processo monitorio no Anteprojeto do CPC. PLS 166/2010. 7. Conclusão. 8. Referências.

INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito tem como modelo de proteção social a seguridade que visa a cobertura universal dos direitos dos cidadãos e a concessão do mínimo vital aos que dele fazem parte.

Dentro deste paradigma, os princípios institutivos fundamentais que tangem o processo, como a garantia apta a efetivar ao jurisdicionado a tutela de seus direitos fundamentais positivados na Constituição e o exato cumprimento do ordenamento jurídico pátrio são três, segundo a classificação do professor Rosemiro Pereira Leal: o contraditório, a ampla defesa e a isonomia (LEAL, 2008, p. 86-90).

Tendo em vista o desrespeito a estes princípios constitucionais no processo monitorio brasileiro, neste artigo se busca a análise da ilegitimidade democrática deste à luz dos princípios constitucionais processuais.

O processo monitorio, que foi instituído no ordenamento jurídico pátrio pela Lei 9.079 de 14.07.1995 com novos fundamentos em relação à semelhante Ação de Assinação de Dez Dias prevista nas Ordenações Filipinas, Título 25 do Livro III, também pela Consolidação das Leis do Processo Civil, art. 719 e ss. e pelo regulamento 737 (PARIZATTO, 2010, p. 1), trouxe o advento de uma nova ação que deve ser analisada sobre os princípios que regem o processo constitucional, previstos no art. 5º, LV da Constituição de 1988³, quais sejam, a ampla defesa e o contraditório, visto que o processo monitorio contém uma anomalia, ao permitir muito mais do que a concessão de medida liminar *inaudita altera parte*, já incorporada nos procedimentos comuns ordinários, mas também a inversão do contraditório, que fica a cargo do réu, sem a completa cognição inicial típica dos procedimentos regidos pelo rito ordinário.

³ Art. 5º, LV da CR/88. Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

1 O PROCESSO MONITÓRIO

1.1 Conceito e Finalidade

Segundo Plácido e Silva (2007, p. 926) o mandado monitorio ou injuntivo é uma “ordem ou mandado judicial”.

Este não se confunde com o mandado de injunção constitucional, por ter natureza processual civil e objetivos completamente diferentes. Enquanto o segundo visa conceder um mandado ao impetrante que se encontre prejudicado no exercício de suas liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania pela ausência de norma regulamentadora de dispositivo constitucional (art. 5º, LXXI da CR/88), o primeiro prevê a formação de um título executivo judicial advindo de um documento sem eficácia executiva.

Alexandre Freitas Câmara (2010, v. 3, p. 483) o conceituou como “o procedimento especial destinado a permitir a rápida formação de título executivo judicial.”

Ernane Fidélis dos Santos (*Apud* PARIZATTO, 2010, p. 3) diz:

O fim específico do procedimento monitorio é a formação de título executivo e o objetivo do pedido, em primeiro plano, é de recebimento coativo da dívida; logo, de execução. Os atos que seriam próprios de processo de conhecimento não se concluem como tais, porque o procedimento completo não enseja seu término por sentença jurisdicional. Objetivando, pois a execução, tais atos são mero adendo, de natureza preparatória do processo respectivo.

Humberto Theodoro Jr., na obra “As inovações do Código de Processo Civil”, contundentemente citada por Alexandre Freitas Câmara se exprimiu:

[...] Isto porque sua característica maior está na função que cumpre de propiciar ao autor, o mais rápido possível, o título executivo e, com isso, o imediato acesso à execução forçada (*Apud* CÂMARA, 2010, v. 3, p. 483).

A exposição de motivos da Lei 9.079/95 datada de 13 de abril de 1993 desenvolvida pelo Ministério da Justiça elenca os objetivos da ação monitoria:

Com o objetivo de desburocratizar, agilizar e dar efetividade ao processo civil, a proposta introduz, no atual direito brasileiro, a ação monitoria, que representa o procedimento de maior sucesso no direito europeu, adaptando o seu modelo a nossa realidade, com as cautelas que a inovação recomenda. A finalidade do procedimento monitorio, que tem profundas raízes também no antigo direito luso-brasileiro, é abreviar, de forma inteligente e hábil, o caminho para a formação do título executivo, controlando o geralmente moroso e caro procedimento ordinário (*Apud* PARIZATTO, 2010, p. 5).

O processo monitorio pode ser caracterizado, em geral, por ter o rito diferenciado do procedimento comum ordinário ou sumário, pela característica da célere entrega da prestação jurisdicional, pela diminuição de prazos, além de apresentar uma sequência de atos diversa. Nem tanto se assemelha a outros procedimentos especiais que têm o rito ligado ao direito material tutelado na lide como característica marcante.

Há uma discrepância na doutrina sobre a real e devida denominação do processo monitorio. Alguns o chamam de processo, outros de ação e outros de procedimento. Entre os que o denomina processo está Antônio Carlos Marcato. A crítica que se faz a esse entendimento é que se a instrução monitoria for um processo, deveria ser tangido pelo contraditório desde seu início, proporcionando a participação do devedor desde a formação do mandado injuntivo até a prolação da sentença.

Aos defensores da nomeação de “ação monitoria”, que é a denominação presente no Código de Processo Civil, infere-se que a conceituação de ação como “direito público subjetivo, autônomo e instrumental, dirigido contra o Estado” (MARCATO, 2007, p. 11) é algo que compõe o procedimento que levará ao processo. Portanto, a concatenação de atos que levarão ao procedimento final não pode ser chamada de ação, visto que a ação é a parte inicial do impulso a se formar a lide e o processo.

Diante das explanações, entendemos que a melhor forma a se denominar a monitoria é procedimento monitorio, mas aqui continuaremos a chamá-la de processo monitorio, tendo em vista o questionamento de sua legitimidade democrática.

1.2 O Rito Especial Estabelecido pela Lei 9.079/1995

O procedimento do processo monitorio está previsto do artigo 1.102-A ao 1.102-C do CPC. Trata-se de um “[...] processo de conhecimento de rito especial (cognição sumária), na sua primeira fase, podendo prosseguir, numa segunda fase, com o rito ordinário, dependendo do comportamento do devedor” (ALVIM, 2008, p. 38).

O art. 1.102-A do CPC⁴ prevê a possibilidade do credor, que não porte de pronto documento com eficácia de título executivo judicial ou extrajudicial – elencados no art. 475-N do CPC e art. 585 do CPC, respectivamente – promover a formação de um título executivo judicial através de um procedimento mais célere do que o previsto no procedimento comum, ordinário ou sumário. Para isso basta que porte um documento escrito – o qual erroneamente, o art. 1.102-A do CPC denomina de prova escrita – a que se tem como exemplo o cheque prescrito, os livros comerciais e a confissão escrita de dívida. No que dizem respeito à prova escrita, os artigos 371⁵ e 376⁶ do CPC são totalmente aplicáveis.

Entende-se como prova aquela que é capaz de sinalizar fatos ou acontecimentos os quais fundamentem a ação ou a defesa. Esta prova deverá ser submetida ao contraditório direto entre as partes, ou seja, ela deve ser avaliada e questionada mediante a participação das partes para a formação do provimento. Uma prova, segundo os moldes constitucionais da ampla defesa e do contraditório não pode formar um título executivo judicial de pronto, sem a oitiva da parte contrária. Por isso entende-se que a prova escrita, requisito mínimo a formação do mandado monitorio deve ser entendida como um documento escrito.

⁴ Art. 1.102 A do CPC. A ação monitoria compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.

⁵ Art. 371 do CPC. Reputa-se autor do documento particular: I - aquele que o fez e o assinou; II - aquele, por conta de quem foi feito, estando assinado; III - aquele que, mandando compô-lo, não o firmou, porque, conforme a experiência comum, não se costuma assinar, como livros comerciais e assentos domésticos.

⁶ Art. 376 do CPC. As cartas, bem como os registros domésticos, provam contra quem os escreveu quando: I - enunciam o recebimento de um crédito; II - contêm anotação, que visa a suprir a falta de título em favor de quem é apontado como credor; III - expressam conhecimento de fatos para os quais não se exija determinada prova.

O art. 1.102-A do CPC também esclarece que o processo monitorio somente terá como objetivo a obtenção de mandado de pagamento de quantia certa ou mandado de entrega de coisa móvel fungível incerta ou de entrega de certo bem móvel.

Ao receber a inicial, o juiz verificará a presença das condições da ação monitoria, dos pressupostos processuais positivos e negativos e valorará a prova escrita.

Aqui, vale recordar o objeto das condições da ação e os pressupostos processuais.

As condições da ação monitoria são as mesmas de qualquer ação ordinária. Configuram-se nos requisitos necessários para a análise do mérito processual. São elas: a legitimidade; a possibilidade jurídica do pedido e o interesse de agir, expresso pelo binômio: necessidade e adequação. A sua falta leva a extinção do processo sem a análise do mérito.

É necessário citar Marcato (2007, p. 293), o qual afirma que a análise das condições da ação se dará apenas no início, na análise da petição inicial.

