



**Janaína Leite Portella**  
**João Gilberto Engelmann**  
**José Carlos Kraemer Bortoloti**  
(Organizadores)

# DIREITO



# CONSTITUCIONAL

E A RATIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

**Ingo Wolfgang Sarlet**  
(Prefácio)



# **DIREITO CONSTITUCIONAL**

E A RATIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS



Janaína Leite Portella  
João Gilberto Engelmann  
José Carlos Kraemer Bortoloti  
( Organizadores )

# DIREITO CONSTITUCIONAL

E A RATIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Adriana de Góes dos Santos  
Carlos Vicente Vieira Ozimkoski  
Caroline Porto de Magalhães  
Emerson Lopes Brotto  
Fernando Tonet  
Gabriela Arruda da Silveira  
Janaína Leite Portella  
João Gilberto Engelmann  
José Carlos Kraemer Bortoloti  
Juliana Ractz  
Leandro Tuzzin  
Marcio Luiz Simon Heckler  
Matias Francisco Spironello  
Robespierre Ferrazza Trindade  
Rowana Camargo  
( Autores )



Edição  
Fac-similar

◆ *Importante: As opiniões expressas neste livro, que não sejam as escritas pelos organizadores em seus capítulos, não representam ideia(s) destes. Cabe, assim, a cada autor responsabilidade por seus escritos.*

*méritos*  
editora





KRAEMER, Luli Kloeckner. *Caminhos*. Óleo sobre tela. 90x70cm. Porto Alegre, 2011.



# Prefácio

Prefaciар uma obra dedicada ao tema dos direitos fundamentais é para mim sempre motivo de alegria, além de uma distinção acadêmica. Não poderia ser diferente no caso da coletânea que ora se publica e que, sob a competente organização dos professores José Carlos Kraemer Bortoloti e Janaína Leite Portella, em parceria com o discente João Gilberto Engelmann, reúne ensaios sobre aspectos diversos, mas sempre atuais e relevantes, tendo como elemento comum a preocupação com o significado, a eficácia e efetividade dos direitos fundamentais na ordem jurídico-constitucional brasileira.

Muito embora a conhecida afirmação de Norberto Bobbio, difundida por meio de seu não menos conhecido livro *A era dos direitos*, de que o desafio da contemporaneidade não é o de investir na fundamentação e justificação dos direitos humanos e fundamentais, mas sim o de apostar na sua efetivação, cremos que ambas as esferas (da justificação e da fundamentação, assim como da efetividade) não podem ser descuidadas, pois se complementam. Quando a dignidade da pessoa humana e os direitos humanos e fundamentais passam a ser vistos como postulados, categorias autoevidentes, que não carecem de justificação, dignidade e direitos transformam-se naquilo que já se chamou de elementos de uma espécie de religião civil (Josef Isensee). Daí

para a dignidade e os direitos operarem como se fossem trunfos para qualquer discussão e panaceia para todos os males, sem que se tenha sequer clareza sobre o seu conteúdo e significado, é apenas mais um passo, que, como já se verifica a partir de uma simples observação da trajetória da doutrina e da jurisprudência nas últimas décadas, seja no Brasil, seja em outros rincões, de há muito já foi dado. As consequências, como igualmente já se sabe, nem sempre são benéficas para a dignidade concreta das pessoas humanas nem para os seus direitos fundamentais, de modo que obras como a que ora se prefacia, e que buscam conciliar os dois pilares – fundamentação e efetividade dos direitos – são sempre muito bem-vindas.

Tanto os temas enfrentados, que vão desde textos sobre a seara do processo (trabalhista, constitucional e penal) e do acesso à justiça, além de explorar os meandros da hermenêutica e de diversos direitos em espécie, quanto à circunstância de que se cuida do resultado de pesquisa compartilhada entre docentes e discentes do Curso de Direito de Passo Fundo, de modo a propiciar uma construção dialógica e hermenêuticamente aberta do saber sobre os tópicos selecionados, são merecedoras de aplausos da comunidade acadêmica e de todos os que, assim se espera, venham a desfrutar do conhecimento contido nas páginas da presente obra coletiva. Assim, não sendo o caso de um prefácio que separe (pela sua extensão demasiada) leitores e autores, o que nos move é acima de tudo o desejo de que a presente obra seja recebida com a atenção que merece e que professores e discentes do Curso de Direito de Passo Fundo sigam investindo numa boa teoria e prática dos direitos fundamentais.

*Porto Alegre, verão de 2011.*

*Dr. Ingo Wolfgang Sarlet*

*Professor titular dos Programas de Mestrado e Doutorado da PUCRS,  
professor da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul (AJURIS)  
e juiz de Direito no Rio Grande do Sul.*

# Interlúdio

O primeiro artigo da Constituição diz que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

- 1) A soberania;
- 2) A cidadania;
- 3) A dignidade da pessoa humana;
- 4) Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- 5) O pluralismo jurídico.

Na enumeração, os “valores sociais do trabalho” precedem os “valores da livre iniciativa”. Não se trata de uma precedência casual, a meu ver. Aí, a Constituição consagrou uma precedência axiológica. Dizendo com outras palavras, criou uma hierarquia de valores, determinando que os valores do trabalho precedem os valores da livre iniciativa. Estabeleceu a Constituição o primado do trabalho.

No parágrafo 1º do artigo 1º, a Constituição diz que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição.

Com essa estipulação, o texto avançou, em relação às constituições anteriores do Brasil. Nesse parágrafo, instituiu-

-se a democracia participativa, bem mais ampla e efetiva que a simplesmente representativa.

Depois, a Constituição repete um princípio clássico: são poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes entre si.

O artigo 3º diz que são objetivos da República:

- 1) Construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- 2) Garantir o desenvolvimento nacional;
- 3) Erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- 4) Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A erradicação da pobreza e da miséria é o objetivo prioritário.

Não se pode preservar os “direitos da pessoa humana” numa sociedade na qual a miséria esmaga o ser humano. Não pode haver “cidadania” onde não se assegura ao pretense cidadão o prévio direito de simplesmente “ser pessoa”, eis que a cidadania é uma dimensão do “ser pessoa”, uma dimensão indispensável ao “ser pessoa”.

A cidadania passa pelo “ser pessoa”: ninguém pode ser cidadão sem ser pessoa.

A cidadania cresce o “ser pessoa”: projeta-o no político, no comunitário, no social, no jurídico, a condição de “ser pessoa”.

Não vemos como possa florescer a cidadania se não se realizam as condições do humanismo existencial.

Dentro da realidade brasileira de hoje, milhões não têm as condições mínimas para “ser pessoa”, não são também cidadãos.

Parecem-nos chocantes as sociedades que estabeleciam ou estabelecem expressamente a existência de “párias”, na escala social; mas temos, na estrutura da sociedade brasileira, “párias”

que não são legalmente ou expressamente declarados como tais, mas que “párias” são em verdade. Porque estão à margem do alimento que a terra produziu; à margem da habitação que a mão do homem pode construir; à margem do trabalho e do emprego; à margem do mercado; à margem da participação política; à margem da cultura; à margem da fraternidade; à margem do passado, do presente, do futuro; à margem da história. À margem da esperança. Só não estão à margem de Deus porque em Deus confiam.

No caso do Brasil, não se trata da miséria que atinja apenas uma franja da sociedade. São milhões de famintos. São milhões de excluídos.

Se quisermos defender, em nosso país, o Estado de direito, temos de vencer a miséria, a fome, a marginalização, a exclusão, pois que a miséria, a fome, a marginalização, a exclusão constituem a suprema negação do direito.

*João Baptista Herkenhoff,*

*Livre-docente UFES, pós-doutor em Direito –  
Universidade de Rouen e University of Wisconsin-Madison*



# Nota dos organizadores

A presente coletânea tem como ponto de partida a problematização que envolve a eficácia e a efetividade dos direitos fundamentais, tema este de relevância inafastável e que, na atual seara do direito constitucional contemporâneo, prescinde de justificativas.

Com efeito, as controvérsias – diga-se de passagem, persistentes – acerca do fundamento, conteúdo e da essencialidade dos direitos fundamentais em suas tantas dimensões perpassam pela doutrina de modo instigante, fazendo com que a ordem jurídica positiva nacional e internacional atente-se às questões que envolvem direitos ímpares e asseguradores da própria condição humana.

As discussões jurídicas acerca do princípio fundamental da dignidade humana residem na proposição axiológica mais sublime à concretização de princípios e direitos fundamentais constitucionais. Daí a importância do tema escolhido – a ratificação dos direitos fundamentais – decorrendo a necessidade de (re)temporalizar os princípios epocais (como explica Ernildo Stein), fundados no paradigma do Estado liberal e que foram persistentes e mais aprofundados no Estado social, para o atingimento do Estado democrático social e de direito. Para tanto, é necessária a adoção de uma hermenêutica consoante aos valores e princípios constitucionais.

Sob o prisma semântico, a ideia que envolve esta obra – a ratificação dos direitos fundamentais – não possui a pretensão de encerrar uma discussão que sequer está em linhas de apaziguamento. Pelo contrário, a evolução dos direitos fundamentais no Estado democrático social e de direito apresenta-se em continuada modelagem e, no plano jurídico, não está – nem de perto – por finalizar questões tormentosas com a apresentação de fórmulas capazes de atender ou mesmo, minimizar, problemas que denotem restrições à esfera da dignidade humana.

A provocação é (re)encontrar, como kantianos frustrados, mas não desertores da ideologia, o “fim em sim mesmo” atrelado à condição humana e registrado no cerne dos direitos fundamentais. Para tanto, desvelar o sentido e a intenção de tais direitos, pensados como imprescindíveis à sociedade contemporânea.

As honrosas contribuições dos professores Ingo Wolfgang Sarlet, João Baptista Herkenhoff e Elaine Harzheim Macedo, pensadores contemporâneos dos direitos fundamentais, denotam importância ainda maior à construção teórica contida na obra, ademais, significam grandiosa responsabilidade dos organizadores e autores em promover uma obra responsável e estruturada.

A presente obra almeja oferecer ao leitor algumas contribuições para a estruturação do debate, sendo concebida e estruturada em estudos que perpassam por aspectos do direito constitucional, trabalhista, penal, explorando a hermenêutica jurídica e os direitos em espécie, de modo que os docentes e discentes do Curso de Direito da Anhanguera Educacional de Passo Fundo fundiram esforços para contribuir para com o estudo e a compreensão dos direitos fundamentais em sua necessária reafirmação – a ratificação dos direitos fundamentais, sob a ótica de um entendimento comum que norteou os pesquisadores: os aspectos de sociabilidade e juridicidade que se deve observar no trato dos direitos fundamentais.

*Passo Fundo, outono de 2011.*

*Os organizadores.*

# Sumário

Prefácio .....	9
Interlúdio .....	11
Nota dos organizadores .....	15

## I.

**Amicus curiae:** o controle concentrado de constitucionalidade e a sociedade aberta dos intérpretes da constituição na perspectiva da ratificação dos direitos fundamentais

*Janaína Leite Portella, Matias Francisco Spironello* ..... 19

## II.

**A hermenêutica como argumento crítico ao estudo contemporâneo da história do ensino jurídico no Brasil:** análise a partir da panorâmica da ratificação dos direitos fundamentais

*José Carlos Kraemer Bortoloti, João Gilberto Engelmann* ..... 49

## III.

**Imperialismo dos direitos humanos:** a jurisdicionalização da vida como ultima ratio no direito

*Fernando Tonet, João Gilberto Engelmann* ..... 77

## IV.

**A concretização dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário e o princípio do mínimo existencial**

*Juliana Ractz, Marcio Luiz Simon Heckler* ..... 101

V.

**Os desafios do processo do trabalho no século XXI:**

a acessibilidade ao Judiciário trabalhista como garantia fundamental

*Emerson Lopes Brotto, Carlos Vicente Vieira Ozimkoski*..... 127

VI.

**Direitos fundamentais e direito penal:** direito a um processo em um prazo razoável

*Robespierre Ferrazza Trindade, Rowana Camargo*..... 153

VII.

**Considerações sobre a teoria do capital humano e sua atuação no cenário político educacional brasileiro das décadas 1980-1990**

*Leandro Tuzzin, Gabriela Arruda da Silveira*..... 173

VIII.

**O tratamento do empregado doméstico pela legislação trabalhista perante o princípio da igualdade**

*Caroline Porto de Magalhães, Adriana de Góes dos Santos*..... 203

IX.

**Direito fundamental à liberdade religiosa:** análise histórica e crítica

*Priscila Formigheri Feldens, Pablo Gilnei Simor*..... 227

# ***Amicus curiae***: o controle concentrado de constitucionalidade e a sociedade aberta dos intérpretes da constituição na perspectiva da ratificação dos direitos fundamentais

Janaína Leite Portella<sup>1</sup>

Matias Francisco Spironello<sup>2</sup>

---

A constituição representa a espinha dorsal do sistema jurídico do país, pois contém a organização e estruturação do Estado. Desse modo, é interessante ater-se à noção de que, por se tratar assim de uma lei fundamental, dotada de um caráter de supremacia, as demais normas que venham a integrar o ordenamento jurídico somente obterão validade se estiverem de acordo com a lei maior. Ressalta-se, assim, o valor da jurisdição constitucional.

Nessa perspectiva, cabível é a análise da utilização de ferramentas democráticas de controle de constitucionalidade para que a sociedade possa intervir, de forma aberta e coesa, na defesa e na interpretação da constituição que é o fundamento capaz de dar validade a todas as outras normas que figuram no ordenamento jurídico. Frente a esse contexto, é necessário que se questione a existência de mecanismos que possibilitem a participação da

---

<sup>1</sup> Mestra em Direito (ULBRA).

<sup>2</sup> Aluno do Curso de Direito.

sociedade no processo de interpretação da constituição, da mesma forma em que, diante da existência do instituto do *amicus curiae*, seja possível admiti-lo como um meio para dar efetividade à proposta de abertura da interpretação constitucional, na perspectiva de ratificar os direitos fundamentais.

## **A jurisdição constitucional: rigidez e supremacia**

Questiona-se como a democracia pode ser considerada um aprimoramento do Estado liberal, diante do contexto de contraposição histórica existente entre os significados de igualdade, liberalismo e democracia, que são valores antitéticos e sem convergência entre si?

Reporta Norberto Bobbio que a base da distinção entre a igualdade formal e a substancial está na concepção da “democracia como governo do povo, da democracia como governo para o povo.”<sup>3</sup> Concilia-se a concepção de que o catálogo dos direitos fundamentais é variável por elementos como a época, a cultura, a religião, a economia, a política, dentre outros, razão pela qual “não se pode fixar um elenco de uma vez por todas: pode-se apenas dizer que são fundamentais os direitos que numa determinada constituição são atribuídos a todos os cidadãos indistintamente, em suma, àqueles diante dos quais todos os cidadãos são iguais”.<sup>4</sup>

Afigura-se que o individualismo do Estado liberal padece no social para estabelecer, com primazia, os direitos fundamentais do homem efetivamente livre, igualitário e fraterno, mas que somente no Estado democrático de direito é que ocorrerá a reflexão de que a legitimidade do ordenamento jurídico se ob-

---

<sup>3</sup> BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. 2. reimp. São Paulo: Brasiliense, 1997, p. 38.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 41.

servará somente, e, tão-somente, pela concretização dos direitos, princípios e valores positivados na Constituição. Aqui, está-se diante da positivação do princípio fundante, do qual todos decorrem, o da dignidade humana, como princípio e regra que concilia o Estado e a sociedade na plena realização democrática. Esse princípio, como refere Paulo Bonavides, “fora do Primeiro Mundo, possui ele tamanha importância que tudo se cifra nessa alternativa: Estado social ou ditadura. Sem Estado social não há democracia, e sem democracia não há legitimidade.”<sup>5</sup>

E é da tentativa de observância de valores, os quais são, em linha de princípio, abstratamente compatíveis entre si, que, quando de situações específicas – realidade dos fatos sociais – entram em choque, especialmente porque no Estado democrático de direito se verifica a superação dos modelos anteriores – o Estado liberal e o Estado social –, mas sem com isso se esquecer das conquistas individuais e sociais, que se reclama o aperfeiçoamento de ambos, e, para tanto, garantida está a tutela da jurisdição constitucional<sup>6</sup>.

No tocante à jurisdição constitucional, esta é tida como uma ferramenta à qual está incutida a defesa da Constituição<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 38.

<sup>6</sup> Como observa Luigi Ferrajoli, “a) no *plano formal*, pelo princípio da *legalidade*, por força do qual todo poder público – legislativo, judiciário e administrativo – está subordinado às leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício e cuja observância é submetida a controle de legitimidade por parte dos juízes delas separados e independentes (a Corte Constitucional para as leis, os juízes ordinários para as sentenças, os tribunais administrativos para os provimentos); b) no *plano substancial* pela funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos *direitos fundamentais* dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das obrigações de satisfação dos direitos sociais, bem como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativarem a tutela judiciária” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006), grifos do autor.

<sup>7</sup> Isso posto, talvez fosse cabível levar em consideração a compreensão conceitual da expressão – Constituição – a partir do momento em que, deparando-se perante o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), tem-se os seguintes dizeres: “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação de poderes não tem Constituição.”

Fazendo referência ao pensamento de Lênio Streck,<sup>8</sup> observa-se a necessidade urgente de criar condições necessárias para que o direito, e por que não dizer, a própria jurisdição, sejam instrumentos de transformações sociais qualitativas e quantitativas, decorrentes dos feixes emanados pelo verdadeiro Estado democrático de direito. Daí que, pelo fato da relevância e importância deste instrumento supremo que é a Constituição, a qual está envolta por uma série de princípios e diretrizes que embasam a estruturação e a fundamentação do Estado democrático de direito, nada mais apropriado do que a existência de certos mecanismos que possam vir a prestar proteção à Lei Fundamental<sup>9</sup>.

Pelo exercício da jurisdição é que se busca a defesa da interpretação constitucional, embasada numa sociedade cada vez mais plural, que participe efetivamente na construção da realidade constitucional, sempre dedicada à proteção dos direitos fundamentais.

Com isso, a segurança jurídica e a igualdade perante a lei podem não se conformar tranquilamente quando da sua concretização aos indivíduos da sociedade, havendo a necessidade de interferência de procedimento ponderativo de valores para definir seu conteúdo mínimo e estabelecer sua relação de precedência<sup>10</sup> em relação ao outro. A sociedade contemporânea, inserida no Estado democrático de direito, requer que valores individuais

---

<sup>8</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 89.

<sup>9</sup> O constitucionalista José Afonso da Silva explica que a Constituição de um Estado é assim considerada por referir-se à organização dos elementos essenciais do Estado, que compreende um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma do governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Enfim, resume este caráter de fundamentalidade por ser, a Constituição, o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 37-38).

<sup>10</sup> Alguns autores falam em superioridade para explicar a relação de grau entre um princípio e outro. A exemplo de Willis Santiago Guerra Filho (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A filosofia do direito: aplicada ao direito processual e à teoria da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 103).

e sociais sejam disciplinados para viabilizar a compatibilização desses interesses privados ou públicos, sem que em nome de um ocorra o total sacrifício do outro.

Para tanto, tem-se que esta proteção e zelo, gerados por determinados mecanismos, como a ação declaratória de constitucionalidade (ADECON), a ação direta de inconstitucionalidade (ADIN), e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), que vêm em defesa da Constituição Federal de 1988, não da Constituição considerada como um objeto, mas sim da que é tida como expressão máxima de toda uma carga de valores sociais e políticos, que se traduzem no ideário da jurisdição constitucional.<sup>11</sup>

Nessa ótica, procuram-se trazer ao cenário atual as constantes mudanças e adaptações que a figura estatal sofreu em decorrência da decadência do Estado absolutista<sup>12</sup>, pois com a implementação de uma espécie de transformação constitucional no sistema de governo, principalmente em relação à ideia de limitação ao poder político, passou a dar guarida e proteção aos direitos fundamentais.

Ademais, o Estado democrático de direito é uma proposta civilizatória que objetiva assimilar as transformações socioeconômico-culturais erupcionadas pelo sistema capitalista contemporâneo e que apresenta como fenômenos mundiais o neoliberalismo e a globalização<sup>13</sup>. Com essa conformação, a

---

<sup>11</sup> SILVA, 2004, p. 555.

<sup>12</sup> Como bem salienta Marcelo Weick Pogliese, acerca do incidente de arguição de inconstitucionalidade: “Obra e graça da racionalidade humana, a organização política e social que se formava no ventre da revolução burguesa exige a ruptura da visão absolutista e dominante, mediante a introdução da técnica da liberdade. A preocupação com a limitação do poder político transforma a figura do Estado de ‘devorador’ a ‘protetor’ das liberdades e prerrogativas dos indivíduos” (2008, p. 35), grifos do autor.

<sup>13</sup> Cf. Paulo Bonavides, “Da globalização, poder-se-ia dizer, sem nenhum exagero, que tem uma única ideologia: não ter ideologia; um único altar: a bolsa de valores; uma única divindade: o lucro; e uma única solitária aliança: o pacto neoliberal” (2001, p. 258).

sociedade moderna assenta-se no laicismo<sup>14</sup>, no qual o Estado e o indivíduo elegem o princípio da razão como fundamento, alicerçando a sociedade na consciência de constituição de um espaço público que efetivamente pertença a todos os indivíduos que nela vivem, sem submissão autoritária à vinculação identitária étnica, religiosa<sup>15</sup>, linguística, rracica, histórica, econômica.

É o que constata José Afonso da Silva<sup>16</sup>, ao mencionar a evolução histórica do que hoje é a jurisdição constitucional, sob o monopólio do Poder Judiciário<sup>17</sup>. Sob essa ótica tem-se então, no tocante à função jurisdicional, que esta vai muito além de definir o direito, ou seja, vai muito além de dizer o direito. Sendo assim, a sua função precípua é a de defesa do Texto Constitucional, no mesmo momento em que se presta ao efetivo exercício de apreciação da constitucionalidade de determinados atos jurídicos<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> Laicismo significa a contraposição ao que se refere ou pertence à Igreja. Norberto Bobbio estudou sobre a ética e a moral, desenvolvendo um capítulo específico sobre os prós e contras de uma ética laica. Nesse, concluiu o autor que o problema não está na fundamentação da norma de convivência humana, mas na sua observância, levantando a questão do problema da efetividade no meio social, não na sua validade (2002, p. 159-177).

<sup>15</sup> O mundo globalizado acaba com o império dicotômico das duas grandes potências, sendo o poder econômico compartilhado por países do Pacífico. Todavia, ocorre forte rejeição do modelo compartilhado pela maioria dos países ocidentais, que enfrentam o fundamentalismo religioso do Oriente, atuante sob práticas terroristas. Cumpre referir a absurda manifestação do 11 de Setembro, quando radicais islamitas atacaram os centros de New York e Washington.

<sup>16</sup> 2004, p. 552.

<sup>17</sup> José Afonso da Silva refere que “Anteriormente ao período moderno, havia jurisdição que não dependia do Estado. Os senhores feudais tinham jurisdição dentro de seu feudo: encontravam-se jurisdições feudais e jurisdições baronais. Lembre-se de que os donatários das capitâneas hereditárias no Brasil colonial dispunham da jurisdição civil e criminal nos territórios de seu domínio. No período monárquico brasileiro, tínhamos a jurisdição eclesiástica, especialmente em matéria de direito de família, a qual desapareceu com a separação entre Igreja e Estado. Agora só existe jurisdição estatal, confiada a certos funcionários, rodeados de certas garantias: os magistrados” (2004, p. 552).

<sup>18</sup> Gisele Cittadino aponta para um aspecto em particular nos Estados conformados pelo paradigma “democrático de direito”, decorrente da normatização dos princípios nos atuais textos constitucionais, que, ao “estabelecerem objetivos e fundamentos do Estado, asseguram o espaço necessário para interpretações construtivistas por parte da jurisdição constitucional, já sendo possível falar em um ‘direito judicial’ em contraposição a um ‘direito legal’” (CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos

A jurisdição constitucional tem por escopo guardar o controle de constitucionalidade, pois é consubstanciada por um sistema de mecanismos técnicos que têm como finalidade garantir a efetividade e o exercício regular das funções estatais, sem que ocorra choque ou ruptura com os princípios basilares e norteadores do Estado democrático de direito, os quais restam interiorizados no bojo da carta constitucional.<sup>19</sup>

Neste sentido, não há dúvidas de que a mencionada busca pela defesa dos preceitos e das garantias fundamentais, enraizadas no Texto Constitucional, carece de uma atenção especial, a fim de que todo este grau de supremacia e superioridade seja sempre observado e, acima de tudo, respeitado, não só pelos órgãos estatais, mas pela sociedade como um todo.

Assim, havendo qualquer espécie de afronta à Lei Fundamental capaz de caracterizar-se como excesso para com toda a carga valorativa integrante da norma constitucional que, como visto, representa a base do ordenamento jurídico, necessária será a utilização dos mecanismos pertinentes ao exercício do controle de constitucionalidade.

## **A dignidade da pessoa humana com condição de possibilidade para o acontecer do Estado democrático de direito**

É a partir do processo de interpretação constitucional que o princípio da dignidade humana é elevado ao maior nível hierárquico de todas as ordens constitucionais que o reconheceram<sup>20</sup>, estabelecendo-se uma necessária ponderação de bens e princípios

---

poderes. In: VIANNA, Luiz Wernnck. (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002, p. 18).

<sup>19</sup> POGLIESE, Marcelo Weick. *Incidente de arguição de inconstitucionalidade em tribunal*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 50.

<sup>20</sup> PÉREZ, Jesús González. *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 1986, p. 80.

constitucionais que se apresentem em colisão, de modo a elidir o caráter de subjetividade da razão, própria do homem.<sup>21</sup>

Assim, a compreensão do princípio da dignidade da pessoa humana deverá apresentar-se como condição de possibilidade para, desvelado do pensamento metafísico-objetificante do horizonte de sentidos expressados pela Constituição, atender ao “novo” Estado democrático de direito<sup>22</sup> e que tenha sempre presente o imperativo segundo o qual em favor da dignidade não deve haver dúvida. Nesse compasso, a igualdade substancial opera, precisamente, a dimensão de garantia social, enquanto condição de efetividade de todo o ordenamento jurídico, tendo por fundamento o “sentido da própria identidade de pessoa e da própria dignidade do cidadão.”<sup>23</sup>

Para tanto, é necessária a adoção de uma democracia substancial<sup>24</sup>, que, sob o marco de um Estado de direito, informado por regras que condicionam a validade das normas jurídicas e as possibilidades de decisões político-democráticas, apresente as decisões atreladas estrutural e funcionalmente à tutela dos direitos e interesses dos indivíduos. Esse modelo de democracia substancial é o que corresponde às exigências e aos princípios do Estado constitucional de direito, pois assume estruturalmente

---

<sup>21</sup> Com isso, passa-se para “uma postura segundo a qual a dignidade humana deve fundar-se fenomenologicamente, nas condições de existencialidade do homem necessárias para ele ser o que é. A dignidade humana como condição existencial não é fundamento interno, assim como não é externo, mas que faz parte daquilo que melhor caracteriza o homem, a circunstância de ser-no-mundo e das condições de autenticidade deste existir. Tal postura hermenêutica leva à indagação sobre a dignidade humana para o campo do conhecimento mais de caráter existencial, não objetificado, até porque não há um ente supremo organizador das variáveis de sentido do princípio sob exame” (Ohlweiler, Leonel. A ontologização do direito administrativo: o exemplo da dignidade humana como elemento hermenêutico. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, 5, p. 166, anual, 2007, p. 166).

<sup>22</sup> STRECK, 2007, p. 305.

<sup>23</sup> FREITAS, Juarez. Tendências atuais e perspectivas da hermenêutica constitucional. *Revista da Ajuris/Associação dos Juizes do RGS*, Porto Alegre, dez., 1999, p. 404.

<sup>24</sup> FERRAJOLI, 2006, p. 869.

a existência de limites ao poder de decisão, bem como a sua legitimidade.<sup>25</sup>

O Estado democrático de direito, como protetor e promotor dos direitos fundamentais, tem a eminente função de reconhecer os direitos sociais como fundamentais. Disso resulta que, diante da inobservância pelos Poderes Legislativo e Executivo dos direitos fundamentais, ao Judiciário compete proceder ao reconhecimento e afirmação da supremacia do princípio da dignidade da pessoa humana, quando em jogo com outros bens, direitos e princípios constitucionais<sup>26</sup>.

Cumprir referir que os direitos fundamentais são a expressão de valores básicos, de conteúdo axiológico que restaram positivados pela Constituição, e que integram ao lado dos princípios estruturais e organizacionais da Constituição, o núcleo substancial de bens, valores, direitos e garantias que afeioam o Estado democrático de direito.<sup>27</sup>

Com isso, ao Poder Judiciário, como intérprete qualificado da Constituição por nele residir a função primordial de

---

<sup>25</sup> FREIRE, Antonio Manuel Peña. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid: Trotta, 1997, p. 74.

<sup>26</sup> Aqui, é importante a advertência de Vicente de Paulo Barreto à função do Estado em atender aos princípios da igualdade material e liberdade real, pois “estabelecer uma relação de continuidade entre a escassez de recursos públicos e a afirmação de direitos acaba resultando em ameaça à existência de todos os direitos. Supõe, além do mais, que o sistema jurídico serviria para solucionar conflitos em situação ideal de igualdade absoluta, onde não houvesse carências e situações sociais de necessidade, funcionando o direito no quadro de relações contratuais, sinalagmáticas, entre os agentes sociais com os mesmos poderes. O não-reconhecimento dessa situação de desigualdade no direito liberal é que permite que se argua como os direitos sociais encontram-se fora do sistema de direitos fundamentais” (BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 121).

<sup>27</sup> Cf. Ingo Wolfgang Sarlet, “há como sustentar que, além da íntima vinculação entre as noções de Estado de direito, Constituição e direitos fundamentais, estes, sob o aspecto de concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como dos valores da igualdade, liberdade e justiça, constituem condição de existência e medida da legitimidade de um autêntico Estado democrático e social de direito, tal qual como consagrado também em nosso direito constitucional positivo vigente” (2005, p. 70).

controle de constitucionalidade, compete expressar, ou melhor, afirmar a força normativa da Constituição ao analisar o conflito trazido ao seu conhecimento por instrumentos processuais constitucionais, amparando e fazendo cumprir, efetivamente, a observância de direitos que garantem “o valor e a dignidade da pessoa humana”,<sup>28</sup> de modo a proporcionar o desenvolvimento do indivíduo e da sociedade.<sup>29</sup>

A garantia ao atendimento à ordem constitucional depende da efetivação da jurisdição constitucional que apresente vinculação à legalidade e aos princípios e valores constitucionais, o que se mostra necessário para o acontecer do Estado democrático de direito. Este objetiva um fim último, a dignidade humana, que, em não sendo objetivada (sua realização), não possibilita o acontecer do paradigma atual.

## **O controle de constitucionalidade: a efetivação da jurisdição constitucional**

Ao prosseguir no estudo dedicado à órbita constitucional, é conveniente adentrar-se na análise de algumas peculiaridades relacionadas aos mecanismos empregados no controle de constitucionalidade.

Assim, como decorrência da jurisdição constitucional, o controle de constitucionalidade vem a justificar todo aquele caráter de rigidez e supremacia necessário ao controle do exercício do

---

<sup>28</sup> CITTADINO, 2002, p. 34.

<sup>29</sup> O direito possui caráter social propulsor para o desenvolvimento do indivíduo e, consequentemente, à sociedade por ser um sistema de disciplinamento social que se funda em valores da natureza humana. Cf. Roscoe Pound, “Soubemos sempre que o processo judicial não está em absoluto de acordo, em todos os tempos e em todos os lugares e em todos os sentidos, com o ideal que dele formamos. Apesar de todos os controles com que o cercamos, não se mostra em todas as ocasiões inteiramente como o desejaríamos. Mas lutar pelo ideal – repito – muito contribui para que o realizemos” (1976, p. 97-98). Logo, a luta pelo ideal advém dos valores que se mantêm vivos na sociedade e que são interpretados como de fundamental importância para o desenvolvimento e aperfeiçoamento do homem.

poder político. Com isso, justifica a teoria exposta por Wilson Steinmetz de que os direitos fundamentais – vislumbrados sempre no interior da Constituição – são direitos de defesa ante o Estado.<sup>30</sup> Em outras palavras, o controle de constitucionalidade nada mais é do que o mecanismo que irá viabilizar a defesa da superioridade da lei constitucional, visando sempre ao afastamento de quaisquer tipos de abusos e violações advindos dos órgãos estatais.

Desse modo, José Joaquim Gomes Canotilho<sup>31</sup>, comentando acerca dos sujeitos de controle constitucional, salientou que existem dois tipos de controle: o controle político e o controle jurisdicional. O primeiro estaria relacionado à verificação da inconstitucionalidade de órgãos cuja natureza é política, e cita o mencionado constitucionalista, como exemplo desses órgãos, as assembleias representativas.

Por outro viés, a segunda espécie de controle estaria relacionada à noção de que as constituições outorgariam assim, aos órgãos estruturantes do Poder Judiciário, a faculdade de declarar a inconstitucionalidade das leis e dos demais atos que pudessem vir a ser praticados pelo Poder Público, atentando aos princípios constitucionais.<sup>32</sup>

Dessa forma, as considerações balizadas por José Afonso da Silva, ao adentrar no assunto relacionado aos critérios do controle jurisdicional, salientam que os sistemas constitucionais conhecem dois tipos: o critério de controle difuso ou jurisdição constitucional difusa, e o critério de controle concentrado ou jurisdição constitucional concentrada.<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 85.

<sup>31</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 897.

<sup>32</sup> SILVA, 2004, p. 49.

<sup>33</sup> *Ibidem*.

Adentrando um pouco mais no assunto relacionado aos critérios de controle jurisdicional propostos, tem-se no tocante ao controle difuso, ou jurisdição constitucional difusa, ou ainda, a espécie de controle americano<sup>34</sup>, que “a competência para fiscalizar a constitucionalidade das leis é reconhecida a qualquer juiz chamado a fazer a aplicação de uma determinada lei a um caso concreto submetido à apreciação judicial.”<sup>35</sup>

Através do critério difuso é reconhecida a todos os componentes do Poder Judiciário a competência para fiscalizar o ato normativo ou lei que venha na contramão da Constituição. Sua característica é a de produzir efeito *inter partes* – entre as partes envolvidas no processo em concreto – operando de forma *ex tunc* – os efeitos da decisão retroagem à incidência da norma inconstitucional, uma vez que ela é tida como nula. Além do que, nesta modalidade de controle todo e qualquer juiz pode realizar, no caso concreto, a análise sobre a compatibilidade da norma infraconstitucional com a Constituição Federal.<sup>36</sup>

De outra banda, no que se refere ao critério de controle concentrado de constitucionalidade, Paulo Bonavides<sup>37</sup> amplia o conceito desta espécie, considerando que também é conhecido como sistema de controle por via de ação – ou controle abstrato –,

---

<sup>34</sup> “Foi, porém, aos Estados Unidos da América que coube inovar na matéria, podendo-se afirmar [...] que o Tribunal Constitucional constitui peça inteiramente inventada pelo constitucionalismo norte-americano, [...]. Esta vertente consagrou-se como sistema difuso, estabelecendo o controle concreto da constitucionalidade das leis e atos normativos, a partir do qual cada parte interessada no conflito pode suscitar a inconstitucionalidade, na defesa de seus interesses, e cada juiz da causa está habilitado a decidir sobre o definitivo conteúdo da constituição no caso concreto. Como não poderia deixar de ser, o modelo americano acabou por se difundir, inspirando outras ordenações, em especial a brasileira, embora tal não tenha ocorrido imediatamente” (MACEDO, Elaine Harzhein. *Jurisdição e processo: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 145-147).

<sup>35</sup> CANOTILHO, 2003, p. 898.

<sup>36</sup> NEVES, André Luiz Batista. *Introdução ao controle de constitucionalidade*. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 114.

<sup>37</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 307.

o qual, através de uma ação de inconstitucionalidade, prevista formalmente no Texto Constitucional, impugna uma lei que, ao ser declarada inconstitucional, é removida do ordenamento jurídico, por ser com ele incompatível.

Também, José Joaquim Gomes Canotilho, tratando do controle concentrado, ou jurisdição constitucional concentrada, aduz que “chama-se sistema concentrado porque a competência para julgar definitivamente acerca da constitucionalidade das leis é reservada a um único órgão, com exclusão de quais outros.”<sup>38</sup>

No que diz respeito ao sistema jurídico nacional, a Constituição Federal de 1988 atribui ao Supremo Tribunal Federal o compromisso de portar-se como guardião da Constituição, de acordo com o que preceitua o art. 102. Depreende-se do próprio Texto Constitucional ser o órgão encarregado da competência para julgar definitivamente acerca da constitucionalidade das leis, o que reduziu à Egrégia Câmara a competência no que tange à matéria constitucional, para compor as lides que se apresentam nesse campo.<sup>39</sup>

Não se pode negar que a Constituição de 1988 trouxe em seu bojo muitas novidades, dentre as quais se pode fazer menção aos meios de controle concentrado, balizados por meio da ação direta de inconstitucionalidade.<sup>40</sup> Além do mais, com o passar do tempo, também houve algumas modificações e adaptações ao Texto Constitucional, reforçando assim a necessidade que a lei tem de se adaptar no tempo, ou seja, às realidades e necessidades do meio social. E, sob estas condições, percebeu-se que o Texto Constitucional carecia de algumas emendas, quando em 17/03/1993, por meio da emenda constitucional nº 3, foi criada a ação declaratória de constitucionalidade.

---

<sup>38</sup> 2003, p. 898.

<sup>39</sup> SILVA, 2004, p. 556-557.

<sup>40</sup> Ibidem, p. 51.

Diante disso, na atualidade, encontram-se na ação direta de inconstitucionalidade, na ação declaratória de constitucionalidade e na arguição de descumprimento de preceito fundamental verdadeiros meios para recorrer à Corte constitucional, a fim de buscar a efetivação do controle concentrado, haja vista que tais ações carecerão sempre da análise da Suprema Corte brasileira.<sup>41</sup>

As leis regulamentares, por sua vez, também vieram a desempenhar o seu papel, auxiliando na prestação do controle constitucional por via concentrada na medida em que se comprometem à regulamentação das ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade, que foram reguladas pela lei nº 9.868/99, e a de arguição de descumprimento de preceito fundamental, regulada pela lei nº 9.882/99. De tal forma, o advento destas leis pode ser compreendido como uma tentativa de pluralizar o processo de interpretação constitucional, ao permitir que o cidadão ingresse diretamente com uma ação constitucional perante o STF.<sup>42</sup>

Fica evidente que, para a propositura das ações mencionadas, tem-se o intuito principal de estabelecer a proteção e a ordem constitucional através dos mecanismos que são viabilizados pela própria Lei Maior, esta que deve representar os anseios democráticos de um povo. Assim, o referido caráter de supremacia não deve estar desvirtuado da noção de que a Constituição, além de representar a defesa do povo, também advém do povo, transparecendo assim como fruto da manifestação da sociedade. Nesse sentido é que se discute a participação da sociedade como sua intérprete.

---

<sup>41</sup> ISAACSSON, Gisela Brum. Controle concentrado da constitucionalidade e o processo objetivo da ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade. *Revista da Escola de Direito – UCPEL*. Pelotas, v. 6, n. 1, p. 261-299, jan./dez. 2005, p. 275-276.

<sup>42</sup> SILVA, Christine Oliveira Peter da; GONTIJO, André Pires. O papel do *amicus curiae* no processo constitucional: a comparação com o decision-making como elemento de construção do processo constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal. In: GARCIA, Maria. (Org.). *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2008, p. 57.

## A Constituição fruto da manifestação cultural e a participação da sociedade como sua intérprete

É cabível aduzir o posicionamento do ministro Gilmar Ferreira Mendes<sup>43</sup> ao referir o entendimento de Peter Häberle de que o direito é fruto da sociedade como tal e deve acompanhar as transformações – evolução – da sociedade.<sup>44</sup>

Para tanto, qual o papel e a localização da sociedade comum, do povo, perante a efetivação dos mecanismos de prestação e controle jurisdicional? É possível aqui reforçar a exposição do ideário difundido por Peter Häberle sobre a abertura constitucional para a sociedade intérprete. Em razão disso, os princípios e métodos de interpretação constitucional funcionam como uma espécie de filtros sobre os quais a força normatizadora atua. Desta forma, tais princípios e métodos exercem a função precípua de disciplinar e canalizar as formas de influência dos diferentes participantes do processo interpretativo.<sup>45</sup>

Mônia Clarissa Hennig Leal<sup>46</sup>, ao destacar a teoria de Peter Häberle, explica que a sugerida participação da sociedade como intérprete de uma constituição cada vez mais plural deve estar pautada em uma interpretação ampla, incluindo todos os

---

<sup>43</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade – Repercussões na atividade econômica. *8º Encontro de Juristas Bancários de Expressão Oficial Portuguesa*. Brasília, p. 16-37, 1997, p. 9.

<sup>44</sup> Aduz Gilmar Mendes que “a interpretação constitucional dos juízes, ainda que relevante, não é [nem deve ser] a única. Ao contrário, cidadãos e grupos de interesse, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública constituíram forças produtivas de interpretação, atuando, pelo menos, como pré-intérpretes do complexo normativo constitucional” (1997, p. 9).

<sup>45</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. reimp. 2002. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, p. 43-44.

<sup>46</sup> LEAL, Mônia Clarissa Hennig. A noção de constituição aberta de Peter Häberle como fundamento de uma jurisdição constitucional aberta e como pressuposto de intervenção do *amicus curiae* no direito brasileiro. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos. (Orgs.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*: tomo 8. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008. p. 2.370.

participantes da vida política e pública, e não só os participantes da vida jurídica. É nesse âmbito, rompendo com toda uma tradição dogmática e positivista referente à Constituição, que surgem a leitura e a noção desta sob uma perspectiva aberta e dinâmica, de forma a refletir a realidade cultural que a envolve e a justifica.

Ademais, deve-se considerar que talvez o pensamento de Peter Häberle queira ir mais longe e expressar o sentido de que, a partir do momento em que há uma amplitude na condição de intérpretes constitucionais, busca-se a conversão da constituição como não sendo tão somente um instrumento de garantias construído para a sociedade – da sociedade compreendida como objeto – mas sim que possa ser compreendida como um mecanismo erigido pela sociedade – da sociedade enquanto sujeito –. De tal forma que haja uma construção dos sentidos e dos significados por todos os cidadãos, e não apenas pelos técnicos e burocratas investidos de tais competências para operar o direito.<sup>47</sup>

## **O instituto do *amicus curiae* como auxiliar no processo de abertura para a participação da sociedade intérprete da Constituição**

Uma vez fazendo consideração ao terreno do controle concentrado de constitucionalidade e agora sob o viés da abertura para a possibilidade da sociedade figurar como auxiliar no processo de interpretação constitucional, o que se pode verificar é que a Suprema Corte, representada pela figura do magistrado, vem então possibilitar a manifestação de vários segmentos da sociedade, para que se chegue a uma conclusão em relação ao ponto em que se insurge, ampliando o espaço de debate sobre o tema questionado.

---

<sup>47</sup> LEAL, 2008, p. 2.371.

Porém, partindo-se desse pressuposto, tem-se a necessidade de adentrar-se na busca por um significado para a expressão “interpretação”, ou seja, acerca da atividade de interpretação em seu sentido tradicional.

Sob este prisma, Luis Roberto Barroso<sup>48</sup> referencia que é por meio de alguns elementos de interpretação – de longa data identificados como gramaticais, históricos, sistemáticos e teleológicos – é possível ao intérprete em geral, bem como ao juiz, verificar o alcance de uma determinada norma. Dessa forma, considerando que o direito seja a resposta para o problema que se apresenta, o qual é vislumbrado através do texto legal, a atividade de interpretar restaria intimamente relacionada à atividade de descobrir esta resposta. Além do mais, a atividade judiciária estaria assim relacionada a uma atividade técnica, pois o intérprete não pode se desvirtuar de sua função primordial de desvendar o que a norma traz e então passar a realizar escolhas próprias. Resumindo, no método interpretativo tradicional, há a ocorrência de uma prática extremamente técnica, da qual se busca a revelação do sentido de determinado direito que se encontra contido na norma.

Avançando um pouco, Paulo Bonavides, defensor da democracia participativa, ao tentar expor uma diferenciação com relação à interpretação constitucional difundida pelo tão mencionado doutrinador Peter Häberle, deixa claro que

Distingue Häberle a interpretação da Constituição em sentido estrito e em sentido lato. A interpretação em sentido estrito é a interpretação que usa os métodos tradicionais enunciados por Savigni, de procedência civilista. A interpretação lata é a que oferece um largo terreno ao debate e à renovação, tendo sido habitualmente ignorada ou desprezada pelos pré-conceitos do

---

<sup>48</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 291-296.

jurista técnico, de visão formalista, que fica assim tolhido de conhecer a verdade constitucional em sua essência e fundamento.<sup>49</sup>

Talvez o que o autor tenta trazer à luz seja a noção de que o método interpretativo, em sentido estrito, esteja mais voltado ao método interpretativo técnico, em que se viu que a interpretação não passa de um mero exercício de subsunção do fato concreto à norma.

Assim, parece haver certa necessidade de que ocorram mudanças na perspectiva da interpretação constitucional, a fim de que esta não reste extremamente pautada na técnica, no sentido estrito – até então um ato consciente, deliberado e formal do jurista de profissão, como coisa da “sociedade fechada” – e passe a ser a mais dilatada e ampla possível<sup>50</sup>. Deve, porém, na realidade, considerar-se pela nova metodologia como obra da “sociedade aberta”, para quantos dela participem materialmente.<sup>51</sup>

Devido à importância dada a toda esta carga valorativa referente à abertura para uma interpretação constitucional proferida pela sociedade é que o professor Paulo Maycon Costa da Silva insere-se no contexto de um instituto que a abrange:

---

<sup>49</sup> BONAVIDES, 2005, p. 509-510.