Os pressupostos processuais são os necessários para a existência regular e válida da relação processual (pressupostos de existência) ou para o desenvolvimento regular do processo (pressupostos de desenvolvimento). Eles se dividem em subjetivos ou positivos e em objetivos ou negativos.

Os positivos devem estar presentes na lide e são: a competência do juiz para a causa; capacidade civil das partes e a representação por advogado. Já a presença dos pressupostos objetivos ou negativos macula o desenvolvimento do processo, são p. ex. a litispendência, a coisa julgada, a convenção de arbitragem.

As irregularidades devem ser corrigidas, se possível, na fase de saneamento, se não, proceder-se-á a extinção do processo sem a resolução do mérito (art. 327 c/c art. 329, ambos do CPC).

Estando a inicial apta, o magistrado expedirá o mandado de citação que também é de pagamento ou de entrega da coisa no prazo de 15 (quinze) dias (art.

1.102-B do CPC).⁷ O réu terá o mesmo prazo para oferecer os embargos à ação monitória (art. 1.102-C do CPC).⁸ É necessário enfatizar que, segundo a Súmula 282⁹ do STJ e de acordo com o entendimento de alguns tribunais, como o Tribunal de Justiça Mineiro, a citação ficta poderá ser utilizada caso não seja encontrado o réu ou se ele se ocultar. Se a obrigação não for cumprida ou não forem opostos os embargos, o mandado estará pronto a ser convertido em título executivo judicial, por “sentença meramente declaratória da existência do direito do demandante” (CÂMARA, 2010, v. 3, p. 513), ou seja, que “declara a existência de uma relação jurídica pré-existente” (THEODORO JÚNIOR, 2008, v.1, p. 515), já reconhecida no mandado monitório.

Cabe ressaltar que a conversão do mandado monitório em título executivo judicial se dará se não houver a interposição de embargos pelo devedor no referido prazo ou se estes forem julgados improcedentes. Dessa sentença condenatória liminar não cabe recurso, apenas os embargos. A partir de então, seguir-se-á o procedimento do art. 475-I e ss. do CPC, que trata do cumprimento de sentença.

Os embargos – que independem da prévia segurança do juízo e serão processados nos próprios autos, pelo procedimento ordinário – se interpostos, suspenderão a eficácia do mandado inicial (art. 1.102-C do CPC). Observe que a não interposição dos embargos gera um efeito mais gravoso do que os da revelia, que é a formação de um título executivo judicial de pronto contra o devedor, que quiçá restará citado, visto as hipóteses de citação ficta permitidas pela súmula 282 do STJ.

Os embargos têm natureza de contestação, pois devolvem ao juízo o completo exame dos fatos e do fundamento, da relação jurídica em litígio. Esta natureza jurídica assemelha os embargos em monitória ao procedimento instituído pela Lei 11.232/2005 que afastou a natureza de processo autônomo da defesa do

⁷ Art. 1.102. B do CPC. Estando a petição inicial devidamente instruída, o Juiz deferirá de plano a expedição do mandado de pagamento ou de entrega da coisa no prazo de quinze dias.

⁸ Art. 1.102-C do CPC. No prazo previsto no art. 1.102-B, poderá o réu oferecer embargos, que suspenderão a eficácia do mandado inicial. Se os embargos não forem opostos, constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo e prosseguindo-se na forma do Livro I, Título VIII, Capítulo X, desta Lei.

⁹ Súmula 282 do STJ. Cabe a citação por edital em ação monitória.

executado em execução de sentença, atual cumprimento de sentença, tratando-a como mero incidente processual (artigos 475-L e 475-M do CPC).

No que pese a crítica a ser tecida quanto ao contraditório no processo monitorio, Alexandre Freitas Câmara disserta sobre a natureza jurídica dos embargos:

Apenas a afirmação de que os embargos têm natureza de contestação é que permite assegurar o respeito ao contraditório dentro do procedimento monitorio, permitindo afirmar ser ele, verdadeiramente, um processo de conhecimento (CÂMARA, 2010, v. 3, p. 510).

Verifica-se, portanto que apesar dos embargos devolverem ao juízo o exame dos fatos e do fundamento da lide, o momento de exercício do contraditório no processo monitorio é o incorreto.

Como se sabe, o contraditório, como concebido desde o princípio pela doutrina processual, deve ser exercido desde o início da lide, não apenas de forma rápida e invertida tal como ocorre no processo monitorio. É possível verificar que no monitorio, inicialmente, o autor tem para si 60% de razão, os outros 40% serão exercidos pelo réu, se forem interpostos os embargos, em contraditório invertido. Se o devedor for citado por hora certa ou por edital, que são citações fictas, o benefício parcial inicial do credor se transforma em benefício total, de 100%, após o prazo de 15 dias sem resposta.

Enfatiza-se que apesar da oportunidade de defesa por intermédio dos embargos, infere-se que no processo monitorio o devedor, mesmo citado por edital (Súmula 282 do STJ), que é citação ficta, poderá ter um título executivo judicial formado contra si.

O extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais já admitia em algumas decisões que a citação por hora certa no processo monitorio é cabível, como se vê nos acórdãos transcritos abaixo:

MONITÓRIA. CITAÇÃO COM HORA CERTA. PROCEDÊNCIA. CONDENAÇÃO DO REVEL NO ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. EMBARGOS APRESENTADOS PELO CURADOR ESPECIAL. É possível a CITAÇÃO com HORA certa na AÇÃO MONITÓRIA, uma vez que não existe norma legal obstando tal conduta. Quando o

procedimento especial não trata de determinado ato processual de forma excepcional, utiliza-se subsidiariamente o procedimento ordinário. A condenação nos ônus sucumbenciais é sempre obrigatória, podendo ser suspensa a obrigação, quando a parte encontrar-se sob o pálio da assistência judiciária gratuita. (MINAS GERAIS, Tribunal de Alçada. Apelação cível nº: 2.0000.00.460542-9/000(1). Relator: Exmo. Sr. Des. Nilo Lacerda, 2004. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO MONITÓRIA. PEDIDO DE CITAÇÃO POR HORA CERTA. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 227, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DECISÃO REFORMADA. À inteligência do artigo 227, do Código de Processo Civil, quando, por três vezes, o oficial de justiça houver procurado o réu em seu domicílio ou residência, sem o encontrar, deverá, havendo suspeita de ocultação, intimar a qualquer pessoa da família, ou em sua falta a qualquer vizinho, que, no dia imediato voltará, a fim de efetuar a citação, na hora que designar. (MINAS GERAIS, Tribunal de Alçada. Agravo de Instrumento nº 2.0000.00.382289-9/000(1). Relator: Exmo. Sr. Des. Batista Franco, 2003.

Há decisões no mesmo sentido na atual composição do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, como se vê reproduzido na ementa abaixo:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO MONITÓRIA. NULIDADE DE CITAÇÃO. CITAÇÃO POR HORA CERTA. OBSERVÂNCIA DO REQUISITO OBJETIVO E SUBJETIVO. DECISÃO MANTIDA. (MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0702.08.471550-8/001. COMARCA DE UBERLÂNDIA. Relator: Exmo. Sr. Des. Alberto Henrique, 2009).

Ainda que afirmem que a nomeação de curador especial supre a presença do réu citado por hora certa ou por edital, é certo que a defesa por curador especial é genérica e restringe a ampla defesa e o contraditório do réu, pois o curador especial não portará provas necessárias a contradizer as alegações iniciais que levarão a formação de um título executivo, ou seja, curador especial não portará elementos suficientes para afirmar que o débito foi extinto por qualquer uma das formas de extinção das obrigações tais como o adimplemento, a novação, a compensação e a dação em pagamento, se forem o caso e até mesmo a inexistência da dívida, pleiteada por qualquer documento escrito.

A solução correta é a de impossibilitar a citação ficta no processo monitorio, devendo-se resolver de forma que se o devedor não é encontrado ou se oculta, o credor deverá propor outra ação, agora de cobrança, pelo rito comum ordinário, como afirma Alexandre Freitas Câmara:

Assim sendo, parece-nos que nos casos em que não se puder fazer a citação real, deverá ser extinto o procedimento monitorio, sem resolução do mérito, para que se busque a tutela jurisdicional pelas vias ordinárias (CÂMARA, 2010, v. 3, p. 502).

A celeridade imprimida na monitoria restringe as garantias fundamentais do cidadão, que não pode ser penalizado a mais por uma dívida a qual pode ser inexistente, uma vez que a sua falta de participação na formação do título executivo judicial, mesmo que tenha a motivação de se ocultar, não pode levar a presunção de absoluta veracidade e a consequente formação de um título de pronto.

Observa-se, portanto que os efeitos advindos dessa técnica são mais gravosos do que a presunção de veracidade e da desnecessidade de intimações, ambos decorrentes da revelia. Isso porque a presunção de veracidade na monitoria leva a formação de um título executivo judicial após o prazo de 15 dias dedicados aos embargos. Como não haverá intimação para os atos posteriores, pois o título executivo judicial já estará formado, não restará ao réu tempo para interferir no processo que corre contra ele, como permite o art. 322, parágrafo único do CPC¹⁰, quando trata da revelia.

O acórdão abaixo, proferido em julgamento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais versa sobre a contestada possibilidade de nomeação do curador especial no processo monitorio:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO MONITÓRIA. NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL. DECISÃO QUE TORNOU NULO O FEITO. ARTIGO 247, CPC. CONTRADITÓRIO. AMPLA DEFESA. Registro que sem a devida citação do réu não se aperfeiçoa a relação processual. A citação editalícia, como medida excepcional que é, não comporta qualquer tipo de irregularidade, que, por si só, já é suficiente para causar inequívoco prejuízo ao réu, por ocasionar verdadeiro cerceamento de sua defesa, por não atingir seu efetivo objetivo de levar a conhecimento da parte a existência de demanda contra ela proposta, conferindo-lhe, ainda, a oportunidade de, querendo, contestá-la. Inteligência do artigo 247 do Estatuto Processual Civil. V.v. Não há que se falar em nulidade processual quando o autor foi citado por edital, sendo-lhe nomeado curador especial que apresentou a defesa na forma que entendeu devida. (MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça, Agravo de Instrumento nº 1.0684.07.001076-5/003(1) Relator: Exmo. Sr. Des. (a) Rogério Medeiros, 2010.

¹⁰ Art. 322 do CPC. Contra o revel que não tenha patrono nos autos, correrão os prazos independentemente de intimação, a partir da publicação de cada ato decisório. Parágrafo único. O revel poderá intervir no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontrar.

Cumprido o mandado, o procedimento se extingue e o réu ficará isento de custas e honorários de advogado (art. 1.102-C, § 1º, do CPC).

A partir da citação do réu para cumprir a obrigação ou oferecer os embargos, se verifica o fenômeno do contraditório invertido, citado acima, próprio da ação monitória e que será tratado abaixo com maior clareza.

1.3 A Anomalia do Contraditório Invertido

No que pese o rito diferenciado, que tem influência do Direito Italiano, a previsão legal de uma condenação em cognição sumária, antes de ouvir o réu, em contraditório invertido é uma deformidade jurídica.

O contraditório invertido volta ao avesso a iniciativa de contradizer, a qual passa do autor para o réu, pelos embargos, após a prolação de uma sentença condenatória liminar, que determina o cumprimento de uma obrigação pleiteada inicialmente pelo credor.

Após a condenação liminar, o devedor deverá ser citado para pagar, entregar a coisa ou apresentar embargos.

Dessa forma, o devedor que foi presumidamente citado, pois como visto, a citação ficta é válida aqui, terá um título que valha contra si com eficácia de sentença, sem dela podendo recorrer, pois não há recurso cabível contra a sentença condenatória liminar, já que os embargos foram previstos em lei para a defesa do réu.

Reitera-se que a nomeação de curador especial (art. 9º do CPC) em nada regularia o procedimento, pois o demandado não foi regularmente ouvido sobre a realidade dos fatos e a sua vontade.

A presunção é de que se o devedor se mantiver inerte o prazo para embargos – o que é totalmente provável, diante da citação ficta – restará prejudicado em face de uma sentença sobre a qual não é possível recorrer.

A inconstitucionalidade do processo monitório em face do contraditório e da ampla defesa constitucional resta gritante.

O processo monitorio é incomum ao restante do processo civil constitucional, pois deforma o amplo rol de garantias constitucionais perseguidas por anos pelo cidadão brasileiro e que foram concretizadas com a Constituição de 1988.

As reformas processuais que estão prestes a vir transformar os instrumentos processuais inaugurarão uma nova fase de controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais se incorporarem no texto legal as características de um processo anormal, como a do contraditório invertido do monitorio. O farão, pois o contraditório invertido é uma anomalia que fulmina do indivíduo o direito de participar da construção do provimento que influenciará no seu patrimônio, desde o início do procedimento.

É certo que, até o presente momento, não conta o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, Projeto de Lei do Senado nº 166/2010, com dispositivos que se assemelhem a sentença liminar de mérito e o contraditório invertido da monitoria. Se assim permanecer, bem fará o legislador, pois diante do processo civil constitucional, estará o devedor melhor tutelado em seus direitos fundamentais, certo de que será citado para se defender antes da formação de um título executivo judicial contra si.

2 A EVOLUÇÃO DAS PRINCIPAIS TEORIAS DO PROCESSO ATÉ O ADVENTO DA TEORIA NEOINSTITUCIONALISTA

Para a teoria da Relação Jurídica instituída por Bülow, o processo é concebido como um “vínculo de subordinação” (*Apud* LEAL, 2008, p. 285) entre as partes e o Estado-Juiz, manifestado em uma relação triangular. Atualmente, esta teoria está afigurada no instrumentalismo processual segundo a qual o processo é concebido como um instrumento de pacificação social (Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco entre outros).

No entanto, como defende a escola instrumentalista do processo, no início da democratização processual surgiu uma nova teoria que conceituou o processo como um procedimento em contraditório. Seu precursor foi Elio Fazzalari, da escola Estruturalista do Processo.

Aroldo Plínio Gonçalves bem caracteriza os ensinamentos doutrinários de Fazzalari ao dizer:

O processo começa e se define pela participação dos interessados no provimento na fase que o prepara, ou seja, no procedimento. Mas essa definição se concluirá pela apreensão da específica estrutura legal que inclui essa participação, da qual se extrairá o predicado que identifica o processo, que é o ponto de sua distinção: a participação dos interessados, em contraditório entre eles: [...] (GONÇALVES, 2001, p. 113).

Sobre o assunto, Alexandre Freitas Câmara (2010, v.3, p. 277) afirma que internamente, o processo é uma relação jurídica, entretanto, externamente, ele é um procedimento em contraditório.

O estudo aprofundado do tema levou a Teoria Neoinstitucionalista que definiu o processo, além do contraditório, pelos princípios da ampla defesa, da isonomia, do direito ao advogado e da justiça gratuita. Segundo o Prof. Dr. Rosemiro Pereira Leal, instituidor desta doutrina, afirma-se que:

A teoria neo-institucionalista do processo nenhuma relação apresenta com as demais teorias que, ao se proporem a instrumentalizar soluções de conflitos numa sociedade pressuposta, não se comprometem com a auto-inclusão processual de todos os direitos fundamentais, sem os quais se praticaria, a nosso ver, a tirania da ocultação dos problemas jurídicos e não sua resolução compartilhada (LEAL, 2008, p. 88).

Dentro deste prisma constitucional, o processo não deve ser visto totalmente desvinculado do direito material, como queria a relação jurídica, apesar de dotada das peculiaridades da época de sua criação no Estado Liberal. Verifica-se que o processo deve ser entendido como o meio de tutela dos direitos e garantias fundamentais, de acordo com o caso concreto.

O procedimento deve estar voltado à realização do direito material, segundo os princípios e garantias constitucionais, de forma a influenciar o legislador e o juiz, respectivamente, na elaboração da lei e no julgamento da causa.

Ensina o instrumentalista Marinoni que:

Eis o motivo pelo qual o processo, no Estado contemporâneo, tem de ser estruturado não apenas consoante as necessidade do direito material, mas também dando ao juiz e à parte a oportunidade de se ajustarem às particularidades do caso concreto. É nesse sentido que se diz que o direito fundamental à tutela jurisdicional, além de constituir uma garantia ao titular do direito à tutela do direito material, incide sobre o legislador e o juiz (MARINONI, 2008, v.1, p. 419).

Pela análise feita, é possível perceber a diferença do procedimento ordinário e do processo monitorio no que tange a garantia do contraditório e da ampla defesa.

A primeira diz respeito ao não cabimento de recurso no processo monitorio, após a condenação liminar – feita em cognição sumária, fundada em juízo de probabilidade – mas apenas dos embargos. No procedimento ordinário, o recurso mais adequado contra a decisão que defere a antecipação de tutela é o agravo de instrumento, diante da urgência na reforma da decisão, embora também previsto o agravo retido.

A segunda se refere ao momento do contraditório, que será invertido, disponibilizado após uma citação que poderá ser ficta (Súmula 282 do STJ).

Em prol da celeridade, todas as características discrepantes do processo monitorio, em relação ao ordinário, deformam o objetivo das teorias processuais construídas após Fazzalari, as quais prezam pela oportunização do contraditório em paridade de armas.

3 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NA CONSTRUÇÃO DE UM PROVIMENTO DEMOCRÁTICO

O contraditório, segundo Nelson Nery, é “de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis.” (NERY JUNIOR, 2002, p. 137). Esse princípio proporciona às partes oportunidade de se manifestarem sobre documentos juntados aos autos, decisões judiciais, manifestações da parte contrária, tudo de forma a garantir que o provimento final seja construído de maneira a atender o direito pleiteado por elas, de acordo com a norma jurídica fundamental, a Constituição.