<sup>50</sup> Contudo, acerca da interpretação em sentido lato, esta não merece ser ignorada, pois “Colocado no tempo, o processo de interpretação constitucional é infinito, o constitucionalista é apenas um mediador [...]. O resultado de sua interpretação está submetido à reserva da consistência [...], o processo de interpretação constitucional deve ser ampliado para além do processo constitucional concreto. O raio de interpretação normativa amplia-se graças aos ‘intérpretes da Constituição da sociedade aberta’. Eles são os participantes fundamentais no processo de *trial and error*, de descoberta e de obtenção do direito. A sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional. A interpretação constitucional traduz – apenas – a pluralidade da esfera pública e da realidade [...], as necessidades e as possibilidades da comunidade, que constam do texto, que antecedem os textos constitucionais ou subjazem a eles. A teoria da interpretação tem a tendência de superestimar sempre o significado do texto” (HÄBERLE, 1997, p. 42-43).

<sup>51</sup> BONAVIDES, 2005, p. 512.

Desse modo, partindo da premissa segundo a qual a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição proposta por Peter Häberle declina no sentido de que toda a sociedade é potencialmente apta a interpretar a Carta Magna da República, o *amicus curiae* representa uma forma dessa abertura, na medida em que possibilita a intervenção de entidades representantes da sociedade no processo hermenêutico institucional da Constituição.<sup>52</sup>

Ou seja, diante dessa conjuntura e fazendo correlação ao ideário de abertura constitucional para que a sociedade figure como intérprete, há que se fazer menção a um instrumento pouco conhecido para muitos operadores do direito: o instituto do *amicus curiae*.

### **A importância da atuação do *amicus curiae*: legitimidade das decisões judiciais**

Primordial a ratificação da noção incitada por Gilmar Ferreira Mendes<sup>53</sup>, citando o pensamento proposto por Ernst Gottfried Marenholz, quando salienta que no processo constitucional existe a comunicação entre o fato e a norma, o que constitui a razão da própria interpretação. É neste meio que ocorre a investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos.

Com relação aos elementos fáticos e jurídicos, Gilmar Ferreira Mendes, agora utilizando-se do ideário difundido por Klaus Jürgen Philippi, explica que também faz parte do controle de constitucionalidade a aferição dos fatos legislativos. Essa referida relação fática salienta-se pela análise não somente de temas tradicionalmente propostos – compreendidos por fatos legislativos históricos, exemplificando-os através da verificação

---

<sup>52</sup> SILVA, Paulo Maycon Costa da. Do *amicus curiae* ao método da sociedade aberta dos intérpretes. *Revista Centro de Estudos Jurídicos*. Brasília, ano XII, n. 43, p. 22-30, out./dez. 2008, p. 23.

<sup>53</sup> 2000, p. 28.

de possíveis violações ao princípio da igualdade – mas também de temas mais polêmicos e atuais – como a aferição de efeitos radioativos de determinados medicamentos, por exemplo, que poderiam legitimar a sua prescrição apenas por médicos estabelecidos em hospitais e instituições de pesquisa; a alteração de estruturas econômicas e sociais que poderiam levar a consolidar um processo de inconstitucionalização de uma lei, e as questões de caráter fundamental a respeito de concepções políticas, religiosas e filosóficas, como o caso da criminalização do homossexualismo ou a descriminalização do aborto.<sup>54</sup>

Desse modo, depreende-se ser na verificação dos fatos levados à apreciação do tribunal que, muitas vezes, vê-se a necessidade de utilização de documentos, dados técnicos e estatísticos, uma vez que nem sempre o tribunal – este entendido como o Judiciário como um todo – tem pleno conhecimento, enfim, está a par de todas as matérias que lhe são trazidas, apresentando-se apto quando do momento de decidir.

E é nesse contexto que se apresenta o instituto em questão – *amicus curiae* –, conforme a objetiva noção bem explicada por Dirley da Cunha Júnior:

O *amicus curiae* é um terceiro especial que pode intervir no feito para auxiliar a Corte [...]. É amigo da Corte, consoante ressoa de sua tradução mais fiel, podendo ser qualquer pessoa, humana ou jurídica, inclusive os legitimados não proponentes da ação. [...] Apresenta-se como um verdadeiro instrumento democrático que franqueia o cidadão a penetrar no mundo fechado, estreito e objetivo do processo de controle abstrato de constitucionalidade para debater temas jurídicos que vão afetar toda a sociedade. Por meio desse instituto, o Tribunal Constitucional mantém permanente diálogo com a opinião pública, como forma de legitimar o exercício da jurisdição constitucional.<sup>55</sup>

---

<sup>54</sup> apud MENDES, 2000, p. 29.

<sup>55</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade: a intervenção do particular, do co-legitimado e do *amicus curiae* na Adin, ADC e ADPF. In: DIDIER, JR., Fredie; WAMBIER,

Assim, é possível depreender o entendimento que tal função do instituto estaria fundada a servir como um instrumento de manifestação daqueles que são capazes de elaborar e apresentar ao órgão julgador uma espécie de parecer jurídico contendo inúmeras particularidades relevantes no que diz respeito à solução do conflito existente, chamando a atenção da Corte para as circunstâncias ou fatos que poderiam passar despercebidos. Nesse sentido, auxiliaria o Judiciário na interpretação constitucional para que este, antes de proferir a sua decisão, tivesse possibilitada uma ampla discussão acerca da problemática apresentada, a qual na grande maioria das vezes versa sobre questões polêmicas, inusitadas, e por que não dizer, de difícil solução.

Não tão distante, salienta Edgar Silveira Bueno Filho:

a presença do *amicus curiae* no processo, em maior extensão do que no passado, serviria para garantir maior efetividade e legitimidade às decisões da Corte constitucional. Em outras palavras, sustentou que além do sentido democrático da participação do terceiro gabaritado, o debate seria enriquecido dada a representatividade da entidade ou órgão, com a possibilidade de transmissão aos julgadores de elementos de informação e experiências de implicações políticas, sociais, econômicas, jurídicas e culturais notáveis.<sup>56</sup>

Percebe-se, pois, que no processo de interpretação onde resta viabilizada a abertura para a sociedade partícipe, dada através da incorporação de elementos mais próximos da realidade quotidiana, em que o – povo – atua, a possibilidade do Judiciário ter uma maior legitimidade em suas decisões, uma vez que lhe será possibilitada uma análise mais profunda frente às constantes

---

Teresa Arruda Alvim (Orgs.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil*. São Paulo: Revista do Tribunal, 2004, p. 150-155, grifos do autor.

<sup>56</sup> BUENO FILHO, Edgard Silveira. *Amicus curiae – a democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade*. *Revista Centro de Estudos Jurídicos*. Brasília, ano VI, n. 19, p. 85-89, out./dez. 2002, p. 87.

divergências sociais que lhes são trazidas, viabilizando assim a formação da sua posição com maior convicção.<sup>57</sup>

Uma vez tecida tal consideração, é necessário o posicionamento a seguir para justificar o interesse da utilização da figura do *amicus curiae* dentro do contexto – de legitimador das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal como meio de ratificação dos direitos fundamentais:

Assim, o interesse pelo modelo dos grupos organizados de *amicus curiae* é evidente, pois tanto para manter a imagem pessoal ou para assegurar o respeito público à Corte, os juízes precisam de informação sobre a opinião pública, a qual é fornecida – com qualidade e interesse – pelo amigo da Corte. Se os juízes decidem a causa pelo peso da opinião pública, então a quantidade de grupos organizados que subscreve um memorial de *amicus curiae* serve como um termômetro para ambos os lados. [...] os juízes podem ser influenciados pela opinião pública para assegurar a legitimidade institucional perante a Corte, devendo, portanto, confiar no conselho dos cidadãos – com o reforço do poder executivo – pois se os juízes ignoram a visão do público, a Corte poderá perder a sua legitimidade institucional e suporte.<sup>58</sup>

Dada a importância inculcada à opinião pública, tem-se que esta encontra embasamento na noção de que o povo é considerado parte legítima para figurar no processo de interpretação da norma fundamental. Daí que, ao sistema jurídico brasileiro, tal caráter de legitimidade encontra-se atrelado ao princípio democrático, estabelecido no parágrafo único do art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil<sup>59</sup>. Uma vez referido o pressuposto de legitimação social das decisões proferidas pelos órgãos

---

<sup>57</sup> HÄBERLE, 1997, p. 33-34.

<sup>58</sup> SILVA; GONTIJO, 2008, p. 50.

<sup>59</sup> CF/88, Art. 1º. “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: [...] Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

políticos do país – dentre os quais inclui-se o STF – quando se possibilita a abertura para que a opinião pública participe do processo de controle de constitucionalidade, a figura do *amicus curiae* – ou amigo do Tribunal – apresenta-se efetivamente como “o cidadão participante da jurisdição constitucional.”<sup>60</sup>

Contudo, ressalte-se que a mencionada noção de legitimidade não deve ser confundida com a noção de legitimidade para decidir. Ou seja, a participação da opinião pública em tal contexto de abertura, usando inúmeros segmentos – como *amicus curiae* – resta circunscrita à legitimidade da sociedade civil organizada – ao cidadão – em dar ensejo, colaborar prestando subsídios para que o Tribunal se posicione, ao mesmo tempo em que possa ser visto como mais acessível e próximo da sociedade.<sup>61</sup>

## **A atuação do *amicus curiae* no Brasil perante as ações de controle concentrado de constitucionalidade**

A figura do *amicus curiae* se firmou, principalmente diante da viabilidade de sua efetiva participação no Brasil e obtida pela aprovação das leis nº 9.868 e nº 9.882, que disciplinaram os instrumentos processuais destinados ao controle de constitucionalidade e atribui a legitimidade para tanto.

Como elemento de consolidação do processo de evolução do controle de constitucionalidade de normas no Brasil é importante ressaltar a aprovação de dois relevantes diplomas legais: a lei nº 9.868 e a lei nº 9.882. Tratam-se de dois textos normativos que disciplinam instrumentos processuais destinados ao controle de constitucionalidade e da legitimidade constitucional em geral.<sup>62</sup>

---

<sup>60</sup> SILVA, 2008, p. 25.

<sup>61</sup> Ibidem, p. 26.

<sup>62</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 307.

Antes de mais nada, cabível compreender que a lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, veio regulamentar o processo e o julgamento das ADIN's, e das ADECON's. Entretanto a lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999, estabeleceu contornos às ADPF's.<sup>63</sup>

Vale destacar o que o ministro do STF, Celso de Mello, foi categórico em afirmar:

No estatuto que rege o sistema de controle normativo abstrato de constitucionalidade, o ordenamento positivo brasileiro processualizou, na regra inscrita no art. 7º, § 2º, da lei nº 9.868/99, a figura do *amicus curiae*, permitindo, em consequência, que terceiros, investidos de representatividade adequada, sejam admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional.<sup>64</sup>

Analisando-se o parágrafo do art. 7º desta lei<sup>65</sup>, percebe-se que apesar do *caput* do artigo não admitir a intervenção de terceiros, o referido parágrafo cria uma espécie de exceção à regra, e, deste modo, permite a manifestação de órgãos ou entidades, desde que cumprida a condição – requisitos – dos postulantes demonstrarem a sua representatividade e, também, apresentarem a relevância da matéria questionada.<sup>66</sup>

---

<sup>63</sup> MEIRELES, 2008, p. 307.

<sup>64</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade nº 2.223*: Voto Min. Celso de Mello. Relator: Min. Marco Aurélio de Mello. Brasília: 18 de outubro de 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?classe=ADI-MC&numero=2223>>. Acesso em: 02 maio 2010.

<sup>65</sup> Lei nº 9.868/99, Art. 7º. “Não se admitirá a intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.  
§ 1º (vetado);  
§ 2º *O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observando o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades*”, grifos do autor.

<sup>66</sup> BUENO FILHO, 2002, p. 87.

É por isso que o advento da lei nº 9.868/99 – que regula o procedimento das ADIN's e ADECON's – representa a forma pela qual se positivou a figura do *amicus curiae* no direito brasileiro, onde é possibilitado ao Tribunal a busca e extração do conhecimento necessário para decidir as causas que lhe são apresentadas.<sup>67</sup>

Entretanto, uma vez já tendo sido mencionada a lei nº 9.882/99 – que regulamenta o procedimento das ADPF's –, convém a lembrança de que esta também tem auxiliado na caracterização e embasamento da utilização da figura do amigo da Corte no Brasil, principalmente se for levado em consideração o que preconizam os parágrafos<sup>68</sup> 1º e 2º do art. 6º da referida lei, os quais salientam a possibilidade de que sejam requisitadas informações adicionais por meio da nomeação de peritos ou pessoas com autoridade e conhecimento em assuntos determinados. Assim, tais preceitos apresentam-se como instrumentos também aptos a demonstrar a pluralidade de ideias que o *amicus curiae* representa.<sup>69</sup>

Ou seja, frente aos dispositivos legais, tais como do art. 7º, § 2º, da lei nº 9.868/99, e ao art. 6º, § 1º e 2º, da lei nº 9.882/99, e também diante deste ideário de fundamentos constitucionais em que fora inserida a figura do amigo da Corte, uma vez compreendendo-o como um representante de uma categoria de cidadãos, entende-se o instituto como uma garantia, ou até mesmo um direito fundamental do intérprete, onde, desde que preenchidos os requisitos que a lei estabelece para a sua atuação, possa vir a ter sua contribuição na

---

<sup>67</sup> MEIRELES, 2008, p. 354.

<sup>68</sup> Cumpre referir que André Pires Gontijo e Christine Oliveira Peter da Silva (2008, p. 63) informam que: “o *amicus curiae* é um instituto previsto nos dois parágrafos do art. 6º da lei 9.882/99: § 1º. Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria; §2º. Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo.”.

<sup>69</sup> SILVA; GONTIJO, 2008, p. 63.

construção da decisão proferida pela Egrégia Câmara no âmbito do controle concentrado por via de ação.<sup>70</sup>

## Considerações finais

Diante do contexto em que se insere, no qual se considera o *amicus curiae* como uma garantia institucional, o instituto carece de ampla divulgação no sistema jurídico nacional. A sua participação – como garantia institucional – não só deve como de fato é iluminada pelos fundamentos e teorias dos direitos fundamentais, e tal noção há que ser difundida uma vez que a utilização do instituto, mais do que tudo, possibilita a defesa da sociedade – partícipe – aberta e plural dos intérpretes constitucionais.

É nesse ponto – a dignidade – que a interpretação constitucional precisa pautar sua atuação para auxiliar o acontecer do Estado democrático de direito. Apesar de restar asseverado no parágrafo primeiro do art. 5º da Constituição Federal de 1988 que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata e verificar-se que o tratamento dispensado aos direitos sociais, previstos nos artigos 6º e 7º, é uma constante nos capítulos seguintes, que compõem o Texto Constitucional, o problema que a sociedade brasileira enfrenta é a efetivação desses direitos.

Uma vez inculcada esta responsabilidade ao instituto do *amicus curiae* pela disseminação da pluralidade de ideias, outra noção pode ser vinculada conquanto a sua existência e fundamentação no direito pátrio. É possível o entendimento de que a fundamentação do *amicus curiae* também encontre guarida na Constituição Federal, não restando somente elucidado através da legislação ordinária, como demonstrado, defendendo-se a sua compreensão como uma espécie de garantia institucional.

---

<sup>70</sup> Ibidem, p. 68-70.

## Referências

BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 2.223: Voto Min. Celso de Mello. Relator: Min. Marco Aurélio de Mello. Brasília: 18 de outubro de 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?classe=ADI-MC&numero=2223>>. Acesso em: 15 nov. 2011.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. 2. reimp. São Paulo: Brasiliense, 1997.

\_\_\_\_\_. A salvaguarda da democracia constitucional. In: MAUÉS, Antônio G. Moreira. (Org.). *Constituição e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

\_\_\_\_\_. *Elogio da serenidade e outros escritos morais*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Unesp, 2002.

BUENO FILHO, Edgard Silveira. *Amicus curiae* – a democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade. *Revista Centro de Estudos Jurídicos*. Brasília, ano VI, n. 19, p. 85-89, out./dez. 2002.

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

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos poderes. In: VIANNA, Luiz Wernnck. (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade: a intervenção do particular, do co-legitimado e do *amicus curiae* na Adin, ADC e ADPF. In: DIDIER, JR., Fredie;

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Orgs.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2004, p. 149-167.

DIDIER, JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Orgs.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FREIRE, Antonio Manuel Peña. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid: Trotta, 1997.

FREITAS, Juarez. Tendências atuais e perspectivas da hermenêutica constitucional. *Revista da Ajuris/Associação dos Juizes do RGS*, Porto Alegre, 76, p. 404, dez., 1999.

GARCIA, Maria. (Org.). *Revista de direito constitucional e internacional*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2008. p. 35-87.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A filosofia do direito: aplicada ao direito processual e à teoria da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. reimp. 2002. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

ISAACSSON, Gisela Brum. Controle concentrado da constitucionalidade e o processo objetivo da ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade. *Revista da Escola de Direito – UCPEL*. Pelotas, v. 6, n. 1, p 261-299, jan./dez. 2005.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. A noção de constituição aberta de Peter Häberle como fundamento de uma jurisdição constitucional aberta e como pressuposto de intervenção do *amicus curiae* no direito brasileiro. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos. (Orgs.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos: tomo 8*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008. p. 2369-2395.

LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos. (Orgs.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos: tomo 8*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008. p. 2369-2395.

MACEDO, Elaine Harzhein. *Jurisdição e processo: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade – Repercussões na atividade econômica. *8º Encontro de Juristas Bancários de Expressão Oficial Portuguesa*. Brasília, p. 16-37, 1997.

NEVES, André Luiz Batista. *Introdução ao controle de constitucionalidade*. Salvador: JusPodivm, 2007.

Ohlweiler, Leonel. A ontologização do direito administrativo: o exemplo da dignidade humana como elemento hermenêutico. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, 5, p. 166, anual, 2007.

PÉREZ, Jesús González. *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 1986.

POGLIESE, Marcelo Weick. *Incidente de arguição de inconstitucionalidade em tribunal*. Salvador: JusPodivm, 2008.

POUND, Roscoe. *Justiça conforme a lei*. Trad.: E. Jacy Monteiro. 2. ed. São Paulo: IBRASA, 1976.

REALE, Miguel. *Teoria do direito e do Estado*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

SILVA, Christine Oliveira Peter da; GONTIJO, André Pires. O papel do *amicus curiae* no processo constitucional: a comparação com o *decision-making* como elemento de construção do processo constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal. In: GARCIA, Maria. (Org.). *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2008. p. 35-87.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Paulo Maycon Costa da. Do *amicus curiae* ao método da sociedade aberta dos intérpretes. *Revista Centro de Estudos Jurídicos*. Brasília, ano XII, n. 43, p. 22-30, out./dez. 2008.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.



## A hermenêutica como argumento crítico ao estudo contemporâneo da história do ensino jurídico no Brasil: análise a partir da panorâmica da ratificação dos direitos fundamentais

José Carlos Kraemer Bortoloti<sup>1</sup>

João Gilberto Engelmann<sup>2</sup>

---

A temática trazida ao presente estudo refere-se primordialmente ao desenvolvimento de um referencial crítico, ancorado, sobretudo, na panorâmica da *ratificação dos direitos fundamentais* pelo viés constitucional. Nesse cenário, a discussão remete-se à hermenêutica como argumento crítico ao estudo contemporâneo da história do ensino jurídico no Brasil, que relega a um segundo plano à compreensão do ensino como processo de formação da consciência da existência e defesa dos direitos fundamentais. A crítica se estabelece no fomento acrítico estabelecido pela análise histórica do ensino jurídico na contemporaneidade, unicamente preocupado em narrar a história, sem um argumento crítico, não entendendo sua completude e o pior, projetando um futuro sem ter controle do próprio presente e do passado.

Em primeiro, discute-se a hermenêutica como argumento crítico, trazendo à compilação teórica elementos que corroboram

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito.

<sup>2</sup> Aluno dos cursos de Filosofia e Direito.

a afirmação e denotem característica crítica à hermenêutica. Por esse *viés*, e em continuidade, traz-se ao âmbito discursivo a linguagem e o pensar como fontes do argumento crítico e, posteriormente, os *preconceitos* e a compreensão histórica, também como formas subsidiárias para se pensar a dinâmica de realização dos direitos fundamentais<sup>3</sup> a partir da compreensão do direito como uma unidade, alicerçada pelo pensamento crítico e por uma ratificação prático-discursiva.

Em um segundo momento, pondera-se sobre o estudo contemporâneo da história do ensino jurídico brasileiro, enfatizando-se sobre o início *aportuguesado* e o distanciamento do sujeito-objeto histórico-jurídico brasileiro, como indícios primitivos da constituição acrítica da academia em termos da consciência reflexiva dos direitos fundamentais, por exemplo. Por fim, analisa-se a tecnização da história do ensino jurídico brasileiro e o esquecimento do ser.

Com isso pretende-se observar se, frente ao quadro acrítico vivenciado historicamente pelo ensino jurídico brasileiro, a hermenêutica fundamenta-se como argumento crítico ao estudo contemporâneo do referido ensino, tendo sempre em vista o pa-

---

<sup>3</sup> Também na seara do direito constitucional-fundamental nasce, e passa a produzir sentido, uma urgência acadêmica de reestruturar a matriz que (ao jurídico nas escolas de direito. Porém, não se trata somente da identificação exterior de uma metodologia falha ou mal estruturada, mas uma sonegação sistemática do direito fundamental à verdade jurídica, no sentido de interpretar o direito como um todo. É por isso que a forma hermenêutica aqui tratada não é o desespero em se descobrir a intenção do legislador ou os vieses da regra (método tecnicista), mas a de colocar essa hermenêutica além dessa positividade frustrada e coincidir o direito com o pensar. O grande apelo de uma hermenêutica aberta é justamente descobrir o pensamento como forma de construção de uma relação entre a lei, o sujeito e a sociedade. Não há como cindi-los quando se fala em *ratificação dos direitos fundamentais* e direito constitucional, por exemplo, justamente por manterem entre si uma imediata e necessária pré-compreensão do direito como dialética social. Nesse sentido, o arcabouço hermenêutico, enquanto fomento crítico, é esse desenvolvimento do ensino do direito como afirmação e relação entre as formas constitucionais e os direitos fundamentais. Eis o desafio, o de tornar a hermenêutica como determinante do pensamento crítico que analisa a história brasileira do direito, tendo em vista aquela ratificação dos direitos fundamentais pelo estudo e compreensão do constitucionalismo contemporâneo.

pel da academia no desenvolvimento compreensivo dos direitos fundamentais como urgência de ratificação.

## Hermenêutica e argumento crítico

Ainda que a interpretação vinculada à escola de exegese tendia mais a um processo hermético que identificava tanto a história quando as próprias regras a uma única matriz acrítica, sob a égide de uma identidade entre direito e lei<sup>4</sup>, considerar a hermenêutica enquanto argumento crítico situa sua pedra de toque num ideário rigorosamente contrário ao senso exegético do positivismo jurídico, qual seja, o de tornar o estudo do ensino da história jurídica descortinado, expresso e contido dentro de uma perspectiva crítica.

E nesse sentido, a hermenêutica apresentada aqui figura como fonte do *argumento crítico* para que se possam encontrar perspectivas para o estudo contemporâneo da história do ensino jurídico no Brasil, até então aquém da dialética constitutiva do direito constitucional e dos direitos fundamentais.

Destarte, isso leva o processo hermenêutico a deixar de lado “um conjunto de artifícios e de técnicas de explicação de texto”,<sup>5</sup> procurando, justamente, afastar da investigação a forma tecnicista, referindo-se para além do método, e situando-se conjuntamente na evolução do próprio âmbito hermenêutico.

---

<sup>4</sup> A Escola de Exegese, de posse da silogística aristotélica, traz para o direito o mesmo esquema formal de raciocínios analíticos, que “partindo de premissas necessárias [...] redundam, graças a inferências válidas, em conclusões igualmente necessárias ou válidas.” É, contudo, um esquema formal que infere uma verdade sem, no entanto, senti-la a partir do específico caso objetivo. Trata-se, sobretudo, de uma regra lógico-formal para o exercício do direito, objeto de desconstrução e elucidação para a filosofia do direito (PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica*. Tradução Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 1).

<sup>5</sup> PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1996, p. 20.

O esforço constante de lidar com o fenômeno da compreensão naquilo em que ele *ultrapassa a mera interpretação textual, dá à hermenêutica um significado potencialmente lato no que se refere a todas as disciplinas habitualmente designadas por humanidades*.<sup>6</sup>

É essa *potencialidade* de expansão da interpretação da história jurídica que identifica a tarefa primordial da hermenêutica como argumento crítico, ou seja, a de catalisar a interpretação<sup>7</sup>. Dá-se, simultaneamente, o fim daquilo que Heidegger, nas palavras de Streck, chamou de velamento do ser do direito, além de uma espécie de alargamento interpretativo. Ocultada, a interpretação jurídica encerra uma dimensão formal e que esconde a realidade mesma do direito, que está contida nessa possibilidade de ser-um-outro, ou seja, de ser diferentemente crítico.<sup>8</sup>

Não obstante, é dessa mesma condição interpretativa que advém o papel da hermenêutica quando se menciona a atuação do ensino jurídico no rol dos direitos fundamentais. Porém, basta interpretar sua urgência, mas, por essa condição, elevar esse conhecimento crítico a um posicionamento objetivo de ratificação de suas especificidades, sem olvidar a ressonância dessa atitude no meio acadêmico. Destarte, identifica-se um vetor fundamental no processo de clareamento do jurídico para o social, um *desvelamento* da norma que sustenta o convívio social perante os seus destinatários imediatos.<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> Ibidem, p. 22, grifo nosso.

<sup>7</sup> É nesse sentido que a compreensão da dialética existente entre o ensino jurídico e a sua relação não só com o estudo exterior do direito constitucional, mas com a compreensão de seu papel em relação aos direitos fundamentais se perfaz. Esse *catalisar* significa que a hermenêutica compreende não só um espanto imediato – crise – no sujeito cognoscente, mas uma pré-disposição para a atuação em defesa dos direitos fundamentais, explicitando o seu caráter prático-social.

<sup>8</sup> STRECK, Lênio Luiz. Heidegger, Martin. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 186.

<sup>9</sup> No que se refere a um futuro projetado, fundamentalmente por se tratar aqui em um fomento crítico da história, sábias são as palavras de Pierre Bourdieu: “A capacidade de prever o futuro é a condição de todo comportamento considerado racional [...] Para conceber um projeto revolucionário, isto é, para ter uma referência a um futuro projetado é necessário um mínimo de controle sobre

Assim sendo, a ideia do argumento hermenêutico, em seu processo de desenvolvimento da interpretação feita no ensino jurídico, seja em relação à história do direito ou mesmo à sua própria dinâmica pedagógica, alude duas características que subsidiam a tarefa das premissas críticas (assim como o processo da descoberta da verdade do ser): a *linguagem* e o *pensar*, ou seja, a casa do ser e o próprio processo que o origina, tendo em vista as assertivas heideggerianas de que “*a linguagem é a casa do ser*” e o *pensar*, “*é, ao mesmo tempo, pensar do ser na medida em que o pensar, pertencendo ao ser, escuta o ser*”<sup>10</sup>

### *A linguagem e o pensar: fontes do argumento crítico*

Não há como se iniciar uma contextualização sobre linguagem senão pela premissa heideggeriana de que “*a linguagem é a casa do ser*”<sup>11</sup>, ratificada por Wittgenstein: “quando penso na linguagem não me pairam no espírito ‘significações’ ao lado da expressão linguística; mas a própria linguagem é o veículo do pensamento”<sup>12</sup>, sem qualquer precedência lógico-temporal em relação ao pensamento.<sup>13</sup>

Assim, a compreensão, que é a própria complexidade do pensamento que se atém a uma matéria, é o resultado de uma dialética que faz o pensar e a linguagem concluírem uma unidade. A relação entre o pensar<sup>14</sup> e a linguagem faz parte de um âmbito extremamente complexo no qual se insere a problemática

---

o presente” (BOURDIEU, Pierre. *Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 63).

<sup>10</sup> HEIDEGGER, Martin. *Carta sobre o humanismo. Carta a Jean Beaufret, Paris*. Conferências e escritos filosóficos. Tradução e notas de Ernildo Stein. 4. ed. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 347-348, grifo nosso.

<sup>11</sup> HEIDEGGER, 1991, p. 347.

<sup>12</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. Tradução José Carlos Bruni. 5. ed. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 111.

<sup>13</sup> Id., *ibid.*

<sup>14</sup> Conforme Gadamer: “O pensamento sempre está em verdade em aliança com a língua realmente falada” (GADAMER, 2007, p. 39).

do esquecimento/velamento do ser, visto que o pensar “não é apenas *l’engagement dans l’action*<sup>15</sup> em favor e através do ente, no sentido do efetivamente real da situação presente”, mas o pensar é “*l’engagement* através e em favor da verdade do ser”.<sup>16</sup> O objeto do pensar está, assim, sempre situado no ser do ente, porque é esse ser que contém em si a própria possibilidade do ente; o ente é o ser que se fez presença, ou seja, aquele que está situado objetivamente na história. Significa ainda, que o ente é a própria existência do ser, porque determinado espaço-temporalmente.

Além disso, em si mesmo, o pensamento é mera abstração que não refere a nada. No entanto, o ser pensado no ente origina o próprio pensamento de si, que se possibilita pela mediação da linguagem, e somente assim atinge a sua universalidade. É então que essa universalidade que se propaga com a linguagem e que contém uma síntese do ser no ente, leva consigo a substância mesma do ser, ou a sua essência.

Esta intercomunicação entre pensar/ser/essência a concepção<sup>17</sup> heideggeriana reflete ainda sobre o elemento fundador da possibilidade do pensar ser capaz de pensar, ou seja, ao passo que se pensa a si mesmo, o ser perpetua a ideia de sua própria essência, fruto do pensar. Essa autoconsciência da função do pensamento enquanto condução da essência é que torna o ente

---

<sup>15</sup> *l’engagement dans l’action* – “O engajamento na ação” (1991, p. 347, trad. do autor).

<sup>16</sup> “Mas o ser – que é ser? Ele é ele mesmo. [...] O ser é mais amplo que todo ente e é, contudo, mais próximo do homem que qualquer ente, seja isto uma rocha, um animal, uma obra de arte, uma máquina, seja isto um anjo ou Deus. O ser é o mais próximo. E, contudo, a proximidade permanece, para o homem, a mais distante. O homem se atém primeiro já sempre apenas ao ente” (HEIDEGGER, 1991, p. 356).

<sup>17</sup> Importante frisar a distinção entre *conceito* e *concepção*. “O contraste entre conceito e concepção é aqui um contraste entre níveis de abstração nos quais se pode estudar a interpretação da prática. No primeiro nível, o acordo tem por base ideias distintas que são incontestavelmente utilizadas em todas as interpretações; no segundo, a controvérsia latente nesta abstração é identificada e assumida” (DWORKIN, Ronald. *O império da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 87).

o primeiro objeto do pensamento<sup>18</sup>, ao passo que ali serão engendradas as estruturas que possibilitam o pensamento sobre o ser. Esse ser, enquanto possibilidade no pensamento, torna-se ser temporalmente existente pela mediação do ente, ou seja, o ente é a encarnação histórica do próprio ser.

Dessa forma, tem-se a concepção da importância do pensar no processo que busca retroagir o esquecimento do ser, de outra forma, retroagir ao não-pensar, assim como Stein<sup>19</sup> aduz: “O mais estranho (digno de ser pensado) é que ainda não sabemos o que significa pensar”, logo, não se tem condição sobre a compreensão do ser, passando-se – na maioria das vezes – à entização do ser. Além disso, sem o significado do pensar, não se tem acesso à linguagem em seu patamar de maior dinamicidade em relação ao processo hermenêutico e ao processo de compreensão em sua generalidade.

Para além da problemática<sup>20</sup>, a linguagem deve estar inserida na essência do ser, a linguagem é o sentido do ser, a forma com que o ser se manifesta e se expressa. Wittgenstein<sup>21</sup> questiona se o pensar é uma espécie de falar, “dir-se-ia que é aquilo que diferencia o falar pensante do falar sem pensamentos”, em continuidade, afirma que só podemos dizer algo se aprendermos a falar, “quem quer, pois, dizer alguma coisa, deve ter aprendido a dominar uma língua; e é claro que, ao querer falar, não precisa

---

<sup>18</sup> Conf.: PICHLER, N.A; TESTA, E. *Epistemologia, ética e hermenêutica*. Passo Fundo: Ediupf, 2005, p. 154s.

<sup>19</sup> 2002, p. 11.

<sup>20</sup> Em relação ao âmbito problemático do pensar, em específico sobre o raciocínio, Nietzsche argumenta que os homens obtiveram seu maior progresso quando apreenderam a raciocinar corretamente: “Não é uma coisa tão natural como pensa Schopenhauer quando diz: ‘Todos são capazes de raciocinar, poucos de julgar’. Pelo contrário, isso se aprendeu tarde, ainda agora não conseguiu ser dominante. Nos tempos antigos, o raciocínio falso é a regra e as mitologias de todos os povos, sua magia e sua superstição, seu culto religioso, seu direito, são inesgotáveis jazidas de provas em apoio a esta tese” (NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *A Gaia ciência*. Obras Incompletas. Seleção de textos de Gerard Lebrun; tradução notas de Rubens Rodrigues Torres Filho; posfácio de Antônio Cândido. Coleção Os Pensadores. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 193).

<sup>21</sup> 1991, p. 111-113.

falar, como ao querer dançar, não dança”<sup>22</sup>. A especificidade do pensar deve ser exalada, exprimida pela linguagem a qual não se esgota em seu significado:

Ainda, conforme fundamenta Gmeiner:

A linguagem confere ao homem o poder sobre as coisas e é dela que provém o caráter de mundanidade do mundo. *Quando nomeia, dá ser àquilo que se apresentava “meramente presente”*. A linguagem tira para a revelação o oculto originário, que permanece anterior a qualquer revelação e que só pode manifestar-se quando o homem dele se apropria da linguagem.<sup>23</sup>

A linguagem, em que pese à discussão, é o instrumento pelo qual o processo significativo do *Dasein*<sup>24</sup> chega ao *status* de que “nós não apenas somos, mas percebemos que somos”<sup>25</sup>, assim, “a existência humana tal como a conhecemos implica sempre a linguagem e, assim, qualquer teoria sobre interpretação humana tem que lidar com o fenômeno da linguagem”<sup>26</sup>, confirmando-se, dessa maneira, o processo hermenêutico como argumento crítico, distinto de uma tradição acrítica a qual se busca superar.

---

<sup>22</sup> O pensador enfatiza: “Mas sei por mim mesmo o que significa ‘falar consigo mesmo’. E se me fosse roubado o órgão que me permite falar alto, ainda assim poderia falar comigo mesmo” (WITTGENSTEIN, 1991, p. 115).

<sup>23</sup> GMEINDER, Conceição Neves. *A morada do ser: uma abordagem filosófica da linguagem na leitura de Martin Heidegger*. Santos: Leopoldianum, 1998, p. 135, grifo nosso.

<sup>24</sup> Lênio Streck fundamenta que “Heidegger descreve o *Dasein* não como objeto, mas como modo prático de ser-no-mundo, todas as características do *Dasein* passarão a estar ligadas a esse modo de ser, que é existencial. Esse modo de ser é existencial. Compreender é, pois, um existencial [...] o cuidado – que é também um existencial – é o ser do *Dasein*, assim como a temporalidade será o sentido do *Dasein* [...] daí a noção de *Dasein*, ente privilegiado que compreende o ser” (2006, p. 428-429).

<sup>25</sup> STRECK, 2006, p. 428.

<sup>26</sup> PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1996, p. 20.

## Os pré-conceitos e a compreensão histórica

*A compreensão implica sempre uma pré-compreensão que, por sua vez, é prefigurada por uma tradição determinada em que vive o intérprete e que modela os seus preconceitos.* (Gadamer)

O estudo da compreensão, mais em específico a hermenêutica como estudo da compreensão, remete à continuidade do que foi exposto anteriormente. Nesse sentido, o pensar e a linguagem são instrumentos vinculados ao processo de compreensão. Por mais harmônica que seja a afirmação, o contexto é mais complexo do que evidente, porém, o próprio desenvolvimento hermenêutico advém em compreensão, inicialmente pela tradição, *pré-compreensões* e *pré-conceitos*, tendo em vista que essa compreensão “caracteriza-se como um comportamento cognitivo voltado à apreensão das formas e das estruturas do sentido histórico. Nesse contexto científico, a compreensão distingue-se da explicação”.<sup>27</sup>

Ainda, conforme Alberti, a justificação e possibilidade do ser se dão justamente por meio da dialética entre o todo e as partes (*círculo hermenêutico*), tendo em vista que também “a compreensão é então circular porque é nesse círculo que surge o sentido”.<sup>28</sup>

Assim sendo, ao se indagar as *pré-compreensões* e *pré-conceitos*, principalmente ao se buscar a compreensão histórica, faz-se importante frisar que “a hermenêutica é o método universal das ciências históricas”, sendo que as “ciências humanas contribuem para a compreensão que o homem tem de si mesmo”<sup>29</sup> e essas *compreensões* são antecipadas por *pré-compreensões* e

---

<sup>27</sup> TESTA, Edimarcio. *Hermenêutica filosófica e história*. Passo Fundo: UPF, 2004, p. 48, grifo nosso.

<sup>28</sup> ALBERTI, Verena. *A existência na história: revelações e riscos da hermenêutica*. Revista de Estudos Históricos, n. 17, 1996, p. 7, grifo nosso.

<sup>29</sup> GADAMER, Hans-Georg; Pierre Fruchon (Org.). *O problema da consciência histórica*. Trad. Paulo César Duque Estrada. 3. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 12, grifo nosso.

*pré*-conceitos, figurando como forma inicial para o processo de compreensão geral. O “*pré*” tem efeito pelo contexto criado tanto pela tradição quanto pela *auto*compreensão fomentados pelos métodos inseridos na busca pelo sentido, tendo em vista

que os preconceitos que nos dominam frequentemente comprometem uma prévia compreensão de si, que é neste sentido um preconceito, e sem a disposição para uma autocrítica, que é igualmente fundada na nossa *auto*compreensão, a compreensão histórica não seria possível nem teria sentido.<sup>30</sup>

Assim, a *pré*-compreensão e o *pré*-conceito podem ser tanto uma *autodefesa* advinda do (e pelo) conhecimento histórico, como podem comprometer a própria compreensão. De qualquer forma, como aduziu Gadamer, a própria compreensão é seguida pela *pré*-compreensão e pelo *pré*-conceito, do contrário não seria possível o desenvolvimento do próprio entendimento da existência humana.<sup>31</sup>

Heidegger “faz da compreensão um ‘existencial’ na constituição ontológica do *Dasein*, inserindo-se entre as estruturas constitutivas do *Dasein* como ser-no-mundo”<sup>32</sup>. Nessa perspectiva, de Heidegger advém a compreensão do *Dasein*<sup>33</sup> “não

---

<sup>30</sup> Ibidem, grifo nosso.

<sup>31</sup> Assim sendo, a *pré*-compreensão dos direitos fundamentais no ensino jurídico diz respeito à sua inserção no ordenamento jurídico. Porém, a compreensão mesma do completo contexto dos direitos fundamentais alude um algo a mais, no sentido de transcender a pura consciência exterior de que os direitos existem, mas empreender uma tarefa nova nesse processo, que diz respeito a uma legitimação teórica-prática, ao passo que a inserção de um direito humano no ordenamento jurídico não é suficiente para realizá-lo. É necessário, assim, ratificá-lo por meio de sua efetivação.

<sup>32</sup> TESTA, 2004, p. 48.

<sup>33</sup> É imperioso mencionar a constituição dialética do *Dasein* como processo originário que tem no *Sein* o seu estágio primeiro na formação sistemática da filosofia de Hegel. Trata-se, assim, de uma mediação necessária, aquela que dispõe o *ser* e a sua determinação objetiva no mundo. Unilateralmente, não há verdade no *ser* abstrato ou no mundo natural e exterior, mas é o processo de interiorização do mundo no *ser* e a exteriorização da consciência que formam ambas as estruturas como formas do conhecimento possível. Além disso, não se encerra essa dialética

como um modo de ser, entre outros modos de comportamento do sujeito, mas o modo de ser do próprio estar-aí”.<sup>34</sup>

E para interpretar, necessitamos compreender. Para compreender, temos que ter uma pré-compreensão (por exemplo, para uma adequada compreensão da Constituição, necessita(ría)mos de uma prévia teoria da Constituição), constituída de estrutura prévia do sentido – que se funda essencialmente em uma posição prévia (*Vorhabe*), visão prévia (*Vorsich*) e a concepção prévia (*Vorgriff*) – que já une todas as partes (textos) do “sistema”. É a condição-de-ser-no-mundo que vai determinar o sentido do texto (e não o método de interpretação, por exemplo).<sup>35</sup>

A relação entre as perspectivas dos intérpretes se refere justamente à pergunta: “Em que a compreensão envolve *pré*-compreensões?”, lembrando a reflexão gadameriana de que o “círculo hermenêutico é um círculo rico em conteúdo (*imbaltlich erfüllt*) que reúne o intérprete e seu texto numa unidade interior a uma totalidade em movimento (*processual whole*)” e para tanto a compreensão “implica sempre uma pré-compreensão que, por sua vez, é prefigurada por uma tradição determinada em que vive o intérprete e que modela os seus preconceitos”<sup>36</sup>, culminando na formação de uma consciência histórica, ou seja, “o privilégio do homem moderno de ter plena consciência da historicidade de todo presente e da relatividade de toda opinião”.<sup>37</sup>

É nessa conjuntura que o próximo tópico remete-se à problemática do estudo contemporâneo da história do ensino

---

no ser ou em sua determinação, mas é ainda necessário que o ser, pela mediação do mundo, torne-se consciência reflexiva, ou possibilidade de apreender o real a partir do pensamento e expressá-lo por meio da linguagem (HEGEL, G.W.F. *Ciência da lógica*. VI, VII, Buenos Aires: Solar, 1968, §86s).

<sup>34</sup> GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y metodo*. 2. ed. V. 1. Salamanca: Sígueme, 1984, p. 12.

<sup>35</sup> STRECK, 2002, p. 169, grifo nosso.

<sup>36</sup> GADAMER, 2006, p. 13.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 17, grifo nosso.

jurídico brasileiro, onde de forma abrangente se tem um determinado cinismo<sup>38</sup> em relação ao desenvolvimento do contexto jurídico-educacional brasileiro, contrariando incisivamente o senso histórico, que, para Gadamer – ter senso histórico –, é:

superar de modo consequente a ingenuidade natural que nos leva a julgar o passado pelas medidas supostamente evidentes de nossa vida atual, adotando a perspectiva de nossas instituições, de nossos valores e verdades adquiridos, [aludindo] uma posição reflexiva com relação a tudo que lhe é transmitido pela tradição.<sup>39</sup>

Portanto, pelo *viés* gadameriano, dar-se-á continuidade à crítica e a construção da compreensão através de um breve, porém abrangente, inventário sobre o desenvolvimento histórico do ensino jurídico brasileiro, aferindo por características se o seu estudo contemporâneo fomenta uma posição reflexiva com o que lhe é trazido pela tradição.

## **O estudo contemporâneo da história do ensino jurídico brasileiro**

O fato que dissemina a discussão acerca do ensino contemporâneo da história do direito centra-se na característica unicamente narrativa da história do ensino jurídico brasileiro. Trata-se de um processo pedagógico raso e falho, no sentido de conter exclusivamente, sob um prisma ideológico, uma asserção descritiva da constituição do ensino jurídico a partir de sua formatação histórica.

---

<sup>38</sup> “O cinismo é a única forma sob a qual as almas torpes tocam ao de leve no que se chama sinceridade” (NIETZSCHE, 2003, p. 57).

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 18, grifo nosso.

A comunhão entre hermenêutica e compreensão histórica se legitima para a alteração dos fatos que serão construídos abaixo, alterando um panorama de simples *narrativa-acrítica* dos ditames jurídicos brasileiro. De forma específica, buscar-se-á uma análise que possa desenvolver opiniões críticas de intérpretes com diferentes âmbitos de *pré*-compreensões, quebrando o mito da segurança (ingênua) do ensino jurídico como ciência absoluta.

### *O início aporuguesado e o distanciamento do sujeito-objeto histórico-jurídico brasileiro*

O início do ensino jurídico no Brasil esteve intensamente ligado às características coloniais impostas pelos portugueses, esses com seus projetos e determinações originárias da Universidade de Coimbra, período histórico afastado das determinações de direitos fundamentais. Tal universidade, com estrutura própria e intensificada pela história portuguesa, foi o elo entre as intenções imperiais portuguesas para o desfecho do âmbito jurídico no Brasil e as intenções político-administrativas deste Estado imperial.

Tais características estavam inseridas sob o aspecto do nascimento de uma sociedade civil, essa, dividida com uma elite civil ligada à formação do Estado nacional, sob forte influência conservadora, mas ambas sob o âmbito do processo de independência.

A criação dos cursos jurídicos no Brasil, em 1827, foi uma opção política e tinha duas funções básicas: a) sistematizar a ideologia político-jurídica do liberalismo, com a finalidade de promover a integração ideológica do estado nacional projetado pelas elites; e b) a formação da burocracia encarregada de operacionalizar esta ideologia, para gestão do estado nacional.<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Ensino jurídico e direito alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 13.

A imposição dos colonizadores sob as características iniciais do ensino superior jurídico foi determinada pelo receio de que a colônia se expandisse em um processo de desenvolvimento superior ao que a metrópole se encontrava, reforçando ainda mais um processo já instalado de independência. Isso, contrariando totalmente os projetos portugueses para a colônia, que “evidenciava pouca atenção na aplicação da legislação no interior do vasto espaço territorial”<sup>41</sup>, situando seu maior interesse nos impostos daqui provindos.

Caracterizar os primórdios desse ensino perante as estruturas portuguesas, em especial as da Universidade de Coimbra, era uma forma de travar e doutrinar este desenvolvimento educacional autônomo, caracterizando-o para o projeto do Estado imperial. Dessa maneira, os ensinamentos básicos e espelhados em Coimbra eram repassados unicamente por juristas portugueses, visto que o Brasil não era independente, mas sim uma colônia, sendo “formado por Coimbra, único centro formador do mundo português. Era um ponto básico da orientação da metrópole essa formação centralizada”.<sup>42</sup>

Além disso, a nobreza brasileira enviava seus filhos para desenvolverem seus estudos superiores em Portugal, dando continuidade à manipulação portuguesa em relação ao âmbito jurídico no Brasil, pois, “sendo o Brasil uma colônia onde eram aplicadas as leis da Coroa portuguesa, era Portugal o melhor lugar, senão o único, para aprendê-las e exercitá-las”<sup>43</sup>.

Faz-se necessário mencionar que, juntamente com as práticas exercidas pelo Estado imperial e seus desenvolvedores, a

---

<sup>41</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito no Brasil*. 3. ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 49.

<sup>42</sup> LACOMBE, Américo Jacobina. *A cultura jurídica*. In: HOLANDA, Sérgio Buarque de. *História da civilização brasileira*. 5. ed. São Paulo: Difel, 1985, p. 361.

<sup>43</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Noaves. *Ensino do direito: dos primórdios à expansão pelo setor privado*. In: Anuário ABEDI. Ano 3, nº 3. Florianópolis: Boiteux, 2005, p. 27.

elite civil brasileira se organizava para buscar a independência nacional, projetando o ensino jurídico no Brasil como principal aparato da criação de quadros políticos e administrativos, justamente que resultassem em um processo voltado à concretização desta emancipação nacional.

Após o desfecho deste âmbito, entre o Estado imperial e a formação das elites brasileiras voltadas à formação do Estado nacional, pela promulgação da lei de 11 de agosto de 1827, estabeleceram-se as diretrizes iniciais para a criação dos primeiros cursos jurídicos no Brasil.

Surgiam oficialmente as primeiras propostas de ensino jurídico em nível superior – *em princípio* – brasileiro, mas que já nascia com o intuito primordial de suprir os anseios burocrático-administrativos do Estado nacional em construção. Assim, desde os seus primórdios, deu-se prioridade “à formação política, em lugar de uma formação exclusivamente jurídica”<sup>44</sup>.

A característica inicial do ensino jurídico brasileiro foi a formação determinantemente política, que visava a compor os cargos burocrático-administrativos, dando ênfase à continuidade dos objetivos da elite civil, a qual se caracterizava pelas classes mais providas de recursos financeiros, o que se firma pelo fato de que a maioria dos egressos ao ensino jurídico brasileiro se dava pelos representantes e filhos oriundos das classes mais abastadas brasileiras.

Mais uma peculiaridade a ressaltar: o público alvo das faculdades de direito, por anos a fio, foi quase que exclusivamente composto pelos filhos das classes mais abastadas do país. Até o final do Império, os formandos desses cursos passariam a ocupar não apenas os cargos típicos da magistratura ou da advocacia,

---

<sup>44</sup> ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998, p. 141.

mas, principalmente, os cargos políticos e da administração pública, em geral.<sup>45</sup>

A partir daquele momento, começaram as discussões para o local onde seriam instalados os primeiros cursos jurídicos *brasileiros*, dando início, também, a outro conflito político-administrativo, devido principalmente às vastas fronteiras brasileiras e às divisões impostas pelo comércio vinculado a Portugal, bem como dos centros criados pelas elites civis. Tendo influência primordial no fato de que grande parte dos estudantes brasileiros que desenvolveram seus estudos em Coimbra era baiana, a principal intenção era instalar na Bahia a sede da universidade.

Destarte, no caso da instrução baiana, bem como de seu comércio, o fato de a Bahia ter exercido grande resistência à Independência foi um dos gravames que impediram a instalação primordial dos primeiros cursos jurídicos brasileiros. Assim, a grande influência política que representavam São Paulo e Pernambuco após o processo de independência, foi decisiva para a instalação dos primeiros cursos naqueles Estados, mais especificamente nas cidades de São Paulo e Olinda.

As intenções da elite civil brasileira deram uma ênfase regional e política à implantação dos cursos jurídicos no Brasil, deixando de lado qualquer fundamento teórico/doutrinário necessário para o desenvolvimento da matriz jurídica brasileira. Ainda, evidenciou-se a intenção desta elite em buscar autonomia política, em um momento voltado fortemente para a detenção do poder estatal, que ainda era vinculado à elite imperial.

Mesmo com a intenção autônoma que a lei de 1827 almejava aos cursos jurídicos, essa dividiu espaço – mesmo que não oficialmente – com o famoso Estatuto do Visconde da Cachoeira, aprovado em 2 de março de 1825. Enquanto a lei de 1827

---

<sup>45</sup> SANTOS, André Luiz Lopes dos. *Ensino jurídico: uma abordagem político-educacional*. Campinas: Edicamp, 2002, p. 36.

fomentava a tentativa de um direito pátrio civil, o Estatuto tinha suas bases do Direito Romano, como “a linha prioritária para a colmatação das lacunas ou presumíveis vazios da legislação nacional.”<sup>46</sup>

Os currículos permaneceram dessa forma de 1831 até 1851, quando em 16 de agosto desse ano ocorreu a reforma curricular, pelo decreto nº 608. A principal alteração deu-se pela inclusão das disciplinas Direito Romano e Direito Administrativo, que, segundo o posicionamento da época, era tido como ramo do conhecimento fundamental para o desenvolvimento das funções administrativas do Estado imperial.

Desta forma, a implantação do decreto nº 608 de 1851 mostrou a forte influência que a cultura portuguesa exerceu durante o Império e durante as alterações curriculares do ensino jurídico brasileiro. Mesmo com o intuito de fomentar o desenvolvimento de um direito autônomo, pátrio, as elites liberais não conseguiram tal autonomia, e tal decreto deu continuidade a um currículo singular em relação às necessidades jurídicas brasileiras.

### *A tecnicização da história do ensino jurídico brasileiro e o esquecimento do ser*<sup>47</sup>

As características anteriores acompanharam o ensino jurídico até o momento da primeira república, iniciando, assim, uma nova etapa de desenvolvimento e perspectivas, não necessariamente demonstrando novos padrões, visto à existência de moldes já estabelecidos, bem como ao fato de que as estruturas se mantiveram iguais nos primeiros anos de República. A reforma Benjamin Constant estabeleceu as diretrizes durante os primórdios da República, inovou no sentido de que excluiu a

---

<sup>46</sup> BASTOS, Aurélio Wander. *O ensino jurídico no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000, p. 39.

<sup>47</sup> “Quanto mais abstrata for a verdade que pretendes ensinar, maior deverá ser a arte em seduzir os sentimentos a favor de tal verdade” (NIETZSCHE, 2003, p. 94).

disciplina de Direito Eclesiástico e introduziu as disciplinas de Filosofia e História do Direito.

Aliás, embora sem priorização visível dos currículos jurídicos no Brasil, este é o único que introduziu a História do Direito como fundamento preliminar do ensino jurídico e a História do Direito Nacional como disciplinar curricular autônoma, ao que parece, diretamente influenciado pela proposta de reforma de Rui Barbosa, que não conseguiu avançar em suas proposições durante o Império.<sup>48</sup>

O desfecho do âmbito republicano trouxe a lei nº 314 de 1895, que regulamentou o curso em 5 anos de duração. A principal alteração diz respeito ao fim da divisão especial dos cursos em Ciências Sociais e Notariado, buscando maior ênfase nas disciplinas de Filosofia do Direito e História do Direito, bem como acrescentando a disciplina de Direito Internacional Público e Diplomacia ao currículo. Ainda, a lei nº 314 fundamentou sobre a política educacional, buscando sanar os problemas e os vícios deixados pelos padrões anteriores.

O que marcou o desenvolvimento educacional até então, foi a falta de uma matriz contínua, ou mesmo um perfil inovador, que pudesse recuperar as estruturas do ensino jurídico, iniciado sem perspectivas doutrinárias e que visava somente a formar o aparato administrativo. A própria lei nº 314 de 1895, afastava a proposta trazida em 1879, a qual fundamentava a formação das elites administrativas centradas nos cursos de Ciências Sociais ou Notariado e trazia as bases da proposta da lei de 1827.

Somente em 1911, com o decreto nº 8.659, desenvolveu-se a regulamentação para as instituições privadas de educação superior, em razão do grande aumento das associações de ensino livre. Para isso, deu-se personalidade jurídica às instituições de

---

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 155, grifo nosso.

forma a criar uma autonomia de desenvolvimento, bem como de controle. Ainda, tal decreto renovou a estrutura curricular dos cursos.<sup>49</sup>

A sequência legislativa educacional continuou sem inovações que pudessem dar uma nova ênfase ao ensino jurídico, mesmo com o decreto nº 11.530, isto não ocorreu. Tal decreto buscou regulamentar o funcionamento e os trâmites internos das faculdades, bem como a frequência durante o ano escolar.

Em comparativo com a reforma de 1911, o decreto nº 11.530 de 1915 tem aspecto mais conservador, enquanto a de 1911 trouxe um projeto educacional mais voltado a um modelo moderno, salientando uma liberdade e descentralização administrativa para as instituições, bem como definindo a carreira docente. Curricularmente, o decreto de 1915 ousou na criação da disciplina Introdução Geral ao Estudo do Direito (Enciclopédia Jurídica) e na separação da disciplina de Direito Internacional da disciplina de Diplomacia.

Destarte, as reformas de 1895, 1911 e 1915 tiveram, ainda que não sendo o escopo inicial, uma contribuição direta na formação de servidores, ou seja, tornou-se o Direito “definição de escola para a administração pública”<sup>50</sup>. Por seu turno, a formação diplomática deu-se apenas em 1934, a partir da criação da Secretaria de Relações Exteriores, onde se ministraram cursos de aperfeiçoamento nessas áreas. Já o hoje conhecido Instituto Rio Branco só foi criado em 1945.

---

<sup>49</sup> Assim dispunha o decreto a respeito da matriz curricular: 1ª Série: *Introdução Geral ao Estudo do Direito* ou Enciclopédia Jurídica, Direito Público e Constitucional. 2ª Série: *Direito Internacional Público e Privado e Diplomacia*, Direito Administrativo, Economia Política e Ciência das Finanças. 3ª Série: Direito Romano, Direito Criminal (1ª parte), *Direito Civil (Direito de Família)*. 4ª Série: Direito Criminal (especialmente Direito Militar e Regime Penitenciário), *Direito Civil (Direito Patrimonial e Direitos Reais)* e Direito Comercial (1ª parte). 5ª Série: *Direito Civil (Direito das Sucessões)*, Direito Comercial (especialmente Direito Marítimo, Falência e Liquidação Judicial), Medicina Pública. 6ª Série: *Teoria do Processo Civil e Comercial, Prática do Processo Civil e Comercial, Teoria e Prática do Processo Criminal* (BASTOS, 2000, p. 169, grifo nosso).

<sup>50</sup> BASTOS, 2000, p. 176.

Em 1920, com o decreto nº 14.163, o desenvolvimento educacional no Brasil recebeu a criação das universidades. Essas se uniram junto às faculdades para dar continuidade ao ensino superior, procurando uma maior autonomia para o referido desenvolvimento. Juntamente com o decreto supra, em 1925, com o decreto 16.782, “que reformulou o ensino superior no Brasil e eliminou o processo de expansão do ensino livre, enquanto teoria e pragmática do ensino ministrado através da associação de particulares” (BASTOS, 2000, p. 179), também foi criada a Universidade do Rio de Janeiro, consolidando assim as propostas desses dois decretos.

Nesse sentido,

A implantação da universidade no Brasil realiza-se em função basicamente, de cinco linhas de orientação: fusão e incorporação jurídica das unidades de ensino; centralização política das unidades de ensino; autonomia didática das unidades de ensino e independência patrimonial como fonte de receita.<sup>51</sup>

Como se pode ver, a universidade brasileira não trouxe nenhum marco fundamental em relação a um processo voltado à formação teórica, mas sim buscou regulamentar a estrutura dessas em âmbito administrativo e burocrático. Desse modo, as universidades brasileiras estiveram vinculadas aos processos teóricos desenvolvidos por cada instituição e sem uma matriz que definisse um padrão ou mesmo um rumo a seguir.

A Revolução de 1930 buscou findar as bases oligárquicas, fomentando um Estado moderno, com a capacidade necessária para formar uma estrutura industrial brasileira. Assim, almejavam-se instituições modernas para formar profissionais aptos a viabilizar o incremento científico, a ascensão da classe média urbana, bem como harmonizar as matrizes de ensino brasileiras.

---

<sup>51</sup> Ibidem, p. 180.

Mas, especificamente, as alterações no ensino superior brasileiro ocorreram com a chamada Reforma de Francisco Campos, em 11 de abril de 1931, a qual marcou devido ao seu caráter inovador frente aos padrões singulares da Primeira República, centrada aos interesses oligárquico-conservadores.

A Reforma Francisco Campos procurou determinar uma alteração profissional, sugerindo conhecimentos práticos, excluindo da formação disciplinas meramente doutrinárias ou culturais, centralizando como conhecimento jurídico a disciplina de Economia Política e fomentando o direito positivo.

Ao que parece, em função das conclusões lógicas e comparativas, *a ciência seria o direito positivo*, razoavelmente compreensível em um dos primeiros juristas brasileiros a sofrer a *influência de Hans Kelsen*, num momento em que este pensador não era ainda divulgado e conhecido no Brasil.<sup>52</sup>

Nesse contexto, nota-se a clara intenção da Reforma em adaptar o ensino jurídico às necessidades do capitalismo e da sociedade comercial brasileira, considerando que o estudo do direito está fortemente ligado à ordem econômica (segundo a Reforma). E seguindo este caminho, essa Reforma alude o fato econômico como pressuposto fundamental do fato jurídico, reproduzindo, assim, “as imposições econômicas das metrópoles centrais”, como bem observa Wolkmer.<sup>53</sup>

Importante ressaltar, que esse contexto educacional não possuía, até então, amparo Constitucional. “Marco da história brasileira, a partir da Carta Constitucional de 1934 a questão educacional alcança o seu maior vulto e significativo relevo político e jurídico”.<sup>54</sup> Tal Constituição deu ênfase ao Direito

---

<sup>52</sup> Ibidem, p. 205, grifo nosso.

<sup>53</sup> 2002, p. 41.

<sup>54</sup> BASTOS, 2000, p. 185.

à Educação, esquecido de proteção nos textos constitucionais anteriores, seguido dos direitos à liberdade, à segurança e à propriedade.<sup>55</sup>

Na Carta Constitucional foi delimitada atenção especial à carreira docente, a qual delimitou que os docentes deveriam contar com estabilidade e condições de prática de suas profissões, em que são exemplos a inamovibilidade e vitaliciedade dos professores devidamente investidos.<sup>56</sup>

Com a proteção constitucional vinculada à educação, a ideia da criação de uma universidade orgânica se tornou realidade e, diferentemente dos projetos anteriores, a Universidade de Brasília (UnB) nasceu sob o aspecto fundacional, ou seja, diferente dos projetos anteriores que se encontravam vinculados às políticas federais.

O intuito dessa Universidade foi desenvolver seus estudos sempre em atenção ao âmbito social, cultural, econômico do país, ou seja, um conhecimento relacionado diretamente com a realidade e o desenvolvimento das áreas afins ao saber, não correndo o risco de fomentar o saber pelo saber. Mesmo com tal preocupação e ideologia que nasceu, a Universidade de Brasília (UnB) passou pelas mesmas fases (em contextos diferentes) das demais tentativas de renovações educacionais em âmbito jurídico no Brasil. Fato este que, mesmo após aproximadamente 130 anos, os primeiros passos do ensino jurídico no Brasil, tais cursos se preocupavam somente com seus currículos e deixavam de lado os aspectos econômicos e sociais.

---

<sup>55</sup> A Constituição de 1934, consequência da Revolução de 30, e refletindo uma época de mudanças sócio-econômicas, caracterizou-se por seu pacto político híbrido, sem unidade ideológica que, pelos seus pressupostos herdados da Carta Mexicana de 1917 e da Lei Fundamental de Weimer (1919), introduziu pela primeira vez os postulados do Constitucionalismo social no país. Sua especificidade não resultou em ser necessária e espontânea, mas em projetar-se como “compromisso” estratégico, manobra política e imposição de um Estado oligárquico-patrimonialista com pretensões de modernização (BASTOS, 2000, p. 185s).

<sup>56</sup> BASTOS, 2000, p. 211.

Em que pese ao desenvolvimento educacional no Brasil, a Universidade de Brasília auxiliou o ensino brasileiro a obter perspectivas diferentes às exploradas anteriormente pelas demais reformas, em um contexto de proteção constitucional e fomento de novas estruturas. Foi o princípio de um novo caminho e que antecedeu as alterações educacionais, bem como precedeu as alterações sociais ocorridas nas décadas seguintes.<sup>57</sup>

Diante da perspectiva interdisciplinar, a Universidade de Brasília, por ter seu departamento de sociologia, antropologia e ciência política maior que o do direito, no decorrer das disciplinas ministradas em interdisciplinaridade a estes cursos, como sociologia e política, recebiam forte influência marxista. Por outro lado, as tendências kelsenianas iniciavam um caminho de grande influência sobre o ensino jurídico brasileiro, exercendo ligação direta ao pensamento positivista jurídico.

Outro fator importante, a cuja prática se deu início nesse contexto, foi a alteração do sistema fixo de disciplinas, sendo substituído pelo modelo semestral, modelo seguido por grande parte das instituições na atualidade. “Paralelamente, criou-se a instituição da disciplina de integração que atualmente denominamos disciplina eletiva”.<sup>58</sup> A disciplina de integração fazia parte de um rol de disciplinas que não constavam no currículo oficial, e sua prática era fruto do projeto interdisciplinar.

A experiência não poderia continuar sob o regime militar que se fez necessário para continuar a modernidade desenvolvimentista. Depois de 1964, mesmo quando outras universidades tentaram copiar o modelo da UnB, deturparam a concepção inicial e submeteram a estrutura universitária aos propósitos tecnocráticos. A própria UnB manteve grande parte da estrutura inicial apenas como fachada.<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> BASTOS, 2000, p. 249.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 257.

<sup>59</sup> BUARQUE, 1994, p. 55.

Como forma de controle e estabelecimento de diretrizes ao ensino superior, nesse panorama de constantes inovações, foi criada em 20 de dezembro de 1961 a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB). Sendo assim, “o documento referencial da educação no Brasil moderno e a primeira lei que definiu os princípios educacionais básicos”.<sup>60</sup> Tal legislação tornou-se o dispositivo legal de maior relevância para a educação brasileira, pois delimitou um rumo a ser seguido pelas instituições de ensino no Brasil.

Esse conjunto de medidas de instrução ao seguimento do ensino superior brasileiro, a lei nº 29.741 de 11 de julho de 1951 estipulou a criação da Campanha Nacional de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Sua função de extrema importância visou principalmente à continuidade de evolução superior dos alunos das instituições de ensino brasileiras, bem como surgiu sob o aspecto do fomento à pesquisa e da necessidade de suprir as lacunas deixadas pelos currículos e suas alterações contínuas.

Conforme essa análise histórica do ensino (superior) jurídico brasileiro, podem-se notar as diversas reformas e (re)adaptações que sofreu o âmbito jurídico brasileiro, em um intervalo de tempo que iniciou antes mesmo da aclamada lei de 11 de agosto de 1827, e que vai até meados dos anos 70. Nesse contexto, o ensino jurídico no Brasil, mais em específico o âmbito jurídico, nasceu sob aspectos distintos a qualquer característica local vigente, sendo a doutrina e os projetos portugueses colonizadores os precursores desse nascimento, bem como sua continuidade.

---

<sup>60</sup> BASTOS, 2000, p. 267.

## Considerações finais

A edificação teórica buscou circunstanciar-se, frente ao quadro acrítico vivenciado historicamente pelo ensino jurídico brasileiro, a hermenêutica se fundamenta como argumento crítico ao estudo contemporâneo do referido ensino, fornecendo as bases instrumentais de se pensar uma afirmação dos direitos fundamentais, no sentido de desenvolver uma interpretação pautada pelo viés constitucional, como forma imediata de pensar esses direitos. Para tanto, buscou-se fomentar os dois âmbitos: as especificidades que tornam a hermenêutica um argumento crítico e o contexto histórico acrítico do ensino jurídico brasileiro, ou seja, o instrumento do pensamento expansivo e o processo de sua formação como ensino jurídico.

No primeiro âmbito fomentado, constatou-se que a hermenêutica representa argumento crítico, e o que concretiza tal afirmação se dá através do pensar, da linguagem e da compreensão, cada um com seu processo hermenêutico de formação, mas interligados entre si, subsidiando a tarefa de incorporar a ratificação dos direitos fundamentais na dinâmica acadêmica. Nesse prisma, o contexto crítico remete-se ao fato de que ainda o pensar não se faz cotidiano nas rotinas humanas, mais, em específico, das ciências humanas e, conseqüentemente, não permeia o discurso dos direitos fundamentais. Conseqüentemente, o homem não tem a concepção de que a linguagem é a casa do ser e de que pela linguagem advém a essência desse ser, e, por conseguinte, a própria compreensão.

De forma conclusiva, o inventário histórico-jurídico brasileiro demonstra que a história do ensino jurídico brasileiro foi, na verdade, uma construção acrítica e exterior ao seu desenvolvimento, em face do fato de que se iniciou pelo *viés* português e até hoje se amargam as heranças deixadas pelos colonizadores. Além disso, essa formação histórica relegou às gerações contemporâneas um abandono aos processos de incorporação, defesa e ratificação do

direito constitucional-fundamental, perceptível na repulsa imediata aos pressupostos hermenêuticos que mapeiam uma opção pelo viés crítico. Enfim, o erro se repete ao se interpretar essa história com a ausência de argumentos críticos, e a hermenêutica representa esperança e possibilidade de alteração no quadro acrítico, não como fim, mas como meio.

## Referências

ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.

ALBERTI, Verena. *A existência na história: revelações e riscos da hermenêutica*. Revista de Estudos Históricos, n. 17, 1996.

BASTOS, Aurélio Wander. *O ensino jurídico no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.

BOURDIEU, Pierre. *Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BUARQUE, Cristóvam. *A aventura da universidade*. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista; Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1994.

DWORKIN, Ronald. *O império da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FALCÃO, Joaquim Arruda. *Os advogados: ensino jurídico e mercado de trabalho*. Recife: Fundação J. Nabuco, Massangana, 1984.

GADAMER, Hans-Georg; Pierre Fruchon (Org.). *O problema da consciência histórica*. Trad. Paulo César Duque Estrada. 3. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

\_\_\_\_\_. *Verdad y metodo*. 2. ed. Vol. 01. Salamanca: Sígueme, 1984.

GMEINDER, Conceição Neves. *A morada do ser: uma abordagem filosófica da linguagem na leitura de Martin Heidegger*. Santos: Leopoldianum, 1998.

HEGEL, G.W.F. *Ciência da lógica*. VI, VII, Buenos Aires: Solar, 1968.

\_\_\_\_\_. *Enciclopédia das ciências filosóficas*. Em compêndio. Vol. I,II, III, São Paulo: Loyola, 1995.

HEIDEGGER, Martin. *Carta sobre o humanismo. Carta a Jean Beaufret, Paris*. Conferências e escritos filosóficos. Tradução e notas de Ernildo Stein. 4. ed. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Noaves. *Ensino do Direito: dos Primórdios à Expansão pelo Setor Privado*. In: Anuário ABEDI. Ano 3, n. 3. Florianópolis: Boiteux, 2005.

LACOMBE, Américo Jacobina. *A cultura jurídica*. In: HOLANDA, Sérgio Buarque de. *História da Civilização Brasileira*. 5. ed. São Paulo: Difel, 1985.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *A Gaia ciência*. Obras Incompletas. Seleção de textos de Gerard Lebrun; tradução e notas de Rubens Rodrigues Torres Filho; posfácio de Antônio Cândido. Coleção Os Pensadores. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

\_\_\_\_\_. *Humano, demasiado humano*. 2. ed. Trad. Antonio Carlos Braga. Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal n. 42. São Paulo: Editora Escala, 2007.

\_\_\_\_\_. *Para além do bem e do mal: prelúdio a uma filosofia do futuro*. Tradução Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2003.

PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1996.

PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica*. Tradução Vergínia K. Pupi. São Paulo, Martins Fontes, 1998.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Ensino jurídico e direito alternativo*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993.

SANTOS, André Luiz Lopes dos. *Ensino jurídico: uma abordagem político-educacional*. Campinas: Edicamp, 2002.

STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

\_\_\_\_\_. *Compreensão e finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana*. Ijuí: Unijuí, 2001.

\_\_\_\_\_. *Pensar é pensar a diferença: Filosofia e conhecimento empírico*. Coleção Filosofia, n. 2. Ijuí: Ed. Unijuí, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. Heidegger, Martin. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. 1. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TESTA, Edimarcio. *Hermenêutica filosófica e história*. Passo Fundo: UPF, 2004.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Tradução José Carlos Bruni. 5. ed. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito no Brasil*. 3. ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

## Imperialismo dos direitos humanos: a jurisdicionalização da vida como *ultima ratio* no direito

Fernando Tonet<sup>1</sup>

João Gilberto Engelmann<sup>2</sup>

---

O enfrentamento do problema da efetividade de direitos é um dos desafios mais emergentes de toda a sociedade. Esse ponto nevrálgico localiza, por um lado, a insuficiência da tentativa positivista de afunilamento normativo e, por outro, o horizonte praxiológico que se abre às ciências como o direito, a política e a sociologia.

Nesse intercurso, as noções filosóficas que, dentro e fora do ambiente jurídico, sedimentam no homem a dignidade, da qual decorrem os direitos humanos, servem como fluxos basais da realização de direitos, mas não redundam tautologicamente na positivação como engessamento e como resultado efetivo.

Além disso, a formação do imperialismo registra uma adesão exterior e que, pela normatividade formal e pela justificação, pressupõe uma suficiência jurídica dos institutos normativos, como uma possibilidade concreta de o direito, pela jurisdicionalização, chegar à concretude. Porém, a retomada dos diálogos acerca da própria fundamentação poderá reservar uma releitura

---

<sup>1</sup> Especialista em Direito Civil e Processo Civil; em Direito Penal e Processo Penal.

<sup>2</sup> Aluno dos cursos de Filosofia e Direito.

das noções de legitimidade, adequação social e realização de direitos e, sobretudo, da função que a positivação desempenha nesse processo.

## O imperialismo dos direitos humanos

Martti Koskenniemi, ao assentar um diálogo acerca da transmutação na ideia de direitos humanos, localiza uma aparência em torno do imperialismo racional dos direitos humanos, em que se percebe uma face ideológica e cínica da afirmação cotidiana desses direitos.<sup>3</sup> É sobre esta perspectiva cínica e paradoxal (do *gentle civilizer*) que a ideia de imperialismo dos direitos humanos será, aqui, abordada.<sup>4</sup>

### *A ordem filosófica da ideia de imperialismo dos direitos humanos*

Internamente presente em todo o sistema de Hegel, a universalidade é registrada enquanto momento, ou seja, um *aqui e agora* interior, e, sobre esse aspecto, é ao mesmo tempo condição e insuficiência. É condição porque integra a ideia a partir de algo que, mesmo genericamente, está posto em sua totalidade multiabrangente e, justamente por isso, é vazia de conteúdo; é insuficiência justamente por conta deste *vazio de conteúdo*.<sup>5</sup>

Entretanto, a infinita abrangência do conceito requer, como própria condição de efetividade, uma característica ou, e que é o mesmo, uma diferenciação. Essa primeira aparição da ideia,

---

<sup>3</sup> KORSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international Law 1870-1960*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 500.

<sup>4</sup> NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. In: *Revista eletrônica de Direito do Estado*, n. 4. Salvador. Instituto de Direito Público da Bahia. Out/dez. 2005, p. 27. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-4-OUTUBRO-2005-MARCELO%20NEVES.pdf>>. Acesso em 18 ago. 2011.

<sup>5</sup> HEGEL, G. W. F. *A Ciência da lógica*. Enciclopédia das Ciências Filosóficas em Compêndio (Texto Integral). São Paulo: Loyola, 1995, p. 29 et. seq.

em sendo condição, é um início cujo fim é, ao mesmo tempo, ausência e caminho.

O elemento da pura indeterminação ou da pura reflexão do eu em si mesmo, e nela se evanesce toda limitação, todo o conteúdo fornecido e determinado ou imediatamente pela natureza, as carências, os desejos e os instintos, ou por qualquer intermediário; a infinitude ilimitada da abstração e da generalidade absolutas, o puro pensamento de si mesmo.<sup>6</sup>

Na ideia de direito, essa representação abstrata está contida na formulação da norma de direito enquanto começo e fim, ou seja, a ideia, o conceito e a realização enquanto etapas da ciência positiva.<sup>7</sup> É começo em relação ao caminho a ser perseguido – conteúdo. É fim porque resulta de um processo autoregulador do sistema legislativo. Em não sendo o objeto imediato da pesquisa, essa referência ao processo anterior ao surgimento do direito abstrato serve como pedra de toque exterior, mas que fornece um elemento importante do direito como forma de regramento social: a norma em abstrato.

Em relação aos direitos humanos, a menção hegeliana à dupla condição do direito abstrato é elucidativa. O fato de ser começo e fim, sob âmbitos lógicos e conceituais distintos, faz com que o problema da redução semântica dos direitos humanos seja localizado em relação àquela segunda estrutura do conceito: o direito abstrato enquanto começo.

É desde essa formulação legal, representada na norma, que a vinculação entre o indivíduo humano, ou seja, “o objeto do direito abstrato” e as condições exteriores desse direito (e condições, sobretudo, da liberdade burguesa) constituem-se como determinantes do retorno dialético daquele começo. Com esse

---

<sup>6</sup> HEGEL, 1995, p. 13.

<sup>7</sup> HEGEL, G. W. F. *Princípios da filosofia do direito*. Trad. Norberto de Paula Nóbrega. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 79.

volver concreto é que o direito abstrato adquire um fim próprio, ou seja, um fim conciliado com o seu começo interior. Não se fala mais de um fim do processo legislativo, mas um fim jurídico e efetivo, que, em termos hegelianos, é representado pela ideia de concretude.<sup>8</sup>

Nas palavras de Henri Lauener, “como aparece no saber absoluto, significa a suprassunção [*Aufhebung*] de toda transcendência à medida que não evidencia o absoluto como algo que se encontra fora, mas que o compreende como retorno à certeza sobre si mesmo.”<sup>9</sup> Esse absolutismo no direito representa, então, a chegada a um *ethos* ideal, a um estágio de flexibilidade imanente, em que a razão atravessa o real em busca do sentido<sup>10</sup>.

É esse resultado efetivo que, no plano dos direitos humanos, carece de concretude, justamente pela autonomia dos dados sensoriais, empiricamente visíveis.

Ora, essa convicção de que todos os seres humanos têm direito a serem igualmente respeitados, pelo simples fato de sua humanidade, nasce vinculada a uma instituição social de capital importância: a lei escrita, com regra geral e uniforme, igualmente aplicável a todos os indivíduos que vivem numa sociedade organizada.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> Ibidem, p. 74.

<sup>9</sup> LAUENER, Henri. *A linguagem na filosofia de Hegel*: com consideração especial da estética. Trad. Paulo Rudi Schneider. Ijuí: Unijuí, 2004, p. 48.

<sup>10</sup> Essa sua negação imediata da realidade objetiva é uma afirmação de sua unidade pura; a partir dela cria uma margem referencial que somente alude a sua própria interioridade, enquanto relação consigo mesma. É nesse sentido que o que lhe é exterior é negatividade, ao passo que compreende um *ser-outro*, contrário à sua unidade. Por outro lado, a determinação dessa personalidade exigirá, por seu turno, uma negação de si mesma, no sentido de se anular e ser um *outro*, se determinar. Ou seja, surge um processo de negação da exterioridade, da qual se funda a sua unidade abstrata, e posteriormente uma negação dessa unidade abstrata em função de um conteúdo à sua substância. Instaura-se, assim, um duplo ciclo de negação (negação da negação) pelo qual o mais abstrato vai se determinando (HUSSLER, E.; HEGEL, G.W.F. *Os pensadores: Husserl, Hegel*. Vol. II. Trad.: Zeljko Loparic e Andréia Loparic. São Paulo: Nova cultural, 1992, p. 178 et seq.).

<sup>11</sup> WEBER, Thadeu. A eticidade hegeliana. In: *Ética, racionalidade e modernidade*. Passo Fundo : Ediupf, 1996. p. 7.

É enquanto cenário dessa perspectiva fundamental dos direitos desde a modernidade, que a convicção de que a fundamentação encerra a suficiência quanto ao estado de conservação dos direitos humanos. Sobre esse aspecto, o imperialismo dos direitos humanos se funda na premissa de que a concretude (a reflexibilidade do conteúdo) equivale à codificação. Isso os torna, por um lado, impérios do direito, enquanto regramento, e, por outro, abstração carente de conteúdo.

Historicamente, essa concepção que tendeu a equivaler efetividade e positivação alça voos nas origens liberais da ideia de direito e justiça. Mesmo não se constituindo o foco do trabalho, é possível referir, usando-se da análise de Wilson Steinmetz, alguns pressupostos históricos que fundam no ocidente a ideia de liberalidade, e que se determinam como balizas no direito.

Três foram os acontecimentos históricos decisivos para o triunfo da plataforma liberal: a Revolução Gloriosa inglesa (1688), seguida do *Bill of Rights* (1689); a independência das colônias inglesas da América do Norte (1776), à qual seguiram-se a Constituição dos Estados Unidos da América (1787) e o *Bill of Rights* (1791) e a Revolução Francesa (1789), com a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* (1789) e a primeira Constituição Francesa (1791).<sup>12</sup>

Os limites jurídicos que passam a estar representados nas constituições nacionais e que representam uma nova ordem política no mundo ocidental, ao passo que são respostas ao Estado Absolutista, fundam no sujeito e no Estado uma liberdade que é, ao mesmo tempo, infinita e vazia.

A afirmação de que há igualdade perante a lei (dimensão do infinito) pressupõe, desde o seu enunciado, uma condição pré-existente: o estar diante da lei. Em outros termos, essa defi-

---

<sup>12</sup> STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 67, grifos do autor.

nição equivale à possibilidade de o direito, então, ser reafirmado enquanto determinação, ou seja, no caso concreto (negação do vazio). Mas de tal forma, como o fim legislativo pré-existe ao começo jurídico, a pessoa de direito é anterior ao *dianete da lei*, sobretudo porque o código é uma plasticização da realidade social, e uma tentativa contingente de delimitação.

O imperialismo dos direitos humanos condiciona, em seu sentido puro, a existência de uma coerência entre a igualdade posta horizontalmente e a concretude. Nos termos do direito constitucional, trata-se de uma categorização axiológica dos direitos humanos, a partir da qual transcendem o domínio da normatividade em si e para si e acabam por finalizar princípios de todo o direito.

Entretanto, a turbação semântica, ou o cinismo<sup>13</sup>, tende a equivaler imediatamente a essas duas referências, solidificando uma tautologia posta abstratamente. Da mesma forma, como respondeu Hegel a Schelling, trata-se de um “tiro de pistola”, justamente pela instantaneidade na conciliação desses institutos, mesmo que de forma efetiva dificilmente estejam aproximados.<sup>14</sup>

Paulatinamente, a progressão qualitativa na ideia de direitos humanos representa a possibilidade de uma autorregulamentação que reduz a cisão do binômio interior/exterior, ou seja, entre o indivíduo sujeito de direito e o Estado.<sup>15</sup> Entretanto, o indivíduo hegeliano contém uma previsão de inserção na sociedade civil por meio da pertença a esse Estado, e, com isso, não é aleatoriedade casual, mas comprometimento. Essa cidadania que se forma registra, então, a

---

<sup>13</sup> KORSKENNIEMI, 2002, p. 500.

<sup>14</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Fenomenologia do espírito*. Trad. Paulo Meneses. 5. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2008, p. 64.

<sup>15</sup> DRI, Rúben R. A filosofia do Estado ético. A concepção hegeliana do Estado. In: *Filosofia política moderna: de Hobbes a Marx* Boron, Atilio A. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales; DCP-FFLCH, Departamento de Ciências Políticas. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, USP, Universidade de São Paulo. 2006. ISBN 978-987-1183-47-0, p. 216.

não-redução da sociedade civil ao terreno absoluto dos interesses particulares, mas uma reconciliação dialética da ideia de bem.<sup>16</sup>

Com isso, ocorre uma interdependência material e recíproca entre o Estado-Instituição e o indivíduo e, nos termos do direito abstrato, entre a pessoa de direitos e o contexto das condições. O que há de dependência no Estado em relação aos indivíduos é, por sua vez, a condição de democracia, justamente pelo parâmetro da legitimação. Porém, nos termos do Estado moderno burguês, da liberdade do indivíduo decorre uma rivalidade aparentemente paradoxal, sobretudo com o nascimento dos direitos de liberdade. Sobre esta ótica, o conteúdo da liberdade requer, de um lado, a mão invisível e, de outro, o provimento das chamadas condições de direitos.<sup>17</sup>

Para a trajetória dos direitos humanos desde a modernidade, essa relação entre a liberdade dentro da sociedade civil e contra o Estado tem significativa importância, sobretudo por conta da reconfiguração política da ideia de justiça e de cidadania. A impressão de que a história do direito registra na liberdade burguesa um coeficiente da evolução política, jurídica e social corresponde, primeiramente, à aceitação da liberdade vigente como a mais perfeita.

Em termos hegelianos, corresponde à concretude de uma autorreflexividade imanente da própria história, sobretudo enquanto releitura horizontal dos institutos racionais. Sobre essa premissa, há a necessidade teórica de aceitar a afirmação histórica dos direitos humanos como resultado dialético relacional, enquanto fio condutor de estágios no direito. Com isso, a assertiva de que “tudo gira, assim, em torno do homem e de sua eminente posição no mundo” requer uma condição pós-existente de manutenção da ideia: que se trate do cidadão burguês, nos

---

<sup>16</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Trad. Norberto de Paula Nóbrega. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 13 et. seq.

<sup>17</sup> STEINMETZ, p. 279 et. seq.

termos da Revolução Francesa, e menos do sujeito transcendental capaz de postar perguntas acerca dos institutos de regramento.<sup>18</sup>

### *A sedimentação dogmática dos direitos humanos*

Com as transformações sociais, jurídicas e políticas, as comunidades contemporâneas chegam à formulação de uma imprescindibilidade do termo direitos humanos (o *em si* do conceito), sobretudo por conta daquela representação histórica. O que há, então, é a tabulação de um pressuposto (um *akhsias*) a partir do qual o direito se desenvolve.

As normas e as interpretações lacunares mantêm como pano de fundo principiológico os direitos humanos, mesmo que no contexto das demandas entre particulares (não só) essa ideia tenha pouco reflexo prático. Radicalmente, estaria superada a cisão entre o direito ontológico (direito que se tem) e o deontológico (direito ideal), justamente por conta da aproximação semântico-hermenêutica operada pelas teorias do discurso, sobretudo.<sup>19</sup>

Com a nova panorâmica dos estados democráticos, o imperialismo dos direitos humanos foi realocado no rol das condicionantes do Estado, sobretudo pelo resumo político e ideológico que a separação dos poderes e a democracia tornaram possível.<sup>20</sup> Grosso modo, para o contexto jurídico brasileiro e latino-americano como um todo, é a utopia de um povo estrangeiro, que figurou como sentido político último, estribado numa concepção hegemônica de liberdade, segundo a qual o Estado burguês é uma conquista e, assim, um marco evolutivo na história dos direitos humanos.<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 1.

<sup>19</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 6. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 15.

<sup>20</sup> STEINMETZ, 2004, p. 67.

<sup>21</sup> BETANCOURT, Raul Fornet-. *Interculturalidade: críticas, diálogo e perspectivas*. Trad. Ângela Sperb. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2004, p. 11 et seq.

Entretanto, pela emergência de novos problemas em meio aos já existentes<sup>22</sup>, aquele marco evolutivo não parece representar senão um novo crepúsculo ao processo de realização do vasto rol de direitos humanos reconhecidos, sobretudo por resultar num catálogo extenso e axiológico de direitos humanos fundamentais, mas cujos efeitos não representam uma negação reflexiva, mas tão somente um contraponto simples, uma diferenciação cujo conteúdo dado difere da menção abstrata.

Sob esta ótica, a dignidade da pessoa humana, afirmada na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e reafirmada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, não exprime a reserva de um lugar jurídico diferenciado para o sujeito, mas tão somente ideologia e contentamento abstrato. É, notadamente, amparo genérico para a *invenção* dos direitos do homem.<sup>23</sup>

Com isso, é possível concordar com Bobbio a respeito do sentido que os sinais dos tempos recobram. Além disso, *pari passu* é que são consteladas as estruturas que, num sentido compartilhado, representam um salto qualitativo para o direito e para a política. Se, então, o espírito do mundo não é uma mera reconciliação dialética do tempo e do povo, como queria Hegel, é também verdade que a figuração dos direitos humanos como epígrafe das nações pelo mundo é, de tão genérica, uma rarefação conceitual - um imperialismo cínico.<sup>24</sup>

Sobre esse aspecto, ao dizer, conjuntamente com a Declaração de Direitos da Virgínia (1778) que “todos os homens são por natureza igualmente livres”, não se funda somente o jusnaturalismo moderno em termos positivos, como refere Bobbio,<sup>25</sup> mas

---

<sup>22</sup> SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 9.

<sup>23</sup> NINO, C. S. *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires: Paidós Studio, 1984, p. 13.

<sup>24</sup> KORSKENNIEMI, 2002, p. 500.

<sup>25</sup> BOBBIO, 2004, p. 204.

uma premissa que, pressupondo-se como axioma do direito nascituro, não faz senão uma breve e abstrata menção ao novo modelo político e coloca nas mãos da sociedade vindoura um problema de efetividade. É diante desses indícios que se pode mensurar a amplitude e o significado dos sinais constatados na *era dos direitos*.<sup>26</sup>

No direito brasileiro, esse imperialismo dos direitos humanos foi potencializado pela formação de um sistema *civil law* estruturante, que pelo uso dos microssistemas jurídicos lastreou a circunferência interventiva do Estado na vida das pessoas, talvez como a única manifestação institucional de que os direitos humanos finalizam uma ideia motriz e, ao mesmo tempo, significativa. Talvez, ainda, essa tentativa de tornar os direitos humanos defensáveis nos maiores alcances tenha sido a forma com que o mundo ocidental interpretou a ideia jusnaturalista moderna acerca do “livremente iguais”.

Com isso, ocorreu uma redução semântica com intenção prática, mas que, na verdade, ainda não refere algo que não seja a universalidade vazia de Hegel e, portanto, o direito abstrato, infinitamente posto. Sobre este aspecto, aquele *interior para si* ainda não pode ser afirmado como relação, sobretudo porque no âmbito dos direitos humanos, essa diferenciação é somente um aspecto negativo e, portanto, parcial. Não há, ainda, nenhuma determinação pública da liberdade, justamente porque, do casulo do direito abstrato, nem todos desabrocharam para a justiça.

Precariamente, essa alegoria contorna o terreno dos direitos humanos tão somente para dizer sobre a deficiência da premissa segundo a qual esses direitos constituem pressupostos do direito e da sociedade. Não é demais esclarecer que essa pressuposição não denega o fundamento real de serem os direitos humanos fundamentos do direito, da política e da sociedade.

---

<sup>26</sup> BOBBIO, 2004, p. 15.

Porém, nos termos da dialética da relação, é impossível afirmar a concretude dos direitos humanos, justamente por conta da ideia de caminho que eles ainda representam. Isso não significa a desvinculação de seu sentido do cotidiano jurídico, político e social, até porque, mesmo no sistema hegeliano, os momentos são constitutivos e ao mesmo tempo insuficiência. O que há, entretanto, é o fechamento para a ideia de *suprassunção*, de perseguição do itinerário dos direitos humanos.

Dessa forma, o imperialismo dos direitos humanos constitui, até então, o caminho do reconhecimento e a vinculação na sociedade e no Estado, mas se torna cínico ao passo que, no primeiro círculo de diferenciação, encerra seu trabalho.

## A jurisdicionalização da vida

A jurisdicionalização da vida (o alastramento da norma jurídica como regramento social imperativo) parte da constatação sensorial de microssistemas jurídicos de redução da complexidade social<sup>27</sup> e, conseqüentemente, do avanço do Estado no cotidiano das pessoas. Essa multiabrangência crescente figura enquanto tentativa de relacionar as estruturas sociais.

No Estado territorialmente limitado, essa ligação normativa é mais aparente e, portanto, mais exigível. Essa jurisdicionalização corresponde, por um lado, a uma tentativa de diferenciação entre as nações (costume representado na norma) e, por outro, na pulverização do conteúdo constitucional, sobretudo no século XX, quando internamente e por meio de ratificações, anunciou-se a formação de subsídios legais à ideia de direitos humanos.<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> HUSSERL; HEGEL, 1992, p. 74 et. seq.

<sup>28</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 184.

Sob essa premissa, a normatividade da vida social é tida como reflexo das garantias constitucionais. A Constituição, enquanto acoplamento estrutural entre o sistema político e jurídico, é condensação e, portanto, exige um rol de regulamentos.<sup>29</sup> Diante disso, é possível analisar a construção da norma ao longo do tempo e espaço, conferindo as mudanças estruturais que caracterizam, nos diversos âmbitos jurídicos, a ideia de reconhecimento dos direitos e normatização.