Ao tratar sobre o contraditório na construção de um provimento democrático, a questão é se o processo monitorio é digno de ser denominado “processo”, visto a inexistência do contraditório oportuno entre as partes para a formação da sentença condenatória liminar, que exige do credor o adimplemento da obrigação, sem antes ouvi-lo sobre a licitude daquela cobrança. Como há muito se sabe o procedimento somente será processo se respeitado o princípio do contraditório no decorrer da construção do provimento. Vejamos as palavras de Aroldo Plínio Gonçalves:

[...] O procedimento é uma atividade preparatória de um determinado ato estatal, atividade regulada por uma estrutura normativa, composta de uma sequência de normas de atos e de posições subjetivas, que se desenvolvem em uma dinâmica bastante específica, na preparação de um provimento [...] (GONÇALVES, 2001, p. 102).

Em seu texto o mesmo autor cita Fazzalari ao dizer:

Há processo sempre onde houver o procedimento realizando-se em contraditório entre os interessados, e a essência deste está na “simétrica paridade” da participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos (*Apud* GONÇALVES, 2001, p. 115).

Sobre a mesma temática, Luiz Guilherme Marinoni confirma a natureza participativa do processo como instrumento legitimador para o exercício da jurisdição e a realização de seus objetivos, diz ele:

Exatamente porque o processo deve ser visto em uma dimensão externa, de atuação dos fins do Estado, é que ele deve se desenvolver de modo a propiciar a efetiva participação das partes. Um procedimento que não permite a efetiva participação das partes não tem qualquer condição de legitimar o exercício da jurisdição e a realização dos seus fins. Na verdade, um procedimento incapaz de atender ao direito de participação daqueles que são atingidos pelos efeitos da decisão está longe de espelhar a idéia de democracia, pressuposto indispensável para a legitimidade do poder (MARINONI, 2008, v. 1, p. 451).

Elio Fazzalari caracteriza o contraditório como legitimador para a ação, ao afirmar:

A participação dos sujeitos no processo, enquanto prováveis destinatários da eficácia do ato emanado, constitui, como se verá, a sua “legitimação para agir”. [...] A própria essência do contraditório exige que dele participem ao menos dois sujeitos, um “interessado” e um “contra-interessado”, sobre um dos quais o ato final é destinado a desenvolver efeitos favoráveis e, sobre o outro, efeitos prejudiciais (FAZZALARI, 2006, p. 121-2).

O fruto direto do procedimento é o provimento estatal. Este é concebido como o ato final de sua estrutura, o qual é preparado pelos interessados de quem interferirá no patrimônio pessoal e pelo seu autor que é o Estado-Juiz.

No Estado Democrático de Direito, este provimento somente pode ser concebido se nele contiver o princípio do contraditório, que é entendido como a “*simétrica paridade*” (FAZZALARI *Apud* GONÇALVES, 2001, p.115) da participação entre as partes, sujeitos processuais diretamente interessados no ato¹¹.

Portanto, o procedimento é apresentado por Fazzalari e pelas doutrinas posteriores como uma conexão de atos, normas e posturas subjetivas, que levarão à formação de um provimento jurisdicional, mas que somente terá legitimidade constitucional e será elevado ao nível de processo se construído sobre a base do contraditório. Dessa forma, o autor italiano classificou o procedimento como gênero e o processo como a espécie.

Na atualidade Aroldo Plínio Gonçalves, bem caracteriza o procedimento tal como foi construído desde Erico Redenti “entendendo o processo como a atividade destinada à formação do provimento jurisdicional” (2001, p. 104), passando por Liebman que caracteriza a estrutura do procedimento “em que os atos processuais formam elos de uma corrente” (2001, p. 105), no entanto separando o processo de procedimento e afirmando poderem existir vários procedimentos inseridos dentro de um processo até chegar ao cerne do conceito construído por Fazzalari.

¹¹ Ao dissertar sobre o contraditório na medida cautelar de arresto, disse Alexandre Freitas Câmara disse: “Faz-se esta afirmação porque a prova colhida em audiência de justificação é unilateral, sem que de sua produção participe o demandado. Admitir-se a concessão do arresto cautelar sem que se permitisse ao demandado participar da instrução probatória seria uma violência ao princípio do contraditório, o qual – relembre-se – é não só uma garantia fundamental insculpida na Constituição da República, mas também um dos elementos integrantes do próprio conceito de processo. Onde não há contraditório, recorde-se, não há processo, não sendo, pois, legítimo o ato estatal produzido sem observância de tal princípio (CÂMARA, 2010, p. 107).

Assim, busca-se um contraditório que permita a ambas as partes exercerem os seus direitos constitucionalmente garantidos de forma igual, nos limites das desigualdades, em plena “*paridade de armas*” – teoria doutrinária citada por Fazzalari (FAZZALARI, 2006, p. 121).

Pela “*paridade de armas*” o CPC garante a inversão do ônus da prova no art. 333, parágrafo único¹², de acordo com o direito material violado, como garantia da igualdade formal e do contraditório entre as partes.

Dentro do mesmo raciocínio, Luiz Guilherme Marinoni instituiu a sua teoria que tem como escopo construir as bases para um procedimento adequado a atender todas as necessidades dos direitos fundamentais.

O supracitado autor determinou que para ser democrático, além de cumprir os preceitos constitucionais concebidos em direitos fundamentais como a motivação, publicidade, imparcialidade do juiz e o contraditório, de forma a permitir a correta e eficaz efetivação do “*devido processo legal*”, o processo deve ser legitimado pela participação em contraditório; deve ser legítimo, com uma técnica adequada à tutela do direito material específico e dos direitos fundamentais; e ainda, produzir uma decisão legítima, que é estabelecida mediante o confronto dos princípios fundamentais com a norma infraconstitucional, em um pleno controle jurisdicional das leis editadas pelos parlamentares.

No que pese a crítica da escola Neoinstitucionalista do processo, que conceitua o processo como uma garantia constitucional, a escola instrumentalista do processo da qual Luiz Guilherme Marinoni faz parte, entende que o contraditório é a participação do juiz e das partes no processo, visto como instrumento de poder, pois interferirá no patrimônio destas, através da prolação de um provimento final.

No processo, o juiz representa o Estado na construção do provimento e as partes são as diretamente interessadas neste, por isso devem influir no convencimento do magistrado e apresentar oposição ao oponente, pleitear pela

¹² Art. 333 do CPC. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

publicidade dos atos processuais e pela fundamentação das decisões. Marinoni afirma a necessidade de participação das partes na construção do provimento final:

No procedimento participam o juiz e as partes. O juiz exerce o poder jurisdicional, enquanto as partes são atingidas pelos seus efeitos, particularmente pelos efeitos da decisão final, que constitui a expressão mais importante do exercício do poder pelo juiz (MARINONI, 2008, v.1, p. 453).

Marinoni sabiamente citou Cadiet que expôs sobre a amplitude do contraditório, a ser imposto ao juiz, para o correto esclarecimento e solução do litígio. Disse ele:

O contraditório serve ao litígio na medida em que é o instrumento para a elaboração do juízo; é a confrontação dos meios apresentados pelas partes, que permite ao juiz solucionar o litígio ajustando a sua decisão ao mais perto possível da verdade dos fatos. Esta função explica o regime do contraditório, que não se impõe apenas às partes, mas também ao juiz (CADIET *Apud* MARINONI, v. 1, p. 414).

Inferre-se, portanto, sobre a legitimidade da decisão de um juiz que não é mais inerte, como no Estado Liberal, mas que pode agir e determinar provas *ex officio*.

Dessa forma, o magistrado que age de ofício deve ter a sua decisão legitimada pelo contraditório e pela participação das partes no litígio de forma a se buscar o devido processo legal e a decisão que mais atenda aos fins sociais no caso concreto.

Entende-se também que a decisão do juiz imparcial deve ter como fundamento a atuação voltada para a correta solução do litígio em decisão que indique os motivos do provimento. Assim, está nos artigos 130 e 131 do CPC que afirmam caber ao juiz, *ex officio* ou a requerimento da parte, determinar a instrução probatória, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias, tendo também a liberdade na apreciação da prova e o poder de decidir de forma motivada, segundo os fatos e as circunstâncias presentes nos autos, ainda que não alegados pelas partes.

É necessário afirmar que a legitimidade da decisão também requer a repressão aos atos de litigância de má-fé das partes. O art. 18 do CPC¹³ impõe a condenação ao pagamento de multa, indenização e honorários advocatícios para aqueles que assim procederem.

Condenar liminarmente o réu, sem ouvi-lo e deixar a decisão jurisdicional (não recorrível) sujeita a suspensão pelos embargos, pelo prazo de 15 (quinze) dias foge à normalidade de um contraditório formal, distribuído em um procedimento linear, tal como vem sendo construído na doutrina processual ao passar dos anos.

O referido autor afirma também que para ser legítimo, o procedimento deve atender ao que promete o direito material, não podendo deste se desvincular, visto que exercem uma relação de dependência direta (MARINONI, 2008, v. 1, p. 452).

Ainda, deve proporcionar a todos o acesso universal à jurisdição (art. 5º, XXXV da CR/88), através da viabilização econômica e social aos que dela carecem, mas a ela não tem acesso.

A questão que se coloca neste momento, após o estudo da consistência do princípio do contraditório e a sua evolução é: se é o processo monitorio o adequado à participação das partes através do procedimento, que é compreendido como o direito de participação do sujeito na construção do provimento e solução da lide, em um Estado Democrático de Direito pautado sobre os princípios e garantias Constitucionais?