### *A formação da jurisdicionalização da vida*

Usando-se da classificação de Augusto Comte<sup>30</sup>, é possível distinguir três estágios (ou estados) humanos acerca da ideia de normas e comportamentos: o estágio teológico, o metafísico e o positivo.<sup>31</sup> Os primeiros, com eminente identificação transcendente e o último, nos termos kantianos, como provisão do sujeito transcendental, ou seja, como resultado da síntese entre o empirismo concreto e o racionalismo radical, que finaliza um sujeito limitado epistemologicamente, mas virtuoso.<sup>32</sup>

Decorreu, desde a ideia moderna de indivíduo, uma nova concepção de sujeito virtuoso, representado no sujeito legal e que cumpre a lei, requalificando a vontade e a conduta de acordo com o pertencimento prático ao mundo jurídico. Essa forma não somente corresponde a uma postura exterior da vontade livre, mas, contrariamente, é uma negação objetiva à autodeterminação, porque pelo consenso, que acaba, então, por integrar a vontade da maioria enquanto vontade do povo.<sup>33</sup>

---

<sup>29</sup> LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Trad. Ana C. A. Nasser. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 273.

<sup>30</sup> COMTE, Augusto. *Reorganizar a sociedade*. Lisboa: Guimarães, 1977.

<sup>31</sup> apud REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 14.

<sup>32</sup> KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Trad. A. Morão. Lisboa: Fundação Calouste Gubenkian, 1994.

<sup>33</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Democratizar a*

Caberia falar, conjuntamente com Wolfgang Welsch, sobretudo em relação ao conteúdo democrático, e mesmo em meio à representatividade e em face do desempenho dessa função *para os outros*, em “justiça sem consenso”, e isso por conta do chamado que isso faz à “articulação de dissensos basais”.<sup>34</sup>

Sobre esse aspecto em particular, estar-se-ia dentro de uma possibilidade dialética, sobretudo invocando a iminência de se chegar à negação reflexiva, a partir da qual seria permitido afirmar, dentro da representatividade, gestões heterogêneas para a democracia do dia-a-dia- transcendência da representação.<sup>35</sup>

Mas, além disso, da mesma forma como em Kant, não há um “valor íntimo absoluto” nas qualidades que integram aquela boa vontade, e sobre esse aspecto, não é compulsória a admissão das normas como reguladoras justas do cotidiano social, por mais que não representem um *eu em abstrato*, não são determinantes do sujeito transcendental e moral.<sup>36</sup>

O que se registra, então, é a dubiedade da ideia de que as normas, porque postas democraticamente (ideia de representação política) por si só finalizam uma estruturação do bem para o interior da conduta dos indivíduos na sociedade civil.

Trata-se da pergunta acerca da função da norma no processo de implementação da ideia de direitos humanos, justamente porque, imediatamente, não é possível identificar uma unidade entre o reconhecimento de direitos humanos e a necessidade de normas “regulamentadoras”. Não é essa, todavia, a inquietação basilar do trabalho, porque a norma é, do ponto de vista da positivação, um dado posto e pressuposto e, portanto, ponto

---

*democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 48 et. seq.

<sup>34</sup> apud NEVES, 2009, p. 40.

<sup>35</sup> SANTOS; AVRITZER, 2005, p. 48.

<sup>36</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1974, p. 203.

de partida na análise tanto do imperialismo cínico quanto da jurisdicionalização da vida.

Mesmo enquanto problemática, essa ideia de um “protagonista que legitima a democracia” pressupõe uma atuação dentro do sistema normativo, e, diante disso, a legitimação democrática não é senão uso crítico dos meios jurídicos de que se dispõe. Mesmo assim, ainda pressupõe a jurisdicionalização da vida como condição de pertença ao Estado, seja como sujeito legal (como na acepção anterior) seja como objeto do direito abstrato. Sobre esse panorama, mesmo a eticidade hegeliana registra um grau maior de flexibilidade do que a concepção de uma reviravolta nas formas jurídicas. Sobre esse aspecto, não é inteiramente certo que os direitos humanos tenham uma realização dentro da ideia de positivação.<sup>37</sup>

Porém, como evento eminentemente moderno, essa positivação das condições que integram a ideia de dignidade da pessoa humana, para usar um exemplo, representou uma nova roupagem da noção de evolução, sobretudo porque até mesmo esse conceito último foi cunhado com a modernidade. Enquanto estágio da história humana (três divisões de Comte), a positivação registrou o nível abstrato da dissecação científico-conceitual e a jurisdicionalização da vida, por sua vez, a sua diferenciação empírica.

Da mesma ideia de universalidade, a codificação, os microssistemas jurídicos e as leis cotidianamente inventadas ou acrescidas representam a negação simples da unidade pura de si descrita no sistema hegeliano. Infinitamente posto, o positivismo jurídico é tão somente ideia carente de conteúdo. Porém, são as ciências modernas que lhe dão corpo. À guisa das demais, a ciência positiva do direito empreendeu à codificação como uma

---

<sup>37</sup> KORSKENNIEMI, 2002, p. 495.

aplicabilidade desse novo conceito científico surgido.<sup>38</sup> Nos Estados, mesmo com constituições democráticas mais valorativas, isso importou na formação de uma grande quantidade de leis e normas específicas, reproduzindo no meio jurídico aquela dissecação e divisão realizada, no campo das ciências naturais, pela biologia, principalmente.

O direito pressupôs, como determinante para a jurisdicionalização, a incapacidade de autodeterminação do sujeito e do Estado, que, paradoxalmente, era uma das propostas da própria modernidade. Com isso, as funções do poder passaram a ser determinadas pelo princípio da legalidade e a conduta dos indivíduos pela infinidade real de um *dever-ser*.<sup>39</sup>

Assim, de um lado o Estado afirma a incapacidade de o sujeito de auto-regular minimamente e propõe a norma imperativa como solução. Por outro, como contraponto, reconhece um rol de direitos praticamente inconciliáveis com o modelo econômico que recepciona<sup>40</sup>, cujas condições de existência são a exploração, a alienação cognitiva e a passividade reflexiva. Sobre esse aspecto, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tem uma significação preponderantemente política, já que suas principais e efetivas previsões estão no campo da organização do Estado, nas competências etc.

### *O imperialismo na jurisdicionalização da vida*

Ligado à jurisdicionalização, o imperialismo cínico dos direitos humanos, em termos específicos, afirma um sentido axiológico do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, enquanto carta de princípios a serem

---

<sup>38</sup> BITTAR, Eduardo. *O direito na pós-modernidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 215.

<sup>39</sup> SANTOS, 2005. p. 458-459.

<sup>40</sup> JUSTEN FILHO, M. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 556-564.

seguidos. Ocorre aí um subterfúgio praxiológico, que parte da ideia de que o reconhecimento dos direitos humanos em normas positivas é a tarefa cumprida, e que não existe mais o que possa, juridicamente, ser feito. Sobre esse aspecto, o imperialismo liga-se à jurisdicionalização da vida, e formam um núcleo dogmático carente de realização.

Outra epígrafe que pode ser usada como pedra de toque para entender essa progressão histórica notadamente conciliável (como o é a divisão operada por Comte) é a análise, também com vistas ao desenvolvimento histórico-cultural e mesmo organológico, feita por François Ost na temática do direito e literatura, genericamente apresentada tendo por base o conteúdo literário e sua carga semântico-jurídica. Essa análise presta-se, então, para vislumbrar sob outro ângulo o surgimento do imperialismo e a consequente jurisdicionalização da vida.

Tanto na *Oréstia* quanto na *Antígona* e n'*Orestes* (é possível citar outras com o mesmo conteúdo), há forte ligação com o período descrito por Comte como teológico. O contexto antigo não deixa, entretanto, transparecer nenhuma filiação hegemônica à ideia de positivação, ainda que reserve apreço e condecoração às leis que, porosamente, permeavam toda a comunidade (fidelidade aos editos de Creonte).<sup>41</sup>

Porém, não se trata, no caso da *Antígona*, de um teologismo irracional, mas uma condução das normas sob o arco semântico da divindade. O que o ocorre, porém, é que “Antígona não faz, de forma alguma, apelo contra o decreto de Creonte, à ordem natural (*physis*), mas expressamente à *Diké* e a Zeus, às leis religiosas que, aliás, são aqui leis não escritas.”<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> THIERCY, Pascal. *Tragédias gregas*. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2009, p. 17 et. seq.

<sup>42</sup> VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 18.

É esse arco semântico que, ao longo do decurso histórico dos povos, vai sendo recriado e, muitas vezes, recobrada a razão das estruturas aparentemente já superadas. Na *Oréstia*, a instituição do Areópago, não obstante ter operado um “distanciamento da vingança”, não desestruturou a ideia originária presente na necessidade de remissão radical de criminosos como Orestes.<sup>43</sup> Para a jurisdicionalização, é o mesmo que dizer de sua incompletude, em face da complexidade das exigências da efetividade na realização de direitos.

Essa vinculação às fases *evolutivas* da ideia de normas como regramento e, então, a sua relação com a ideia de direitos humanos, quer representar, justamente, uma parâmetro para a análise acerca da racionalidade contida no *momento* moderno. Na sequência apresentada por Ost, a réplica humana do novo pensamento vindouro é identificada em Robinson Crusoe. Ele é, então, a explicitação do “mito do individualismo burguês fundado na apropriação privada, abençoada pelo céu.”<sup>44</sup>

Aquele sujeito livre e igual, patrocinado pela ideia revolucionária de uma nova ordem do sujeito transcendental kantiano, tem diante de si uma nova perspectiva a ser desenvolvida na sociedade civil: agradecer a deus a partir do ganho econômico. É com vista a esse arcabouço de sentido que a jurisdicionalização da vida se constituiu um reflexo da ideia positiva no âmbito jurídico. Do ponto de vista do imperialismo cínico, registra a hipersuficiência do discurso legalista acerca dos efeitos que, *per se*, são irradiados da simples codificação de direitos num ordenamento formal para o destino da efetividade.

Essa inscrição das garantias, e que forma o direito em abstrato, contém, como já mencionado, um germen para *além de si*, como uma condição do Estado democrático de direito,

---

<sup>43</sup> OST, François. *Contar a Lei: as fontes do imaginário jurídico*. Trad. Paulo Neves. São Leopoldo: Unisinos, 2004, p. 167.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 247.

mas aí reside tão somente a afirmação das garantias enquanto conteúdo universal. Por isso, trata-se do início do movimento rumo à efetividade. Aquele pseudoimperialismo, por sua vez, no plano dialético corresponde a uma premissa carente de afirmação no plano da liberdade objetiva. Nos termos da epistemologia,

A ciência do direito, tal como nos é exposta na Faculdade, tem algo de insatisfatório, de incompleto: repousa sobre princípios cuja justificação racional ela omite. Exemplo: nossos civilistas admitem, sem o menor cuidado em fundamentar esse pressuposto, que a lei seja a suprema fonte do direito. Tais princípios são tudo menos incontestáveis: prova disso são os princípios contrários vigentes em outras civilizações (exemplos: direito anglo-saxão; direito chinês; antigo direito francês consuetudinário; direito romano clássico).<sup>45</sup>

Esse contexto aparentemente complexo, justamente por conta de a análise crítica ser capaz de trazer o problema dos efeitos à universalidade vazia, determina-se em função de uma premissa praticamente aceita de que os direitos humanos são estruturas imperativas e que, na abóbada do ordenamento jurídico, finalizam pedras de toque com conteúdos axiológicos, cuja jurisdicionalização é um de seus efeitos mais prodigiosos.

Na academia, repete-se, como consentâneo dessa estruturação positivista, a ideia de que as normas em específico disciplinam a melhor ideia de justiça dentro da sociedade – e mesmo em relação aos comportamentos individuais. E, mesmo assim, não é mais possível afirmar com Platão a existência de um *dikaion*, ou seja, um conceito único para direito e justiça.<sup>46</sup>

É isso que Hegel define como o ser em si do direito, cuja determinação objetiva “define-se para a consciência mediante o pensamento.” Essa definição para a consciência de um conteúdo

---

<sup>45</sup> VILLEY, 2005, p. 4.

<sup>46</sup> Ibidem, p. 28.

reflexivo no direito tem figuração na lei. Ou seja, “este direito é, por meio dessa determinação, o direito positivo em geral”. Essa menção torna mais cognoscível a ideia de a norma em abstrato representar um fim e um (re)começo, sobretudo por conta de ser um resultado para o pensamento e de constar, no rol das determinações da liberdade, como insuficiência que, como espírito objetivo, detém sua segunda manifestação.<sup>47</sup>

Entretanto, não se trata de um resultado construído no direito positivo, porque as normas oferecidas em abstrato não são produtos jurídicos, mas “se encontra [m], quanto à sua gênese, fora da ciência do direito; sua dedução é pressuposta e deverá ser tomada como dado”.<sup>48</sup> Com base na configuração das funções do poder no Estado, é perfeitamente aceito que as normas jurídicas são produtos legislativos, que, então, originam as plataformas normativas a partir das quais o direito se desenvolve.

Do ponto de vista da função socializante do direito, isso poderia parecer uma diminuição na atividade jurídica do dia a dia, sobretudo pelo consenso de que o cumprimento estrito das leis ampara uma espécie de injustiça com o caso concreto. Porém, o limite dessa discricionariedade, num Estado codificado como é o Brasil, pode ser muito bem definido sob o prisma das normas que garantem, regulamentam e disciplinam condutas.

Com isso, a aceitação do império dos direitos humanos é, na verdade, o registro de que a ideia positivada daqueles direitos cumpre um primeiro estágio em relação à justiça e à liberdade, porque são determinações somente em relação ao momento legislativo. Sob esse ponto de vista, no direito está a tarefa de representar na objetividade à previsão. Porém, na forma de discussão e formação social e jurídica do Estado, o direito é também anterior à abstração formal, porque está compreendido

---

<sup>47</sup> HEGEL, 2005, p. 182.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 39.

no diálogo originário, servindo como estrutura conjuntamente com a política, a moral, a ética e a sociologia.

Com relação a esse fenômeno conjunto, o direito é uma existência anterior ao estatuto positivo, porque a justificação é, mesmo que eminentemente filosófica, um estágio do direito enquanto autorregulamentação, ou seja, pensamento *em si* essencial, porque diz respeito à sua própria constituição interna e, por outro lado, constituição para um outro, que é a sociedade de indivíduos.

Sob esse paradigma de origem, seria o caso de concordar com Kelsen acerca do momento em que as ciências que orbitam no direito lhe são alguma referência, porque, então, correspondem ao diálogo originário, e não ao *a partir* do direito abstrato, porque esse é a manifestação da ciência positiva do direito, que se requer, em relação ao seu objeto e percurso, como autonomia carente de objetivação.

O fim que está contido no começo não tem, de acordo com o próprio Hegel, qualquer atribuição de antecipar os efeitos de um resultado concreto, sobretudo porque aí (quando o começo contém o fim), não se trata de uma abreviação do percurso dialético, mas a sua recomendação como forma, como mera negação de seu estado de graça abstrato.<sup>49</sup>

Se, então, a concepção (ideia) de direitos humanos é uma aceitação proveniente do conceito, é por conta de estar situado parcialmente no diálogo originário (debates acerca das plataformas de direito) e, em outra medida, repousado no direito abstrato, porque aí se registra que aquele diálogo representa uma elevação do espírito dos povos, porque, por exemplo, resulta da apreensão do indivíduo humano como portador universal de dignidade, deixando de lado a condição interior da moralidade subjetiva, tão apreciada no kantismo.

---

<sup>49</sup> Idem, 2008, p. 304.

Dessa forma, uma pergunta que ainda mantém um importante sentido é: o passo da concretização se dá dentro ou para além do direito? A busca por essa resposta, caso fosse aqui perseguida, poderia usar-se de dois pressupostos: a) o diálogo originário (a chegada filosófica à dignidade universal do homem) e b) as normas então estabelecidas como corolários da tutela da dignidade; essas mesmas estruturas, de forma conjunta, finalizam o imperialismo que se evidencia em relação aos direitos humanos. Aquele sob a forma do consenso baseado na história (revolução burguesa como marco) e este sob a égide da melhor forma de assegurar a dignidade-positivação.

Esse *constructo* resultante finaliza, por sua vez, um núcleo conceitual e axiológico que, nos termos contemporâneos, corresponde a uma *ultima ratio* no direito, na política e na sociedade.

## Considerações finais

A discussão acerca do imperialismo dos direitos humanos e da jurisdicionalização serve para revitalizar a análise crítica das razões da não concretização de direitos. Atua pelo viés da supremacia prática do conceito em detrimento da formação diária dos direitos reconhecidos (práxis).

Sobre esse aspecto, corresponde à tentativa de superação do clássico binômio teoria/prática, pelo resgate acerca dos fundamentos que subsidiam a premissa segundo a qual a jurisdicionalização tende à concretude. Não se afasta, com isso, da ideia de diálogo integrado com as estruturas teóricas, justamente por conta da redução epistemológica do tema, mas cujo enfrentamento requer a manutenção de um contínuo volver semântico.

Além disso, a insegurança na identificação do lugar para a efetivação de direitos, que abre caminho em direção a temáticas mais específicas, cobra um aperfeiçoamento analítico dos contextos reais

(elemento ontológico) e o discernimento dos meios reais da concretude (determinação das formas), condições do processo jurídico-político-social da efetividade (a concretude como suprassunção).

## Referências

BETANCOURT, Raul Fornet-. *Interculturalidade: críticas, diálogo e perspectivas*. Trad. Ângela Sperb. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2004.

BITTAR, Eduardo. *O direito na pós-modernidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 6. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COMTE, Augusto. *Reorganizar a sociedade*. Lisboa: Guimaraes, 1977.

DRI, Rúben R. A filosofia do estado ético. A concepção hegeliana do Estado. In: *Filosofia política moderna: de Hobbes a Marx Boron*, Atílio A. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales; DCP-FFLCH, Departamento de Ciências Políticas. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, USP, Universidade de São Paulo. 2006. ISBN 978-987-1183-47-0.

HEGEL, G. W. F. *A ciência da lógica*. Enciclopédia das ciências filosóficas em compêndio (Texto integral). São Paulo: Loyola, 1995.

\_\_\_\_\_. *Princípios da Filosofia do direito*. Trad. Trad. Norberto de Paula Nóbrega. Petrópolis: Vozes, 1997.

\_\_\_\_\_. *Fenomenologia do espírito*. Trad. Paulo Meneses. 5. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2008.

\_\_\_\_\_. HUSSERL, E.; *Os pensadores*. Vol. II. Trad.: Zeljko Loparic e Andréia Loparic. São Paulo: Nova cultural, 1992.

JUSTEN FILHO, M. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1974, p. 203.

\_\_\_\_\_. *Crítica da razão prática*. Trad. A. Morão. Lisboa: Fundação Calouste Gubenkian, 1994.

KORSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international Law 1870-1960*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 500.

LAUENER, Henri. *A linguagem na filosofia de Hegel: com consideração especial da Estética*. Trad. Paulo Rudi Schneider. Ijuí: Editora Unijuí, 2004.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Trad. Ana C. A. Nasser. Petrópolis: Vozes, 2010.

NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. In: *Revista eletrônica de Direito do Estado*. n. 4. Salvador. Instituto de Direito Público da Bahia. Out/dez. 2005, p. 27. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-4-OUTUBRO-2005-MARCELO%20NEVES.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2011.

NINO, C. S. *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires: Paidós Studio, 1984.

OST, François. *Contar a Lei: as fontes do imaginário jurídico*. Trad. Paulo Neves. São Leopoldo: Unisinos, 2004.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Orçamento participativo em Porto Alegre: para uma democracia redistributiva. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

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

THIERCY, Pascal. *Tragédias gregas*. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2009.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WEBER, Thadeu. A eticidade hegeliana. In: *Ética, racionalidade e modernidade*. Passo Fundo: Ediupf, 1996.



## A concretização dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário e o princípio do mínimo existencial

Juliana Ractz<sup>1</sup>

Marcio Luiz Simon Heckler<sup>2</sup>

---

No Brasil, mesmo transcorridos vários anos da queda do regime ditatorial e da promulgação de uma Constituição democrática, ligada à defesa da existência do ser humano em dignidade, prescinde-se ainda de uma afirmação da ordem constitucional, tendo em vista a falta de efetividade em que se encontra.

Assim, pergunta-se: como dar efetividade aos direitos fundamentais e, em especial, àqueles que requerem prestações positivas e onerosas do Estado, sabendo que este não possui orçamento suficiente para atender a tal demanda universalmente e de imediato? E o que o Poder Judiciário poderá fazer diante dessa situação? São essas perguntas que estão atualmente em voga, tendo em vista que o constituinte de 1988 elencou como fundamento do Estado brasileiro a dignidade da pessoa humana e o vinculou à manutenção das pessoas em condições dignas de vida, o que não está conseguindo cumprir.

---

<sup>1</sup> Mestra em Direito.

<sup>2</sup> Aluno do Curso de Direito.

Por isso, quer-se saber como o Judiciário pode contribuir para modificar esse quadro, buscando, enfim, dar efetividade aos direitos fundamentais e à Constituição de 1988. Certamente, essa não será tarefa fácil, nem ficará livre de críticas, mas é um caminho necessário a ser traçado e imprescindível de ser percorrido. Dessa maneira, pode-se ter o mínimo existencial como o ponto de início desta caminhada, tomando-o como horizonte para a concretização dos direitos fundamentais.

## **Definição e fixação da ideia do princípio do mínimo existencial**

### *Origem*

Para conceituar o que é e o que abrange o mínimo existencial, primeiramente, faz-se imperioso saber o contexto histórico que lhe deu origem. Assim, no pós-Segunda Guerra Mundial, com os sentimentos ainda enaltecidos pelo holocausto e pela própria violência bélica, surgiu na Alemanha uma nova forma de pensar o ser humano, pela qual Otto Bachof, considerando o princípio da dignidade humana, reclama uma garantia de um mínimo de segurança social, já que sem recursos materiais a dignidade humana restaria violada.<sup>3</sup>

Mais tarde, o Tribunal Federal Administrativo Alemão (*Bundesverwaltungsgericht*), sabedor da falta de eficácia dos direitos fundamentais elencados na Constituição Alemã, decidiu em 24 de junho de 1954, em uma decisão paradigmática, reconhecer o direito subjetivo a um indivíduo carente de receber prestações materiais necessárias à sua existência digna, obrigando o Estado,

---

<sup>3</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 19.

consequentemente, a efetivar um mínimo que fossem os direitos fundamentais.<sup>4</sup>

Quase duas décadas depois, o Tribunal Constitucional Federal, em decisão de 18 de junho de 1975, reafirmou a existência de um direito subjetivo à garantia de condições mínimas de existência digna ao ser humano. Nessa decisão, o tribunal fundamentou a interpretação do princípio maior da dignidade da pessoa humana, do direito à vida e da integridade física do ser humano, sendo dever do Estado promovê-los.<sup>5</sup>

Quanto ao valor histórico dessas decisões, pode-se salientar a sua repercussão internacional, visto que anos mais tarde este entendimento se disseminaria por vários países, havendo a reprodução deste conteúdo em diversos julgados em tribunais superiores. E não foi diferente no Brasil, como bem demonstram alguns julgados do STF<sup>6</sup>.

### *Conceito*

Para a compreensão do dever do Estado em prestar condições materiais de existência digna é imprescindível uma conceituação do que vem a ser mínimo existencial<sup>7</sup>. Nesse viés, Ana Paula de Barcellos, alegando estar o mínimo existencial relacionado com parcelas materiais indispensáveis à condição humana digna, esclarece que,

---

<sup>4</sup> HONÓRIO, Cláudia. *Olhares sobre o mínimo existencial em julgados brasileiros*. Paraná, 2004. 308 f. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufrpr.br/dspace/bitstream/1884/17942/1/claudia1.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2010, p. 45.

<sup>5</sup> HONÓRIO, 2009, p. 46.

<sup>6</sup> Ver ADPF nº 45/DF, Relator Min. Celso de Mello, Informativo nº 345, 2004; ver também: RE 436996/SP, RE 367.432/PR, Agravo de Instrumento 564.035/SP, entre outros.

<sup>7</sup> Sarlet e Figueiredo (2008, p. 25), pondo-o como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana e como meio a efetivá-la, compreendem-no com o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável.

o mínimo existencial corresponde ao *conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna*; existência aí considerada não apenas como experiência física – a sobrevivência e a manutenção do corpo – mas também espiritual e intelectual, aspectos fundamentais em um Estado que se pretende, de um lado, democrático, demandando a participação dos indivíduos nas deliberações públicas, e, de outro, liberal, deixando a cargo de cada um seu próprio desenvolvimento.<sup>8</sup>

Assim, a autora demonstra que o mínimo existencial abrange tanto prestações positivas, em que o Estado está obrigado a agir<sup>9</sup>, por meio de prestações materiais – como exemplo, a obrigação em fornecer medicamento a pessoas economicamente desprestigiadas – como pelo dever de abster-se de praticar certos atos – por exemplo, não tributar bens ou serviços diretamente ligados à satisfação das necessidades mínimas do ser humano, como é o caso da isenção de tributos nos produtos da cesta básica. A isso se chama de eficácia positiva e eficácia negativa do mínimo existencial, ou seja, na primeira o Estado está obrigado a atuar com um fazer e, na segunda, está vinculado a um não-fazer.

Complementando a ideia, Sarlet (2004, p. 322) nos ensina que o Estado tem o dever de proteger a existência do ser humano, sendo-lhe vedado aplicar pena de morte como forma de punição (art. 5º, XLVII, “a” da CF 88). Contudo, ao abster-se em prestar condições dignas às pessoas, estaria, de certo modo, condenando-as a uma pena de morte pelo único crime de não terem condições de obter recursos próprios para atender às suas necessidades.

Uma atuação minimalista do Estado ao não deixar alguém morrer de fome já seria suficiente para garantir a sobrevivência de uma pessoa, mas, como se sabe, a *existência humana em digni-*

---

<sup>8</sup> apud HONÓRIO, 2009, p. 151, grifo nosso.

<sup>9</sup> Ponderando esta premissa, Sarlet (2004, p. 317) constata que o Estado não pode *dar dignidade* a uma pessoa; o que pode é *dar condições* para que esta se desenvolva.

*dade requer muito mais que um prato de comida diário* – se isso não fosse verdade, não haveria o porquê da existência dos direitos fundamentais.<sup>10</sup>

É importante salientar ainda que a noção de mínimo existencial vem fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana<sup>11</sup>, de forma a garantir uma existência digna e a assegurar condições mínimas indispensáveis ao pleno desenvolvimento das capacidades do ser humano, ou seja, “a necessidade de preservar a própria vida humana, não apenas na condição de mera sobrevivência física do indivíduo (aspectos que assumem especial relevância no caso da saúde), mas também de uma sobrevivência que atenda aos mais elementares padrões de dignidade.”<sup>12</sup>

O mínimo existencial, nesse contexto, relaciona-se com a promoção de parcelas essenciais a uma existência digna da pessoa – parcelas estas referentes a prestações positivas, bem como negativas por parte do Estado –, diferentemente do postulado do mínimo vital, visto que este se preocupa apenas em garantir prestações *necessárias à sobrevivência* da pessoa. Dessa feita, o mínimo existencial está acima do mínimo vital, protegendo muito além de uma sobrevida, ou seja, objetiva a *vida com dignidade*<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> A ministra Cármen Lúcia Antunes da Rocha, em julgamento do Agravo de Instrumento 564.035/SP, em 2007, buscou traçar diretrizes pelas quais o mínimo existencial seria “o conjunto de direitos fundamentais sem os quais a dignidade da pessoa humana é confiscada. E não se há de admitir ser esse princípio mito jurídico ou ilusão da civilização, mas dado constitucional de cumprimento incontornável, que encarece o valor de humanidade que todo ser humano ostenta desde o nascimento e que se impõe ao respeito de todos.”

<sup>11</sup> TORRES (2003, p. 11-12) define que “a proteção ao mínimo existencial se fundamenta no princípio da dignidade da pessoa humana, que aparece hoje em diversos textos básicos: art. 1º da Constituição de Bonn, [...] e art. 1º da CF 88, entre outros.”

<sup>12</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 306.

<sup>13</sup> “O conceito do *mínimo existencial*, do mínimo necessário e indispensável, do mínimo último, aponta para uma obrigação mínima do poder público, desde logo sindicável, tudo para evitar que o ser humano perca sua condição de humanidade, possibilidade sempre presente quando o cidadão, por falta de emprego, de saúde, de previdência, e educação, de lazer, de assistência, vê confiscados seus

## *Localização do princípio na Constituição Federal de 1988 e sua relação com os direitos fundamentais*

Nessa toada, apesar de presença do mínimo existencial entre nós não estar vinculada à positivação legislativa, e não havendo nenhuma lei que o preveja expressamente, nem mesmo a Constituição Federal, este não perde força normativa nem pode servir de argumento para sua desconsideração pelos poderes do Estado ao agir.

Disso poderia ser perquirido, então: de onde este princípio retira sua obrigatoriedade? A resposta vem da própria ordem constitucional, haja vista que esse princípio é decorrente dos valores norteadores da Constituição, cujo conteúdo é a própria essência dos direitos fundamentais<sup>14</sup>. Corresponde, dessa maneira, à parcela indivisível e indisponível dos direitos fundamentais<sup>15</sup>, aquém da qual desaparece a possibilidade de viver em condições dignas.

Como decorrência dessa essencialidade do mínimo existencial, alguns autores o classificam como pré-constitucional<sup>16</sup>, ou seja, decorre de outros previstos na Constituição, como liberdade, dignidade humana, vida, Estado democrático de direito

---

desejos, vê combatida sua vontade, vê destruída sua autonomia, resultando num ente perdido no cipoal das contingências, que fica à mercê das forças terríveis do destino” (CLÈVE apud HONÓRIO, 2009, p. 149).

<sup>14</sup> Sarlet e Figueiredo (2008, p. 26), assim se manifestam com relação à existência de um mínimo existencial no conteúdo dos direitos fundamentais, em especial aos sociais: “Que esse núcleo essencial, em muitos casos, até pode ser identificado com o conteúdo em dignidade destes direitos e que, especialmente em se tratando de direitos sociais de cunho prestacional (positivo), este conteúdo essencial possa ser compreendido como constituindo justamente a garantia do mínimo existencial, resulta evidente.”

<sup>15</sup> Pelo fato de alguns autores relacionarem o princípio do mínimo existencial diretamente apenas aos direitos sociais, haja vista estes requererem mais amplamente prestações positivas por parte do Estado, faz-se necessário esclarecer que, para evitar equívocos no decorrer deste estudo quanto à aplicação do mínimo existencial, optamos pela premissa de sua relação com todos os direitos fundamentais, pois não é só nos direitos sociais que está presente a necessidade de prestação positiva do Estado, apesar de esta ser mais forte nos direitos sociais.

<sup>16</sup> Dentre outros, Ricardo Lobo Torres e Mariana Filchitine Figueiredo.

ou, ainda, Estado social de direito<sup>17</sup>. Está, desse modo, ligado ao espírito da Constituição.

Torres, por sua vez, extrai a legitimidade do mínimo existencial dos princípios fundamentais do Estado democrático de direito previstos no art. 1º da CRFB, quais sejam: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, o trabalho e a livre iniciativa e o pluralismo político.<sup>18</sup>

Todavia, este princípio pode ser relacionado a algumas passagens do Texto Constitucional, nas quais o mínimo existencial pode ser relacionado com alguns artigos, uns entre o rol dos direitos fundamentais, outros fora, sem que isso tenha o condão de retirar sua fundamentalidade. Assim, podem-se elencar, entre outros, o preâmbulo, o art. 1º (fundamentos do Estado democrático de direito brasileiro); o art. 3º (objetivos do Estado); o art. 170 (ordem econômica nacional pautada em assegurar a *existência digna*); o art. 6º (direitos sociais – e as condições materiais de existência); art. 7º, IV (garantia de um salário mínimo), e o art. 193 (que tem como objetivo o bem-estar e a justiça social).<sup>19</sup>

Feitas essas considerações acerca da decorrência deste princípio na ordem constitucional brasileira, é imperioso que seja fixado o conteúdo deste princípio, isto é, quais as prestações que abrangeriam o dever do Estado. Inicialmente, há de ser ressaltado o que reza a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que em seu art. 25 elenca como sendo direito de todo homem, para ter assegurado um padrão de vida capaz de proporcionar bem-estar para si e para sua família, a

---

<sup>17</sup> Nas palavras de Ingo Sarlet (2004, p. 316-317): “a garantia das condições mínimas para uma existência digna integra o conteúdo essencial do princípio do Estado social de direito, constituindo uma de suas principais tarefas e obrigações.”

<sup>18</sup> TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucionais, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 11.

<sup>19</sup> HONÓRIO, 2009, p. 74-80.

alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e sociais, a segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice, ou, ainda, outros casos de perda de meios de subsistência, por circunstâncias fora de seu controle.

Não obstante ser um rol amplo, não pode deixar de ser observado pelo ente estatal ao agir, tendo em vista que o Brasil é signatário desta, e o art. 5º, § 2º, da CF prevê a abertura material a outros direitos fundamentais. Além disso, pode ser citado o art. 7º, IV, da CF, que ao garantir o direito a um salário mínimo, estabeleceu que este devesse atender às necessidades vitais básicas do ser humano e de sua família, elencando quais seriam essas<sup>20</sup>.

Já a doutrina adota postura de maior de cautela, considerando apenas alguns direitos como conteúdo do mínimo existencial, sob o argumento de que a excessiva inclusão acabaria inutilizando o instituto. Nessa toada, Robert Alexy<sup>21</sup> defende que o direito subjetivo a um mínimo existencial compreenderia uma moradia simples, educação fundamental e média, educação profissionalizante e um patamar mínimo de assistência médica.<sup>22</sup>

No cenário nacional teve grande aceitação o entendimento de Ana Paula de Barcellos ao sustentar que o mínimo existencial é composto de quatro elementos, sendo três deles materiais – a educação fundamental, a saúde básica e a as-

---

<sup>20</sup> Repetindo alguns da Declaração Universal, prevê o direito à moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social.

<sup>21</sup> apud HONÓRIO, 2009, p. 123.

<sup>22</sup> Ainda, no âmbito internacional, vale a pena citar o entendimento do catedrático de Coimbra Canotilho: “Salienta que o salário mínimo, as prestações de assistência social básica e o seguro-desemprego, por exemplo, configuram-se como ‘verdadeiros direitos sociais originariamente derivados da constituição sempre que eles constituam *standart* mínimo de existência indispensável à fruição de qualquer direito” (CANOTILHO apud HONÓRIO, 2009, p. 138).

sistência aos desamparados – e um instrumental – o acesso à justiça.<sup>23</sup>

Entretanto, apesar da importância da fixação do conteúdo do mínimo existencial, para que se evitem abstrações, deve-se ter muita cautela com relação a quais direitos fazem parte e em que níveis carecem de efetivação para que se evite a perda de finalidade deste princípio. Além disso, o mínimo existencial requer uma análise subjetiva do caso concreto, haja vista envolver um juízo de valores por parte do julgador, o que, conseqüentemente, inviabiliza uma definição *a priori* do seu conteúdo – caso contrário, estará o princípio perdendo a razão de existir, pois não teria o condão de garantir uma existência digna a todos os casos de maneira justa.

Com notável clareza Sarlet e Figueiredo demonstram:

A impossibilidade de se estabelecer, de forma apriorística e acima de tudo de modo taxativo, um elenco dos elementos nucleares do mínimo existencial, no sentido de um rol fechado de posições subjetivas negativas e positivas correspondentes ao mínimo existencial. Além disso, encontra-se vedada até mesmo a fixação pelo legislador de valores fixos e padronizados para determinadas prestações destinadas a satisfazer o mínimo existencial, notadamente quando não prevista uma possibilidade de adequação às exigências concretas da pessoa beneficiada e se cuidar de um benefício único substitutivo da renda mensal. *O que compõe o mínimo existencial reclama, portanto, uma análise (ou pelo menos a possibilidade de uma averiguação) à luz das necessidades de cada pessoa e de seu núcleo familiar, quando for o caso.*<sup>24</sup>

O alcance do princípio do mínimo existencial, destarte, deve ficar a cargo do julgador, uma vez que, como acima demonstrado, não é possível sua fixação em um rol fechado e de modo

---

<sup>23</sup> apud HONÓRIO, 2009, p. 152.

<sup>24</sup> SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 26, grifo nosso.

apriorístico. O julgador, todavia, está adstrito às particularidades do caso concreto, bem como ao grau de fundamentalidade do direito pleiteado, elaborando por meio da ponderação um juízo pautado na racionalidade e na proporcionalidade, de acordo com os valores em jogo.<sup>25</sup>

Nesse diapasão, deixar ao alvedrio do Judiciário a fixação do conteúdo do princípio do mínimo existencial, pela ponderação dos valores em choque, não é o mesmo que lhe dar liberdade ilimitada para decidir, haja vista a CF-88, em seu art. 93, inciso IX, prever a obrigatoriedade de as decisões judiciais serem motivadas. Essa vinculação do julgador em motivar suas decisões possibilita, assim, que seja feito o controle da discricionariedade desta e evita arbitrariedades, que podem se dar tanto aquém do mínimo existencial como além deste.

## **A efetivação dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário por meio do princípio do mínimo existencial**

### *Legitimidade do Judiciário em atuar na aplicação do mínimo existencial*

A ideia do mínimo existencial traz à baila a condição de vulnerabilidade da existência humana em condições de dignidade, em especial às pessoas pobres que não possuem condições econômicas para tanto. Em consequência, surge a necessidade da atuação do Estado em garantir condições para esta parcela da população. Porém, resta saber, então, como o ente estatal deve atuar.

Assim, a maioria dos Estados democráticos organiza-se sob a concepção liberal da divisão de poderes, sendo cada um

---

<sup>25</sup> SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 30.

competente para atuar dentro de suas atribuições – esta que vem prevista na Constituição Federal e é decorrente do modelo liberal de tripartição dos poderes. Assim, têm-se “as funções estatais de legislar (criar o direito positivo), administrar (concretizar o direito e prestar os serviços públicos) e julgar (aplicar o direito nas hipóteses de conflito)”.<sup>26</sup>

Restaria, dessa forma, ao Poder Executivo, e de certo modo ao Legislativo, a tarefa de concretizarem os direitos fundamentais e prestarem os serviços públicos. Contudo, como esta divisão não se opera de modo intangível, surge a discussão em torno da possibilidade de o Poder Judiciário também atuar de forma ativa na concretização destes direitos, uma vez que não é concebível que a aplicação da Constituição fique apenas nas mãos daqueles. Além disso, como o Poder Judiciário é o guardião da Constituição, em caso de divergência na interpretação ou aplicação, a última palavra deve ser a deste<sup>27</sup>.

Destarte, o Judiciário pode e deve – sob pena de violação ao princípio do acesso à justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da CF, e da própria ordem constitucional, que deve ser aplicada por todos os poderes independentemente de previsão constitucional – dar efetividade aos direitos fundamentais, inicialmente, e de maneira irrecusável, por meio do mínimo existencial. Por sua vez, aos demais poderes caberiam as obrigações de, além de assegurar o mínimo existencial, efetivar também os direitos fundamentais amplamente.

Nesse viés, manifesta-se o ministro Celso de Mello em julgamento da ADPF 45/DF:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema

---

<sup>26</sup> BARROSO, 2008, p. 15.

<sup>27</sup> Nas palavras de Barroso (2008, p. 15): “Note-se que os três Poderes interpretam a Constituição, e sua atuação deve respeitar os valores e promover os fins nela previstos. No arranjo institucional em vigor, em caso de divergência na interpretação das normas constitucionais ou legais, a palavra final é do Judiciário.”

Corte, em especial – a atribuição de formular de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.<sup>28</sup>

Como é possível perceber, o mínimo existencial não pode deixar de ser prestado pelo Estado, ficando obrigados, inicialmente, o Poder Executivo e Legislativo a desenvolverem políticas públicas nesse sentido. Todavia, a omissão ou deficiência na elaboração dessas pelos referidos poderes não é capaz de impossibilitar a garantia do mínimo existencial e a efetivação dos direitos fundamentais, uma vez que o Judiciário se encontra legitimado constitucionalmente a atuar, ou fazer os demais poderes a agir, de tal modo que sejam obrigados a despender prestações imprescindíveis à garantia da existência digna das pessoas<sup>29</sup>.

### *Barreiras encontradas para a atuação do Judiciário na aplicação do mínimo existencial*

Inicialmente, há de ser destacado que ao Judiciário somente é permitido aplicar políticas públicas quando os poderes respon-

---

<sup>28</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 45*. Min. Relator Celso de Mello. 2004. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343\\_204%20ADPF%202045.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf)>. Acesso em: 5 jun. 2011.

<sup>29</sup> Barroso (2008, p. 19) nos resume essa vinculação do Judiciário da seguinte maneira: “Em suma, o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes”.

sáveis por estas se furtarem a aplicar ou não as satisfizerem de modo satisfatório – conforme acima restou demonstrado. Contudo, o Judiciário está legitimado a atuar em políticas públicas sempre que se tratar da aplicação do mínimo existencial, não podendo prevalecer as justificativas contra sua atuação. Dentre essas, podem-se mencionar, entre as mais citadas, a da *(i)* violação ao princípio da separação de poderes, *(ii)* a reserva do possível, *(iii)* inaplicabilidade imediata das normas programáticas pelo Judiciário <sup>30</sup>, como resta exposto pelo STJ em sede de recurso especial.

As doutrinas de resistência à justiciabilidade dos direitos sociais da afronta ao princípio da separação dos poderes, inexistência de previsão orçamentária e reserva do possível não têm lugar quando em pauta direito fundamental que se relaciona intimamente com o princípio da dignidade da pessoa humana e insere-se no padrão hermenêutico do mínimo existencial, como o direito à saúde, salvo situação excepcional não verificada no caso concreto.<sup>31</sup>

Dessa forma, é imperioso passar à análise de cada um destes itens para que seja possível a verificação de que não podem ser opostos com o fulcro de impedirem a condenação do ente público a promover o mínimo existencial, uma vez que este deve prevalecer sempre sobre aqueles.

---

<sup>30</sup> De igual importância é também a controvérsia da possibilidade de interferência do Poder Judiciário na distribuição do orçamento público, uma vez que, ao condenar o poder público a promover prestações positivas, obrigando-o a dispor do orçamento destinado, inicialmente, a outra iniciativa. Entretanto, como se percebe “nem o princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária nem o da separação de poderes assumem feições absolutas” (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 43), podendo, desse modo, quando imprescindível a prestação de tutela efetiva, o Judiciário interferir também na questão orçamentária.

<sup>31</sup> apud HONÓRIO, 2009, p. 227.

## *Princípio da separação de poderes*

Assim, quanto à violação ao princípio da separação de poderes, constata-se que o Judiciário estará legitimado a agir nas hipóteses em que as políticas públicas não alcançarem a proteção de um mínimo existencial, ou seja, caso o poder público não cumpra com o dever de aplicar os direitos fundamentais, o Judiciário garantirá a proteção de uma parcela mínima, por meio da aplicação do mínimo existencial. Nessa senda, também o TRF da 4ª Região sustenta “que a intervenção judicial em políticas públicas restringe-se às hipóteses em que os gastos públicos não atendam o mínimo existencial”<sup>32</sup>.

É importante salientar, ademais, que o mínimo existencial não tem o condão de diminuir a amplitude dos direitos fundamentais, como erroneamente alguns o interpretam<sup>33</sup>, mas, sim, de garantir que as prestações vinculadas a uma existência em dignidade não possam ser objeto de escusa por parte do Estado. Percebendo essa vicissitude, o des. do TJ/MT Paulo S. Carreira de Souza deixa claro que a proteção ao mínimo existencial.

não significa que o Estado deve proporcionar ao particular tão somente o “mínimo existencial”, mas sim que deve proporcionar, em primeiro lugar, o “mínimo existencial” a todos, para depois se ater às necessidades que não as de dar amparo à dignidade da pessoa humana<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> HONÓRIO, 2009, p. 214.

<sup>33</sup> Deixe-se claro aqui que o mínimo existencial não pode ser tido como uma parte ínfima possível de aplicação dos direitos fundamentais, mas, sim, como *ponto de partida* de efetivação destes, tendo como premissa a obrigatoriedade da efetivação desta parcela mínima de dignidade. Dessa forma, não há de se falar em redução da noção dos direitos fundamentais, mas, em verdade, que estes têm garantido um mínimo de efetividade, ou seja, um pontapé inicial para serem aplicados. Até porque o conteúdo que ultrapassar a parte relativa ao mínimo existencial continua exigível, embora o Estado não esteja obrigado a concedê-los.

<sup>34</sup> Agravo de Instrumento nº 200704000376791/RS, julgado em 20/02/08 pela 4ª Turma do TRF da 4ª Região, sendo relator o des. fed. Valdemar Capeletti. De 03/03/08. (HONÓRIO, 2009, p. 214).

Assim, como o grau de atuação do Judiciário na prestação dos direitos fundamentais por meio de políticas públicas<sup>35</sup> é diverso dos demais poderes, visto que visa a garantir e efetivar as parcelas referentes ao mínimo existencial – deixando as demais prestações, não relacionadas com a promoção da dignidade humana, para que os poderes Legislativo e Executivo implementem-nas por meio de políticas públicas –, não há que se falar, então, em violação do princípio da separação de poderes pelo Judiciário enquanto este atuar para proteção do mínimo existencial.<sup>36</sup>

Todavia, não pode o Judiciário aplicar daí em diante, haja vista que seu dever é preservar, num primeiro momento, apenas a existência digna, pois com a proteção dessas condições seria possível às pessoas reivindicarem democraticamente o implemento de políticas públicas mais abrangentes, diretamente nos poderes inicialmente obrigados a estas.

Ademais, somente quando as pessoas tiverem asseguradas suas necessidades básicas, como saúde, moradia, alimentação, educação e acesso à justiça, terão a noção da importância de reivindicar também, através da democracia, a efetivação dos demais direitos fundamentais<sup>37</sup>.

### *Princípio da reserva do possível*

Com relação à reserva do possível<sup>38</sup>, como acima citado, também não se presta como motivo suficiente para a escusa do

---

<sup>35</sup> Quanto à definição do que é a terminologia “políticas públicas”, o Legislativo, recentemente, no Estatuto da Igualdade Racial, lei nº 12.288, de 21 de julho de 2010, conceituou-o no art. 1º, inc. V, como “as ações, iniciativas e programas adotados pelo Estado no cumprimento da suas atribuições institucionais.”

<sup>36</sup> HONÓRIO, 2009, p. 213.

<sup>37</sup> Na relação da vinculação democrática ao princípio do mínimo existencial, Honório (2009, p. 241) constata que, “sem condições de sobrevivência digna, não há sujeito de direito e, conseqüentemente, razão de ser do ordenamento jurídico.”

<sup>38</sup> Imperioso se demonstra, antes de qualquer coisa, que seja feita uma conceituação de reserva do possível, para que o leitor fique situado sobre o tema. A reserva

Estado perante o mínimo existencial, como bem Eros Roberto Grau expressa: “a assim designada reserva do possível ‘não pode ser reduzida a *limite posto pelo orçamento*, até porque, se fosse assim, um direito social sob a reserva dos cofres cheios equivaleria, na prática – como diz José Joaquim Gomes Canotilho – a nenhuma vinculação jurídica.”.<sup>39</sup> Portanto, apesar de ser relevante sua consideração, não deve prevalecer perante o mínimo existencial.<sup>40</sup>

Assim, a aplicação desse princípio deve se dar com cautela, ainda mais sabendo que se trata de criação estrangeira – Alemanha –, em países que há muito tempo conseguiram assegurar uma existência digna ao seu povo e que, hodiernamente, estão sendo chamados a atuar em prestações muito além da mera proteção à dignidade. Dessa forma, não pode ser desprezado o fato de este ser um princípio cuja criação se deu em condições econômicas e culturais diversas daquelas presenciadas no Brasil. Trata-se, desse modo, de criação da jurisprudência alemã, que, ao se deparar com pedidos de efetivação de avançados direitos fundamentais, muito longe daqueles relacionados com o míni-

---

do possível está relacionada com a constatação da impossibilidade financeira do Estado, ou seja, os recursos públicos são finitos e, conseqüentemente, o ente estatal não tem condições fáticas de efetivar todos os direitos fundamentais, principalmente os que requerem prestações positivas. Com relação a este tema, Ractz (2009, p. 43), com salutar clareza, define que “a reserva do possível seria como um limitador da atividade do Poder Judiciário para efetivar políticas públicas [...]. Segundo essa teoria, haveria um limite fático ao exercício dos direitos sociais prestacionais, que esbarraria na falta de recursos financeiros para sua concretização. A partir desse entendimento é que Port conceitua a reserva do possível como a ‘efetiva disponibilidade de recursos para que se faça viável o efetivo cumprimento da prestação requerida’”.

<sup>39</sup> SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 35.

<sup>40</sup> Neste viés, Honório (2009, p. 225) assim se manifesta: “Desta feita, afirmou que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada pelo Estado com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações, notadamente quando estão em jogo direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade (integridade e intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”)”. Mais adiante, retomando o ponto, citando outros autores como Alexy e Olsen, que defendem esta posição, aduz que “o mínimo existencial constitui um limite à reserva do possível.”

mo existencial, deparou-se com a impossibilidade financeira do Estado para tanto<sup>41</sup>.

Conseqüentemente, se seguidos no Brasil, com a mesma intensidade, os ensinamentos sobre o tema abordado na doutrina e da jurisprudência da Alemanha, por exemplo, onde este tem grande aplicabilidade, estar-se-á desprezando a ordem constitucional brasileira – negando suas prioridades – e, por conseguinte, a realidade nacional, que em muito se distancia das daquele e que agoniza até hoje por atuações positivas do Estado na área do próprio mínimo vital.

Dito isso, caso aplicado no Brasil o princípio da reserva do possível com a mesma abrangência dada nos países desenvolvidos, sem as oportunas ponderações, um cenário muito perigoso pode surgir no ordenamento jurídico pátrio, como a insegurança existencial das pessoas, o esvaziamento do conteúdo dos direitos fundamentais e a perda de força normativa da Constituição.<sup>42</sup>

Mas a natureza de direito *prima facie* vinculante implica que a cláusula de restrição desse direito – a “reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade” – *não pode levar a um esvaziamento do direito*. Essa cláusula simplesmente a necessidade de sopesamento desse direito.<sup>43</sup>

Destarte, a única forma de se alterar a lamentável realidade nacional – país de miseráveis e excluídos – e, mais grave ainda,

---

<sup>41</sup> Cf. RACTZ, Juliana. A aplicabilidade da teoria da reserva do possível no direito à saúde brasileiro. In: BORTOLOTTI, José Carlos Kraemer; AMARO, Luciane Drago (Orgs.). *Temas contemporâneos de direito*. Passo Fundo: Méritos, 2009, p. 46 et seq.

<sup>42</sup> Corroborando com esta ideia, Andréas Krell afirma que “os problemas de exclusão social no Brasil de hoje se apresentam numa intensidade tão grave que não podem ser comparadas à situação social dos países-membros da União Europeia” (KRELL apud HONÓRIO, 2009, p. 55).

<sup>43</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 515, grifo nosso.

a inefetividade da CF e dos direitos fundamentais é obrigando o Estado a aplicar os direitos fundamentais, em especial os direitos sociais, de uma forma mínima, mas nunca aquém disso.

Entretanto, a falta de recursos financeiros (reserva do possível ou fator custo, na fala de Sarlet) não é uma criação imaginária. Essa escassez existe. Os recursos públicos são finitos, contudo existem – e no Brasil não são tão poucos assim<sup>44</sup> – e devem ser, ao menos em um valor proporcional e significativo do PIB, destinados à garantia do mínimo existencial<sup>45</sup>. Contudo, o Judiciário está legitimado, sob o amparo dos objetivos e fundamentos do Estado brasileiro e da ordem constitucional em si, a buscar esses recursos, alocando-os de orçamentos não essenciais, caso os demais poderes frustrem sua aplicação.

Como o Estado não pode efetivar os direitos fundamentais prestacionais a todos imediatamente, por impossibilidade orçamentária, essa efetivação deve se dar, então, de forma progressiva, ou seja, parte-se, inicialmente, do mínimo existencial em dignidade, como a unidade última e indivisível na qual o Estado não pode negar aplicação, para, posteriormente, de acordo com a evolução na efetivação destes e com o conseqüente desenvolvimento da sociedade, novos direitos serem garantidos, juntamente com a ampliação do alcance dos já elencados. Portanto, “cabe sim pensar no mínimo, certamente tendo os olhos voltados ao máximo.”<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> Amaral, trazendo à tona a discussão em torno da falta de recursos para aplicação até mesmo das prestações ligadas ao mínimo existencial, discorda, uma vez que “torna-se difícil a falta de recurso para o mínimo existencial, tendo em vista que o PIB brasileiro em 2007 atingiu a cifra de U\$ 1,210 trilhões” (AMARAL apud HONÓRIO, 2009, p. 241).

<sup>45</sup> De grande valia é a manifestação do ministro Celso de Mello quando em julgamento da ADPF – 45 de 2004, de modo que “ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. *O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível* (ADPF – 45, 2004, p. 05, grifo nosso).

<sup>46</sup> HONÓRIO, 2009, p. 214.

Isso posto, como resultado dessas evoluções, novos direitos deverão aderir ao conteúdo do mínimo existencial, de modo a torná-lo progressivamente mais abrangente e inchado. Esse inchaço do conteúdo está ligado ao aprimoramento do Estado democrático de direito e deve vir vinculado ao princípio da proibição de retrocesso e da segurança jurídica.

Nessa senda, não merece mais prevalecer o entendimento de que a reserva do possível impossibilita a aplicação dos direitos fundamentais. Na verdade, não impossibilita, mas sim condiciona a aplicação dos recursos, ficando a cargo do mínimo existencial *guiar* a distribuição destes. A reserva do possível, diante disso, encontra limite na ideia do mínimo existencial, isto é, nas prestações além do mínimo existencial há possibilidade de se falar em reserva do possível; aquém desse, todavia, nunca poderá prevalecer.

### *Normas programáticas*

Na mesma senda da problemática acima citada, que visa a negar a aplicabilidade do mínimo existencial pelo Poder Judiciário – princípio da separação de poderes e reserva do possível –, a classificação dos direitos sociais como normas de eficácia programática e, por isso, incapazes de serem aplicados imediatamente pelo Judiciário sem a prévia intervenção legislativa, vem sendo utilizada também como argumento por parte do Estado para esquivar-se desse ônus.

Conceituando normas de eficácia programática, José Afonso da Silva define-as como

programáticas aquelas normas constitucionais pelas quais o constituinte, em vez de regular, direto e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos órgãos (legislativos, executivos, juris-

dicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.<sup>47</sup>

Assim, tais normas traduzem-se em programas a que o Estado deverá atender, muito embora não esteja objetivamente vinculado a aplicá-las, pois, como refere o autor, seriam apenas programas de ação que direcionam a atuação do poder público, não podendo ser, por conseguinte, objeto de aplicação judicial por faltar objetividade.<sup>48</sup> Contudo, mais adiante, o mesmo autor faz a ponderação acerca do esforço das constituições e da doutrina em superar esse entendimento.<sup>49</sup>

Nesse viés, manifestou-se o ministro Celso de Mello quando do julgamento da ADPF – 45/04:

Cabe assinalar, presente esse contexto [de descumprimento dos direitos de estatura constitucional pelos Poderes Legislativo e Executivo] – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que *o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.”*<sup>50</sup>

Dessa forma, ao tratar-se da aplicação de parcelas relacionadas com o mínimo existencial, a característica programática de uma norma não prepondera sobre os valores maiores expressos na Carta Política nacional, tendo, diante disso, o Judiciário legitimidade para dar conteúdo concreto a essas normas perante o caso concreto.<sup>51</sup>

---

<sup>47</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas programáticas*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 138.

<sup>48</sup> *Ibidem*. p. 139.

<sup>49</sup> *Ibidem*. p. 139-140.

<sup>50</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2004, grifo nosso.

<sup>51</sup> *Ibidem*.

## *Finalidade da aplicação do princípio do mínimo existencial pelo Poder Judiciário e seus benefícios*

Mais que um problema, a atuação do Poder Judiciário ativamente na busca da efetividade dos direitos fundamentais e da Constituição é uma solução e uma medida necessária para que seja rompida a tradição nacional de inaplicabilidade destes<sup>52</sup>. Ademais, como bem constatado por Honório, a jurisdição constitucional é incapaz de erradicar sozinha a pobreza e propiciar autonomia e dignidade a todos, ainda mais diante da repetida omissão do Poder Executivo em implementar as políticas públicas já definidas e da inércia do Legislativo em normatizar as atuações do Estado para disponibilizar prestações materiais às pessoas em periclitamento de dignidade por falta de recursos econômicos.<sup>53</sup>

Dessa forma, Moro expõe que “cabe ao Judiciário realizar os direitos garantidos na Constituição, ‘mesmo que isso implique interpretação de valores substantivos ou implique a adoção de medidas concretas que possam interferir nas funções dos Poderes Legislativo ou Executivo’”.<sup>54</sup>

Nessa senda, o Judiciário, ao agir preservando aos direitos mínimos do ser humano, além de estar concretizando a Constituição, segundo Alexy, acaba colocando em marcha e mantém com vida o processo democrático. Nesses termos,

direitos fundamentais são democráticos, porque eles, com as garantias como as da vida, da liberdade, da formação e da

---

<sup>52</sup> Ana Cláudia Saldanha, em seu artigo “A interpretação constitucional dos direitos sociais e o mínimo existencial”, aborda essa situação demonstrando que “a falta de efetividade das sucessivas constituições brasileiras decorreu do não-reconhecimento da força normativa de seus textos constitucionais e da falta de vontade política de dar-lhes aplicabilidade imediata. A efetividade da Constituição, a partir da promulgação da Carta de 1988, tornou-se uma ideia vitoriosa e incontestada.” Dessa forma, cabe em grande parte à atuação do Poder Judiciário em tal situação, contudo deve ser dado prosseguimento a essa iniciativa de desvincular a Constituição de 1988 da tradição nacional de ineficácia.

<sup>53</sup> HONÓRIO, 2009, p. 269.

<sup>54</sup> *Ibidem*.

propriedade, bem genericamente, asseguram a existência e o desenvolvimento das pessoas que, no fundo, são capazes de por em marcha e manter com vida o processo democrático e porque eles, com a garantia da liberdade de opinião, de meios de comunicação, de reunião e de associação, assim como o direito eleitoral, garantem as condições funcionais do processo político.<sup>55</sup>

Conquanto, somente quando for garantida às pessoas uma existência com dignidade, com seus anseios mínimos protegidos, e podendo gozar de saúde, moradia, alimentação e independência intelectual, por exemplo, perceberão o poder político que detêm em suas mãos. Então, poder-se-á falar em democracia, pois as pessoas terão condições de participar desse processo democrático<sup>56</sup> e de nele manifestarem seus interesses.<sup>57</sup>

O ativismo judicial, nesse contexto, seria “a postura mais adequada ao tempo presente, em que se requer efetiva atuação do Estado na realização das promessas constitucionais.”<sup>58</sup> Nessa dimensão, a intervenção judicial nas políticas públicas, além de dar suporte ao desenvolvimento do ser humano e do processo democrático e de dar aplicabilidade à Constituição e aos direitos fundamentais, também objetiva enfrentar a oponibilidade da reserva do possível e dá conteúdo mais concreto ao princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista decorrer diretamente deste, como alhures citado.<sup>59</sup>

Referentemente à oponibilidade da reserva do possível, resta relembrar o que já foi assinalado anteriormente, de que não pode prevalecer de modo absoluto, pois teria como consequências

---

<sup>55</sup> ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 11.

<sup>56</sup> Ver também artigo de Luís Roberto Barroso: “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.” 2008, p. 19.

<sup>57</sup> Neste diapasão, Honório (2009, p. 241) aborda que “sem condições de sobrevivência digna, não há sujeito de direito e, conseqüentemente, razão de ser do ordenamento jurídico.”

<sup>58</sup> HONÓRIO, 2009, p. 272.

<sup>59</sup> ALVES, 2009, p. 112.

a perda da força normativa da Constituição e o esvaziamento do conteúdo dos direitos fundamentais. Apesar de relevante e necessária sua consideração no momento do julgador decidir, esta não tem o condão de prevalecer sobre o mínimo existencial, motivo pelo qual deve ser condicionada sua discussão apenas às prestações que excedam o mínimo existencial.

Por fim, mas sem desmerecer sua importância, o mínimo existencial, por decorrer diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana, acaba por dar mais clareza de conteúdo e afasta a abstração deste princípio<sup>60</sup>.

Diante do exposto, a vinculação do Poder Judiciário – e sua legitimidade para tanto também advém desta constatação – de dever aplicar o princípio do mínimo existencial atende ao pressuposto elementar lançado na Constituição, de inserção do ser humano num plano de dignidade. Esta é compreendida como o valor jurídico fundamental da comunidade e como valor-guia da ordem constitucional e dos direitos fundamentais, não apenas, como alguns a querem ver, aplicável somente num plano ético e moral, como bem salienta Sarlet.

Num primeiro momento, a qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o art. 1º, inc. III, de nossa Lei Fundamental não contém apenas uma declaração de conteúdo ético e moral (que ela, em última análise, não deixa de ter), mas que constitui norma jurídico-positiva com *status* constitucional e, como tal, dotada de eficácia, transformando-se de tal sorte, para além da dimensão ética já apontada, em valor jurídico fundamental da comunidade. Importa considerar, nesse contexto, que, na condição de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem constitucional, razão pela qual se justifica plenamente sua

---

<sup>60</sup> Dessa forma, “o fato é que o mínimo existencial tem servido para densificar o princípio da dignidade da pessoa humana, tornando seu conteúdo mais palpável e mais evidente a valorização do ser humano” (HONÓRIO, 2009, p. 257).

caracterização com princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa.<sup>61</sup>

Portanto, o Poder Judiciário tem o dever de prestar o mínimo existencial toda vez que for provocado para tanto, não podendo ser barrada sua atuação com base em premissas como a reserva do possível, separação de poderes, ou que ditas normas têm conteúdo programático, sob pena de se violar diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana e, por consequência, toda ordem constitucional e o preceito dos direitos fundamentais. Por outro lado, não pode ser o Judiciário impedido de aplicá-lo, pois, como restou demonstrado, todos esses argumentos não têm amplitude suficiente para impedir o ativismo judicial quando se fala em aplicação do mínimo existencial.

## **Considerações finais**

Apesar das dificuldades encontradas no ordenamento jurídico, bem como na falta de implementação de políticas públicas por parte dos poderes Executivo e Legislativo, visando a efetivar os direitos fundamentais, o Poder Judiciário está legitimado a dar-lhes aplicabilidade. Esta legitimidade acaba encontrando seu ápice no princípio do mínimo existencial.

Dessa forma, mesmo sem deixar de observar a impossibilidade orçamentária de o Estado de atender a todos os direitos fundamentais de imediato (princípio da reserva do possível), o limite de intervenção legitimada para impor obrigações aos demais poderes (princípio da separação de poderes) e a falta de objetividade das normas programáticas, pode o Judiciário aplicar no caso concreto os direitos fundamentais.

---

<sup>61</sup> SARLET, 2004, p. 119-120.

E o papel do princípio do mínimo existencial nessa relação é dar parâmetro para o Judiciário atuar, atribuindo as prioridades que devem ser atendidas de imediato, além de impedir sua postergação, haja vista serem direitos inegáveis a qualquer *ser humano*, sob pena da perda dessa qualidade intrínseca à pessoa – sua humanidade.

Dessa forma, quando, finalmente, forem asseguradas condições mínimas de dignidade a todos os brasileiros, poder-se-á, então, visualizar a existência de uma república democrática, na qual o povo, consciente de seus direitos e deveres, pode participar ativamente no processo democrático, não ficando mais excluído do desenvolvimento nacional. Ademais, uma nação somente se desenvolve quando seu povo se desenvolve, e este apenas se desenvolverá quando o Estado assegurar as condições para tanto.

Nessa dinâmica, o Poder Judiciário será o motor impulsor que dará movimento a toda essa relação, que terá como escopo final a proteção do ser humano – razão de existir da instituição estatal – e o desenvolvimento da democracia –, sem a qual não haverá lugar para questões como direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana.

## Rerefências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 5 jul. 2010.

BRASIL. Assembleia Constituinte. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.

HONÓRIO, Cláudia. *Olhares sobre o mínimo existencial em julgados brasileiros*. Paraná, 2004. 308 f. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/1884/17942/1/claudia1.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2010.

RACTZ, Juliana. A aplicabilidade da teoria da reserva do possível no direito à saúde brasileiro. In: BORTOLOTTI, José Carlos Kraemer; AMARO, Luciane Drago (Orgs.). *Temas contemporâneos de direito*. Passo Fundo: Méritos, 2009. p. 39-62.

SALDANHA, Ana Claudia. A interpretação constitucional dos direitos sociais e o mínimo existencial. Disponível em: <<http://www.pgj.ce.gov.br/esmp/publicacoes/ed1/artigos/intepretacao.constitucional.dos.direitos.sociais.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. 1948.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas programáticas*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 45*. Min. Relator Celso de Mello. 2004. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343\\_204%20ADPF%202045.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf)>. Acesso em: 5 jun. 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucionais, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 01-45.

# Os desafios do processo do trabalho no século XXI: a acessibilidade ao Judiciário trabalhista como garantia fundamental

Emerson Lopes Brotto<sup>1</sup>

Carlos Vicente Vieira Ozimkoski<sup>2</sup>

---

A apropriação dos fatos, bem como seu desvendamento pela análise humana, constitui, em grosso modo, a história. Esta, por sua vez, não está presa aos documentos escritos, mas a todos os acontecimentos que permeiam a vida social. Desse modo, estudar história é estudar o mundo. Podemos compreender, ou pelo menos tentar compreender o mundo de hoje pela sua memória, ou seja, pela forma como as mais diversas versões sobre determinados acontecimentos chegam até nós.

O direito – e as leis que buscam assimilá-lo – são fruto do comportamento social, comportamento que é determinado pela evolução do homem universalmente concebido, ou seja, o “direito tem uma realidade histórico-cultural, não admitindo o estudo de quaisquer de seus ramos sem que se tenha uma noção de seu desenvolvimento dinâmico no transcurso do tempo”.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Mestre em História.

<sup>2</sup> Aluno do Curso de Direito.

<sup>3</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2007, p.2.

Se a história tem sua própria história, não é menos verdade que o direito também tem a sua, e a história do direito outra não é do que a dos homens socialmente comprometidos em um determinado grupamento social estabelecendo regras de conduta para a possibilidade de sua existência.

Mas já a esta altura seria pertinente perquirir qual a relação do conhecimento histórico com o tema proposto, na medida em que as leis – ou o direito em sentido estrito – tratam de regras de conduta previamente estabelecidas, e a história trata de fatos já emergidos da conduta humana. É que a história está à mercê do fato e o fato faz o contexto para a judicialização do direito através da lei, em termos gerais. A história de uma lei é a história de um fato humano transposto para a regra de conduta. Se a história de uma lei permite desvendar seu contexto específico, a história das leis, ou dos direitos, permite desvendar um contexto de conjunto, de conjuntura relacionada a um grupo de indivíduos e, porque não, a um grupamento social transformado em nação. A influência do direito romano em nossa ordem jurídica não deixa de ser um exemplo disso, assim como o movimento grevista de 1917 do século findo, deflagrado em São Paulo e com ramificações também no Rio Grande do Sul, foi o estopim que culminou na edição da CLT.

Como afirma Vecchi,

O diálogo com a historicidade, que se torna possível pelo fio condutor da linguagem, permite-nos abordar as manifestações fenomênicas da tradição jurídica, possibilitando o aparecimento de novos sentidos e tornando possível a compreensão do passado e do presente, bem como possibilitando a projeção de sentidos para o futuro a partir dos horizontes que abrimos nessa tarefa crítica.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> VECCHI, Ipojucan Demétrius. *Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional*. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, 2007, p. 15.

Se a Justiça do Trabalho nasceu em terra *brasilis*, num berço acanhado, sob o manto do Poder Executivo como mais um órgão administrativo dentre tantos, quiçá o Processo Trabalhista, que em seus primórdios, voltado especificamente para a negociação direta entre as partes, logo adiante estaria sob o tacão do Ministério do Trabalho, sucumbindo às artimanhas engendradas na indicação dos “juizadores” e na avocação de suas decisões.

Aliás, a própria Justiça do Trabalho como tal é posterior à CLT, tendo em vista que sua inserção como órgão do Poder Judiciário só irá se verificar em 1946, ou seja, três anos após a vigência da Consolidação.

A efetiva competência para processar e julgar os conflitos trabalhistas percorreu longo e tormentoso caminho, cuja afirmação lhe trouxe a recente EC 45/2004.

E o Processo do Trabalho, neste interregno, permaneceu intocado ou acompanhou a evolução legislativa no campo do direito material trabalhista, servindo de esquadro para a solução dos mais diversos conflitos oriundos das relações entre capital *versus* trabalho? Esta questão – assim como outras questões conexas – dita o rumo deste breve ensaio, cujo enfrentamento e respostas tentaremos aferir no conjunto do tema.

Por que a provocação direcionada ao Processo do Trabalho e não à Justiça do Trabalho, já que esta é o seu pavimento obrigatório? Porque o tema visa a analisar o Processo do Trabalho em meio ao contexto social, num enredo em que seus atores extrapolam seu aspecto judicial.

O êxito final deste breve estudo está condicionado ao esforço que demandaremos e à análise do leitor.

Obtido ou não, nosso esforço restará recompensado pela leitura criteriosa e crítica daqueles que se empenham em contribuir para o aperfeiçoamento de nosso ordenamento jurídico concomitantemente à busca da plena cidadania.

## Recapturando os fatos e os fundamentos de um processo trabalhista

A institucionalização da Justiça do Trabalho no Brasil confunde-se com seu período pré-jurisdicional, representado através dos Conselhos Permanentes de Conciliação e Arbitragem e as Juntas de Conciliação e Julgamento, concretizando-se com sua constitucionalização em 1934, e sua definitiva integração ao Poder Judiciário em 1946.

Todo este arcabouço de normas e sua sistematização legal é consequência do movimento que percorreu os acontecimentos históricos daquela época. E isto aconteceu porque, conforme leciona Amauri Mascaro do Nascimento,

O Estado, intervindo na ordem econômica e social, não pode limitar-se a dispor entre a matéria trabalhista. Necessita, também, de aparelhamento adequado para a solução dos conflitos de interesses, tanto no plano individual como no coletivo. Assim, a existência de um órgão jurisdicional do Estado para questões trabalhistas é o resultado da própria transformação da ideia de *autodefesa* privada em *processo judicial estatal*, meio característico de decisão dos litígios na civilização contemporânea.<sup>5</sup>

Todavia, e o que é oportuno salientar, este aporte da legislação trabalhista à condição estatal não foi fruto de meras concessões mediante atos de benevolência dos governantes, mas sim conquistas de uma causa: a causa dos trabalhadores por melhores condições de trabalho. Para Octavio Ianni,

Se pudéssemos resumir em poucas palavras a situação das relações entre a burguesia e o proletariado antes e depois de 1930, afirmaríamos que, paradoxalmente, na primeira fase as tensões se revelam mais abertas e agressivas que na etapa posterior.

---

<sup>5</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 55.

Antes de 30, os operários lutam para que se modifiquem as condições de vida adversas que lhes são impostas pelo sistema produtivo em formação; sentem-se levados a ações políticas mais audaciosas, procurando impor reivindicações ligadas às próprias condições de sobrevivência do trabalhador. Em face da inexistência de uma legislação trabalhista sistemática, mesmo relativamente às questões fundamentais, o proletariado é levado a greves e à formação de grupos políticos ativos. Estimulados pelas condições precárias de trabalho e remuneração nos primórdios da indústria e orientados às vezes pela experiência redefinida de operários em países europeus, eles conseguem desenvolver uma ação política agressiva e algumas vezes vitoriosa [...]. Reunindo brasileiros e imigrantes de primeira e segunda geração, esses movimentos refletem um estado de tensão que se modifica gradativamente depois da revolução de 1930. Em boa parte, muitas conquistas efetivadas na *Consolidação das Leis do Trabalho*, promulgada em 1943, são o resultado de experiências daquela fase das lutas do proletariado.<sup>6</sup>

Desse modo, podemos afirmar, com base nos sólidos argumentos de Nascimento e Ianni, que toda a nossa legislação trabalhista é consequência direta dos desdobramentos verificados na história sócio-político-econômica de nosso país ou, mais especificamente, que é resultado dos embates entre capital e trabalho, sendo a intervenção estatal uma forma de judicializar os conflitos deles decorrentes e “regulamentar” até onde tais conflitos poderiam caminhar sem que se tornassem um “caso de polícia”.

Reforça esta afirmação os não menos convincentes e abalizados argumentos de Pinto Martins, que assim se posiciona,

O Estado não se imiscuía para resolver os conflitos surgidos entre empregados e empregadores. Mais tarde, o Estado verificou que era necessário intervir para solucionar os conflitos trabalhistas, pois com a paralisação do trabalho arrecadava menos impostos.

---

<sup>6</sup> IANNI, Octavio. *Industrialização e desenvolvimento social no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1963, p. 74-76.

Havia também a alegação de que as controvérsias trabalhistas geravam conturbações sociais, prejudicando a ordem interna.<sup>7</sup>

Mas não só de exigências estatais internas se regulamenta a questão laboral. Ela também é consequência de desdobramentos em nível internacional, como nos esclarece Vecchi, ao mencionar que,

Outro fator de inegável influência no desenvolvimento da regulação do trabalho no Brasil foi o Tratado de Versailhes de 1919, marcando uma grande pressão externa pela regulação do trabalho. Contudo, foi a partir da Revolução de 30, com sua proposta de retirar o Brasil da predominância de uma economia agrária para introduzi-lo numa sociedade industrializada, que podemos falar, de um lado, do aparecimento de relações de trabalho marcadas por um maior grau de desenvolvimento e, por outro, de uma verdadeira institucionalização da regulação do trabalho, ou melhor, do direito do trabalho no Brasil.<sup>8</sup>

Para que não se perca o momento, não é de mais ressaltar que este Estado não é um ser que basta a si mesmo, sendo ele também produto histórico relacionado com a forma social que estabelece a vida dos homens. Em nosso país, este Estado é capitalista, sendo que suas medidas legislativas sempre vão operar nesta ótica, em que pese sua ideologia sempre buscar transparecer um senso comum, ou seja, uma ideia de conjunto, de todo. Nesse sentido, obtempera Naves que,

Nestas condições, a dominação de classe não pode aparecer como uma relação direta de subordinação de um homem por outro, porque isso negaria as determinações jurídicas da liberdade, igualdade e propriedade que o processo do valor de troca exige. Se a sociedade burguesa se constituiu como esse *éden dos direitos do homem*, não é porque um espírito iluminado afinal

---

<sup>7</sup> MARTINS, 2007, p. 1.

<sup>8</sup> VECCHI, 2007, p. 39.

pode descobrir e arrancar da escuridão da história a dignidade humana perdida, mas porque o movimento de superfície, no qual as figuras do direito exercem os seus poderes, é um momento necessário para que o capital se valorize. Ao mesmo tempo, essas formas jurídicas produzidas pela esfera da circulação mercantil obscurecem o processo de valorização, encobrindo a extorsão da mais-valia e a opressão de classe sob os signos e as luzes da liberdade e igualdade.<sup>9</sup>

Como visto, mais do que regulamentar as regras a serem observadas pelo capital e pelo trabalho, através da CLT, era necessário estabelecer o “local” do embate. Este local passou a ser a Justiça do Trabalho, órgão integrante do Poder Judiciário, criado com o objetivo de solucionar e pacificar os conflitos trabalhistas mediante um instrumento, o processo judicial trabalhista.

Diante de tal quadro, onde o processo em geral deve servir para a efetivação do direito material que lhe dá causa, sendo, portanto, posterior a ele, podemos dizer, contrariando esta regra, que o direito processual do trabalho é anterior ao direito material do trabalho, em razão das primeiras medidas estatais neste sentido. Esta possibilidade é encampada por Wagner Giglio, que assim leciona,

Ora, se o *processo*, em sentido amplo, significa sequência ordenada e predeterminada de atos destinados a compor litígios, as primeiras medidas estatais tomadas nesse sentido marcaram o nascimento do direito processual do trabalho. Ressalte-se, como curiosidade, que o processo trabalhista, assim considerado, teria nascido antes de existir um direito material do trabalho.<sup>10</sup>

A conclusão sobre tal possibilidade é perfeitamente aceitável, na medida em que foram as infrutíferas soluções negociais que

---

<sup>9</sup> NAVES, Márcio Bilharinho. *Democracia e dominação de classe burguesa*. In: *Crítica Marxista*, v. 4. São Paulo: Xamã, 1997, p. 60.

<sup>10</sup> GIGLIO, Wagner. *Direito processual do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 2.

engendraram a estatização dos conflitos e normatização de regras materiais e processuais para sua solução mediante a provocação da jurisdição estatal.

## **Da CLT à Constituição Federal de 1988: a reestruturação produtiva e a reestruturação legislativa**

Dizer que o período pós-CLT foi marcado por um sossego da classe operária e dos trabalhadores em geral seria faltar com a verdade. Todavia, se o movimento reivindicatório permaneceu ativo, com seus altos e baixos, a conjuntura internacional começou a sofrer impactantes alterações no final dos anos 70 e início dos anos 80 do século passado. As crises de 1970 provocaram a alta do preço da matriz energética global alicerçada no petróleo, repercutindo no chamado modelo de estado do bem-estar-social europeu e nas demais economias desenvolvidas, implicando um forte recrudescimento dos investimentos sociais e cortes nas demais áreas afins, abrindo caminho para um *novo* modelo estatal ancorado na pré-dica do *neoliberalismo*, ou seja, do Estado mínimo.

Neste quadro, em nível nacional, por conta do fim do Regime Militar e a retomada do processo democrático, paradoxalmente ao quadro internacional, ocorreu um incremento dos movimentos reivindicatórios nos mais diversos níveis, cuja consequência foi – especificamente no mundo do trabalho – a constitucionalização dos direitos sociais, que passaram a ocupar *status* de direitos fundamentais.

Esse fator passou a ser de suma importância para que possamos compreender a dinâmica atual do processo do trabalho, na medida em que, até a Constituição Federal de 1988, tínhamos uma CLT regulando as relações entre empregados e empregadores, deixando de fora os rurais e os domésticos, por

exemplo, ao passo que a constitucionalização dos direitos sociais e a instauração de uma nova visão de cidadania propiciariam um novo comportamento dos jurisdicionados, qual fosse, o do direito a ter direitos, fato este que deslocou para o Poder Judiciário, e a todos os seus ramos, uma quantitativa e qualitativa enxurrada de demandas.

Giglio, com muita clareza, descortina tal realidade, ao constatar que,

multiplicaram-se as relações e as facilidades de comunicação propiciaram a conscientização dos direitos de grande número de cidadãos que antes não participavam de negócios, não requeriam do Estado a prestação de serviços judiciais e praticamente não existiam para o direito. [...] o surgimento de um grande número de virtuais jurisdicionados talvez tenha sido o fenômeno mais significativo do direito nos últimos duzentos anos.<sup>11</sup>

Como afirmam Santin e Soliman,

A nova cidadania luta pela noção própria de direitos, ou seja, luta pelo direito a ter direitos. Essa concepção não se limita às conquistas legalmente previstas ou ao acesso a direitos previamente definidos, mas, sim, se inclui na invenção de novos direitos que emergem das experiências concretas dos movimentos sociais.<sup>12</sup>

Em que pesasse esta nova postura da cidadania em solo pátrio, o quadro conjuntural internacional, e as modificações nele contidas, abririam caminho para a reestruturação produtiva, fato este que implicou, internamente, a instauração do *Welfare State* (Estado do bem-estar social) na teoria e não pragmaticamente,

---

<sup>11</sup> GIGLIO, 2005, p. 74.

<sup>12</sup> SANTIN, Janaína Rigo; SOLIMAN, Francisco. Cidadania: evolução, caracterização e novos desafios. In: *Revista Jurídica Justiça do Direito*, v. 1. Passo Fundo: UPF, 2003, p. 120.

tendo em vista que o novo contrato social erigido pela Constituição Federal de 1988 não se consolidou.

Os movimentos sociais a favor do Estado do bem-estar não foram suficientes para reestruturar o perfil profundamente autoritário do poder na América Latina e no Brasil. No Brasil a modernidade foi tardia. O intervencionismo estatal, condição de possibilidade para a realização da função social do Estado e caminho para aquilo que se convencionou chamar de “Estado social” ou de “bem-estar”, serviu apenas para a acumulação de capital e renda para as elites brasileiras. Evidentemente, a minimização do Estado em países que passaram pela etapa do Estado providência ou *Welfare State* teve consequências absolutamente diversas da minimização do Estado em países como o Brasil, onde não houve o Estado social.

Nesse panorama, conforme Antunes,

Foram tão intensas as modificações que se sucederam no processo de trabalho e de produção capitalistas, que se pode mesmo afirmar que a classe-que-vive-do-trabalho presenciou a mais aguda crise deste século, que atingiu não só sua materialidade, mas teve profundas repercussões na sua subjetividade e, no íntimo inter-relacionamento destes níveis, afetou sua forma de ser.<sup>13</sup>

Antunes aponta para o fato de que a classe trabalhadora sofreu profundas modificações em sua composição, como também provocou um novo comportamento, arredio aos embates, ao que, direitos conquistados passaram a ser desconsiderados, referindo que,

Vivem-se formas transitórias de produção, cujos desdobramentos são também agudos, no que diz respeito aos direitos do trabalho. Estes são desregulamentados, são flexibilizados,

---

<sup>13</sup> ANTUNES, Ricardo. *Neoliberalismo, trabalho e sindicatos*. Reestruturação produtiva na Inglaterra e no Brasil. São Paulo: Boitempo, 2002, p. 71.

de modo a dotar o capital do instrumental necessário para adequar-se à sua nova fase. Direitos e conquistas históricas do mundo do trabalho são substituídos e eliminados do mundo da produção. Substitui-se (ou mescla-se, dependendo da intensidade) o despotismo taylorista pelo estranhamento do trabalho levado ao limite, por meio da apropriação, pelo capital, do saber e do fazer operário. Este pensa e faz pelo e para o capital. É a manipulação da fábrica levada ao extremo. [...] Os sindicatos estão aturdidos e exercitando uma prática que raramente foi tão defensiva. Abandonam o sindicalismo de classe dos anos 60/70, aderindo ao acrítico sindicalismo de participação e de negociação, que em geral aceita a ordem do capital e do mercado, só questionando aspectos fenomênicos desta mesma ordem.<sup>14</sup>

Nessa incursão por demais superficial sobre o complexo quadro conjuntural atual, podemos concluir que as modificações estruturais são absorvidas pelos demais entes vivos da sociedade numa espécie de imposição, advindo daí todas as outras alterações, em especial no aspecto legislativo-laboral, bem como na valorização do trabalho.

Segundo Pochmann,

são reformuladas as políticas sociais e trabalhistas, com vistas ao rebaixamento ainda maior do padrão de uso e remuneração do trabalho. A descentralização e a focalização do gasto social do trabalho são medidas utilizadas, em geral, como forma de ajuste fiscal (contenção de recursos públicos), assim como a desregulação do mercado de trabalho serve de caminho para a flexibilização dos contratos, redução do poder sindical, retirada de direitos, corte de salários.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Ibidem, p. 72.

<sup>15</sup> POCHMANN, Márcio. *O emprego na globalização*. A nova divisão internacional do trabalho e os caminhos que o Brasil escolheu. São Paulo: Boitempo, 2001, p. 9.

Em razão disso, deparamo-nos com uma gama de problemas de ordem organizativa no seio da classe trabalhadora, que, estarecida e desconectada da luta, passa a intervir de forma fragmentada e desunida perante os novos métodos de sobrevivência do capital.

## **A fase contemporânea e o problema central da efetividade do processo do trabalho**

Como afirmado anteriormente, se tais alterações provocaram impacto nos países desenvolvidos, quiçá nos subdesenvolvidos como é o caso do Brasil, mesmo que contra isso pudéssemos opor a Constituição Federal de 1988, que, inserindo um novo conceito de cidadania, incentivasse os atores sociais laborais ao embate. Isso não ocorreu no final do século passado, como não vem ocorrendo no início deste.

Na atual contemporaneidade, é preciso compreender que suas encruzilhadas podem levar aos mais diversos caminhos que poderão desembocar em labirintos sob o entendimento de que os problemas circunstanciais têm íntima ligação com a realidade conjuntural. Basta dizer que se as demandas judiciais se avolumaram pós-88, isso não é apenas circunstancial a um aumento de direitos. É também resultado direto de uma nova formatação sócio-econômica que traz em seu bojo a informalidade das ocupações e o descumprimento das normas trabalhistas. Não dispomos de dados para afirmar com absoluta certeza, mas colhemos da experiência diária a informação de que a informalidade leva à busca da formalização contratual por meio da prestação jurisdicional estatal.

Segundo Pochmann, os dados, todavia, permitem concluir que a formalidade interessa ao Estado e à sociedade em geral, pois,

entre 1932 a 1980 o Brasil levou avante um dos mais bem-sucedidos modelos de crescimento econômico, fundado na ampla difusão do emprego assalariado. Durante os anos 40 e 70, por exemplo, a cada 10 postos de trabalho criados apenas 2 não eram assalariados, sendo 7 com registro formal.<sup>16</sup>

Estes dados nos revelam outra importante e imperiosa constatação, qual seja: a de que a CLT é um mecanismo excelente para dirimir questões em economia de pleno emprego, ou direcionada neste sentido. Entretanto, vivenciamos outra realidade, onde o fantasma do desemprego e a precarização das relações laborais fazem da carteira de trabalho uma peça de museu.

É neste compasso que a legislação trabalhista cede ao fato social que, por via de consequência, torna desfocada a norma criada para regular e regulamentar outro contexto do mundo do trabalho.<sup>17</sup> E a ampliação da competência material da justiça do trabalho traz à baila novamente a questão de um Código do Trabalho que abarque não somente um conjunto de trabalhadores hoje ainda abrangidos pela CLT, como pretende Pochmann.<sup>18</sup>

Se esta é a realidade, como explicar então a aumento das demandas, o que significa dizer o aumento do número de processos num quadro de desconstrução da legislação trabalhista, ou de sua estagnação enquanto normas de caráter impositivo? Pensamos que a resposta esteja dada pela simples constatação e análise do que até aqui se discorreu. Melhor dizendo, em clima de desregulamentação, de flexibilização, e de banalização dos

---

<sup>16</sup> POCHMANN, 2001, p. 96.

<sup>17</sup> Não tratamos aqui do sepultamento da CLT, mas sim de abrigá-la na proposta de sistematização e institucionalização de um código do trabalho que desse a superfície por onde se trilharia a edição de um código de processo do trabalho.

<sup>18</sup> A proposta do professor da Unicamp pode ser conferida no *site* do TST, em notícias do dia 8 de abril de 2003. Em sentido semelhante, foi a posição adotada pelo professor de Direito do Trabalho da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) Márcio Túlio Viana, debatedor no Fórum Internacional Flexibilização no Direito do Trabalho, ocorrido no mês de abril de 2003, em Brasília-DF, patrocinado pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST).

direitos laborais pelas grandes corporações transnacionais que transformam seus interesses na política de subserviência das nações em crescimento, descumpre-se o que está na lei, e editam-se normas para transformar em lei o que se está descumprindo.

Sobra daí que ao Judiciário aportam todas estas discussões, todas estas violações e inconstitucionalidades que se transformam em reclames e demandas das mais variadas dimensões e magnitudes, pois, como bem observa Nascimento,

O crescimento dos conflitos na sociedade pós-industrial é um fato que ocorre na maioria dos países diante das novas formas de produção econômica, da globalização, da retipificação dos contratos de trabalho e da descentralização de empresas, que preferem terceirizar os serviços.<sup>19</sup>

E o aumento das demandas redundando em diminuição da qualidade e celeridade da justiça quando inexistente, como é fato, um aparelhamento estatal que dê conta de tal asoberbamento e hipertrofia, como acontece com a Justiça do Trabalho e com os demais ramos do Poder Judiciário, pois, como bem observa Giglio,

As lides judiciais se multiplicaram, esgotando a capacidade de absorção das Cortes. Aí se encontra a principal causa da chamada crise do *Poder Judiciário*. De forma muito simples, mas verdadeira, tal crise consiste, fundamentalmente, na existência de muitos processos e de poucos juizes, asoberbados e incapazes de oferecer a prestação jurisdicional com a presteza desejada.<sup>20</sup>

Na fase contemporânea, onde os conflitos trabalhistas estão diretamente relacionados aos problemas conjunturais já alinhados

---

<sup>19</sup> NASCIMENTO, 2007, p. 57.

<sup>20</sup> GIGLIO, 2005, p. 74.

vados, como assevera Bezerra Leite, com grande sensibilidade e percepção,

o direito processual do trabalho passa a ter um importante papel, mormente em função da ausência de celeridade dos processos trabalhistas que compromete a efetividade dos direitos sociais garantidos aos trabalhadores. É nesta fase que se verifica a necessidade de se instaurar uma nova cultura humanística entre os juristas e operadores do direito processual do trabalho, o que passa pela nova concepção de que o processo deve propiciar a concretização dos direitos humanos de segunda dimensão, que são os direitos sociais dos trabalhadores.<sup>21</sup>

Bezerra Leite capta muito bem o cerne da questão ao mencionar que os conflitos trabalhistas são decorrentes de uma realidade social conflituosa e conturbada, sendo necessário, para sua amenização, um instrumento que não só a conheça em seus dilemas, como que também tenha capacidade de efetivar soluções que comportem um mínimo de razoabilidade e justiça. Este instrumento, em nossa modesta opinião, continua sendo o processo trabalhista e sua via obrigatória, a Justiça do Trabalho, afirmação que se reforça ainda mais, assim pensamos, com a inexitosa instituição das comissões de conciliação prévia, que para quase nada serviram, a não ser a abdução de direitos dos trabalhadores.

Em artigo que publicamos recentemente, já nos manifestamos nesse sentido, assim dizendo,

Nesse diapasão é que o judiciário trabalhista, dentro do que se chama – muitas vezes sem se dar conta do que efetivamente venha a ser – Estado democrático de direito (não só Estado da igualdade jurídica, mas também Estado da transformação social), vem cumprindo papel destacado no sentido de apaziguar conflitos e dar segurança jurídica às partes – não só aos trabalhadores.

---

<sup>21</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2006, p. 105.

A Justiça do Trabalho não é só dos trabalhadores. O é também dos empregadores que dela se socorrem com frequência.