A Constituição esbanja garantias e dimensões maiores do que a almejada neste célere processo que tolhe os direitos processuais fundamentais do cidadão, como a ampla defesa e o contraditório, os quais foram construídos por décadas por aqueles que promulgaram a nossa Carta Maior. Neste momento, cabe citar, apesar da visão instrumentalista, mais uma vez o prof. Marinoni:

¹³ Art. 18 do CPC. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou. § 1º Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa, ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária. § 2º O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento.

O processo é um procedimento, no sentido de instrumento, módulo legal ou conduzido com o qual se pretende alcançar um fim, legitimar uma atividade e viabilizar uma atuação. O processo é o **instrumento** através do qual a jurisdição tutela os direitos na **dimensão da Constituição**. É o **módulo legal** que legitima a atividade jurisdicional e, atrelado à participação, **colabora para a legitimidade da decisão**. É a **via que garante o acesso de todos** ao Poder Judiciário e, além disto, é o **conduto** para a **participação popular** no poder e na reivindicação da concretização e da proteção dos direitos fundamentais. Por tudo isso o procedimento tem de ser, em si mesmo, legítimo, isto é, capaz de atender às situações substanciais carentes de tutela e estar de pleno acordo, em seus cortes quanto à discussão do direito material, com os direitos fundamentais materiais (MARINONI, 2008, v. 1, p. 465) [grifos do autor].

Como se viu, a legitimidade constitucional de um procedimento está fundamentada na participação das partes na construção do provimento e com os direitos fundamentais materiais, ligados à situação de fato, para que a tutela do direito seja plena e não fira as garantias conquistadas pelo cidadão, o que definitivamente, não ocorre na monitoria que é um processo retrógrado e inconstitucional.

4 A NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO MONITÓRIO E A FALÊNCIA DA ORDINARIEDADE CLÁSSICA

Entramos aqui em um ponto crucial da explanação: a falência da ordinariedade clássica, tendo em vista a natureza jurídica do processo monitorio.

Numerosa parte da doutrina já afirmou que ação monitoria é um novo “aspecto extrínseco” (CÂMARA, 2010, v. 3, p. 485) que configura um novo tipo de processo, que estaria ao lado do procedimento cognitivo, do executivo e do cautelar. Carnelutti, o precursor dessa teoria afirmou que:

[...] a injunção constituiria, pois, um *tertium genus* (de processo), intermediário entre o de cognição e o de execução, resolvendo-se não num juízo imperativo, mas num puro comando pronunciado com vistas ao processo executivo (*Apud* ALVIM, 2008, p. 27).

No entanto, cabe fazer uma observação.

A teoria a qual define o processo monitorio como um procedimento intermediário entre a cognição e a execução e o diferencia do procedimento

ordinário clássico, pois o injuntivo prevê a possibilidade de dar início à execução sem a necessidade de um processo executivo autônomo, entrou em colapso diante da falência da ordinariedade clássica.

Diante das reformas processuais civis introduzidas pelas leis 10.444/2002 e 11.232/2005, as quais introduziram o sincretismo processual no processo civil brasileiro, alterando, respectivamente, os artigos referentes à execução de entrega de coisa (art. 461-A do CPC¹⁴) e pagar quantia certa (art. 475-I do CPC¹⁵), não há mais a necessidade de formação de um processo de execução autônomo após a fase de cognição para se executar a sentença judicial definitiva. A execução do título judicial, atualmente, dá-se nos mesmos autos do processo de conhecimento em que ele foi proferido.

Dessa forma, após a formação do título executivo judicial no processo monitorio, a execução será feita nos mesmos autos do processo, da mesma forma que ocorre no rito ordinário. É o que se pode verificar na redação do art. 1.102-C *caput* e § 3º do CPC que remete ao Livro I, Título VIII, Capítulo X, do CPC.

Verifica-se, portanto, a falência da ordinariedade clássica, pois algumas das principais características que diferenciavam o processo monitorio do procedimento ordinário clássico foram superadas pelas leis que reformaram o processo civil brasileiro, quais sejam: a Lei 10.444/2002 e a Lei 11.232/2005.

Propriamente, Chiovenda citado por J. E. Carreira Alvim elencou essa duas principais características, as quais seriam: “a ordem de prestação é expedida

¹⁴ Art. 461-A do CPC. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação. § 1º Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz. § 2º Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel. § 3º Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1o a 6o do art. 461. (Incluídos pela Lei nº 10.444, de 2002).

¹⁵ Art. 475-I do CPC. O cumprimento da sentença far-se-á conforme os arts. 461 e 461-A desta Lei ou, tratando-se de obrigação por quantia certa, por execução, nos termos dos demais artigos deste Capítulo. § 1o É definitiva a execução da sentença transitada em julgado e provisória quando se tratar de sentença impugnada mediante recurso ao qual não foi atribuído efeito suspensivo. § 2o Quando na sentença houver uma parte líquida e outra ilíquida, ao credor é lícito promover simultaneamente a execução daquela e, em autos apartados, a liquidação desta. (Incluídos pela Lei nº 11.232, de 2005).

inaudita altera parte, e sem cognição completa; e tem por fim, sobretudo, preparar a execução” (Apud ALVIM, 2008, p. 21).

A característica da sumariedade da decisão condenatória liminar em nada se afasta dos requisitos para a concessão da tutela antecipada, predita no art. 273, § 3º do CPC¹⁶, com redação dada pela Lei 10.444/2002, o qual faz remissão ao art. 461-A do CPC, que exprime o sincretismo processual permitindo a tutela imediata nas obrigações de “entrega de coisa”, especificamente no §3º deste artigo que remete o art. 461, §5º do CPC¹⁷, com redação dada pela Lei 10.444/2002. A execução imediata das obrigações de pagar quantia certa está prevista no art. 475-I e ss., alterado pela lei 11.232/2005.

Neste caso, também há a tutela liminar da obrigação pleiteada, que poderá ser concedida *ex officio* sem a oitiva da parte contrária, se demonstrado os requisitos da cognição sumária, previstos no caput e incisos I e II do artigo 273 do CPC.¹⁸

A cognição sumária requer os requisitos da prova inequívoca da verossimilhança do direito alegado, do *periculum in mora* que possa causar dano irreparável ou de difícil reparação, do manifesto abuso de direito do réu e a existência de pedido incontroverso. É necessário lembrar que o requisito da verossimilhança não se confunde com o *fumus boni iuris*, típico dos procedimentos cautelares, embora ambos serem formados em juízo de probabilidade.

A concessão da medida liminar *inaudita altera parte* não é mais uma característica própria do processo monitorio.

¹⁶ Art. 273 do CPC. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: § 3o A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4o e 5o, e 461-A.

¹⁷ Art. 461, §5º do CPC. Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

¹⁸ Art. 273 do CPC. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Como cita Ângela Burgos Moreira, em artigo apresentado como pré-requisito para a conclusão do curso de especialização em Direito Processual Civil da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal, sob a orientação do citado prof. Alexandre Freitas Câmara, a tutela antecipada somente poderá ser concedida *inaudita altera parte* se houver perigo de dano ao direito do autor. Ela ensina:

Bem por isso que a tutela antecipatória somente deverá ser prestada – fora, obviamente, casos excepcionais – após apresentada a contestação. Ou seja, “a tutela antecipada antes da ouvida do réu somente tem razão de ser quando a sua audiência puder causar lesão ao direito do autor”. (MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação de Tutela. 9. ed. São Paulo: Rev. Tribunais, 2006). Ressalte-se que a lei processual não veda a concessão da tutela antes de ouvir o réu, pois nenhuma norma tem o condão de controlar as situações de perigo. No entanto, tal concessão deve ocorrer somente nos casos em que a ouvida do réu possa comprometer realmente a efetividade da tutela antecipatória (MOREIRA, 2009, p. 7).

São irrefutáveis as palavras da autora, que ao citar Marinoni, afirma que a tutela antecipada não deve ser prestada, como regra geral, antes da defesa do demandado. As exceções são as situações de perigo que se apresentam como o requisito fundamental para o provimento de liminar *inaudita altera parte*, pois podem causar algum dano irreparável ou de difícil reparação ao autor. No processo monitorio essa premissa deveria ter sido seguida pelo legislador, de forma que somente com a análise do perigo no caso concreto fosse possível determinar a expedição de uma decisão liminar de mérito sem a oitiva da parte contrária.

5 O PROCESSO MONITÓRIO NO ANTEPROJETO DO CPC. PLS 166/2010

A recente reforma do Código de Processo Civil materializada no Projeto de Lei do Senado, nº 166/2010, proposta pelo Senador José Sarney e que conta com uma ilustre comissão de juristas na sua formulação, até a presente data, extingue o explanado Processo Monitorio. No entanto é importante ressaltar que algumas de suas características já foram impressas no procedimento comum ordinário, são elas a concessão de medida *inaudita altera parte*, em cognição sumária e a finalidade de

preparar a execução, pela constituição do título executivo judicial de pleno direito (art. 1.102, §3º do CPC), conforme elencou Chiovenda (*Apud* ALVIM, 2008, p. 21).