Não são poucos os julgados trabalhistas que, obtemperando a proporcionalidade e a razoabilidade entre o valor social do trabalho e a livre iniciativa – princípios constitucionais de primeira ordem – fazem efetivamente a aplicação da justiça ao caso concreto. Afinal a lei processual, como um todo e a trabalhista, em especial – no Estado Constitucional –, devem servir não para acesso ao judiciário, mas primordialmente de acesso à jurisdição, ou seja, o princípio de acesso à jurisdição deve garantir que a efetividade do processo (leia-se do direito material) possa revestir-se em efetiva promoção dos fins sociais a que este mesmo processo se destina – ou deveria se destinar. O juiz não deve ser um mero aplicador da lei, sendo tarefa sua interpretá-la à feição dos interesses sociais. E também não são poucos os julgados trabalhistas – ou provimentos de nossos tribunais do trabalho – colhendo por fraudulentos e atentatórios ao princípio da proibição do retrocesso social, *decisões e arbitramentos* das malfadadas comissões de arbitragem e comissões de conciliação prévia. Se que o afirmamos não for passível de crédito por si só, que se confirme tal assertiva junto ao Ministério Público do Trabalho, através de ações públicas movidas por este ente contra tais afrontas.<sup>22</sup>

Por mais paradoxal que possa parecer, a efetivação de soluções, ou a celeridade processual podem ser sim uma forma eficaz de afirmação e manutenção de direitos materiais, em especial os dos trabalhadores, continuamente descumpridos, tendo em vista que a prestação jurisdicional ágil e justa pode representar um estancamento desta vazão da legislação obreira e uma retomada da efetivação do Estado democrático de direito fundado especialmente na dignidade da pessoa humana.

Assim sendo, na fase atual, o Processo do Trabalho e sua via de acesso, a Justiça do Trabalho, dentre tantos, enfrentam os desafios maiores calcados na sobrecarga de demandas oriundas

---

<sup>22</sup> BROTTTO, Emerson Lopes. *Ações trabalhistas – abuso ou confiança?* In: Justiça do Trabalho n. 279. Porto Alegre: HS, 2007, p. 61-62.

do crescimento da litigiosidade na sociedade pós-industrial, agora incrementado ainda mais com a ampliação propiciada pela emenda constitucional nº 45/2004 (EC 45/2004).

## **A emenda constitucional 45/2004 e suas repercussões no mundo do processo trabalhista**

Antes mesmo da EC 45/2004, algumas medidas já haviam sido adotadas pelo legislador pátrio, visando a dotar a Justiça do Trabalho de mecanismos mais céleres de solução dos conflitos. Além da extinção da representação classista por intermédio da emenda constitucional nº 24/1999, no objetivo de aprofundar, ainda mais, a especialização dos magistrados trabalhistas, instituiu-se o procedimento sumaríssimo (art. 852-A da CLT), um rito simplificado para demandas não excedentes a quarenta vezes o salário mínimo vigente quando do ajuizamento, dele excluídas as lides contra a Administração Pública direta, autárquica e fundacional. Por fim, facultou-se a criação de Comissões de conciliação prévia (CLT, art. 625-A).

Todavia, tais medidas, em que pese seus caracteres inovadores, não foram suficientes para dar vazão a uma maior efetividade nas soluções conflituosas trabalhistas, assim pensamos, em razão dos motivos já elencados no corpo deste capítulo. Com a EC 45/2004, este quadro não mudou, e não deve mudar, pelo menos em médio prazo, a não ser pelo fato de que novas demandas farão ampliar, ainda mais, a fila de espera na prestação jurisdicional.

Da temeridade pela extinção da Justiça do Trabalho, passamos à preocupação pelos novos rumos que ela possa vir a tomar se não houver uma correspondente adequação de seus institutos e de sua política judiciária, além, é lógico, de uma dinamização de sua estrutura, impensável sem o aumento do número de juízes e servidores.

Se certo é que a eliminação da instituição representada pela Justiça do Trabalho não redundaria no desaparecimento dos conflitos, não menos certo é que o viés ampliativo, introduzido pela EC 45/2004 pode repercutir, em lapso breve, nos aspectos protecionistas do direito material do trabalho, aspectos estes que têm efeito reflexo na esfera processual. Essa avaliação vem sendo feita por processualistas trabalhistas de renome nacional, que também observam tal ampliação com alguma reserva. Bezerra Leite assevera que,

a ampliação da competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar outras relações de trabalho (EC. 45/2004), bem como para cobranças de multas administrativas e contribuições previdenciárias, certamente exercerão influência na aplicação do princípio da proteção, pois nas ações em que figurarem trabalhadores autônomos, o INSS e a União, indaga-se: quem é o hipossuficiente? Quem será o destinatário do princípio de proteção?<sup>23</sup>

Preocupações à parte, não podemos deixar de admitir que a EC 45/2004, ao dar nova redação ao art. 114 da Constituição Federal, põe a Justiça do Trabalho em novo patamar, destinando-lhe o *status* merecido e, ao mesmo tempo, infringindo-lhe maior responsabilidade e empenho na solução dos conflitos trabalhistas, em consonância com disposto no art. 5º, inciso LXXVIII, que insere nos princípios constitucionais, o da razoável duração do processo.

Tal desafio não deve assombrar os operadores do direito processual trabalhista, na medida em que, neste sentido, o Processo do Trabalho não só foi pioneiro, como também serviu de laboratório experimental das novas conquistas processuais,

---

<sup>23</sup> LEITE, 2005, p. 75.

adotadas pelos processos civil e criminal após haverem sido longamente testadas e aprovadas, na prática das ações trabalhistas.<sup>24</sup>

Como bem assevera Athayde Chaves em relação a estes aspectos,

Não é de mais destacar que o Processo do Trabalho tornou-se, ao longo do tempo, emblema de simplicidade e eficiência, verdadeiro manancial de referência para a instituição do procedimento dos juizados especiais cíveis, assim como para muitas das alterações aplicadas ao Código de Processo Civil. Porém, isso não pode significar isolamento, tampouco reconhecimento de sua forma como perfeita ou imune a atualizações e modernizações. Pelo contrário, nossos dias são bem diferentes, as demandas no Poder Judiciário também.<sup>25</sup>

Entretanto, mister se faz reconhecer que o direito processual do trabalho vem ressentindo-se de uma modernização, que poderia começar pela adequação dos regramentos estabelecidos na CLT, no que diz respeito, por exemplo, a uma atualização de seus institutos processuais relativos à estrutura colegiada derogada pela EC 24/99, que extinguiu a representação classista em todos os níveis.

Novamente é Athayde Chaves quem nos socorre, ao dizer que,

Se durante um bom tempo o direito processual do trabalho serviu (e, em muitos aspectos ainda serve) de inspiração ao movimento de reforma do processo comum, hoje já é mais do que perceptível algum descompasso entre ambos, pelo menos no que toca a esse esforço na busca de institutos mais adequados às atuais demandas jurisdicionais.<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> GIGLIO, 2005, p. 75.

<sup>25</sup> CHAVES, Luciano Athayde. *A recente reforma no processo comum e seus reflexos no direito judiciário do trabalho*. São Paulo: LTr, 2006, p. 29.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 23.

Sem deixarmos de considerar algumas alterações pontuais, como acima referimos<sup>27</sup>, é necessário frisar que o Processo do Trabalho, embora todo seu viés inovador e vanguardista, deve adequar-se às exigências do contemporâneo conceito de acesso à justiça, em especial no que diz respeito aos conflitos de natureza coletiva ou de massa, exemplificativamente.<sup>28</sup>

Nesta senda, destaca Pochmann que,

no que diz respeito às relações de trabalho no Brasil, pode-se destacar que elas ainda permanecem subordinadas tanto ao conjunto de leis trabalhistas e sociais implementadas nos anos 30 como ao funcionamento do mercado de trabalho. [...] A inexistência de um sistema democrático de relações de trabalho, com base na contratação coletiva, na liberdade sindical e na presença de organização operária no local de trabalho, possibilita a permanência de formas autoritárias de gestão do trabalho.<sup>29</sup>

Nesse quadro, deve-se destacar o anseio e a iniciativa, por um lado, dos operadores do direito processual neste sentido, e a resistência do legislador, ou seja, de quem detém a representatividade popular para criar ou reformar a norma.

Como bem assevera Athayde Chaves,

Embora tais proposições traduzam um excelente caminho para a efetividade processual e, portanto, para o avanço estrutural e funcional do processo trabalhista, ainda está pendente a construção de consensos políticos a viabilizar sua aprovação.

[...] Exemplo desse ativismo está estampado no *Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano*, documento político firmado pelo presidente da República e pelos presidentes do Supremo Tribunal Federal, do Senado Federal e da Câmara dos Deputados.<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> Extinção da representação classista, instituição do procedimento sumaríssimo e das comissões de conciliação prévia.

<sup>28</sup> CHAVES, 2006, p. 25.

<sup>29</sup> POCHMANN, 2001, p. 125.

<sup>30</sup> CHAVES, 2006, p. 23.

Do referido *acto*, resultaram cinco projetos relacionados ao direito processual do trabalho, quais sejam: projeto de lei nº 4.730/04, que trata de dispensa de autenticação de documentos no Processo do Trabalho, já aprovado pela Câmara dos Deputados; projeto de lei nº 4.731/04, que altera o processo de execução trabalhista; projeto de lei nº 4.732/04, que reduz a possibilidade de interposição do recurso de revista para o Tribunal Superior do Trabalho (TST); projeto de lei nº 4.733/04, que reduz o cabimento de embargos no âmbito do TST; projeto de lei nº 4.735/04, que dispõe sobre a exigência de depósito prévio para fins de ajuizamento de ação rescisória no Processo do Trabalho, e que ainda pendem de exame pelo Congresso Nacional.

Como nos chama a atenção Athayde Chaves,

Pode o leitor, nesta altura, perceber a aparente contradição desse meu relato sobre a percepção do meio político quanto aos temas vinculados à efetividade dos direitos trabalhistas. De um lado, o conservadorismo retratado na dificuldade de aprovação de certas matérias, a nosso ver importantes para a modernização dos institutos processuais trabalhistas. De outro, o ativismo estampado nas propostas enviadas pelo *pacto* e pela Comissão Mista Especial instituída pela Emenda Constitucional n. 45/04. [...] Nesse ambiente, nada está rigidamente determinado, sendo, pois, fundamental a participação dos atores sociais interessados, o que não isenta os professores, magistrados, advogados, entidades sociais representativas, dentre outros, de empreenderem um engajamento político de modo a fazer prevalecer, no palco da política, os interesses que se julguem mais próximos aos elevados postulados sociais da Constituição brasileira.<sup>31</sup>

Acreditamos dever insistir tanto mais sobre as percepções de Athayde Chaves que, além de juiz do Trabalho da 21ª Região é mestre em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) e professor de Direito Processual do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal

---

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 28.

da Paraíba (UFPB), dentre outros afazeres, em razão da importância que elas assumem na configuração de que o problema da celeridade e efetividade do processo é, em última instância, um problema político, ou de embate de posições divergentes, tendo em vista que esta constatação vem ao encontro de nossas alegações iniciais, ou seja, é o teatro conjuntural sócio-político-histórico mais uma vez a determinar ou interferir nos rumos da norma jurídica em construção.

O magistrado e professor instiga e provoca a reflexão na tomada de posição dos operadores do direito, dos atores sociais e do aplicador do direito processual, que também, “não está isento de perceber que a ciência processual também não pode ser reduzida ao exame das regras e códigos, olvidando da complexidade da realidade social em que se insere e a partir da qual se irradiam necessidades e pretensões”.<sup>32</sup>

Ou, como refere, Herkenhof Filho,

Sobretudo, deve o juiz, no exercício da sua função, realizar os fins atinentes ao princípio do Estado democrático de direito, sob as lentes dos direitos humanos fundamentais, sempre preenchendo os núcleos essenciais deles, nos termos do princípio-norma da dignidade da pessoa humana, não se olvidando, assim, que o Direito existe para a sociedade, e não o inverso.<sup>33</sup>

Em suma, depende deste conjunto de atores sociais a construção de um sistema processual mais dinâmico e adequado à realidade social ora em curso, onde o apego aos ultrapassados e enferrujados formalismos devem ceder lugar a um efetivo instrumento de acesso e realização da justiça.

Concluimos com uma última consideração, em sintonia com Marinoni, que “a idade dos sonhos dogmáticos acabou. A nossa modernidade está na consciência de que o processo, como

---

<sup>32</sup> CHAVES, 2006, p. 29.

<sup>33</sup> Herkenhoff FILHO, Helio Estellita. *Nova competência da justiça do trabalho*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 10.

o direito em geral, é um instrumento da vida real, e como tal deve ser vivido”.<sup>34</sup>

## Considerações finais

Ao que se pode depreender, ainda que vagamente desta breve incursão, os rumos para um judiciário mais célere e adaptado às novas exigências do mundo atual estão diretamente ligadas com os desdobramentos sócio-políticos ora em curso. Desconsiderar tal fato seria dar as costas para a verdade e a razão.

Nossa história mais recente nos informa da debilidade de nossas instituições democráticas, cujos reflexos no mundo do trabalho são incontestes, a começar pela nossa herança escravista que ainda permeia as relações laborais em todos os cantos do país, com desdobramentos na solução e pacificação de conflitos. Uma maior prova disso são as comissões de conciliação prévia, assim como os *tribunais de arbitragem*, que deveriam servir para um desafogo do Judiciário Trabalhista, mas acabam por inundar-lhe, ainda mais, de demandas trabalhistas, em razão das ilegalidades deles advindas.

Não é por outra razão nossa convicta afirmação de que o processo judicial trabalhista ainda continua sendo o meio mais eficaz, e seguro, a ambas às partes, empregados e empregadores, não só de acesso à justiça, mas a um processo justo.

Todavia, seria de muita ingenuidade e torpe idealismo ceder à cantilena de que o processo pudesse, por si só, revestir-se de uma autossuficiência na solução ou contenção dos conflitos que aportam nosso dia-a-dia.

Da mesma forma que não se pode falar de direito do trabalho, ou de direito formal do trabalho, antes da sociedade industrial-capitalista, também é certo que deles não podemos nos

---

<sup>34</sup> MARINONI, 2000, p. 19.

afastar enquanto tal realidade perdurar e o direito, em sentido de justiça, ceder à justiça do direito do mais forte.

As soluções momentâneas, e as inovações normativas, no rumo da pretensa modernidade restarão em letra morta sempre que não ultrapassarem a porta da fábrica e não impregnarem as novas consciências. De pouco ou nada vale a dignidade da pessoa humana para ser somente contemplada. Sua efetivação é compromisso – ou deveria ser – de todos os que veem no Estado democrático de direito uma perspectiva de justiça social.

Nesse sentido, poderíamos afirmar, sem medo de errar muito, que o Processo do Trabalho, mediante seus mais diversos operadores, tem servido de escudo para a desconstrução do direito material. Mas é pouco!

Mais do que adaptar-se às novas demandas, deve ele servir de ferramenta para a plena efetivação da cidadania, o que requer de seus operadores uma visão de mundo onde as relações democráticas não só propiciem, como também exijam que o acesso à justiça se desnude não só no acesso a uma demanda, mas que demande na solução justa dos conflitos.

Se o processo do trabalho, assim como a Justiça do Trabalho e os demais órgãos do Poder Judiciário estão por carecer de reformas – e elas vêm ocorrendo – que viabilizem os anseios dos jurisdicionados, não menos evidente é que este enredo só terá um final adequado aos postulados maiores de democracia e plena cidadania se os atores sociais envolvidos nesta trama não se limitarem a serem meros coadjuvantes.

## Referências

ANTUNES, Ricardo. *Neoliberalismo, trabalho e sindicatos*. Reestruturação produtiva na Inglaterra e no Brasil. São Paulo: Boitempo, 2002.

BROTTO, Emerson Lopes. *Ações trabalhistas – abuso ou confiança?* In: Justiça do Trabalho n. 279. Porto Alegre: HS, 2007.

CHAVES, Luciano Athayde. *A recente reforma no processo comum e seus reflexos no direito judiciário do trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.

FILHO, Helio Estellita Herkenhoff. *Nova competência da justiça do trabalho*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

GIGLIO, Wagner. *Direito processual do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2005.

IANNI, Octavio. *Industrialização e desenvolvimento social no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1963.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2007.

NAVES, Márcio Bilharinho. *Democracia e dominação de classe burguesa*. In: *Crítica Marxista*, vol. 04. São Paulo: Xamã, 1997.

POCHMANN, Márcio. *O emprego na globalização. A nova divisão internacional do trabalho e os caminhos que o Brasil escolheu*. São Paulo: Boitempo, 2001.

SANTIN, Janaína Rigo; SOLIMAN, Francisco. *Cidadania: evolução, caracterização e novos desafios*. In: *Revista Jurídica Justiça do Direito*, vol. 1. Passo Fundo: UPF, 2003.

VECCHI, Ipojuca Demétrius. *Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional*. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, 2007.



## Direitos fundamentais e direito penal: direito a um processo em um prazo razoável

Robespierre Ferrazza Trindade<sup>1</sup>

Rowana Camargo<sup>2</sup>

---

No presente, por meio deste estudo, considerando as suas limitações, a pretensão é de expor uma abordagem das projeções, sobre o direito penal, de uma das mais importantes formulações do constitucionalismo moderno: a constatação de que os direitos fundamentais, para além da clássica dimensão de direitos subjetivos, oponíveis em face do Estado, ostentam uma função jurídico-objetiva e que em determinados pontos sofrem de eficácia, efetividade.

A proposta desta reflexão almeja indicar parâmetros de interpretação e aplicação, que oportunizem uma relação harmônica entre a ordem constitucional e o direito penal, a partir de um enfoque decorrente da normatividade da Constituição e das convenções internacionais de direitos humanos, diante de um limite específico, que vem sendo discutido em diversos âmbitos tanto de ordem acadêmica quanto praticistas, qual seja, o tempo e o processo, tendo por exemplo a segregação.

---

<sup>1</sup> Especialista em Didática e Metodologia do Ensino Superior.

<sup>2</sup> Aluna do Curso de Direito.

Desde já, salienta-se que a base da pretensão é revigorarem-se as pontes de conexão entre a Constituição e o direito penal, os direitos fundamentais, as lições da jurisdição constitucional e da jurisprudência humanitária internacional, em sintonia com os direitos fundamentais sob o escrutínio do atual modelo de Estado constitucional.

Assim, busca-se “estabelecer uma fundamentação constitucional para o direito penal a partir da positividade dos direitos fundamentais que é tarefa que nos exige uma definição preliminar acerca das condições ambientais que a viabilizam”<sup>3</sup> e às vezes a inviabilizam, principalmente quando se adentra na(s) esfera(s) da efetividade e da eficácia.

Neste viés, igualmente, não poderia, neste momento preliminar deixar de se referir o compromisso da visão, que se busca compreender, fundada em características garantistas dos direitos fundamentais, sobretudo: (a) como uma teoria de base constitucional, (b) orientada à otimização dos direitos fundamentais, (c) o que significa, em direito, *assegurar juridicamente* (garantir) a sua realização, (d) tarefa constitucionalmente imposta ao legislador a partir das próprias normas jusfundamentais, (e) competindo-lhe editar os instrumentos necessários à tutela desses direitos frente a suas principais ameaças (dos indivíduos e o Estado), de modo a minimizar as agressões oriundas de particulares e a conter a arbitrariedade dos poderes públicos.

Até porque, neste momento de estágio da denominada “linha da evolução da história do direito penal” vive-se “num Estado democrático de direito, no qual se leciona que não [se pode] tolerar um processo penal autoritário e típico de um *Estado-policial*, pois *o processo penal deve adequar-se à Constituição e não vice-versa*”<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 17.

<sup>4</sup> LOPES JR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 39, grifo do autor.

Pelo que, inclusive, neste íterim o Estado já tomou, ao longo da história, o corpo e a vida, os bens e a dignidade do homem. Agora, não havendo mais nada a retirar, apossa-se do *tempo*, de forma dolorosa e irreversível, inclusive, pois o processo em si mesmo é uma pena<sup>5</sup>.

## O direito a um processo em um prazo razoável

A partir do que, desde logo “no direito penal, em que pese as discussões em torno das teorias justificadoras da pena, o certo é que a pena mantém o significado de tempo fixo de aflição, de retribuição temporal pelo mal causado”<sup>6</sup>.

Nesse viés, importante ressaltar que esse “intercâmbio negativo”<sup>7</sup>, é um fator que induz à aceitação da sociedade pelas penas, sanções (talvez vingança), impostas àqueles que descumprem o determinado pelas normas, quais sejam, *os criminosos*.

Inicialmente, “para Newton, o universo era previsível, um autômato, representado pela figura do relógio [...] independente do objeto e de seu observador, eis que considerado igual para todo e em todos os lugares”<sup>8</sup>. Entretanto, com a Teoria da Relatividade, de Einstein, “o tempo [passou a ser] visto como algo relativo, variável conforme a posição e o deslocamento do observador, pois ao lado do tempo objetivo está o tempo subjetivo”<sup>9</sup>. Isso é relatividade. “A percepção do tempo e de sua dinâmica, de forma completamente diversa para cada observador”<sup>10</sup>.

---

<sup>5</sup> Sobre o tema, imprescindível a leitura de GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1988.

<sup>6</sup> LOPES JR., 2004, p. 93.

<sup>7</sup> MOSCONI apud LOPES JR, 2004, p. 93.

<sup>8</sup> WUNDERLICH, Alexandre. *Política criminal contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 233.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 234.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 235.

O direito só reconhece o tempo do calendário e do relógio, juridicamente objetivado e definitivo. *O tempo como pena*. O presenteísmo. Assim, a certeza concentra-se no aspecto de que a sanção caracteriza-se em sua concepção de tempo imóvel como retribuição temporal em função da conduta determinante da pena e a consequência gerada. O tempo absoluto do direito e o tempo subjetivo do réu, diga-se direito fundamental, geram conflito.

Nesse diapasão,

Como essa atividade de etiquetamento que sofre a pessoa e tal fenômeno pode ser perfeitamente aplicado ao processo penal, se deve ponderar que essa estigmatização é relativa e não absoluta, na medida em que varia conforme a complexidade que envolve a situação do réu (o observador na visão da relatividade de EINSTEIN) e a própria duração do processo<sup>11</sup>.

Não há dúvida de que tanto maior será o estigma, quanto maior for a duração do processo penal, especialmente se o acusado estiver submetido a medidas cautelares de forma dolorosa e irreversível, que em alguns casos desconsideram direitos fundamentais como a presunção de inocência, o *direito de defesa* e o próprio *contraditório* como garantias fundamentais, a dignidade do acusado, o direito a um processo em um prazo razoável - art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal.

Beccaria “já afirmava com acerto que o processo deve ser conduzido sem protelações, até porque, quanto mais rápida for a aplicação da pena e mais perto estiver do delito, mais justa e útil ela será”.<sup>12</sup>

Atualmente, uma das maiores dificuldades do Poder Judiciário, advogados, promotores, enfim, dos sujeitos processuais, é definir qual deveria ser o tempo correto de duração do processo.

---

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 237.

<sup>12</sup> BECCARIA apud WUNDERLICH, 2008, p. 59.

Têm-se dito que o tempo do processo deve atender à razoabilidade. Mas o que seria um prazo razoável?

A razoabilidade da duração da persecução penal, talvez, deva ser aquela que não seja muito lenta a ponto de tornar a vida do acusado (muitas vezes preso antecipadamente) um sofrimento constante e que não seja tão célere a ponto de tolher o direito de defesa plena, ou seja, o processo penal “deve respeitar a garantia constitucional do devido processo legal”.<sup>13</sup>

Infelizmente, muitas vezes na dinâmica da resposta social em justiça instantânea tentou-se ter uma eficiência da repressão estatal, vindo uma medida excepcional a tornar-se um instrumento de uso comum e ordinário, completamente desvirtuado e deslegitimado.

Nesse contexto, pelo princípio, meios e fins são dispostos para um juízo, a fim de que este, fazendo uso de uma concepção de pesos e medidas, estabeleça a justiça. É a medida pela qual vantagens e desvantagens devem ser consideradas para se tentar o fim – Justiça. E, assim realizando-se, de forma acautelatória neste momento, estar-se-á assegurando a efetividade ao direito de liberdade, da presunção de inocência, do acesso a uma jurisdição igual a todos, conforme inclusive preceitua nossa Carta Magna.

Diante do anteriormente referido é que se assevera que a prisão, como supressão do tempo do ser humano, definida e atribuída em determinadas hipóteses, descaracteriza-se de sua cautelaridade, jurisdicionalidade, excepcionalidade, e transforma-se em medida de segurança pública em seu poder de polícia do Estado a desrespeitar este direito fundamental e a se tornar um elemento de difícil explicação para o indivíduo detentor deste aspecto constitucional que tem seu tempo usurpado e que, em realidade, só busca como última esperança acreditar que o sistema lhe proporcionará justiça e não lhe imporá em função de

---

<sup>13</sup> THUMS, Gilberto. *Sistemas processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 31.

abstratos *perigos* advindos do delito, a ineficácia do seu direito normativo constitucional.

E relevante citar que, atualmente,

A futurologia perigosista, reflexo da absorção do aparato teórico da escola positiva – que, desde muito, tem demonstrado seus efeitos nefastos: excessos punitivos de regimes políticos totalitários, estigmatização e marginalização de determinadas classes sociais (alvo do controle punitivo) – tem acarretado a proliferação de regras e técnicas vagas e ilegítimas de controle social no sistema punitivo, onde o sujeito – considerado como portador de uma perigosidade social da qual não pode subtrair-se – torna-se presa fácil ao aniquilante sistema de exclusão social.<sup>14</sup>

Cumpre agora analisar os contornos e os *problemas* que rodeiam o direito *de ser julgado num prazo razoável ou a um processo sem dilatações indevidas*.

Inclusive, “a verdade absoluta somente poderia ser determinada pela soma de todas [as] observações relativas”.<sup>15</sup> Já Hawking explica que Einstein derrubou os paradigmas da época: o repouso absoluto, conforme as experiências com o éter, e o tempo absoluto ou universal que todos relógios mediriam”.<sup>16</sup>

Dessa forma, ao mesmo tempo em que deve ser evitada a dilatação desnecessária da persecução penal, não se pode atropelar direitos e garantias fundamentais.

Importante ressaltar, que “foi no caso ‘Wemhoff’ (STEDH, de 27/6/1968) que se deu o primeiro passo na direção da definição de certos critérios para a valoração da ‘duração indevida’,

---

<sup>14</sup> RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. *Habeas corpus n. 70006140693*. Julgado em 23 abr. 2003. Disponível em: <<http://profmatzenbacher.blogspot.com/2009/05/tjrs-acordao-critico-sobre-prisao.html>>. Acesso em: 25 set. 2011.

<sup>15</sup> EINSTEIN apud LOPES JR., 2004, p. 91.

<sup>16</sup> HAWKING apud LOPES JR. 2004, p. 91.

através do que se convencionou chamar de ‘doutrina dos sete critérios’”.<sup>17</sup>

A partir disso, as prisões antecipadas devem ser analisadas de acordo com os seguintes critérios.

a) a duração da prisão cautelar; b) a duração da prisão cautelar em relação à natureza do delito, à pena fixada e à provável pena a ser aplicada em caso de condenação; c) os efeitos pessoais que o imputado sofreu, tanto de ordem material como moral ou outros; d) a influência da conduta do imputado em relação à demora do processo; e) as dificuldades para a investigação do caso (complexidade dos fatos, quantidade de testemunhas e réus, dificuldades probatórias etc.); f) a maneira como a investigação foi conduzida; g) a conduta das autoridades judiciais.<sup>18</sup>

Cabe observar que esta doutrina não restou absorvida integralmente pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) como referência para decisão, entretanto não foi considerada totalmente inútil, pois posteriormente foi utilizada em muitos casos, resultando inclusive na “teoria dos três critérios básicos (complexidade do caso; a atividade processual do interessado – imputado; a conduta das autoridades judiciárias)”.<sup>19</sup>

Como ensina Brandão,

Se é pela Legalidade que se limita a intervenção penal, é porque ela tem a função de garantir o indivíduo do próprio direito penal (e processual), delimitando o âmbito de atuação do Estado na infligência da pena. Nesse espeque, podemos fazer a ilação de que é a Legalidade que torna o homem a figura central de todo o Ordenamento Penal, valorizando-o em sua dignidade<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> WUNDERLICH, 2008, p. 243, grifo do autor.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 244.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> BRANDÃO apud LOPES JR., 2008, p. 249.

Nesse viés, sob a óptica dos sujeitos processuais acusação e defesa, em sua obra, Gilberto Thums, faz uma brilhante análise do tempo, mencionando as dificuldades, em função deste, que a defesa dispõe para se preparar.

Um elemento importante na preparação da defesa é constituído pelo tempo indispensável para sua preparação. Ainda que um órgão acusador possa ter preparado um caso por um longo período de tempo antes de iniciar o processo, a defesa deverá confrontar a evidência acumulada pela acusação, encontrar testemunhas, apresentar seus próprios meios de prova, examinar e rebater os argumentos jurídicos do órgão acusador num lapso substancialmente mais breve. Essa é uma desvantagem que deriva da própria natureza do procedimento criminal, e cuja extensão dependerá das características do sistema jurídico a aplicar (acusatório ou inquisitorial) e das circunstâncias de cada caso<sup>21</sup>.

A partir disso, é importante salientar que no processo penal brasileiro vigora o sistema acusatório, que, sem sombra de dúvida, é o que mais assegura garantias ao acusado, com o objetivo de que exista razoabilidade na persecução penal “para permitir a defesa plena e evitar o sofrimento da demora”.<sup>22</sup>

Dessa forma, pode-se dizer que o tempo é muito importante para o acusado, principalmente quando se encontra segregado provisoriamente. Diante disto, no processo penal onde se tem o indivíduo privado da sua liberdade, o tempo deve ser observado de forma mais severa ainda.

No momento da decretação de uma prisão cautelar, o juízo deve atentar para alguns requisitos básicos, dentre eles: qual o tipo de punição do delito que o réu responde, qual seria o provável tempo de prisão caso ocorra uma condenação?

---

<sup>21</sup> LEDESMA apud THUMS, 2006, p. 32.

<sup>22</sup> THUMS, 2006, p. 32.

Provavelmente, se estes requisitos fossem observados com mais rigor, não existiriam tantas prisões preventivas, que se diga de passagem, muitas vezes são desnecessárias e arbitrárias. Aliás, a liberdade em função da constrição e a brevidade da medida, deveria ser a regra, por ser princípio balizador dos prazos e esta submetida aos atrasos tidos como inerentes, que se compulsados não são determinados pelo acusado. Todavia, a sanção já lhe imposta de forma prematura, antecipada, como se toda a estrutura da teoria geral do delito devesse ser reconsiderada em prol do Estado e suas dificuldades no cumprimento de seus atos, passa a ser algo que é natural e deve ser imposto como se existisse uma decisão final sobre o sentir dos fatos.

Ainda, se estes requisitos fossem atendidos, não ocorreriam casos onde o réu é condenado a uma pena inferior ao tempo que ficou segregado provisoriamente. E a pergunta é: quem lhe devolve o tempo que esteve privado de sua liberdade?

A resposta é, infelizmente, nada nem ninguém.

Embora o tempo transcorra igualmente em qualquer parte do mundo, para algumas pessoas não há tempo para nada, enquanto para outros o tempo não passa. Quem fica contemplando o tempo tem a impressão de que ele custa transcorrer, enquanto aquele que exerce inúmeras atividades e vive a vida com mais intensidade não percebe o tempo passar, falta-lhe tempo. Assim, enquanto o magistrado empilha processos em seu gabinete e não tem tempo para solucioná-los (por várias razões), os réus mofam nas cadeias esperando a decisão. É um tempo paradoxal<sup>23</sup>.

Portanto, tem-se assim uma clara orientação a ser seguida: em caso de dúvida, o tempo está a favor do acusado, para que não se imponham doses de utilitarismo processual com o sacrifício lento e paulatino dos direitos fundamentais.

---

<sup>23</sup> Ibidem, p. 35.

Dessa forma, considerando a visão proposta inicialmente, dois são os extremos da questão *tempo* no processo penal: aceleração antigarantista e dilação indevida.

Neste viés, “com o desenvolvimento irrefreável da sociedade industrial, associado à crise do ‘*Welfare State*’, aqueles riscos incipientes, mensuráveis e controláveis produzidos na sociedade liberal e intervencionista sofrem profunda alteração”.<sup>24</sup>

Assim,

Se o controle do século XIX ocorria “*post factum*”, mediante indenização, no século XX a ideia de resguardo técnico dos riscos impõe modelo de antecipação do dano via medidas preventivas. Todavia, lembra Ost que “entramos numa terceira fase da história do risco enorme (“catastrófico”) irreversível, pouco ou nada previsível, que frustra as nossas capacidades de prevenção e de domínio, trazendo desta vez a incerteza ao coração dos nossos saberes e dos nossos poderes”<sup>25</sup>.

Importante dizer que “na sociedade do risco fundada sob a égide do medo”<sup>26</sup>, a solução imediata (que acreditam ser a adequada) é por meio de prisões antecipadas, que na verdade causam uma falsa sensação de segurança, pois ao mesmo tempo que se pode segregar alguém que realmente seja necessário pode-se tolher a liberdade de um inocente.

Nesse viés, pode-se dizer, que as prisões cautelares, as penas aplicadas, enfim o processo penal em si, devem ter por norte o princípio da razoabilidade para que se encontre um equilíbrio entre o *desejo de vingança da sociedade* e os direitos do acusado.

---

<sup>24</sup> CARVALHO, Salo. *Antimanual de criminologia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 99.

<sup>25</sup> OST apud CARVALHO, 2010, p. 100.

<sup>26</sup> CARVALHO, 2010, p. 100.

O princípio do devido processo legal possui, em seu aspecto material, estreita ligação com a noção de razoabilidade, pois tem por finalidade a proteção dos direitos fundamentais contra condutas administrativas e legislativas do Poder Público pautadas pelo conteúdo arbitrário, irrazoável, desproporcional.

Dessa maneira “uma medida somente será adequada se, para alcançar sua finalidade desejada, causa o menor prejuízo possível e se houver proporcionalidade entre as vantagens que dela derivam e suas desvantagens.”<sup>27</sup>

Aliás, Ruth Gauer afirma que a sociedade atual é complexa e que “o risco está em todos os lugares, em todas as atividades e atinge a todos, de forma indiscriminada”.<sup>28</sup> E completa, asseverando que “a sociedade [é] regida pela velocidade e dominada pela lógica do tempo curto. Toda essa aceleração potencializa o risco”.<sup>29</sup>

Tal risco diz respeito principalmente à segurança. Muros cada vez mais altos, cercas eletrificadas, carros blindados, segurança privada, tudo vale no intuito de se proteger do *mundo do crime*. Neste sentido ainda refere: “Queremos segurança em relação a algo que sempre existiu e sempre existirá: violência e insegurança”.<sup>30</sup>

Nesse viés, Ruth Gauer assevera que a violência é algo que nunca deixará de existir, que pode ser contido, mas não extinto, pois “é um elemento estrutural, intrínseco ao fato social [...]”. Esse fenômeno aparece em todas as sociedades; faz parte, portanto, de qualquer civilização ou grupo humano”.<sup>31</sup> E, ainda, vai

---

<sup>27</sup> MORAES apud GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Derechos fundamentales, proceso y principio de la proporcionalidad*. Revista Galega de Administración Pública, n.º 16, 2005, p. 374.

<sup>28</sup> LOPES JR. apud GAUER, Ruth M. Chittó. *A qualidade do tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 139.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 139.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 147.

<sup>31</sup> LOPES JR. Apud GAUER, 2004, p. 147.

mais longe, afirmando que a violência não é realidade somente dos grandes centros urbanos, mas também do interior: “basta atentar para a questão da violência no mundo atual, tanto nas grandes cidades como também nos recantos mais isolados”.<sup>32</sup>

Inobstante todos esses recursos a insegurança, a criminalidade e a população carcerária continuam aumentando e a pergunta é: o que está errado? Ou, onde estamos errando?

No intuito de responder estas perguntas à sociedade, a justiça tenta demonstrar efetividade e celeridade na garantia da segurança por meio de prisões. Aparentemente, para a maioria, prisão é sinônimo de justiça, é como se disséssemos: “um criminoso a menos na rua”.

Entretanto, essas prisões, muitas vezes antecipadas, não garantem que a justiça está sendo feita. O que pode garantir a tão almejada justiça é um processo penal onde as garantias constitucionais são efetivamente atendidas, como bem refere Aury Lopes Jr.

A velocidade da notícia e a própria dinâmica de uma sociedade espantosamente acelerada são completamente diferentes da *velocidade do processo*, ou seja, existe um *tempo de direito* que está completamente desvinculado do *tempo da sociedade*. E o direito jamais será capaz de dar soluções à velocidade da luz.<sup>33</sup>

Assim, o que se denota é que o direito penal estará sempre um passo atrás da sociedade. Primeiramente, por ser (ou pelo menos deveria ser) a *ultima ractio* do sistema jurídico e, em segundo lugar, por ter como objeto o bem mais precioso do ser humano: a sua liberdade.

---

<sup>32</sup> Ibidem, p. 147.

<sup>33</sup> LOPES JR, 2004, p. 165, grifo do autor.

Ao se falar na possibilidade de privar um cidadão de sua liberdade, deve-se atentar para a importância do processo penal e a cautela para a decretação de prisões provisórias.

A sede por justiça imediata da sociedade tem como reflexo um endurecimento do sistema como um todo, “é a ilusão de resgatar um pouco da segurança perdida através do direito penal, o erro de pretender obrigar o futuro sobre a forma de ameaça. Não se edifica uma ordem social apenas com base na repressão”.<sup>34</sup>

Dessa forma, a urgência é o *requisito básico* para ser decretada uma prisão. É como se essas prisões funcionassem como um sedativo para a sociedade que urge por providências.

Nesse sentido, as prisões chamadas de cautelares ou provisórias, que deveriam ser a exceção, estão se tornando regra. O artigo 312 do Código de Processo Penal é claro quando expõe os motivos que podem ensejar as prisões antecipadas (garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal).

Entretanto, o que se vê, atualmente, são prisões baseadas em indícios, em possível reiteração delitiva, em gravidade do crime etc., ou seja, fundamentos extremamente subjetivos e abstratos, que em nada observam o direito fundamental do cidadão de não ter o seu tempo sendo retirado sem uma efetiva fundamentada necessidade.

A partir disto, pode-se dizer que a exceção está se tornando regra, como refere Aury Lopes Jr:

A urgência conduz a uma inversão do eixo lógico do processo, pois, agora, primeiro prende-se para depois pensar. Antecipa-se um grave e doloroso efeito do processo (que somente poderia decorrer de uma sentença, após decorrido o *tempo de reflexão* que lhe é inerente), que jamais poderá ser revertido, não so

---

<sup>34</sup> Ibidem, 2004, p. 169.

porque o tempo não volta, mas também porque não voltam a dignidade e a intimidade violentadas no cárcere.<sup>35</sup>

É importante ressaltar que não se está a dizer que todas as prisões são desnecessárias ou arbitrárias. Está-se querendo demonstrar que não é por meio desse tipo de ação que se resolverá o problema da criminalidade e segurança.

O problema da criminalidade e falta de segurança é histórico e veio se agravando pelo decorrer do tempo. O objeto deste trabalho não é discutir a causa do caos em que se encontra o sistema prisional e penal, mas sim demonstrar que não é por meio de repressão e arbitrariedade, supressão de um direito fundamental para justificar outros, que os problemas serão resolvidos.

Como dito anteriormente, a efetividade da aplicação das garantias constitucionais é o meio mais adequado para se ter no futuro um sistema prisional que realmente ressocialize o apenado refletindo assim em uma diminuição da reincidência, e conseqüentemente da criminalidade.

Nesse viés, “As intervenções de urgência parecem sempre chegar ao mesmo tempo demasiado cedo e demasiado tarde: demasiado cedo porque o tratamento aplicado é sempre superficial”<sup>36</sup>, ou seja, o autor ressalta a falta de análise da real necessidade e conseqüências quando da aplicação das prisões cautelares, e faz o contraponto “demasiado tarde porque, sem uma inversão de lógica, o mal não parou de se propagar.”<sup>37</sup>

Portanto, sob essa óptica (de que urgência inverte a lógica) que se deve analisar as prisões cautelares.

Por outro lado, nos bancos acadêmicos, estuda-se que o processo penal busca a verdade real. Mas o que é a verdade real?

---

<sup>35</sup> Ibidem, 2004, p. 170.

<sup>36</sup> OST apud LOPES JR, 2004, p. 166.

<sup>37</sup> Ibidem, p. 166.

Ela existe? Será a verdade do acusado, do advogado de defesa, do promotor de Justiça ou do magistrado?

Inicialmente, importante salientar que o grande cientista Albert Einstein foi o primeiro a desmistificar as *verdades reais* criadas em sua época, “tudo era relativo, não havendo, portanto, um padrão a ser seguido”.<sup>38</sup> Nesse sentido, o autor ainda aduz que com a Teoria da Relatividade “sepultou-se de vez qualquer resquício dos juízos de certeza ou verdades absolutas, pois tudo é relativo”.<sup>39</sup> E, ainda, cita um exemplo clássico de autoria de Einstein “*a mesma paisagem podia ser uma coisa para o pedestre, outra coisa totalmente diversa para o motorista, e ainda outra coisa diferente para o aviador. A verdade absoluta somente poderia ser determinada pela soma de todas as observações relativas*”.<sup>40</sup>

Nilo Batista aborda os dois lados do sistema penal. De um lado, o objetivo da norma, de outro a sua realidade. Somente os profissionais, os familiares e demais operadores envolvidos na área criminal conhecem essa realidade, que muitas vezes é deturpada pela mídia.

basta o destaque da crítica tecida por Nilo Batista ao sistema e à disfunção entre o “legal” e o “real”: “[...] o sistema penal é apresentado como igualitário, atingindo igualmente as pessoas em função de suas condutas, quando na verdade seu funcionamento é seletivo, atingindo apenas determinadas pessoas, integrantes de determinados grupos sociais, a pretexto de suas condutas”. Continuando, o autor assevera: “[...] o sistema penal é também apresentado como justo [...] quando de fato seu desempenho é repressivo, seja pela frustração de suas linhas preventivas, seja pela incapacidade de regular à intensidade das respostas penais, legais e ilegais”. Por fim, conclui: “[...] o sistema penal se apresenta comprometido com a proteção da

---

<sup>38</sup> Ibidem, p. 149.

<sup>39</sup> Ibidem, p. 148.

<sup>40</sup> EINSTEIN apud LOPES JR, 2004, p. 148, grifo do autor.

dignidade humana [...] quando na verdade é estigmatizante, promovendo uma degradação da figura social de sua clientela.<sup>41</sup>

O aumento da criminalidade aliado a uma imprensa sensacionalista, onde pessoas, às vezes, sem o mínimo de conhecimento jurídico, dão pareceres, opiniões que somente agravam o quadro já preocupante da segurança em nosso país, como bem leciona Daniel Gerber.

O cotidiano forense permite observar situações que desprezam a estrutura lógico-formal de um Estado constitucional de direitos. A sociedade, induzida a um estado de emergência por força de uma mídia amplificadora de desgraças, assim como pela constatação empírica, e ainda não racionalizada, de que o direito penal não cumpre para com os objetivos que lhe emprestam, notadamente a manutenção da paz social, clama por uma intervenção máxima do Estado nas liberdades do indivíduo, passo este facilmente observado, por exemplo, junto aos insistentes debates acerca da legitimidade da pena de morte.<sup>42</sup>

No Brasil, atualmente, um grande número de indivíduos que compõe a denominada massa carcerária está presa cautelarmente. Isso tudo, é visto como uma resposta para a sociedade de que se está fazendo alguma coisa. No entanto, na verdade, é uma ilusão.

Como se sabe, a pena tem o caráter ressocializador e retributivo. A partir do que, “o direito penal, bem se sabe, é um direito de punição extremada. Nesse sentido, Bitencourt alerta que falar de direito penal é falar, de alguma forma, de violência”.<sup>43</sup> É salutar referir-se de forma contundente às palavras de Dinamarco:

---

<sup>41</sup> GERBER, Daniel. *Prisão em flagrante*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 23.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 29.

O processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamadas; ele é, por assim dizer, o microcosmo democrático do Estado de direito, com as conotações da liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade.<sup>44</sup>

Daniel Gerber faz uma brilhante análise sobre a norma, reafirmando que os princípios devem ser a base e que esta “para ser legítima, deverá estar vinculada a valores que, primeiramente, resguardem o indivíduo como valor máximo a ser preservado, ainda que em detrimento, por vezes, de um pretensão “interesse social”.<sup>45</sup> Nesse viés, “o processo, como realização da justiça, deve desempenhar sua função com efetividade”<sup>46</sup>, ou seja, para que isso ocorra os valores anteriormente citados, aliados a um processo penal que atenda ao princípio da razoabilidade quanto ao tempo de duração e demais garantias é a efetividade buscada, “a efetividade está diretamente relacionada ao tempo de resposta e ao nível de justiça que proporciona o processo”.<sup>47</sup>

Diante desses argumentos, não se pode olvidar que a Magna Carta prevê em seu artigo 5º, inciso LXXVIII que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Antes da emenda constitucional nº 45 que acrescentou o inciso anteriormente citado, presumia-se que o tempo justo estava inserido na “garantia constitucional do devido processo legal”.<sup>48</sup> A interpretação desse dispositivo é que devia garantir ao acusado que a persecução penal teria duração adequada, não

---

<sup>44</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 27.

<sup>45</sup> GERBER, 2003, p. 22, grifo do autor.

<sup>46</sup> *Ibidem*, 2006, p. 42.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 42.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 46.

célere demais a ponto de tolher seu direito à ampla defesa, nem demasiadamente morosa a ponto de causar-lhe consequências irreversíveis.

Nesta senda, “a velocidade das decisões e das respostas do Estado, que a sociedade contemporânea está a exigir, cada vez mais deve ser motivo de preocupação do legislador e do jurista”<sup>49</sup> que são os principais atores do processo penal. O legislador, por criar as normas, e o jurista, por desempenhar a função primordial na persecução penal que é a de garantir ao acusado a efetividade de seus direitos.