Quanto ao contraditório invertido e a sentença liminar de mérito, outras principais características do monitorio, não há nenhuma previsão expressa de total incorporação pelo Anteprojeto do novo CPC. Se assim permanecer, agirá bem o legislador, que diante do texto até o momento escrito, soube ponderar os ditames constitucionais que militam a favor das partes no processo, especialmente do devedor.

Resta agora saber se o parlamentar assim permanecerá, tendo em vista que a celeridade imprimida à tutela jurisdicional pelo processo monitorio promove rapidez na produção do provimento, fim atualmente buscado nas reformas legislativas, mas que, no entanto, é restritivo de direitos e inconstitucional, diante dos objetivos processuais no Estado Democrático de Direito, quais sejam: a construção de um processo justo, dotado de proteção, contraditório, ampla defesa e isonomia aos jurisdicionados.

CONCLUSÃO

O processo monitorio é uma grande inovação no direito brasileiro, mas que carece de legitimidade democrática.

A citação, que passem, poderá ser ficta e que determina o pagamento, a entrega ou apresentação de embargos após a condenação liminar foge aos ditames de um processo democrático, fundado sobre o crivo de um Estado Democrático de Direito.

A solução encontrada para um procedimento a que se requeira a citação ficta não é outra se não a de extinção sem análise do mérito, como afirma Freitas Câmara (2010, v. 3, p. 502). Para a manutenção da constitucionalidade processual, o credor, titular do crédito deverá buscar o provimento jurisdicional pelo procedimento ordinário.

Ademais, atualmente é possível verificar que as reformas no processo civil brasileiro instituídas pelas leis 10.444/2002 e 11.232/2005 tornam o procedimento comum mais parecido com o diferente procedimento injuntivo. São elas: a execução

imediate e a expedição de ordem de pagamento ou entrega em cognição sumária, *inaudita altera parte*, mas que em nada se assemelham à condenação liminar com citação ficta da parte ré, não sujeita a recurso.

Diante das reformas processuais civis que virão, as quais não estão restritas ao Novo Código, pois há a possibilidade de alteração deste por novas leis, a mais temida é a incorporação do contraditório invertido, com citação ficta ao procedimento comum ordinário e sumário, pois se assim for, as garantias constitucionais do cidadão à ampla defesa e ao contraditório restarão definitivamente tolhidas, não abrangendo apenas aqueles que são sujeitos no processo monitório, mas todas as partes submetidas à sistemática processual civil brasileira.

O legislador deve considerar que a escolha feita pelo constituinte de 1988 ao prever os direitos e garantias fundamentais do processo no texto constitucional é uma construção histórica, que não decorreu de momentos de euforia, mas sim, de supressão das garantias mínimas do cidadão. Face às futuras reformas, entendemos que os direitos fundamentais do processo não podem ser pormenorizados, pois se assim forem, o princípio da celeridade se tornaria o principal algoz do amplo rol de direitos e garantias fundamentais em vigor após a repressão.

REFERÊNCIAS

ALVIM, J. E. Carreira Alvim. **Ação monitória e temas polêmicos da reforma processual**. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 06 dez. 2010.

BRASIL. **Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Dispõe sobre o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 06 dez. 2010.

BRASIL. **Congresso Nacional**. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 381. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/XXXVIII_Curso_Derecho_Internacional_descripcion_curso_Valesca_Raizer_Borges_Moschen_anteproyecto.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 282**. Disponível em <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0282.htm>. Acesso em: 06 dez. 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. v. III. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARCATO, Antônio Carlos. **Procedimentos Especiais**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. v. I. 3. ed., rev. e atual. 2 tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada. Apelação cível nº: 2.0000.00.460542-9/000(1), da 4ª Câmara Cível. Apelante (s): FRANCISCO DE PAULA GUIMARÃES e Apelado: UNIÃO BRASILEIRA DE EDUCAÇÃO E ENSINO – UBEE. Relator: Exmo. Sr. Des. Nilo Lacerda. Belo Horizonte, 25 de setembro de 2004. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=2&comrCodigo=0&ano=0&txt_processo=460542&complemento=0&sequencial=0&palavrasConsulta=MONITÓRIA>. CITAÇÃO COM HORA CERTA. PROCEDÊNCIA. CONDENAÇÃO DO REVEL NO ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. EMBARGOS APRESENTADOS PELO CURADOR ESPECIAL. É possível a CITAÇÃO com HORA certa na AÇÃO MONITÓRIA&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>. Acesso em: 06 dez. 2010.

_____. Tribunal de Alçada. Agravo de Instrumento nº 2.0000.00.382289-9/000(1), da 4ª Câmara Cível. Agravante (s): BANCO ABN AMRO REAL S.A. e Agravado (a) (os) (as): POSTO VERA CRUZ LTDA E OUTROS. Relator: Exmo. Sr. Des. Batista Franco. Belo Horizonte, 22 de fevereiro de 2003. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=2&comrCodigo=0&ano=0&txt_processo=382289&complemento=0&sequencial=0&palavrasConsulta=AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO MONITÓRIA. PEDIDO DE CITAÇÃO POR HORA CERTA. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 227, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DECISÃO REFORMADA. &todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>>. Acesso em: 06 dez. 2010.

_____. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 1.0702.08.471550-8/001, da 13ª Câmara Cível. COMARCA DE UBERLÂNDIA. Agravante: José Rubens de Menezes – Agravada: Edna Maria Moreira - Relator: Exmo. Sr. Des. Alberto Henrique. Belo Horizonte, 28 de setembro de 2009. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=702&ano=8&txt_processo=471550&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO MONITÓRIA. NULIDADE DE CITAÇÃO. CITAÇÃO POR HORA CERTA. OBSERVÂNCIA DO REQUISITO OBJETIVO E SUBJETIVO. DECISÃO MANTIDA.&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>>. Acesso em: 06 dez. 2010.

_____. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 1.0684.07.001076-5/003(1), da 14ª Câmara Cível. Agravante: Antonio Victor San Severino – Agravada: Cerâmica Sobralia Ltda. Relator: Exmo. Sr. Des. Rogério Medeiros. Belo Horizonte, 13 de abril de 2010. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=684&ano=7&txt_processo=1076&complemento=3&sequencial=0&palavrasConsulta=AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO MONITÓRIA. NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL. DECISAO QUE TORNOU NULO O FEITO. ARTIGO 247, CPC. CONTRADITÓRIO. AMPLA DEFESA&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>>. Acesso em: 06 dez. 2010.

MOREIRA, Ângela Burgos. **Tutela antecipada inaudita altera parte e o princípio do contraditório e da ampla defesa**. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.fesmpdf.org.br/arquivos/Angela_burgos.pdf>. Acesso em: 06 dez. 2010.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 7. ed., rev. atual com as Leis 10.352/2001 e 10.358/2001. São Paulo: RT, 2002.

PARIZATTO, João Roberto. **Ação Monitoria**. 7. ed. Leme: EDIPA, 2010.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. v. 1. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005.

REGRAS PARA A SUBMISSÃO DE TRABALHOS

Chamada de Artigos, Resenhas e Ensaios para o Periódico *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*

Invitación a publicar Artículos, Reseñas y Ensayos en la Revista *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*

Call for Articles, Reviews and Essays for the publication *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional* (Constitution, Economics and Development: Law Journal of the Brazilian Academy of Constitutional Law)

A Revista

Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, com periodicidade semestral, está recebendo artigos, resenhas e ensaios para a publicação do seu primeiro número, de acordo com as informações abaixo.

Cordialmente,

Ilton Norberto Robl Filho - Editor Responsável.

La Revista

Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional que tendrá periodicidad semestral, está

recibiendo artículos, reseñas y ensayos para la publicación de su primer número de acuerdo con las informaciones que se mencionan más abajo.

Un cordial saludo,

Ilton Norberto Robl Filho - Editor Responsable.

The Law Journal

Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, published every semester, is receiving articles, reviews and essays to be published in its first edition, according to the information below.

Cordially,

Ilton Norberto Robl Filho – Chief Editor

Português - Linha Editorial

O periódico científico ***Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*** publica artigos, resenhas e ensaios inéditos nos âmbitos da teoria e da dogmática jurídica, privilegiando a perspectiva transdisciplinar, assim como de outros saberes, sobre Constituição, Economia e Desenvolvimento.

A linha editorial incentiva a produção de estudos das relações jurídico-constitucionais com a prática e o pensamento econômicos a partir da perspectiva democrática e da efetivação dos direitos fundamentais. Ainda, fomenta as discussões acadêmicas sobre o desenvolvimento econômico, jurídico, humano e social e uma leitura crítica da Escola *Law and Economics*.