A velocidade da evolução social demonstra que as leis existentes não dão conta das novas demandas. A velocidade para o direito não significa edição alucinada de leis, porque são incapazes de solucionar o fenômeno da violência, principalmente da nova criminalidade, mas a mudança radical da estrutura burocrática ligada à persecução penal. A velocidade exigida na resposta estatal não pode suprimir garantias processuais, pois a função do processo é garantir os direitos do acusado.<sup>50</sup>

Nesse sentido, um processo penal revestido de garantias deve ser assegurado ao acusado, uma vez que “o *jus libertatis* é direito sagrado: todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança em sua pessoa, proclamou a Declaração Universal dos Direitos do Homem [...] qualquer restrição a essa liberdade é inteiramente excepcional”.<sup>51</sup>

No entanto, o cerne está que suprimir um direito fundamental de um cidadão e denegar-lhe o direito a um prazo realmente razoável é estipular a adoção do radical sistema *law and order* que traz consigo a destruição de todos os direitos e garantias

---

<sup>49</sup> Ibidem, p. 73.

<sup>50</sup> Ibidem, 2004, p. 74.

<sup>51</sup> Ibidem, 2004, p. 74.

estipulados na Constituição e em outros ordenamentos, numa ideologia de repressão sem necessidade.

## Considerações finais

Diante da análise contextual, mesmo que de forma breve, a ideia é ponderar que as limitações do processo penal estão a princípio traçadas, levando-se em conta a efetivação dos direitos fundamentais que somente serão concretos em um Estado democrático; ou então se estará, como muito se observa, perante uma eficácia meramente simbólica, na qual a cada passo e observação somente aumenta o abismo entre o mundo prático e o teórico, o processual penal e o constitucional.

Um processo deve trazer consigo a observância de seus princípios. No entanto, de forma destacada na lógica da eficiência, vence o Estado penitência e desconsidera-se que esse é e deve ser um instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais.

A brevidade que deveria ser a regra, por ser princípio balizador dos prazos, está submetida aos atrasos tidos como inerentes, que se compulsados não são determinados pelo acusado. Todavia a sanção já lhe é imposta de forma prematura, antecipada, como se toda a estrutura da teoria geral do delito devesse ser desconsiderada em prol do Estado e suas dificuldades no cumprimento de seus atos, passa a ser algo que é natural e deve ser imposto como se existisse uma decisão final sobre o sentir dos fatos.

E, com tudo isso devidamente suscitado em função de princípios, infelizmente tão esquecidos em um procedimento penal como os exemplos da presunção de inocência, legalidade, devido processo legal, *in dubio pro réu*, intervenção mínima do Estado, proporcionalidade, razoabilidade, adequação social, entre outros que não se poderão exaurir por uma questão lógica

que, todavia são referidos, principalmente na *esperança* de que se estreite o abismo entre a promulgação da Constituição e sua existência e validade, rumo à eficácia.

## Referências

- BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Madrid: Alianza, 1997.
- CARVALHO, Salo. *Antimanual de criminologia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- GAUER, Ruth M. Chittó. *A qualidade do tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- GERBER, Daniel. *Prisão em flagrante*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Derechos fundamentales, proceso y principio de la proporcionalidad*. Revista Galega de Administración Pública, n. 16.
- GOFFMAN, Erwing. *Estigma*. Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Rio de Janeiro: Guanabara, 1988.
- LOPES JR, AURY. *Introdução crítica ao processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- THUMS, Gilberto. *Sistemas processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- WUNDERLICH, Alexandre. *Política criminal contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.



## Considerações sobre a teoria do capital humano e sua atuação no cenário político educacional brasileiro das décadas 1980-1990

Leandro Tuzzin<sup>1</sup>

Gabriela Arruda da Silveira<sup>2</sup>

---

A educação é um campo que tem sofrido grandes e sucessivas transformações ao longo dos tempos, sobretudo depois de ter se institucionalizado. Tais transformações refletem, em muito, as mudanças da própria estrutura social, que foram se tornando gradativamente mais complexas e dinâmicas. Assim, a instrução formal, que num passado remoto era *capricho* de alguns poucos, assume, hoje, um *status* de necessidade. A vida em sociedade passou a exigir, para um viver digno, um nível mínimo de preparação que já não pode mais ser adquirido por meio de um aprendizado do tipo espontâneo. A educação formal tornou-se, assim, um imperativo.

No Brasil, o ensino fundamental é imposto pelo Estado, o ensino médio já se tornou quase uma imposição social e o ensino superior responde pelos anseios daqueles que querem um diferencial que lhes garanta melhores condições de vida,

---

<sup>1</sup> Mestre em História.

<sup>2</sup> Pós-graduada em Direito Processual Civil.

através de uma boa colocação profissional, cultural e social. Essa crença na necessidade e possibilidades da educação, motivadas e difundidas no cenário mundial a partir da década de 1950, sob o rótulo da teoria do capital humano, fez com que, nos anos de 1990, novas políticas públicas transformassem radicalmente o cenário da educação brasileira, principalmente no que tange à educação superior.

Considerando a grande influência exercida pela teoria do capital humano no cenário político educacional brasileiro, este estudo busca resgatar seu surgimento e desenvolvimento, acentuando o contexto socioeconômico global dos anos de 1980 a 1990, decisivos para a consolidação da teoria no plano nacional. Por fim, para uma melhor compreensão dos alcances da teoria do capital humano no plano teórico, terá lugar um esboço das principais críticas que são direcionadas à teoria.

## **Origem e desenvolvimento da teoria do capital humano**

Inicialmente usado por Theodore W. Schultz, em 1961, o conceito de *capital humano*, também foi intensamente trabalhado por Jacob Mincer, Mary Bowman e Gary Becker. Os estudos nessa área foram tão significativos que renderam o Premio Nobel de Economia a Schultz e também a Becker.

Nas obras de Schultz, nos diz Valdemir Pires<sup>3</sup>, o capital humano, que aparece definido de muitas formas, está sempre relacionado ao processo de desenvolvimento econômico. Schultz notou que os estudos econômicos que estavam sendo feitos no intuito de revelar os elementos residuais inerentes ao crescimento moderno, não estavam dando a devida atenção para o

---

<sup>3</sup> PIRES, Valdemir. *Economia da educação: para além do capital humano*. São Paulo: Cortez, 2005.

aspecto da melhoria da qualidade da força de trabalho. Então, ele dedicou-se a mostrar o impacto que a capacitação individual do trabalhador em geral ocasiona na economia. E chamou essa capacitação individual de investimento em *capital humano*. Seu mérito, contudo, não foi perceber o papel do indivíduo devidamente capacitado no processo de ampliação da produção e da riqueza; isso, de certo modo, os economistas clássicos já haviam considerado. Seu mérito foi mostrar que as capacidades e conhecimentos, adquiridos pelas pessoas, são uma forma de capital e que esse capital é, em boa parte, um produto do investimento deliberado, que se desenvolveu no seio das sociedades ocidentais a um índice muito mais rápido do que o capital convencional (não-humano) e que o seu crescimento pode muito bem ser a característica mais singular do sistema econômico.

Nas palavras de Schultz, temos uma clara definição do que seja o capital humano. Ele escreve: “A característica distintiva do capital humano é a de que ele é parte do homem. É humano porquanto se acha configurado no homem, e é capital porque é uma fonte de satisfações futuras, ou de futuros rendimentos, ou ambas as coisas”.<sup>4</sup> Uma das principais implicações dessa teoria diz respeito ao modo como a educação passa, a partir dela, a ser encarada, assumindo a condição de investimento. O indivíduo estuda para se capacitar e isso oferece satisfações futuras, incrementando rendimentos. Uma vez que a educação é tomada como capital, aquilo que ela produz, no indivíduo, torna-se também uma forma de capital.

O capital humano tem para quem investe nele, o diferencial de ser inalienável e intransferível. Sendo assim,

segue com seu “proprietário” para onde quer que ele vá, dando, em tese, ao trabalhador qualificado, uma espécie de poder que não poderia antes ser imaginado, já que um trabalhador

---

<sup>4</sup> SCHULTZ, Theodore. *O capital humano*. Rio de Janeiro: Zahar, 1973, p. 31.

na concepção anterior, de mero fator produtivo homogêneo, poderia substituir outro facilmente, sem grande prejuízo para a quantidade e para a qualidade do trabalho e da produção.<sup>5</sup>

Mas, a despeito de seu caráter individual, o investimento em educação não é, de acordo com os pressupostos da teoria do capital humano, um ganho apenas individual, refletindo em todo o processo de desenvolvimento econômico da sociedade. Isso porque, obviamente, um indivíduo mais bem preparado é mais produtivo, ou seja, produz mais riquezas. E ele será diretamente recompensado pela sua elevada produção e produtividade, que, indiretamente, fortalecerá o processo econômico. Schultz<sup>6</sup> utilizou dados levantados a partir da economia dos Estados Unidos para confirmar essa relação entre o nível de instrução e os rendimentos percebidos pelos trabalhadores e também a relação entre o nível de instrução dos trabalhadores e o sucesso do processo produtivo. Nesse sentido, foi um incentivador dos investimentos em educação. Não apenas por parte dos indivíduos, como também por parte das políticas públicas, se estas alcançassem o crescimento econômico.

A conjectura da teoria do capital humano de Schultz conduz, por fim, a uma revisão da noção clássica de trabalho como execução de atividade manual que exige pouco conhecimento e especialização. Esta concepção de trabalho, já equivocada no período da economia clássica, aparecia já aos olhos de Schultz como um completo erro. Cada vez mais, tornava-se óbvio que os trabalhadores não eram homônimos e o que os distinguiu era fundamentalmente o tipo e o grau de conhecimento que possuíam. E, nesse contexto, são os mais bem preparados, os mais bem instruídos que percebem os melhores salários, visto serem os mais produtivos.

---

<sup>5</sup> PIRES, 2005, p. 76.

<sup>6</sup> 1973.

Essa versão da teoria do capital humano logo ganhou notoriedade e, rapidamente, novas publicações apareceram, especialmente nos Estados Unidos. Em 1964, Gary Becker lançou a obra *Human capital*, que, a partir do programa de investigação da teoria do capital humano já em debate, apresentou um estudo que se tornou referência, no que dizia respeito a investimentos na formação de trabalhadores. Segundo Cleide Fátima Moretto (2003, p. 35),

Becker analisa a formação no trabalho, especialmente no que concerne ao comportamento das empresas, à complementaridade existente entre a aprendizagem e o trabalho e entre a aprendizagem e o tempo, assim como a outros tipos de investimento, como saúde física e psíquica.<sup>7</sup>

A referida autora também identifica os pressupostos básicos da microeconomia neoclássica, que, segundo ela, estão subjacentes à teoria de Becker: o modelo da maximização da utilidade individual e o paradigma da escolha racional. Nesse sentido, ela esclarece que, em Becker, “o *investidor em capital humano* é tomado como *homem econômico racional*, que maximiza sua utilidade individual em termos da aquisição de educação”.<sup>8</sup> Assim, além de maiores rendimentos, o investimento em educação também disponibiliza ao indivíduo uma gama maior de possibilidades de emprego (o que é relevante nesses tempos de desemprego acentuado).

Com base nas ideias de Becker e Schultz, é possível ter uma noção da ênfase que, de um modo geral, os economistas fundadores do conceito de capital humano atribuíam à educação: uma propriedade intransferível, que acompanha o seu portador

---

<sup>7</sup> MORETTO, Cleide Fátima. *Ensino superior, escolha e racionalidade: os processos de decisão dos universitários do município de São Paulo*. São Paulo: FEA/USP, 2003 (Tese – Doutorado), p. 35.

<sup>8</sup> *Ibidem*, grifo do autor.

para onde quer que ele vá, conferindo-lhe, assim, um poder de barganha antes inimaginável, no modelo de produção baseada em força de trabalho homogênea. Ele chama a atenção para o fato de o capital humano ter, de um modo geral, elevado o nível de consideração dos empregados dentro das empresas, já que estas perceberam que a capacidade dos trabalhadores é fator decisivo quando se trata de conseguir vantagens administrativas.

Mas, segundo Pires<sup>9</sup>, o referido autor classifica esse avanço no nível de consideração dos empregados como insuficiente, pois, para ele, as empresas deveriam encarar os trabalhadores qualificados (e em qualificação) como uma espécie de empreendedores, tal como o são os proprietários e acionistas da empresa. Na condição de capital humano, os trabalhadores tem de ser tomados como “investidores” de capital humano, já que podem se deslocar (levando seu conhecimento, capital humano) para outras empresas, que se encontram na situação de concorrentes.

Desse modo, seria legítimo que se falasse, como sugere Pires,<sup>10</sup> não em mercado de trabalho, mas em mercado de capital humano, sendo que cada trabalhador é um empreendedor, que ganha proporcionalmente ao seu investimento. Tem a vantagem da liberdade de mercado, mas tem o peso de estar por conta própria. Obviamente que, agora, mais do que antes, o indivíduo-trabalhador está ainda mais em função do capital humano (conhecimento, habilidade etc.) do que nunca. A necessidade de continuar se aperfeiçoando para não perder espaço no mercado é uma constante; o capital humano passa a precisar de manutenção.

As diferenças que podem ser observadas entre a abordagem de Davenport e aquela dos economistas fundadores do conceito de capital humano, deve-se, em parte, ao fato de Davenport ter presenciado, nos anos 1990, a afirmação da sociedade do co-

---

<sup>9</sup> 2005, p. 77.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 78.

nhecimento, bem como uma mudança de perspectiva na teoria econômica.

Na época em que Schultz, Becker e seus contemporâneos pensaram o capital humano, isso nas décadas de 1950-70, predominava uma leitura keynesiana da economia, segundo a qual o Estado deveria controlar as atividades econômicas a fim de assegurar o crescimento do capital e o bem-estar social.<sup>11</sup> Era, portanto, um discurso que favorecia as políticas públicas, em termos de educação especialmente. O governo investia em educação até como forma de combater a desigualdade social, na medida em que ela possibilitaria uma melhor distribuição de renda. Em suma, escreve Pires<sup>12</sup>, “o surgimento e o robustecimento do conceito de capital humano ocorreram em um período em que sua funcionalidade, tanto teórica quanto prática, para a política econômica e para a ação governamental expansionista, era facilmente reconhecida” e assim passou a ser adotado pelas políticas públicas que passaram a tomar a educação como uma espécie de panaceia da economia. A educação era para eles uma questão, principalmente, de Estado.

Na década de 1990, as coisas já haviam mudado bastante. Daí que Davenport abordou o capital humano enquanto um elemento microeconômico, distintamente da perspectiva macroeconômica em que ele foi tratado anteriormente, na ocasião de seu desenvolvimento 30 anos antes. Porque, apesar de já ter sido anunciado, desde o início, dentro de uma lógica individualista – microeconômica, no sentido de que é o fornecedor de trabalho que se sente motivado a ampliar seu conhecimento na perspectiva de maiores ganhos salariais – o conceito foi pouco explorado nesta

---

<sup>11</sup> Sobre essa ideia de Estado enquanto provedor do bem-estar social é importante mencionar que, para alguns autores, ela não chegou a acontecer efetivamente em nosso país. A respeito, ver os escritos de Streck e Moraes: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria geral do estado*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

<sup>12</sup> 2005, p. 78.

dimensão. Isso, em virtude, sobretudo, da perspectiva keynesiana que, como já foi salientado, norteava as ideias econômicas. Não obstante, os anos de 1990 vieram confirmar algo que Schultz pressentiu, mas que ainda não era evidente em sua época: o capital humano rende mais do que as outras formas de capital. Na medida em que a inovação tecnológica foi assumida como principal elemento de competição capitalista, gerando um processo contínuo de atualização de métodos, matérias e produtos, o capital humano tornou-se mais fundamental do que nunca. Para se manter no mercado, as empresas tornaram-se dependentes da inovação; e esta depende de competência criativa. Quer dizer, é preciso um bom capital humano.

Mesmo se considerando essas alterações de perspectiva, o pressuposto central dessa teoria manteve-se, no sentido de que o capital humano sempre foi colocado como algo produzido, como algo que é produto de decisões deliberadas em educação e/ou treinamento; e que o grau de educação de um indivíduo correlaciona-se com o seu rendimento. Há, portanto, uma nítida analogia entre o sucesso econômico (tanto pessoal quanto social) e o investimento em educação. Isso é uma constante na teoria do capital humano.

## **O contexto dos anos 80 e 90 e o triunfo da teoria do capital humano**

Após seu surgimento, a teoria do capital humano ganhou mais e mais repercussão, sendo, enfim, adotada como base para políticas públicas direcionadas à educação. Esse processo de afirmação foi favorecido por uma série de fatores que começaram a se manifestar ainda nos anos 70, mas que se tornaram especialmente gritantes no correr das décadas de 80 e 90. É opinião de muitos que nunca antes tanta coisa mudou em tão pouco tempo.

Segundo o diagnóstico de Gaudêncio Frigotto,<sup>13</sup> esse período foi marcado pela existência de uma crise geral do processo civilizatório, materializada, de um lado, pelo colapso do socialismo real e, de outro, pelo esgotamento do mais longo e bem-sucedido período de acumulação capitalista. Trata-se, acima de tudo, de uma crise estrutural, já que o que entrou em crise a partir dos anos 70, intensificando-se nas décadas seguintes, foi o mecanismo de solução da crise dos anos 30, a saber, as políticas estatais de financiamento do padrão capitalista de acumulação. Naquela ocasião, as estratégias políticas então adotadas não foram eficazes em estancar um modelo de desenvolvimento social fundado na concentração de capital, geradora de exclusão. O modelo adotado para solução da crise, caracterizado como *modelo fordista/neofordista de produção*, baseado na teoria keynesiana, limitou-se a remediar a situação sem tratar suas causas. As características desse modelo são assim sintetizadas por Frigotto.

a) uma determinada forma de organização do trabalho fundada em bases tecnológicas que se pautam por um refinamento do sistema de máquinas de caráter rígido, com divisão específica do trabalho, um determinado patamar de conhecimento e uma determinada composição da força de trabalho; b) um determinado regime de acumulação, fundado numa estrutura de relações que buscou compatibilizar produção em grande escala e consumo de massa num determinado nível de lucro; c) um determinado modo de regulação social que compreende a base ideológico-política de produção de valores, normas, instituições que atuam no plano do controle das relações sociais gerais, dos conflitos intercapitalistas e nas relações capital trabalho.<sup>14</sup>

Passada a ameaça de asfixiamento que rondava o capitalismo na crise de 30, o mundo capitalista experimentou, sob este novo

---

<sup>13</sup> FRIGOTTO, Gaudêncio. *Educação e a crise do capitalismo real*. São Paulo: Cortez, 1995, p. 61.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 69.

sistema organizacional, momentos de calma e prosperidade. Sob influência das teses keynesianas da intervenção do Estado na economia, desenvolveu-se a ideia de *Estado-ação* e, depois da Segunda Guerra, a ideia de *Estado de bem-estar social*, desenvolvedor de políticas sociais no sentido de garantir estabilidade no emprego, de políticas de renda com ganhos de produtividade e de previdência social, além de assegurar o direito à educação, saúde, subsídio ao transporte etc. Em virtude disso, houve, entre a maioria dos ocidentais, uma melhora significativa do padrão de vida, que levou a um aumento do consumo, que, por sua vez, impulsionou mais investimentos no setor produtivo. Isso aconteceu especialmente porque, com a assistência do Estado, as pessoas tiveram disponível seu salário para o consumo de bens duráveis. Somada a essa ajuda indireta do Estado ao capital, pelo ônus que assume na reprodução da força de trabalho (educação) e pela viabilização do consumo, havia ainda uma ajuda direta que se fazia notar em forma de subsídios e que foi, naquele período, extremamente significativa para a retomada do crescimento do acúmulo capitalista.

Mas os limites desse modelo não demoram muito a se manifestar.<sup>15</sup> Já nos anos 60 e 70 uma progressiva saturação dos

---

<sup>15</sup> Os traços mais evidentes, que passaram, a partir dos anos 70, a demonstrar a crise estrutural do capital foram assim sintetizados por Ricardo Antunes: "queda da taxa de lucro, dada, dentre outros elementos causais, pelo aumento do preço da força de trabalho, conquistado durante o período pós-45 e pela intensificação das lutas sociais dos anos 60, que objetivaram o *controle social da produção*. A conjugação desses elementos levou a uma redução dos níveis de produtividade do capital, acentuando a tendência decrescente da taxa de lucro; 2) o esgotamento do padrão de acumulação taylorista/fordista de produção (que em verdade era a expressão mais fenomênica da crise estrutural do capital), dado pela incapacidade de responder à retração do consumo que se acentuava. Na verdade, tratava-se de uma retração em resposta ao *desemprego estrutural* que então se iniciava; 3) hipertrofia da *esfera financeira*, que ganhava *relativa autonomia* frente aos capitais produtivos, o que também já era expressão da própria crise estrutural do capital e seu sistema de produção, colocando-se o capital financeiro como um campo prioritário para especulação, na nova fase do processo de internacionalização; 4) a maior concentração de capitais graças às fusões entre as empresas monopolistas e oligopolistas; 5) a crise do *Welfare State* (Estado do bem-estar social) e dos seus mecanismos de funcionamento, acarretando a crise fiscal do Estado capitalista e a necessidade de retração dos gastos públicos e sua transferência para o capital

mercados internos de bens de consumo duráveis, concorrência intercapitalista e crise fiscal e inflacionária levou a uma retração dos investimentos. Começou assim a se desenhar a crise do Estado de bem-estar social e, imediatamente, voltaram à baila os discursos em defesa das “leis naturais do mercado”, agora mediante políticas neoliberais, que postulavam o Estado mínimo, o fim da estabilidade no emprego e o corte abrupto das despesas previdenciárias e dos gastos em geral com as políticas sociais.<sup>16</sup> O argumento usado foi o de que o Estado vinha mostrando crescente incapacidade de continuar financiando a acumulação privada e mantendo as políticas sociais de reprodução da força de trabalho.

É relevante notar que essa crise no Estado de bem-estar social, com o esgotamento de seu modelo *taylorista/neofordista*, vai coincidir com *uma revolução na base técnica do processo produtivo*<sup>17</sup>, que (paradoxalmente) é resultado da interferência direta e indireta do Estado no financiamento do capital privado e na reprodução da força de trabalho – já que tais medidas permitiram que o lucro do capital fosse investido em pesquisa

---

privado; 6) incremento acentuado das privatizações, tendência generalizada às desregulamentações e à flexibilização do processo produtivo, dos mercados e da força de trabalho, entre tantos outros elementos contingentes que exprimiam esse novo quadro crítico” (ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 2005, p. 29-30).

<sup>16</sup> FRIGOTTO, 1995, p. 73.

<sup>17</sup> Essa revolução na base técnica do processo produtivo, impulsionada pela crise capitalista dos anos 1970, foi acompanhada pela emergência do modelo toyotista. Surgido no Japão, após a Segunda Guerra Mundial, o toyotismo constituiu uma experiência de organização social da produção de mercadorias desenvolvida sob a era da mundialização do capital. Responde, por um lado, às necessidades da acumulação do capital na época da *crise de superprodução*, e, por outro, à *nova base técnica da produção capitalista sob a III Revolução Tecnológica*, sendo, portanto, capaz de desenvolver a plena potencialidade de flexibilidade e de manipulação da subjetividade operária. O sistema *just-in-time*, a automação da produção e o trabalho em equipe são elementos importantes desse modelo (Ver mais em ANTUNES, R. *Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho*. 6. ed. São Paulo: Cortez; Campinas: Universidade de Campinas, 1999; HARVEY, D. *Condição pós-moderna*. 12. ed. São Paulo: Loyola; 2003; LIKER, J. k. *O modelo Toyota: 14 princípios de gestão do maior fabricante do mundo*. Porto Alegre: Bookman, 2005).

de avanço tecnológico. Os investimentos levaram à descoberta de novos materiais e novas fontes de energia, que se tornaram base para uma gradativa substituição da tecnologia rígida por uma tecnologia flexível. É o que caracterizou a chamada nova (terceira) *Revolução Industrial*.

O impacto que essa nova Revolução Industrial, paralelamente ao colapso do Estado de bem-estar social, acarretou sobre o conteúdo, a divisão e a qualidade do trabalho foi crucial. Ao mesmo tempo em que o novo cenário econômico exigia uma elevada qualificação e capacidade de abstração para o grupo de trabalhadores estáveis, cuja tarefa resumia-se cada vez mais à supervisão das máquinas informatizadas, e à capacidade de resolver problemas que surgiam sempre mais complexos, a questão da qualificação (no caso, aqui, da escolarização) não era, ainda, colocada como um problema de mercado. Dentre as estratégias que o capital usou para alcançar uma nova base de acumulação, Frigotto<sup>18</sup> destaca “os processos de reestruturação capitalista” que incluem: reconversão tecnológica, organização empresarial, combinação das forças de trabalho, estruturas financeiras etc. E, de outra parte, o “deslocamento das empresas de uma região para outra”, evitando os espaços onde a classe trabalhadora encontrava-se mais organizada e havia conquistado, historicamente, mais direitos. O extraordinário, nesse ponto, é que o aumento da produtividade que se sucede a essas medidas está associado à dispensa de trabalhadores. Conforme Pablo Gentilli<sup>19</sup>, “o mundo capitalista começava a persuadir-se de que um processo antigamente atribuído apenas a uma extravagância intelectual estava se transformando numa inegável realidade: a economia podia crescer e o desemprego aumentar sem que uma coisa impedisse a outra.”

---

<sup>18</sup> 1995, p. 78.

<sup>19</sup> GENTILLI, Pablo. Educar para o desemprego: a desintegração da promessa integradora. In: FRIGOTTO, G (Org.). *Educação e crise do trabalho: perspectivas de final de século*. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 77.

O novo plano econômico – com seu novo modelo de organização social, que implicou um novo tipo de organização industrial, baseada em tecnologia flexível (novas fontes de energia, microbiologia, microeletrônica, informática etc.) –, vindo em substituição ao modelo fordista, de tecnologias rígidas, representou para muitos a eclosão de um novo tipo de sociedade, *a sociedade do conhecimento*, a qual tem como marcas principais uma contínua evolução na organização da produção, que passou a exigir mais da mão de obra empregada, em termos de flexibilidade.

É, portanto, justamente sobre a categoria *trabalho* que a sociedade do conhecimento traz suas mais agudas transformações. E, nesse sentido,

O ponto crucial é que o fato de a nova e fantástica base técnica, potenciadora das forças produtivas, dar-se sob relações de exclusão social, ao contrário de liberar tempo livre enquanto o mundo da liberdade, produz tempo de tensão, sofrimento, preocupação e flagelo do desemprego estrutural e subdesemprego. O trabalho, enquanto força de trabalho, passa a constituir-se numa preocupação visceral de tal sorte que, perversamente, [...] o caráter excludente das relações sociais determina que, nestas circunstâncias, o trabalhador lute para manter-se ou para tornar-se mercadoria.<sup>20</sup>

Esses são aspectos de um panorama histórico que se instalou nos anos 80 e 90, alastrando-se até o presente século. A padronização deu lugar a uma gama infindável de produtos (era preciso atrair o consumidor); o controle de qualidade tornou-se uma constante (era preciso agradar o consumidor); os grandes estoques findaram (tudo era rapidamente superado, não fazia sentido estocar); o trabalhador multifuncional adquiriu vantagens sobre aquele especialista em apenas uma tarefa; a exigência de qualificação é constante e a criatividade tornou-se um diferencial

---

<sup>20</sup> FRIGOTTO, 1995, p. 60-61.

valioso. Na nova sociedade (do conhecimento) as palavras de ordem poderiam ainda ser as mesmas – produtividade, competitividade e lucratividade –, o que mudou foi apenas o modo como se procede para pô-las em prática, um modo muito mais inseguro para quem está envolvido. A ruína do Estado do bem-estar social, apoiado nas teses keynesianas, trouxe consigo um mercado no qual o emprego regular, com segurança, salários reais, vantagens sociais, começou a tornar-se escasso para a maioria das pessoas. Em seu lugar surgiu a modalidade do emprego temporário, parcial, casual, que mais bem se denominaria de “desemprego disfarçado”, devido às condições de trabalho muito abaixo dos padrões ideais.

A sociedade do conhecimento mostrou-se, assim, como a sociedade da instabilidade, da insegurança: altas taxas de desemprego<sup>21</sup>, presença do desemprego estrutural<sup>22</sup>, intensificação do ritmo de trabalho, crescimento do trabalho temporário e de tempo parcial, polarização em termos de qualificação e, para os que permanecem no emprego, angústia e medo.

Todo esse processo de crise e reestruturação da sociedade capitalista, transcorrido nas últimas décadas do século XX, com suas consequências marcantes para o mundo do trabalho, acabou impactando também, profundamente, no campo educacional. Segundo a perspectiva defendida por Gentili em *Educar para*

---

<sup>21</sup> A taxa média de desemprego (desemprego como porcentagem da força de trabalho) nos países da Europa Ocidental passou de 2,4 no período 1950-1973 para 4,9 na subfase 1974-1983 e 6,8 em 1984-1993. Na Europa Meridional, ocorreu na mesma sequência: 3,6; 6,9 e 12,2. Nos novos países ocidentais, o aumento foi de 2,9% na fase 1950-1973, a 7,8% nos anos 1984-1993. A América Latina, naturalmente, não constituiu uma exceção à regra. O desemprego cresceu durante o período atingindo, em alguns países, dimensões espetaculares. No início da década de oitenta, o desemprego urbano chegava a 6,7, passando a 10,1% em 1985 e estabilizando-se em 8,0% durante os cinco primeiros anos da década de noventa. No Brasil, pesquisas por amostra de domicílios apontavam, no ano de 1980, uma taxa de desemprego de 6,2%, em contraste com os 3,4% registrados em 1950. Em 1995, o desemprego ainda se mantinha no país a uma taxa de 4,5% (GENTILLI, 1998, p. 87).

<sup>22</sup> Sobre o problema do desemprego estrutural, ver SINGER, P. I. *Globalização e desemprego: diagnóstico e alternativas*. 4. ed. São Paulo: Contexto, 2003.

*o desemprego*, essa crise do capitalismo marcou uma alteração substantiva na função econômica atribuída à escolaridade, processo que influenciou profundamente o rumo e a natureza das políticas educacionais na virada do século. Tal mudança consiste, precisamente, na desintegração daquilo que o autor chama de “promessa da escola como entidade integradora”, que, na perspectiva especificamente econômica, estava associada à possibilidade de expandir e universalizar os direitos econômicos e sociais que acompanhavam a ideia do Estado de bem-estar social.

A promessa integradora da escolaridade estava fundada na necessidade de definir um conjunto de estratégias orientadas para criar as condições *educacionais* de um mercado de trabalho em expansão e na confiança (aparentemente incontestável de atingir o pleno emprego. A escola constituía-se assim num espaço institucional que contribuía para a integração econômica da sociedade, formando o contingente (sempre em aumento) da força de trabalho que se incorporaria gradualmente ao mercado. [...] Por outro lado, essa promessa integradora atribuía ao Estado um papel central não apenas nas atividades de planejamento como também um desempenho decisivo na captação dos recursos financeiros e na atribuição e distribuição das verbas destinadas ao sistema educacional. Ao fazer isso, o Estado contribuía, por um lado, para o aumento da renda individual (derivada do incremento do capital humano individual), e, por outro, para o aumento da riqueza social (derivada de um incremento no *stock* de capital humano social).<sup>23</sup>

As esperanças em torno dessa promessa começaram a desmoronar quando, por ocasião da crise econômica estrutural do capitalismo, iniciada nos anos 70, enfraqueceu-se a ideia do Estado de bem-estar social e voltou-se ao discurso em favor das leis reguladoras do mercado – corrente neoliberalista. Pode parecer paradoxal o fato de essa ruptura da promessa integradora da escola ter começado a se produzir de forma definitiva nos

---

<sup>23</sup> GENTILLI, 1998, p. 80.

anos oitenta, justamente no contexto da efetivação da sociedade do conhecimento, em que começavam a proliferar os discursos enfatizando a importância da educação. Mas, em tal sentido, é importante frisar que a desintegração da promessa integradora não supõe a negação da contribuição econômica da escolaridade, supõe sim uma transformação em seu sentido:

Passou-se de uma lógica da integração em função de necessidades e demandas de caráter coletivo (a economia nacional, a competitividade das empresas, a riqueza social etc.), a uma lógica econômica estritamente privada e guiada pela ênfase nas capacidades e competências que cada pessoa deve adquirir no mercado educacional para atingir uma melhor posição no mercado de trabalho.<sup>24</sup>

A figura do Estado garantidor de direitos e planejador da vida social desaparece. Junto vai por água abaixo a promessa do pleno emprego. Resta ao indivíduo tomar a iniciativa e definir suas opções em vista de obter uma melhor qualificação, que lhe garanta competitividade na disputa pelos escassos empregos oferecidos no mercado. Assim, a promessa do *emprego pleno*, de caráter coletivo e de iniciativa coletiva, dá lugar à promessa da *empregabilidade*, de caráter e iniciativa estritamente privados.<sup>25</sup>

A *empregabilidade* foi apresentada como a bandeira dos novos tempos. E a educação passou a ser posta como panaceia para aqueles que almejam uma (boa) colocação no mercado de trabalho. Esse contexto passou a exigir cada vez mais transfor-

---

<sup>24</sup> Ibidem, p. 81.

<sup>25</sup> “A certeza de que as economias podiam crescer em ritmos e taxas diferenciais (porém, crescer relativamente), que a inflação poderia ser controlada com medidas mais ou menos dolorosas (porém, controlada de uma ou outra forma), mas que já não se podia pensar no mercado de trabalho como uma esfera de expansão ilimitada, simplesmente porque nele não poderia haver espaço para todos, foram o contexto dessa mudança. Educar para o emprego levou ao reconhecimento (trágico para alguns, natural para outros) de que se devia formar *também* para o desemprego, numa lógica de desenvolvimento que transformava a dupla ‘trabalho/ausência de trabalho’ num matrimônio inseparável” (GENTILI, 1998, p. 89).

mações no campo educacional, em vista das exigências do mercado por especialistas dos mais variados campos. Emergia, aí, um novo e promissor mercado para o ensino superior, o ensino especializante. O diploma universitário passava a ser visto como o remédio para todos os males e a população passou a apostar ali todas as suas esperanças.

Tudo passou a valer quando se tratava de semear, entre as pessoas, os certificados e os diplomas escolares. A opinião pública difundiu a ideia e o discurso passou a valer como verdade. E como também era opinião corrente que o Estado não é bom empreendedor, que gasta muito e realiza pouco, que, ao proteger direitos, trava o desenvolvimento econômico e social, teve início uma onda de reformas visando a estimular a entrada do capital privado no então promissor mercado educacional do ensino superior.

Como impulso significativo para a realização de tais reformas há de se destacar, ainda, a insistente recomendação de organismos internacionais como BID, BIRD, OIT, UNESCO, FMI e UNICEF, que disseminavam a teoria do capital humano e alentavam acerca da necessidade de políticas na esfera educacional. A UNESCO, por exemplo, já em 1971, apresentava uma coletânea intitulada *Readings in the economics of education*, onde estavam presentes, além de textos clássicos da economia da educação, reflexões que relacionavam o investimento em educação ao desenvolvimento econômico. O teor dessa importante referência literária acerca da economia da educação pode ser percebida a partir da mera indicação das seções que a compõe:

I - Perspectivas da educação e do desenvolvimento nos primórdios do pensamento econômico: artigos históricos. II - Educação como prioridade do desenvolvimento. III - Desenvolvimento econômico, alfabetização e a pirâmide educacional. IV - Função de produção agregada e crescimento não-explicado da

renda nacional. V - O objetivo e a medição da formação de capital humano. VI - Medidas da contribuição do ensino para o crescimento da renda *per capita*. VII - Ensino, experiência a diferencial de renda: algumas abordagens pioneiras. VIII - Relações entre custo e benefícios do investimento em ensino e treinamento do trabalho. IX - O conteúdo e o *locus* da educação e sua efetividade econômica. X - Desenvolvimento econômico, estrutura do mercado de trabalho e a demanda por habilidades humanas. XI - Recursos para educação. XII - Planejamento educacional e critérios de decisão.<sup>26</sup>

Fica claro, com a leitura destes tópicos, que o mandamento principal é o investimento em educação, como forma de promover o desenvolvimento econômico (investimento esse, que no contexto dos anos 80/90, não mais devia ser financiado pelo Estado, mas facilitado por ele para que fosse realizado pelo capital privado e regulado pelas leis do mercado). A educação passou a representar o papel de insumo principal, não apenas para o desenvolvimento individual, mas também para o progresso social. E uma grande quantidade de estudos se sucederam com o intuito de mensurar esses retornos. Há de se citar, também, nesse sentido, a base de dados que o Banco Mundial disponibiliza, com centenas de resultados de estudos acerca dos retornos dos investimentos em educação, comparados no tempo e realizados em diferentes países.

Além disso, pesou em favor da teoria do capital humano o fato de sua aplicação ter sido, segundo Moretto<sup>27</sup>, facilitada em grande medida pela disponibilidade crescente de microdados, como os dados de painel sobre os salários e as diferentes características do trabalho, o que a torna uma das teorias mais aplicadas empiricamente na atualidade. Não há dúvida de que este aspecto empírico, que possibilita uma mensuração mais ou menos ime-

---

<sup>26</sup> Apud PIRES, 2005, p. 74.

<sup>27</sup> 2003.

diata dos retornos, exerceu forte atração sobre os governantes que, de algum modo, almejavam promover desenvolvimento. Daí muitos países adotarem políticas explícitas para a ampliação do acesso da população ao ensino formal. Desconsiderando as muitas críticas e incertezas que ainda rondavam a teoria do capital humano, países como o Brasil, assumiram sua proposta, que foi rapidamente traduzida em reformas na área educacional.

Os detalhes da reforma educacional no Brasil, levada a cabo à luz da teoria do capital humano, nos anos de 1990, e cujos “efeitos colaterais” ainda se fazem notar.

## Críticas à teoria do capital humano

Em virtude de sua contribuição para o entendimento das causas do desenvolvimento econômico na modernidade e também à sua crescente influência nas políticas públicas, a teoria do capital humano passou a ser amplamente discutida, tornando-se, também, alvo de inúmeras críticas, que se originaram de duas vertentes principais, que serão brevemente apresentadas.

A primeira leva de críticas à teoria do capital humano não chegou a desconsiderar a tese central de que maior educação é sinônimo de maiores rendas, concentrando restrições a apenas alguns aspectos específicos da teoria. Dois nomes merecem ser considerados neste sentido: Harry Shaffer e Jack Wiseman.

Shaffer<sup>28</sup> começa por considerar moralmente inapropriado aplicar conceitos referentes à economia (investimento, capital) a pessoas. Questiona também a tendência da teoria do capital humano em considerar a educação exclusivamente um investimento, pois não se pode desconsiderar o fato de a educação também constituir um bem de consumo. Ligado a isso, o autor

---

<sup>28</sup> SHAFFER, Harry G. Investment in human capital: comment. *The American Economic Review*, 51, Parte 2, dezembro de 1961.

vai questionar o fato de o fator econômico exercer decisiva motivação sobre os indivíduos que geralmente procuram a escola. Sua posição é a de que, no mais das vezes, os indivíduos frequentam as escolas como consumidores habituais de educação e não como investidores. Num outro sentido, Shaffer acaba, depois, criticando a utilização política da teoria do capital humano, visto que se estaria privilegiando excessivamente o aspecto econômico da educação, em detrimento de outros aspectos igualmente importantes, como o cultural, por exemplo. Esse tipo de política poderia levar a um enfraquecimento de determinadas áreas sociais que são, a princípio, menos rentáveis. Produzir-se-ia, assim, uma anomalia social.

Wiseman,<sup>29</sup> por sua vez, concentra sua crítica ao capital humano na concepção humanista de que a vida não pode ser tomada em consideração como se fosse um balanço comercial. Ele se preocupa com o problema da avaliação implícita da educação e de suas consequências, detalhes que não são contemplados pela teoria econômica do capital humano. Uma educação feita com motivação econômica acaba desnortando as atitudes, as preferências e os padrões de expectativa dos indivíduos. E isso não pode ser simplesmente desconsiderado.

Para além dessas críticas de caráter específico, que no geral foram rapidamente contornadas pelos teóricos do capital humano, há uma crítica mais contundente, que vem da corrente marxista. Destaque, no Brasil, para os escritos de Frigotto. Sua tese de doutorado, desenvolvida no início dos anos 1980, e publicada com o título *A produtividade da escola improdutiva*, tem como eixo central de análise a crítica ao caráter circular e positivista da teoria do capital humano e a explicitação das condições históricas, no interior do capitalismo monopolista, que a produz. Situando a teoria do capital humano como parte de um esforço de

---

<sup>29</sup> WISEMAN, Jack. Cost-benefit analysis in education. *The Southern Economic Journal*, v. 32, Parte 2, jul. 1965.

legitimação da lógica mercantil capitalista prevalecente, Frigotto sustenta que a escola também cumpre uma função mediadora no processo de acumulação capitalista, mediante sua desqualificação.

Na medida em que a escola é desqualificada para a classe dominada, para os filhos dos trabalhadores, ela cumpre, ao mesmo tempo, uma dupla função na reprodução das relações capitalistas de produção: justifica a situação de explorados e, ao impedir o acesso ao saber elaborado, limita a classe trabalhadora na sua luta contra o capital.<sup>30</sup>

Desconsiderando totalmente este fato, a teoria do capital humano, em sua tentativa de tornar o capitalismo mais eficiente, leva a uma maior exploração dos trabalhadores.

Outro nome a ser destacado, no plano nacional, é o de Bárbara Freitag. Na mesma linha argumentativa de Frigotto, Freitag também busca desmascarar o caráter ideológico da teoria do capital humano. No entanto, sua crítica é direcionada ao controverso vínculo direto entre educação e produtividade, com sua suposta taxa de retorno social e individual. Para ela,

Numa análise ideológico-crítica, a taxa de retorno se desmascara como a taxa de mais-valia que em verdade não beneficia o trabalhador que a produz nem uma entidade abstrata como a *nação*, representada pelo Estado, mas sim o empresário capitalista, que empregou a força de trabalho.<sup>31</sup>

A autora considera que os dois modelos clássicos da economia da educação (modelo do investimento, baseado na ideia de taxa de retorno, e modelo da demanda, voltado à captação da demanda por mão-de-obra) complementam-se a fim de ajustar o pessoal formado pelas escolas aos ciclos e às crises geradas pela

---

<sup>30</sup> FRIGOTTO, Gaudêncio. *A produtividade da escola improdutiva*. São Paulo: Cortez, 1984, p. 26.

<sup>31</sup> FREITAG, Bárbara. *Escola, estado e sociedade*. São Paulo: Cortez e Moraes, 1979, p. 26.

economia capitalista. Assim, por meios do planejamento educacional, cria-se uma flexibilidade útil frente às crises do sistema capitalista. Sob a ideologia do desenvolvimento e do crescimento continuado da economia e alegando ao mesmo tempo assegurar empregos duradouros à força de trabalho disponível, protege-se, na verdade, os interesses das empresas privadas. Na medida em que mantêm em reserva um potencial de trabalhadores que constantemente são reciclados em função das novas demandas geradas pela dinâmica e irracionalidade do modo de produção, o planejamento educacional constitui “uma maneira de manipular ‘o exército industrial de reserva’, dando-lhe sua plena funcionalidade: fornecer a cada momento a força de trabalho necessária à expansão ou contenção da produção e degradar os salários”.<sup>32</sup>

No plano internacional, há uma extensa gama de autores que, pela linha marxista, manifestaram críticas à teoria do capital humano. Destaque para os trabalhos de Lamarca<sup>33</sup>, Carnoy<sup>34</sup>, Finkel<sup>35</sup>; de Gintis<sup>36</sup> e Bowles,<sup>37</sup> que enfatizaram os aspectos do disciplinamento e das atitudes, chamando a atenção para o aspecto escolar da reprodução dos interesses do capital<sup>38</sup>; e de alguns autores franceses como Bourdieu e Passeron<sup>39</sup> e Launay<sup>40</sup>,

---

<sup>32</sup> Ibidem, p. 28.

<sup>33</sup> LAMARCA, G. (Org.). *La educassem burguesa*. México: Nueva Imagen, 1977.

<sup>34</sup> CARNOY, M; LEVIN, H. *Escola e trabalho no Estado capitalista*. São Paulo: Cortez, 1987.

<sup>35</sup> FINKEL, S. M. de. El capital humano: concepto ideológico. In: LABARCA, G. (Org.). *La educassem burguesa*. México: Nueva Imagen, 1977.

<sup>36</sup> GINTIS, H. *Education, technology and characteristics of worker productivity*. American Economic Reviw. s.1, 1971.

<sup>37</sup> BOWLES, S. Unequal education and reproduction of social divise of labor. In: CARNOY, M. *Schooling in a corporate society: The political ecônomo of education in America*. New York, 1972.

<sup>38</sup> Por suas análises terem uma inspiração marxista, Gintis e Bowles ficaram conhecidos como “radicais americanos” (FRIGOTTO, 1995, p. 43).

<sup>39</sup> BOURDIEU, P; PASSERON, J. A comparabilidade dos sistemas de ensino. In: DURAND, José Carlos Garcia (Org.). *Educação e hegemonia de classe: as funções ideológicas da escola*. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

<sup>40</sup> LAUNAY, Jean. Elementos para uma Economia Política de Educação. In: DURAND, José Carlos Garcia (Org.). *Educação e hegemonia de classe: as funções*

que procuram situar a educação do Estado no contexto do capital monopolista. Entre os autores franceses, ênfase para a crítica de Jean Launay, que toma a teoria da educação como investimento por uma *ideologia da seleção*.