Avaliação dos Artigos

Os artigos, resenhas e ensaios são analisados pelo Editor Responsável, primeiramente, para verificar a pertinência com a linha editorial da Revista. Posteriormente, é feito o *blind peer review*, ou seja, os trabalhos científicos são remetidos a dois professores-pesquisadores doutores, sem a identificação dos

autores, para a devida avaliação de forma e de conteúdo. Após a análise dos pareceristas, o editor chefe informará aos autores o parecer negativo pela publicação ou requererá as alterações sugeridas pelos pareceristas. Neste caso, os autores deverão realizar as modificações propostas para prosseguir o processo de exame do trabalho e, a partir das alterações feitas, os pareceristas emitirão a opinião pela publicação ou não do texto.

Envio dos Trabalhos Científicos

Todos os artigos, resenhas e ensaios deverão ser enviados para o Editor Responsável da **Revista Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Ilton Norberto Robl Filho, no endereço eletrônico ilton@abdconst.com.br, acompanhados 1) de uma autorização expressa para publicação, divulgação e comercialização por editora indicada pela ABDCONST e 2) de declaração de responsabilidade do autor sobre a autoria do texto e da submissão às regras e aos prazos editoriais, afirmando expressamente o caráter inédito do trabalho.

Principais Normas Editoriais de Formatação

Os trabalhos serão redigidos em português, espanhol ou inglês e digitados em processador de texto Word.

- Fonte para o corpo do texto: Times New Roman tamanho 13;
- Fonte para as notas de rodapé e citações longas de mais de 3 linhas: Times New Roman tamanho 11;
- Entrelinhamento para o corpo do texto: 1,5;
- Entrelinhamento para as notas de rodapé e citações longas: 1,0;
- Preferência ao uso da terceira pessoa do singular;
- Estilo utilizado nas palavras estrangeiras: itálico;
- Estilo utilizado para destacar palavras do próprio texto: negrito;
- Número de páginas: no mínimo 10 e no máximo 30 páginas, justificado e com páginas não numeradas, podendo a juízo do Editor Responsável ser publicado artigo com mais de 30 páginas.

Normas Editoriais de Estrutura do Texto

Os artigos, resenhas e ensaios deverão conter os elementos abaixo:

- Cabeçalho: título, subtítulo, nome do(s) autor(es) – o número máximo de autores é três;
- Título: deve ser claro e objetivo, podendo ser complementado por um subtítulo separado por dois pontos, em fonte maiúscula e minúscula, em negrito e centralizado;
- Nome do(s) autor(es): indicação por extenso depois do título, alinhado à esquerda;
Créditos: qualificação e endereço eletrônico do(s) autor(es), informados abaixo do nome;
- Resumo: síntese do conteúdo do artigo de 100 a 250 palavras, incluindo tabelas e gráficos, em voz ativa e na terceira pessoa do singular e localizado antes do texto (ABNT – NBR 6028); expressar na primeira frase do resumo o assunto tratado, situando no tempo e no espaço; dar preferência ao uso da terceira pessoa do singular; ressaltar os objetivos, métodos, resultados e as conclusões do trabalho;
- Resumo em outra língua: nos textos em português e espanhol, será apresentado um resumo em inglês. Nos trabalhos em inglês e espanhol, o Editor Responsável providenciará, caso os autores não encaminhem, a tradução do resumo para o português;
- Palavras-chave: até 5 (cinco) palavras significativas que expressem o conteúdo do artigo, escritas em negrito, alinhamento à esquerda, separados por ponto e vírgula ou ponto;
- Palavras-chave em outra língua: nos textos em português e espanhol, serão apresentadas palavras-chave em inglês. Nos trabalhos em inglês e espanhol, o editor responsável providenciará, caso os autores não encaminhem, a tradução das palavras-chave para o português;
- Sumário: informação das seções que compõem o artigo, numeradas progressivamente em algarismo arábico;
- Texto do artigo: deverá apresentar como partes uma introdução, desenvolvimento e conclusão, antecedida pelo resumo, resumo em outra língua (português e espanhol), palavras-chave e palavras-chave em outra língua (português e espanhol);
- Citação, notas de rodapé e referências bibliográficas: deve-se seguir a ABNT – NBR 10520. As referências bibliográficas completas devem ser apresentadas no final do texto;
- Anexo: material complementar ao texto, incluído ao final apenas quando indispensável;
- Tabelas ou gráficos: devem ser adotadas as “normas de apresentação tabular” publicadas pelo IBGE.

Conselho Editorial

Editor Responsável Ilton Norberto Robl Filho (Coordenador de Pesquisa e dos Grupos de Estudos Nacionais da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Coordenador Adjunto do Curso de Direito da Unibrasil, Advogado Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/PR e Doutorando, Mestre e Bacharel em Direito pela UFPR).

Membros do Conselho Editorial

Antonio Carlos Wolkmer (Coordenador e Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC e Doutor em Direito da UFSC),

António José Avelãs Nunes (Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra, Doutor *Honoris Causa* da UFPR e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Coimbra),

Eroulths Cortiano Junior (Professor do Programa de Pós-Graduação e da Graduação em Direito da UFPR, Presidente da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/PR e Doutor em Direito pela UFPR),

Fábio Nusdeo (Professor Titular da Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP e Doutor em Economia pela USP),

Marco Aurélio Marrafon (Vice-Presidente da ABDConst, Professor do Mestrado e da Graduação em Direito da Unibrasil e Doutor em Direito pela UFPR),

Marcos Augusto Maliska (Professor do Mestrado em Direito da Unibrasil e Doutor em Direito pela UFPR),

Mariana Mota Prado (Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Toronto e Doutora em Direito pela Universidade de Yale) e

Ricardo Lobo Torres (Professor Titular da Faculdade de Direito da UERJ e Doutor em Filosofia pela UGF).

Español - Línea Editorial

La publicación periódica científica ***Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional***

edita artículos, reseñas y ensayos inéditos en los ámbitos de la teoría y de la dogmática jurídica, privilegiándose la perspectiva transdisciplinar, así como de otros saberes relacionados con la Constitución, Economía y el Desarrollo.

La línea editorial incentiva la producción de estudios en torno de las relaciones jurídico-constitucionales con la práctica y el pensamiento económicos desde la perspectiva democrática y de la efectividad de los derechos fundamentales. Asimismo, fomenta los debates académicos sobre el desarrollo económico, jurídico, humano y social y a una lectura crítica de la Escuela *Law and Economics*.

Evaluación de los Artículos

Los artículos, reseñas y ensayos son analizados primeramente por el Editor Responsable para verificarse la adecuación del trabajo a la línea editorial de la Revista. Posteriormente se realiza una evaluación *blind peer review* que consiste en la remisión de dichos trabajos científicos a dos profesores-investigadores doctores, sin que conste la identificación de los autores, para someterlos a la revisión de la forma y del contenido. Tras el análisis de los evaluadores, el editor jefe les informará a los autores el parecer negativo para la publicación o les solicitará los cambios sugeridos por los evaluadores. En este caso, los autores habrán de realizar las rectificaciones pertinentes para que se pueda proseguir con el proceso de examen del trabajo y, a partir de las alteraciones hechas, los evaluadores emitirán una opinión para la publicación o no del texto.

Envío de los Trabajos Científicos

Todos los artículos, reseñas y ensayos deberán ser enviados al Editor Responsable de la **Revista Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Ilton Norberto Robl Filho, por correo electrónico a la siguiente dirección ilton@abdconst.com.br, acompañados 1) de una autorización expresa para su publicación, divulgación y comercialización en la editora indicada por ABDCONST y 2) de una declaración de responsabilidad del autor sobre la autoría de la obra y su aceptación a las reglas y a los plazos editoriales, afirmándose expresamente el carácter inédito del trabajo.

Principales Normas Editoriales y su Formato

Los trabajos deberán estar redactados en portugués, español o inglés y digitalizados en procesador de texto Word.

- Fuente para el cuerpo del texto: Times New Roman tamaño 13;
- Fuente para las notas a pie de página y para las citas textuales, cuando sean superiores a 3 líneas: Times New Roman tamaño 11;
- Interlineado para el cuerpo del texto: 1,5;
- Interlineado para las notas a pie de página y citas textuales largas: 1,0;
- Se da preferencia al uso de la tercera persona del singular;
- Estilo de fuente para palabras extranjeras: cursiva;
- Estilo de fuente para destacar las palabras dentro del propio texto: negrita;
- Número de páginas: no inferior a 10 y no superior a 30 páginas, justificado y con páginas no enumeradas, el artículo cuya extensión supere las 30 páginas podrá ser publicado si el Editor Responsable lo juzga conveniente.

Normas Editoriales para la Estructura del Texto

- Los artículos, reseñas y ensayos deberán contener los siguientes elementos:
- Encabezado: título, subtítulo, nombre del autor o autores – el número de autores no deberá exceder de tres;
- Título: debe ser claro y objetivo y puede ser complementado por un subtítulo separado por dos puntos, en fuente mayúscula y minúscula, en negrita y centralizado;
- Nombre del autor o autores: completo después del título, alineado a la izquierda;
Créditos: cualificación académica y dirección de correo electrónico del autor o autores que hayan sido informados debajo del nombre;
- Resumen: síntesis del contenido del artículo de entre 100 a 250 palabras, incluyendo tablas y gráficos, en voz activa y en tercera persona del singular y colocado antes do texto (ABNT – NBR 6028); se deberá expresar en la primera frase del resumen el asunto de que se trata, situándolo en el tiempo y en el espacio; dársele preferencia al uso de la tercera persona del singular y resaltar los objetivos, métodos, resultados y las conclusiones del trabajo;
- Resumen en otro idioma: los textos redactados en portugués y en español, deberán presentarse acompañados de un resumen en inglés. Los autores cuyos trabajos hayan sido redactados en inglés y español,

el Editor Responsable se encargará, en caso de que no lo hagan ellos, de providenciar la traducción del resumen en portugués;

- Palabras-clave: hasta 5 (cinco) palabras significativas que expresen el contenido del artículo, escritas en negrita, alineadas a la izquierda, separadas por punto y coma o punto;
- Palabras-clave en otro idioma: los textos en portugués y español, vendrán acompañados de las palabras-clave en inglés. Los autores cuyos trabajos hayan sido redactados en inglés y español, el editor responsable se encargará de providenciar, en caso de que no lo hagan, la correspondiente traducción de las palabras-clave en portugués;
- Sumario: la información de las secciones que componen el artículo, deberán ir numeradas en guarismo arábigo por orden de aparición en el texto;
- Texto del artículo: tendrá que presentar como partes: una introducción, el desarrollo y la conclusión, antecedida por el resumen, resumen en otro idioma (portugués y español), palabras-clave y palabras-clave en otro idioma (portugués y español);
- Citas, notas a pie de página y referencias bibliográficas: ABNT – NBR 10520. Las referencias bibliográficas completas se deberán colocar al final del texto;
- Anexo: material complementario al texto se incluirá al final apenas cuando sea indispensable;
- Tablas o gráficos: los datos deben adoptar las “normas de presentación tabular” publicadas por el IBGE (Instituto Brasileño de Geografía y Estadística).

Consejo Editorial

Editor Responsable Ilton Norberto Robl Filho. Coordinador de Investigación y de los Grupos de Estudio Nacionales en la *Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Coordinador Adjunto de la Licenciatura en Derecho de la *Unibrasil*, Abogado Miembro de la Comisión de Enseñanza Jurídica de la OAB/PR (Colegio de Abogados de Brasil/ Paraná) y Doctorando, con grado de Maestría y Licenciado en Derecho por la UFPR (*Universidade Federal do Paraná*).

Miembros del Consejo Editorial

Antonio Carlos Wolkmer .Coordinador y Profesor del Programa de Posgrado en Derecho de la UFSC (*Universidade Federal de Santa Catarina*) y Doctor en Derecho por la UFSC.

Antônio José Avelãs Nunes .Profesor Catedrático de la *Faculdade de Direito de Coimbra*, Doctor *Honoris Causa* por la UFPR y Doctor en Derecho por la *Faculdade de Direito de Coimbra*.

Eroulths Cortiano Junior. Profesor del Programa de Posgrado y de la Licenciatura en Derecho de la UFPR, Presidente de la Comisión de Enseñanza Jurídica en la OAB/PR y Doctor en Derecho por la UFPR.

Fábio Nusdeo. Profesor Titular de la *Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP (Universidade de São Paulo)* y Doctor en Economía por la USP.

Marco Aurélio Marrafon. Vicepresidente de la *Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Profesor del Curso de Maestría y de la Licenciatura en Derecho de la Unibrasil y Doctor en Derecho por la UFPR.

Marcos Augusto Maliska. Profesor del Curso de Maestría en Derecho de la Unibrasil y Doctor en Derecho por la UFPR.

Mariana Mota Prado es Profesora en la Facultad de Derecho de la Universidad de Toronto y Doctora en Derecho por la Universidad de Yale.

Ricardo Lobo Torres. Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la UERJ (*Universidade do Estado de Rio de Janeiro*) y Doctor en Filosofía por la UGF (*Universidade Gama Filho*).

English - Editorial line

The Law Journal ***Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*** publishes unpublished articles, reviews and essays within the ambit of law theory and dogmatism, especially with the transdisciplinary perspective, as well as other knowledge areas, about Constitution, Economics and Development.

The editorial line encourages the production of studies on constitutional law relations with the economical practice and thinking, from the democratic perspective and the stating of fundamental rights. Yet, it motivates academic discussions on economic, law, human and social development and a critical reading of the Law and Economics School.

Evaluation of Articles

Articles, reviews and essays are firstly analyzed by the Chief Editor to verify if they are pertinent to the Law Journal editorial line. Then, they are sent for blind peer review – scientific works are sent to two PhD professors-researchers, with no author identification, to evaluate structure and content. After the professors' analysis, the chief editor will inform the authors of negative opinions or will require suggested changes. In this case, authors should do the suggested changes, and professors will give a second opinion for publishing the text or not.

Sending Scientific Works

Every article, review and essay should be sent to Ilton Norberto Robl Filho – Chief Editor of *Revista Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional* – to the email ilton@abdconst.com.br, along with 1) an express authorization for publishing, promotion and commercialization by a press indicated by ABDCONST, and 2) the author's declaration of responsibility about text authorship and submission to editorial rules and deadlines, expressing the unpublished nature of the work.

Main Editorial Rules for Formatting

Works shall be written in Portuguese, Spanish or English in a Microsoft Word document.

- Main text font: Times New Roman, size 13
- Font for footnotes and long quotations (more than 3 lines): Times New Roman, size 11
- Main text line spacing: 1.5
- Footnotes and long quotations line spacing: 1.0
- Preferably written in third person singular
- Foreign words style: italics
- Text highlighted words style: bold
- Number of pages: minimum of 10 and maximum of 30 pages, justified text with un-numbered pages; Chief Editor may publish articles with more than 30 pages.

Editorial Rules for Text Structure

Articles, reviews and essays should have the following parts:

- Heading: title, subtitle, name of the author(s) – maximum of three authors
- Title: It should be clear and objective, and it may be complemented by a subtitle separated by colon, in upper and lower case, in bold and center aligned
- Name of the author(s): indicated after the title, left aligned
- Credits: qualifications and authors' emails below the names
- Abstract: synopsis of the article contents from 100 to 250 words, including tables and graphics, in active voice and third person singular, before the text (ABNT – NBR 6028); it should express the subject in the first sentence of the abstract, determining time and space; preferably written in third person singular; it should highlight objectives, methods, results and conclusions of the work
 - Abstract in other language: for Portuguese and Spanish texts, there will be an abstract in English. For works in English and Spanish, the Chief Editor will provide the abstract translation to Portuguese – if authors do not send it
 - Key-words: up to 5 (five) significant words that express the content of the article, written in bold, left aligned, separated by semicolon or dot
 - Key-words in other language: for Portuguese and Spanish texts, there will be key-words in English. For works in English and Spanish, the Chief Editor will provide the key-words translation to Portuguese – if authors do not send it
 - Summary: information about the article sections, progressively numbered in Arabic numerals
 - Article text: it should present an introduction, main text and conclusion – after the abstract, abstract in other language (Portuguese and Spanish), key-words and key-words in other languages (Portuguese and Spanish)
 - Quotations, footnotes and bibliographic references: ABNT – NBR 10520. Complete bibliographic references should be presented at the end of the text
 - Appendix: material to complement the text, included at the end if necessary

- Tables or graphics: refer to "*normas de apresentação tabular*" (tabular presentation rules), published by IBGE.

Editorial Council

Chief Editor Ilton Norberto Robl Filho (Coordinator of Research and of the National Study Groups at the Brazilian Academy of Constitutional Law, Adjunct Coordinator of the Law Course at Unibrasil, Lawyer Member of the Law Education Commission at OAB/PR, PhD student, Master and Bachelor in Law from UFPR).

Editorial Council Members: Antonio Carlos Wolkmer (Coordinator and Professor of the Post-Graduation Program in Law at UFSC and PhD in Law from UFSC),

António José Avelãs Nunes (Full Professor at Coimbra Faculty of Law, PhD *Honoris Causa* from UFPR and PhD in Law from Coimbra Faculty of Law),

Eroulths Cortiano Junior (Professor of the Program of Post-Graduation and Graduation in Law at UFPR, President of the Law Education Commission at OAB/PR and PhD in Law from UFPR),

Fábio Nusdeo (Full Professor at Largo São Francisco Faculty of Law – USP and PhD in Economics from USP),

Marco Aurélio Marrafon (Vice-President of the Brazilian Academy of Constitutional Law, Professor of Master and Graduation courses in Law at Unibrasil and PhD in Law from UFPR),

Marcos Augusto Maliska (Professor of the Master course in Law at Unibrasil and PhD in Law from UFPR),

Mariana Mota Prado (Professor of Law at Toronto University and PhD in Law from Yale University) and Ricardo Lobo Torres (Full Professor at UERJ Faculty of Law and PhD in Philosophy from UGF).



Publicação Oficial da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDCONST
Rua XV de Novembro, 964 – 2º andar
CEP: 80.060-000 – Curitiba – PR
Telefone: 41-3024.1167 / Fax: 41-3027.1167
E-mail: abdconst@abdconst.com.br
Editoração e Design Gráfico: Karla Knihs – karla.kariny@gmail.com