Ao invés de perceber que é a partir da produção material que o homem aprofunda seu conhecimento da natureza em todas as suas dimensões, não apenas presentes mas também passadas e futuras, não somente econômicas, mas também políticas, científicas, culturais, ela limita por sua apresentação, por seu método, o próprio conteúdo da educação. Seu *cogito* é a medida da rentabilidade, e, em emocionante contraponto, algumas frases líricas sobre o bem-estar e o prazer.<sup>41</sup>

Launay volta-se contra o caráter restrito da educação enquanto provedora de mão-de-obra qualificada. Se a educação pode fazer mais do que isso, se pode contribuir para, além de melhorar a produtividade, melhorar a vida do homem, por que negligenciar este aspecto? Ele entende, nesse sentido, que as despesas em educação só poderão ser consideradas como despesa final quando, a partir da análise da expansão das capacidades intelectuais do homem na produção e no plano do aumento do valor e da reprodutividade do trabalho dela resultante, “lutar [-se] pela expansão dessas capacidades, não apenas no plano da compreensão dos fenômenos da natureza, mas no dos fenômenos sociais também”.<sup>42</sup>

Em síntese, a crítica marxista à teoria do capital humano, contemplada acima em alguns aspectos, concentra suas acusações em três áreas:

1) No que tange à *contabilidade do desenvolvimento*, ataca-se a pretensão da teoria do capital humano de estipular a contri-

---

ideológicas da escola. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

<sup>41</sup> Ibidem, p. 206.

<sup>42</sup> Ibidem.

buição exata dos investimentos em recursos humanos para o crescimento econômico. A educação pode ser positiva ou negativa para o aumento da produção econômica, dependendo do tipo de educação que for praticada. Se a educação colocar-se a serviço da manutenção do modelo capitalista, classista, ela vai ser útil ao desenvolvimento econômico, selecionando mão-de-obra e justificando a desigualdade. Mas e se não for esse o modelo educacional desejado, decidindo-se por uma educação conscientizadora, ela não mais será favorável ao modelo econômico capitalista, visto possibilitar o aumento da consciência de classe e a organização dos trabalhadores. A educação não tem, ao contrário do que sustentam os economistas do capital humano, como função principal o desenvolvimento de habilidades ou a transmissão de conhecimento. O aumento da produtividade que pode ser constatado proporcionalmente ao aumento da educação se deve, antes, ao fato de a escolarização: a) fornecer credenciais que facilitem a supervisão autoritária; b) oportunizar ao empregador a adoção de critérios de seleção que levem em conta os aspectos motivacionais que lhe convém; c) gerar um grupo seletivo de trabalhadores que, munidos de boa renda e *status*, inviabilizem coalizões de trabalhadores contra os capitalistas.

2) Quanto à relevância do capital humano para a *distribuição de renda*, levantam-se restrições à ideia de que é possível mensurar uma mudança na distribuição de renda a partir da educação. Essa é uma ideia débil, na medida em que não são consideradas, por parte dos teóricos do capital humano, com igual relevância as variantes da oferta e da demanda de mão-de-obra. Tratam a distribuição de renda como determinada apenas pela oferta de mão-de-obra, passando por alto pelas condições da sua demanda. Também ignoram aspectos macroeconômicos decisivos para a distribuição de renda, como, por exemplo, as mudanças tecnológicas, das estruturas de mercado etc. Além disso, os partidários da teoria do capital humano assumem como normal

e regular o processo de exploração do trabalho. Daí considerarem que a desigualdade de renda é apenas consequência de um desnível em termos de recursos humanos, não percebendo que essa desigualdade de renda é, em grande parte, decorrência das características estruturais da economia capitalista. A diferença de recursos humanos, em verdade, apenas facilita a escolha dos indivíduos que devem preencher determinadas posições no mercado econômico. Com isso, combate-se a ideia – ilusória, do ponto de vista marxista – de que uma mais igual distribuição de educação conduz automaticamente a uma menor desigualdade de renda. Uma melhor equalização da educação, sem dúvida, reduz a desigualdade econômica, mas não diretamente. A participação da educação nesse processo é indireta, auxiliando no processo de tomada de consciência da classe explorada, que, uma vez conscientizada, pode impulsionar uma reforma econômica.

3) O uso político da teoria do capital humano é considerado especialmente na área da educação. Partindo de uma análise embasada no custo-benefício, tais políticas acabam negligenciando outros aspectos relevantes da vida do indivíduo. Além do que, em função dos pormenores da teoria do capital humano, confia-se que cada um saiba escolher (escolha racional) o tipo de instrução que lhe dê mais retorno. Trata-se, porém, no fundo, de mais um mecanismo de controle que, através da remuneração, classifica de antemão o que vale a pena e o que não vale a pena em termos de formação educacional. Pensando nessa linha, é o próprio mercado que determina, pela procura, os rumos que a educação deve em cada caso seguir. A escola fica sendo, assim, um espaço de preparação de mão-de-obra para a estrutura de produção capitalista. O marxismo critica, nesse sentido, as políticas públicas que, ao investir em educação, o fazem de modo que as escolhas individuais de cada um determinem os rumos a serem seguidos. Não que não confiem na capacidade racional dos indivíduos ou das famílias em elegerem o melhor investi-

mento educacional, mas porque esse modelo não pode por si só conduzir a um nível desejado de conscientização. Caso seja isso, que se espera da educação!

De modo geral, as críticas de inspiração marxistas combatem o discurso que pretende explicar a pobreza e a exclusão apenas em termos de carência educacional; questionam a ideia implícita de que o sucesso econômico tem uma relação direta com o grau de instrução. Há outras variáveis a serem consideradas quando se pretende fornecer explicações e pensar soluções para o problema da desigualdade social e econômica.

Cabe mencionar que também têm surgido diversas críticas internas à teoria do capital humano. Apesar da ampla difusão e aceitação de modelos econométricos no campo da teoria da educação, há, ainda hoje, divergência entre os seus defensores, principalmente em função da debilidade das medidas que tentam apreender o impacto da educação sobre o crescimento econômico.

Entre as críticas internas mais intensas à teoria do capital humano estão, no entender de Pires (2005, p. 102), as chamadas teorias da segmentação e da discriminação do mercado de trabalho, formuladas no campo da economia do trabalho. Essas teorias questionam o pressuposto do pensamento econômico neoclássico, partilhado pela teoria do capital humano, de que há uma relação entre o valor do trabalho e sua produtividade. Acontece que, em função da regulamentação do Estado, da ação sindical e, principalmente, da *segmentação do mercado de trabalho*<sup>43</sup>, o valor do trabalho (salário) não pode mais ser calculado com base na sua produção. Quer dizer, produzir mais não necessariamente implica ganhar mais. Daí a conclusão de que “a remuneração que os indivíduos podem obter ao se empregarem não depende apenas do quanto investiram em capital humano, do quanto se

---

<sup>43</sup> A estratificação do mercado de trabalho se dá de tal modo que os salários passam a depender de características institucionais, de hábitos e rotinas setoriais, de regras internas às firmas etc.

capacitaram, do quanto fizeram para elevar sua produtividade individual” (PIRES, 2005, p. 104). Mas isso, afirmam os partidários da teoria do capital humano, não consiste em uma inadequação na teoria de base, sendo que representa apenas a falta de um amadurecimento que virá com a continuidade da reflexão teórica e do constante esforço de observação empírica.

Críticas desse tipo são encaradas, no mais das vezes, como algo natural e necessário ao processo de desenvolvimento de qualquer pesquisa.

## **Considerações finais**

Apesar de as críticas poderem ser formuladas à teoria do capital humano, vimos que elas, a partir da crise econômica das décadas de 1980 e 1990, passaram a ser amplamente difundidas, em complemento à proposta neoliberal, que se levantou por ocasião dos questionamento do modelo keynesiano de Estado. Assim, ao mesmo tempo em que desaparecia a figura do Estado garantidor de direitos e planejador da vida social, levantava-se a ideia de que o indivíduo poderia buscar a condição desejada pela sua própria iniciativa. Em concordância com os preceitos da teoria do capital humano, de que os investimentos que os indivíduos realizam ao se aperfeiçoar, revertem em riqueza para a nação, o Estado teria de investir em educação para desenvolver-se. E alguns organismos internacionais começaram a incentivar e, mesmo, negociar ações nesse sentido. No mais, a crise econômica experimentada nas décadas de 1980 e 1990, combinada com a eclosão do que muitos chamaram de “sociedade do conhecimento” e sua demanda por especialistas, reforçou nas pessoas a crença na educação como solução para os problemas, principalmente os econômicos.

No Brasil, esse cenário levou à realização de reformas para ampliação do sistema educacional. Sob influência de ideias neoliberais, tais reformas representaram estímulos para a entrada do capital privado no mercado educacional, mais especificamente na área do ensino superior, o ensino especializante. As transformações daí decorrentes tiveram sem dúvida efeitos, com uma considerável expansão da oferta de ensino. Se esse era o objetivo, ele foi alcançado. Contudo, caberia avaliar mais bem, à luz das críticas dirigidas à teoria do capital humano, se esse modelo de educação feito com motivos econômicos não acaba desnortear as atitudes, as preferências e os padrões de expectativa dos indivíduos. O modelo educacional que temos é o ideal para as condições sociais (nada ideais) do atual modelo econômico?

## Referências

ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho?* Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. 6. ed. São Paulo: Cortez; Campinas: Universidade de Campinas, 1999.

ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 2005.

BOURDIEU, P; PASSERON, J. A comparabilidade dos sistemas de ensino. In: DURAND, José Carlos Garcia (Org.). *Educação e hegemonia de classe: as funções ideológicas da escola*. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

BOWLES, S. Unequal education and reproduction of social division of labor. In: CARNOY, M. *Schooling in a corporate society: The political economy of education in America*. New York, 1972.

CARNOY, M; LEVIN, H. *Escola e trabalho no Estado capitalista*. São Paulo: Cortez, 1987.

COSTA, Lucia Cortes da. Os impasses do estado capitalista: uma análise sobre a reforma do Estado no Brasil. Ponta Grossa: UEPG; São Paulo: Cortez, 2006.

FINKEL, S. M. de. El capital humano: concepto ideológico. In: LABARCA, G. (Org.). *La educassem burguesa*. México: Nueva Imagen, 1977.

- FREITAG, Barbára. *Escola, estado e sociedade*. São Paulo: Cortez e Moraes, 1979.
- FRIGOTTO, Gaudêncio. *A produtividade da escola improdutiva*. São Paulo: Cortez, 1984, 224.
- \_\_\_\_\_. *Educação e a crise do capitalismo real*. São Paulo: Cortez, 1995.
- GENTILLI, Pablo. Educar para o desemprego: a desintegração da promessa integradora. In: FRIGOTTO, G. (Org.). *Educação e crise do trabalho: Perspectivas de final de século*. Petrópolis: Vozes, 1998.
- GINTIS, H. *Education, technology and characteristics of worker productivity*. American Economic Review. s.1, 1971.
- HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. 12. ed. São Paulo: Loyola, 2003.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA. *Educação superior brasileira: 1991-2004*. Brasília: Inep/Mec, 2006.
- LABARCA, G. (Org.). *La educassem burguesa*. México: Nueva Imagen, 1977.
- LAUNAY, Jean. Elementos para uma economia política de educação. In: DURAND, José Carlos Garcia (Org.). *Educação e hegemonia de classe: as funções ideológicas da escola*. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.
- LIKER, Jeffrey k. *O modelo Toyota: 14 princípios de gestão do maior fabricante do mundo*. Porto Alegre: Bookman, 2005.
- MERCADANTE, Aloizio. *Brasil primeiro tempo*. São Paulo: Planeta, 2006.
- MORETTO, Cleide Fátima. *Ensino superior, escolha e racionalidade: os processos de decisão dos universitários do município de São Paulo*. São Paulo: FEA/USP, 2003 (Tese – Doutorado).
- PIRES, Valdemir. *Economia da educação: para além do capital humano*. São Paulo: Cortez, 2005.
- SCHULTZ, Theodore. *O capital humano*. Rio de Janeiro: Zahar, 1973.
- \_\_\_\_\_. *O valor econômico da educação*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- SGUISSARDI, Valdemar (Org.). *Educação Superior: velhos e novos desafios*. São Paulo: Xamã, 2000.
- SHAFFER, Harry G. Investment in human capital: comment. *The American Economic Review*, 51, Parte 2, dezembro de 1961, p. 1026-1035.

SINGER, Paul Israel. *Globalização e desemprego: diagnóstico e alternativas*. 4. ed. São Paulo: Contexto, 2003.

SIQUEIRA, Ângela C. de; NEVES, Lúcia Maria W. (Orgs.). *Educação superior: uma reforma em processo*. São Paulo: Xamã, 2006.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria geral do estado*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

WISEMAN, Jack. Cost-benefit analysis in education. *The Southern Economic Journal*, v. 32, Parte 2, jul. 1965.

# O tratamento do empregado doméstico pela legislação trabalhista perante o princípio da igualdade

Caroline Porto de Magalhães<sup>1</sup>

Adriana de Góes dos Santos<sup>2</sup>

---

O empregado doméstico é aquele que presta serviços no âmbito da residência do empregador, de natureza contínua e com finalidade não-lucrativa. Ocorre que tal trabalhador está desprotegido legalmente na relação empregatícia, uma vez que foi excluído pela CLT, sendo agora regido por lei especial, que, todavia, não é suficiente para garantir-lhe os direitos mínimos alcançados pelos demais trabalhadores, nem atender à complexidade desta relação.

Os desconhecidos motivos que ensejaram a discriminação do trabalhador doméstico pelo legislador não recebem guarida no atual ordenamento jurídico, nem frente aos princípios norteadores da relação empregatícia, em especial, o princípio da igualdade e o da isonomia de tratamento que constituem um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Dessa forma, no presente estudo será demonstrada a necessidade de uma legislação que estenda aos trabalhadores domésticos

---

<sup>1</sup> Especialista em Direito do Trabalho e Seguridade Social.

<sup>2</sup> Pós-graduanda em Direito Processual Civil.

os demais direitos que possuem os trabalhadores comuns, para que se possa efetivar o princípio da proteção amplamente utilizado na seara trabalhista, uma vez que tal empregado encontra-se desamparado pela legislação atual, o que vai de encontro aos princípios da igualdade e isonomia de tratamento.

## Origem

Considerado primeiramente como castigo e motivo de desonra, o trabalho tem origem da palavra *tripalium*<sup>3</sup>, que consistia num utensílio de tortura, formado por três paus usado em animais. Um grande marco histórico para o direito do trabalho foi quando o homem passou a ter consciência que seria mais proveitoso não comer seus prisioneiros de guerra, ou simplesmente eliminá-los, mas sim utilizar-se de sua energia, sendo servido por eles como escravos, assim esta foi a primeira forma de trabalho conhecida.

Para Carmem Camino, “A escravidão constituiu o sistema de trabalho universal no Mundo Antigo e sobre ela assentou-se toda a opulência da civilização greco-romana”.<sup>4</sup> Houve casos isolados de trabalhadores livres, que foram libertados do regime de escravidão por seus amos, como forma de agradecimento por seus afazeres, e também havia os camponeses que mesmo

---

<sup>3</sup> “A origem da palavra trabalho vem da forma latina *tripalium*, um instrumento de tortura usado na Roma antiga, formado por três estacas de madeira encravadas no chão, onde escravos eram amarrados para o suplício. Não por acaso, as relações de produção que os seres humanos estabelecem entre si visando à subsistência possui esta curiosa denominação. Ao longo da história humana, o emprego de diversas formas de violência, desde a coação física até o assédio moral, sempre esteve presente nas relações entre patrão e empregado, como estratégia para garantir a exploração e preservar o domínio daqueles que mantêm o poder sobre os meios de produção e o chamado capital” (PEDROSA, Mário, *Direito do trabalho: origens*. Disponível em: <[http://www.kelps.com.br/leart/product\\_info.php?manufacturers\\_id=1&products\\_id=481](http://www.kelps.com.br/leart/product_info.php?manufacturers_id=1&products_id=481)>. Acesso em: 13 ago. 2011.

<sup>4</sup> CAMINO, Carmem. *Direito individual do trabalho*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 28.

podendo ser livres eram obrigados a escravizar-se como forma de sobrevivência.

Acerca da importância da escravidão e sua influência nas relações de trabalho como conhecemos hoje, cabe mencionar que,

A escravidão direta é o pivô de nosso industrialismo atual, assim como as máquinas, o crédito etc. Sem escravidão não se tem algodão; sem algodão, não se tem a indústria moderna. A escravidão conferiu valor às colônias, as colônias criaram o comércio do mundo mecânico. Igualmente, antes do tráfico de negros, as colônias davam ao mundo antigo apenas pouquíssimos produtos e não alteravam visivelmente a face do mundo. Assim, a escravidão é uma categoria econômica de mais alta importância. Sem a escravidão, a América do Norte, o povo mais progressista, tornar-se-ia um país patriarcal.<sup>5</sup>

No Brasil, o período colonial foi marcado pelo intenso tráfico negreiro, já que os índios não se adequaram à escravidão. Por isso, os negros trazidos da África foram fonte de todo trabalho braçal realizado no país. Os escravos ficavam expostos a todo o tipo de crueldade e tratamento desumano por parte de seus donos, visto que eram tratados como coisas, não como pessoas. Assim, estavam presos à ingerência dos capatazes das fazendas. Por conta disso, não eram poucos os casos de negros que se rebelavam e fugiam das propriedades.

Diante da pressão da Inglaterra, que precisava de mercado consumidor para o excedente de sua produção, foram editadas leis que acabaram por abolir a escravatura. Conforme Sérgio Pinto Martins,

A Lei do Ventre Livre dispôs que, a partir de 28-9-1871, os filhos de escravos nasceriam livres. Em 28-9-1885, foi aprovada a Lei Saraiva-Cotegipe, chamada de Lei dos Sexagenários, libertando

---

<sup>5</sup> MARX, Karl. 2007, p. 55 (*put reference*).

os escravos com mais de 60 anos. Mesmo depois de livre, o escravo deveria prestar mais três anos de serviços gratuitos a seu senhor. Em 13-5-1888, foi assinada pela princesa Isabel a Lei Áurea (lei nº 3.353), que abolia a escravatura.<sup>6</sup>

Assim, a Lei Áurea modificou as relações de trabalho no Brasil, em que pese ter sido resistente até o último momento a ideia introduzida pela Inglaterra, eliminando o trabalho escravo, surgindo assim as primeiras relações assalariadas no país, que acabariam criando condições para o início do ramo jus-trabalhista. Essa transição do regime escravista para o empregatício foi feita gradualmente. “Trata-se de período em que a relação empregatícia se apresenta de modo relevante, apenas no seguimento agrícola cafeeiro avançado de São Paulo e, principalmente, na emergente industrialização experimentada na capital paulista e no Distrito Federal”.<sup>7</sup>

Dessa forma, a origem do tratamento diferenciado dispensado ao trabalhador doméstico adveio das relações de trabalho escravas, visto que após serem libertados grande parte dessa massa de trabalhadores foi absorvida no campo ou permaneceu laborando para pessoas e famílias em suas residências. E o trabalho nas indústrias foi preenchido em sua maioria por imigrantes que passaram a se organizar em sindicatos para alcançarem direitos que apenas posteriormente seriam estendidos a outros segmentos.

Assim, com a chegada dos imigrantes europeus, que se instalaram em sua maioria nas cidades de São Paulo e Rio de Janeiro, e em decorrência das primeiras greves começaram a surgir as primeiras leis de regulamentação das condições de

---

<sup>6</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 9.

<sup>7</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito de trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTR, 2008, p. 107.

trabalho no país, “Havia leis ordinárias que tratavam de trabalho de menores (1891), da organização dos sindicatos rurais (1903) e urbanos (1907), de férias etc. O Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio foi criado em 1930, passando a expedir decretos, a partir dessa época”.<sup>8</sup>

Quanto à organização sindical referente ao empregado doméstico, cabe mencionar Ayres D’athayde Wermelinger Barbosa:

A expressão econômica e social da mão-de-obra não tem as mesmas dimensões da empregada na indústria, no comércio, no campo e no setor de serviços. O doméstico é um trabalhador solitário, que exerce a sua atividade num espaço restrito, representado pelo lar e suas extensões, sendo, pois, naturalmente privado da convivência com outros colegas no mesmo ambiente de trabalho, convivência essa comum nos centros produtivos de natureza econômica nos centros produtivos de natureza econômica em geral (fábricas, oficinas etc.) e da qual decorrem, em parte, os laços de solidariedade responsáveis pelo surgimento e fortalecimento da organização sindical, que é notoriamente precária no tocante ao doméstico.<sup>9</sup>

Do exposto, conclui-se que o trabalho doméstico sofre tratamento diferenciado dos demais em razão de resquícios de origem escravagista e também pelo fato de tais trabalhadores não serem organizados em sindicatos, o que se torna um empecilho para lutarem por seus direitos. É mister conhecermos o conceito e a evolução da legislação que regula tais relações empregatícias para que se compreenda a disparidade de direitos entre a mão-de-obra que labora no âmbito familiar e a que desenvolve trabalho comum.

---

<sup>8</sup> MARTINS, 2008, p. 10.

<sup>9</sup> BARBOSA, Ayres D’Athayde Wermelinger. *Trabalho doméstico: comentários, legislação, jurisprudência e temas polêmicos*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 31.

## O trabalhador doméstico

O trabalhador doméstico é aquele que trabalha para uma pessoa ou família no âmbito de sua residência, conforme conceito definido pelo artigo 1º da lei nº 5.859/72<sup>10</sup>, que dispõe sobre os direitos de tal empregado. Ainda, outro requisito que caracteriza este trabalhador é a prestação de serviços de natureza não lucrativa, sob pena de enquadramento como celetista, desta forma se o empregador utilizar-se de seus serviços para atividades lucrativas não eventuais, tal fato gerará a gama de direitos a que faz jus o obreiro comum.

Ao comentar acerca dos elementos fáticos jurídicos que compõem a relação empregatícia doméstica, Maurício Godinho Delgado afirma.

*A pessoa física do prestador*, como já examinado, surge como a própria razão histórica de existência do direito do trabalho. A *pessoalidade*, como a circunstância de ser a prestação de trabalho infungível no que tange à figura específica do trabalhador. A *subordinação*, como o liame distintivo da relação de emprego em face das modalidades mais verticalizantes de submetimento que foram características das relações sociais dominantes em outras épocas (servidão e escravidão, particularmente). Também na relação doméstica a subordinação tem de ser compreendida, evidentemente, sob uma ótica objetiva e não subjetiva. Finalmente, a *onerosidade* – objetiva e subjetivamente examinada – como o elemento que lança o matiz sinalagmático próprio ao contrato bilateral empregatício.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> “Art. 1º – Ao empregado doméstico, assim considerado aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família no âmbito residencial destas, aplica-se o disposto nesta lei” (BRASIL, Congresso Nacional. *Lei nº 5.859*, de 11 de dezembro de 1972. Dispõe sobre a profissão de empregado doméstico e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5859.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5859.htm)>. Acesso em: 23 ago. 2011.

<sup>11</sup> DELGADO, 2008, p. 366, grifo nosso.

Ainda, Ayres D'athayde Wermelinger Barbosa define.

O doméstico é um tipo especial de empregado, cujo contrato de trabalho é basicamente disciplinado por uma lei especial. Não existe, pois, a profissão de doméstico, como, por engano, muitos supõem e está na própria lei 5.859/72. O trabalho doméstico pode ser exercido por profissionais das mais diversas áreas, inclusive de nível superior, caracterizando-se sempre que é prestado por pessoa física à pessoa ou à família no âmbito familiar, com continuidade, sem intuito lucrativo, mediante a contraprestação salarial (onerosidade) e de forma subordinada.<sup>12</sup>

Além das características que definem o conceito de empregado, expostas pelo artigo 3º da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT)<sup>13</sup>, ou seja, subordinação, não eventualidade e onerosidade, o trabalho doméstico ainda precisa ser prestado no âmbito familiar e sem a obtenção de lucro por parte do empregador com o labor do obreiro. Assim, tal relação precisa preencher esses cinco requisitos, sendo que há uma peculiaridade especial chamada *fidúcia*, ou seja, o empregador confia seu lar ao empregado doméstico.

É importante referir que o trabalho doméstico não pode ser confundido com o trabalho em domicílio, que é aquele prestado em local de escolha do trabalhador ou sua própria residência o que gera ao trabalhador todos os direitos trabalhistas. O empregado em domicílio é um empregado comum que apenas não labora nas dependências da empresa, por força do artigo 6º<sup>14</sup> da

---

<sup>12</sup> BARBOSA, 2007, p. 31.

<sup>13</sup> "Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário" (BRASIL, Congresso Nacional. *Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)> Acesso em: 12 set. 2011.

<sup>14</sup> "Art. 6º - Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado, desde que caracterizada a relação de emprego" (BRASIL, 1943).

CLT não há distinção entre o trabalho prestado no estabelecimento do empregador ou no domicílio do empregado.

Ainda existe a figura da diarista, que é aquela pessoa que presta serviços algumas vezes por semana na residência do empregador. A jurisprudência encontra-se dividida neste ponto, pois em alguns casos reconhece o vínculo empregatício enquadrando a diarista como trabalhadora doméstica, por outro lado muitas vezes há o enquadramento desta categoria como trabalhadora eventual o que afasta os direitos previstos na lei nº 5.589/70.<sup>15</sup>

Ocorre que apenas a análise do caso concreto vai definir a condição da trabalhadora diarista, por certo quando presentes os requisitos da relação de emprego haverá o reconhecimento de vínculo entre esta e o empregador. Cabe citar a atual jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho que explicita as duas posições:

*RECURSO DE REVISTA. DATA DA RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. RETIFICAÇÃO PELO TRIBUNAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.* A mera retificação da data da rescisão do contrato de trabalho em grau recursal não tornou impossível o julgamento imediato do mérito da causa, pois estava preparada para esse fim e não foi necessária a produção de novas provas. Não se vislumbra ofensa aos artigos 47, 471 e 535, inciso II, do CPC. Recurso de revista não conhecido. *RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO. EMPREGADO DOMÉSTICO.* Não se evidencia a alegada ofensa aos artigos 3º da CLT e 1º da lei nº 5.859/72, porque a Corte a quo constatou a presença dos elementos basilares do liame de emprego doméstico, destacando que o serviço de faxina prestado pela obreira ocorria de forma contínua, pessoal, exclusiva e com subordinação jurídica, estando, portanto, presentes os requisitos configuradores do reconhecimento da relação empregatícia entre as partes. Recurso de revista não conhecido. *EMPREGADO DOMÉSTICO. FÉRIAS DE 20 DIAS.*

---

<sup>15</sup> BRASIL, Congresso Nacional. *Decreto-lei nº 5.589*, de 3 de julho de 1970. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5589.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5589.htm)>. Acesso em: 12 set. 2011.

*PERÍODO ANTERIOR À EDIÇÃO DA LEI Nº 11.324/2006.* No período contratual da autora, vigoravam a lei nº 5.859/72 e o decreto nº 71.885/73, que concediam férias anuais remuneradas aos empregados domésticos de 20 dias úteis. Não há suporte legal para concessão de 30 dias de férias, pois a paridade com os demais trabalhadores se deu apenas após a edição da lei nº 11.324/2006. Recurso de revista *conhecido e provido*.<sup>16</sup>

RECURSO DE REVISTA - DIARISTA - RELAÇÃO DE EMPREGO DOMÉSTICO NÃO CONFIGURADO. A prestação de serviços em residência durante três ou quatro vezes por semana, porque não contínua, é insuficiente para configurar relação de emprego doméstico, nos moldes preconizados na lei nº 5.859/72. Recurso de revista conhecido e provido<sup>17</sup> (RR - 2300-89.2002.5.01.0040, Relator ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 09/06/2010, 1ª Turma, Data de Publicação: 18/06/2010).

Segundo a definição do artigo 442 da CLT, “Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente a relação de emprego”, ainda, o artigo 443 complementa que “o contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado”, sendo dispensada desta forma qualquer formalidade para confecção do pactuado.

Igualmente, a lei nº 5.859/72 não estabelece qualquer formalidade ao contrato de trabalho doméstico que poderá até ser pactuado verbalmente. Assim, o contrato de emprego caracteriza-se pelo acordo de vontades, onde uma das partes fornece sua energia à outra em troca de uma retribuição pecuniária. É importante referir que “quanto à *duração*, o contrato

---

<sup>16</sup> BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de revista nº 56200-56.2002.5.15.0085*. Julgado em 9 jul. 2010. Rel. Min. Luiz P. V. Mello Filho. Disponível em: <<http://br.vlex.com/vid/-238689235>>. Acesso em: 2 set. 2011.

<sup>17</sup> BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de revista nº 2300-89.2002.5.01.0040*. Julgado em 18 jul. 2010. Rel. Min. Luiz P. V. Mello Filho. Disponível em: <<http://br.vlex.com/vid/-238679455>> Acesso em: 2 set. 2011.

de trabalho doméstico terá de ser por tempo indeterminado, pois a lei especial não autoriza a contratação do doméstico por prazo determinado”.<sup>18</sup>

Primeiramente, havia apenas duas leis que faziam referência ao trabalhador doméstico, o decreto n° 16.107 de 1923, que criou a carteira profissional do doméstico e o decreto-lei n° 3.078/41, que estabelecia a locação deste empregado e fixava o aviso prévio de 8 dias. Assim, a lei n° 5.589/72 veio disciplinar a categoria, trazendo alguns tímidos direitos como férias de 20 dias, sendo regulamentada posteriormente pelo decreto n° 71.885/73. Em seguida, com a edição da lei n° 7.418/87, regulamentada pelo decreto n° 95.247/87, tais empregados obtiveram direito à percepção do vale transporte.

Apenas com a promulgação da Constituição Federal de 1988 tais obreiros passaram a ter estabelecidos alguns direitos mínimos que até então apenas os trabalhadores celetistas possuíam, pois seu artigo 7º, § único<sup>19</sup>, estendeu a estes salário mínimo; irredutibilidade salarial; décimo terceiro salário; repouso semanal remunerado; férias anuais remuneradas acrescidas de um terço; licença à gestante com duração de 120 dias; licença paternidade; aviso prévio; aposentadoria e sua integração à previdência social.

Posteriormente, a lei n° 10.208/01 trouxe ao empregador a faculdade de incluir o trabalhador doméstico no Regime de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, tendo este direito à percepção de seguro desemprego nesses casos. Atualmente, a edição da lei 11.324/06 trouxe algumas inovações à categoria. Nesse sentido cabe citar Ayres D’athayde Wermelinger Barbosa:

---

<sup>18</sup> BARBOSA, 2007, p. 85.

<sup>19</sup> “Art. 7º - [...] Parágrafo único – São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI e XXIV, bem como a sua integração à previdência social” (BRASIL, Assembleia Constituinte. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008).

Ainda mais recentemente foi editada a Lei 11.324, de 19.07.2006, que veda os descontos no salário dos domésticos de importâncias relativas ao fornecimento de alimentação, vestuário, higiene e moradia. Apenas se excepciona dessa vedação a despesa com moradia em local diverso daquele em que ocorrer a prestação do trabalho e desde que essa possibilidade tenha sido expressamente acordada. Essa lei fixa as férias dos domésticos em 30 dias, estendendo-lhes o adicional de 1/3 das férias, e, à gestante, o direito a estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto.<sup>20</sup>

Ocorre que a CLT excluiu essa relação especial de trabalho de suas normas por força do artigo 7º, “a” que dispõe que “os preceitos constantes da presente Consolidação, salvo quando for, em cada caso, expressamente determinado em contrário, não se aplicam: a) aos empregados domésticos, assim considerados, de um modo geral, os que prestam serviços de natureza não-econômica à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas.”

Dessa forma, o obreiro, que labora nos termos do artigo 1º da lei nº 5.589/72, não terá direito à percepção de adicional noturno, horas extras, adicional insalubre ou periculoso, equiparação salarial, nem à multa do artigo 477 da CLT, por falta de expressa previsão legal. Assim, mesmo que esse trabalhador labore após as 22h, realize horas-extras habituais ou ainda permaneça exposto a condições prejudiciais à sua saúde, não receberá nenhum pagamento por isso, em flagrante ofensa ao princípio da igualdade e a toda legislação de proteção trabalhista.

Enquanto que no direito comum há uma constante preocupação em assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, na seara trabalhista a preocupação consiste em proteger uma das partes com o objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira. Ocorre que essa proteção conferida ao trabalhador comum não foi estendida em

---

<sup>20</sup> BARBOSA, 2007, p. 22.

igual proporção ao doméstico. Assim importante que conheçamos alguns dos princípios, que possuem a função de nortear a relação de emprego para que assim não surjam abusos por parte do economicamente mais forte.

## Princípios

Os princípios são a base do ordenamento jurídico, ou seja, o ponto de partida para as demais normas que deverão estar em harmonia com estas linhas diretivas, os quais desenvolvem papel extremamente importante no direito do trabalho, devido à desigualdade existente entre as partes nas relações empregatícias, como no caso em tela. Assim, nesse ramo do direito em especial, há uma constante preocupação em proteger o trabalhador, e os princípios são um importante instrumento de efetivação desta proteção.

Sobre o conceito de princípios, cabe referir à definição apresentada por Robert Alexy.

Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.<sup>21</sup>

Ao explicar sobre a atuação e a importância dos princípios jurídicos, Maurício Godinho Delgado refere que:

Os princípios atuam de modo decisivo na dinâmica de ajuste do direito à vida social, moldando a interpretação da regra jurídica e se associando a ela no processo de sua incidência sobre

---

<sup>21</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

a realidade dos seres humanos. Seja na antecipação de fórmulas de organização e conduta para serem seguidas na comunidade ou na absorção de práticas organizacionais e de conduta já existentes na convivência social, os princípios desempenham o papel fundamental de cimentarem a ordem jurídica aplicável aos valores mais essenciais do universo do direito.<sup>22</sup>

Dessa forma, os princípios são expressões de valores de certa sociedade em um determinado período histórico. Segundo Carmem Camino, “Princípio traduz ideia de diretriz de comportamento, arraigada em cada um de nós, de acordo com os valores que vamos assimilando no curso de nossas vidas”.<sup>23</sup> Tais preceitos trazem-nos uma noção de bom e de justo, ou seja, uma ideia de como deveriam ser pautadas as relações em sociedade.

A cerca da natureza jurídica dos princípios, cabe referir que

A função fundamentadora dos princípios (ou função normativa própria) passa, necessariamente, pelo reconhecimento doutrinário de sua *natureza de norma jurídica efetiva* e não simples enunciado programático não vinculante. Isso significa que o caráter normativo contido nas regras jurídicas integrantes dos clássicos diplomas jurídicos (constituições, leis e diplomas correlatos) estaria também presente nos princípios gerais do direito. Ambos seriam, pois, norma jurídica, dotados da mesma *natureza normativa*.<sup>24</sup>

No mesmo sentido, sobre a força normativa dos princípios, Canotilho afirma que “a teoria da metodologia jurídica tradicional distinguia entre *normas e princípios* [...]. Abandonar-se-á aqui essa distinção para, em sua substituição, sugerir-se: (1) as regras e princípios são duas espécies de normas; (2) a distinção

---

<sup>22</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTR, 2001, p. 16.

<sup>23</sup> CAMINO, 2004, p. 88.

<sup>24</sup> DELGADO, 2001, p. 20, grifo nosso.

entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas”.<sup>25</sup>

Em consonância é o pensamento de Alexy, que ao comentar acerca da distinção de regras e princípios assevera que

Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.<sup>26</sup>

Ainda, há autores que defendem a supremacia dos princípios sobre as normas, neste sentido José Ricardo Alvarez Vianna, ao citar Celso Antonio Bandeira de Mello, refere.

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não a apenas um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia e irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustêm e alui-se toda a estrutura neles esforçada.<sup>27</sup>

Os princípios de um ordenamento jurídico são de fundamental importância para a aplicação das normas de direito

---

<sup>25</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.160, grifo nosso.

<sup>26</sup> ALEXY, 2008, p. 87.

<sup>27</sup> MELLO apud VIANNA, José Ricardo Alvarez. *Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente: à luz do novo código civil*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 54.

ao caso concreto como medida de justiça. Nesse sentido, cabe mencionar a posição de Ronald Dworkin, que refere que “segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas, são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”<sup>28</sup> (DWORKIN, 2003, p. 272).

No caso em apresso, estar-se-á a analisar a violação não somente de princípios, como também de direitos fundamentais dos trabalhadores, porquanto ao analisar o tratamento dispensado ao trabalhador aspira-se na verdade a analisar o tratamento de um cidadão, o qual possui garantias mínimas atreladas aos direitos fundamentais.

Cabe ainda mencionar a distinção entre princípios fundamentais e direitos fundamentais realizados por Amauri Mascar Nascimento, pois, segundo o autor,

Princípios e direitos fundamentais são conceitos que se relacionam com características diferentes, mas que acabam por cumprir o mesmo fim, mais amplo nos princípios, uma vez que se destinam a presidir o ordenamento jurídico como um todo, estabelecendo as principais diretrizes que o devem regular; enquanto direitos fundamentais são relacionados para a pessoa e sua esfera subjetiva de proteção da qual a ordem jurídica não pode se afastar.<sup>29</sup>

Como os princípios trabalhistas são extremamente amplos, citar-se-á alguns indispensáveis para a análise do tema objetivo deste trabalho. Cabe referir a explanação de Maurício Godinho Delgado, sobre o princípio da proteção e o princípio da norma mais favorável:

---

<sup>28</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 272.

<sup>29</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 382.

Princípio da proteção – Informa este princípio que o direito do trabalho estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia – o obreiro –, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho. Princípio da Norma Mais favorável – O presente princípio dispõe que o operador do direito do trabalho deve optar pela regra mais favorável ao obreiro em três situações ou dimensões distintas: *no instante de elaboração da regra* (princípio orientador da ação legislativa, portanto) ou *no contexto entre o confronto de regras concorrentes* (princípio orientador do processo de hierarquização de normas trabalhistas), ou por fim, *no contexto de interpretação das regras jurídicas* (princípio orientador do processo de revelação do sentido da regra trabalhista).<sup>30</sup>

Também de igual importância é o princípio da boa-fé objetiva, com raízes constitucionais (CF/88, art. 3º, III)<sup>31</sup> e disciplinado no Código Civil de 2002, principalmente, nos artigos 187<sup>32</sup> e 422<sup>33</sup>, que revestem a relação contratual de conteúdo ético, visto que impõem restrições ao livre arbítrio do exercício dos direitos subjetivos das partes e ainda anexa uma série de deveres à relação que quando violados acabam por gerar lesões patrimoniais e extrapatrimoniais.

O princípio da boa-fé objetiva deve ser observado em qualquer contrato, na seara trabalhista também não deve ser diferente, pois ambas as partes devem agir com lealdade e honestidade durante toda a execução do acordado, inclusive na

---

<sup>30</sup> DELGADO, 2008, p. 197-199, grifo nosso.

<sup>31</sup> “Art. 3º, inc. III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (BRASIL, 1988).

<sup>32</sup> “Art. 187 – Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestadamente os limites impostos, pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (BRASIL, Congresso Nacional. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 12 set. 2011.

<sup>33</sup> “Art. 422 – Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé” (BRASIL, 2002).

fase pré-contratual e após o término da relação empregatícia. Para Francisco Rossal de Araújo, “a boa-fé pode caracterizar-se como uma limitação também ao poder de direção do empregador, vedando sua atuação além do legítimo interesse empresarial”.<sup>34</sup>

Merece, ainda, ser referido o princípio do não-retrocesso social, que consiste na proteção conferida aos direitos conquistados pelos trabalhadores, que sob nenhuma hipótese poderão ser suprimidos ou diminuídos. Neste sentido, cabe referir José Joaquim Canotilho, pois, segundo o autor,

Com isto quer se dizer que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma *garantia institucional* e um *direito subjectivo*. A “proibição do retrocesso social” nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (*reversibilidade fáctica*), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos *direitos adquiridos* (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do *princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural*, e do *núcleo essencial* da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana.<sup>35</sup>

A Constituição Federal de 1988 fundamenta a Ordem Econômica no valor social do trabalho humano e tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, ainda um dos seus objetivos é assegurar a busca do pleno emprego (art. 170, inc. VIII). Desse modo um tratamento legislativo que contrarie direitos fundamentais, como ocorre com o empregado doméstico, são inconcebíveis no ordenamento jurídico pátrio, já que contrariam a regra de dignidade da pessoa humana.

---

<sup>34</sup> ARAÚJO, Francisco Rossal. *A boa-fé no contrato de emprego*. São Paulo: LTR, 1996, p. 237.

<sup>35</sup> CANOTILHO, 2003, p. 1.298, grifo nosso.

Segundo Sarlet, ao comentar acerca do tema,

A dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar a possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida dignidade. Essa, portanto, compreendida como qualidade integrante e, em princípio, irrenunciável da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida, e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que existe – ou é reconhecida como tal – em cada ser humano como algo que lhe é inerente.<sup>36</sup>

Ao explicar sobre a dignidade do trabalhador e os valores do capital, Espada afirma que,

Nesse contexto, o trabalhador, como ser humano, deve também ser visto como valor central da sociedade, superior a qualquer valor econômico do capitalismo, o que implica a necessidade de protegê-lo contra todos os atos atentatórios à sua dignidade, de lhe garantir condições de labor saudáveis e dignas, e também de propiciar e promover a sua inclusão social, considerando-se a dupla dimensão da dignidade da pessoa – defensiva e assintencional. É o que também defende a Organização Internacional do Trabalho.<sup>37</sup>

O princípio da função social do contrato é amplamente aplicado nas relações de emprego, embora possua origem no artigo 421<sup>38</sup> do Código Civil, pois garante que as partes assu-

---

<sup>36</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 19.

<sup>37</sup> ESPADA, Cinthia Maria da Fonseca. *O princípio protetor do empregado e a efetividade da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: LTR, 2008, p. 103.

<sup>38</sup> Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

mam prestações justas e equivalentes no momento da celebração do negócio jurídico, evitando que a parte economicamente mais forte cometa abusos perante a hipossuficiente. Assim cumpre a função social aquele contrato que respeita os direitos fundamentais dos trabalhadores, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho.

No que concerne ao valor social do trabalho, José Afonso da Silva afirma que

*Os valores sociais do trabalho* estão precisamente na sua função de criar riquezas, de prover a sociedade de bens e serviços e, enquanto atividade social, fornecer à pessoa humana bases de sua autonomia e condições de vida digna. *Os valores do trabalho*, portanto, só se materializam com o direito à livre escolha do trabalho, pelo trabalhador, direito a condições equitativas (igualdade de tratamento nas relações de trabalho), direito a uma remuneração que assegure ao trabalhador e a sua família uma existência conforme com a dignidade humana do trabalhador e seus familiares.<sup>39</sup>

O princípio da igualdade está previsto nos artigos 3º, IV e 5º, *caput* da Constituição Federal, e também em seu preâmbulo.

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. [...] Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV

---

<sup>39</sup> SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 39, grifo nosso.

- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. 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.<sup>40</sup>

Impera o artigo 5º: “todos são iguais perante à lei, sem distinção de qualquer natureza”.<sup>41</sup> Certo é que a antiga máxima de Aristóteles, “tratar desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades”, não pode ser ignorada, pois constitui requisito essencial à consecução da *igualdade material*, mas não serve de desculpa para a promoção de iniquidades.

Quanto à igualdade material na criação do direito, faz-se mister colacionar uma importante lição trazida por J. J. Gomes Canotilho:

Intui-se, com facilidade, não ser no sentido formal que se consagra [...] o princípio da igualdade. Exige-se uma igualdade material através da lei, devendo tratar-se por “igual o que é igual e desigualmente o que é desigual”. Diferentemente da estrutura lógica formal de *identidade*, a *igualdade* pressupõe diferenciações. A igualdade designa uma *relação* entre diversas pessoas e coisas. Reconduz-se, assim, a uma *igualdade relacional*, pois ela pressupõe uma relação tripolar: o indivíduo *a* é igual ao indivíduo *b*, tendo em conta determinadas características. Um exemplo extraído da jurisprudência portuguesa: o indivíduo *a* (casado) é igual ao indivíduo *b* (solteiro) quanto ao acesso ao serviço militar na Marinha, desde que reúna as condições de admissão legal e regulamentarmente exigidas (características C1C2 e C3) (Cfr. Ac TC 336/86 e, mais recentemente, Acs. TC 186/91, 400/91).<sup>42</sup>

---

<sup>40</sup> BRASIL, 1988, grifo nosso.

<sup>41</sup> Ibidem.

<sup>42</sup> CANOTILHO, 2003, p. 428, grifo nosso.

Ainda, sobre o princípio da igualdade, cabe referir à opinião de Amauri Mascaro Nascimento, sobre a correlação deste princípio com o da não-discriminação:

Direcionou-se, mais recentemente, a realização do princípio da igualdade para a proibição da discriminação que tem como origem remota a *Declaração Universal dos Direitos do Homem* (1948), art. 1º, que veda discriminação sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição.<sup>43</sup>

Nesse sentido, sob a ótica de análise e função dos direitos fundamentais e princípios trabalhistas, em especial o da proteção ao trabalhador e o princípio da igualdade consagrado pela Carta Constitucional, constata-se que o trabalhador recebeu tamanha discriminação a ponto de ser excluído das normas celetistas, sendo tolhido em seus direitos trabalhistas fundamentais, o que denota resquícios da escravidão e a dificuldade de organização sindical da categoria.

## Considerações finais

Tendo como base a história e o desenvolvimento e expansão do capitalismo, percebe-se que o trabalho doméstico responde por uma quantidade de trabalho ainda ligado aos atos internos vinculados à moradia, como a limpeza, higiene, alimentação e manutenção da prole. Igualmente, constata-se um vínculo histórico muito recente com a escravidão, e, por consequência, resquícios do período cultural da época.

No entanto, a função do Estado não é a de amparar os atos que causam desproteção e inobservância dos direitos fun-

---

<sup>43</sup> NASCIMENTO, 2009, p. 403.

damentais dos trabalhadores. Por conseguinte, tem a função de tratar o empregado doméstico com toda a relevância que sua profissão representa nas relações trabalhistas, em consonância com o tratamento desferido aos demais trabalhadores.

Atualmente, como demonstrado no presente estudo, o empregado doméstico, ao não receber um tratamento igualitário, acaba por ter restritos direitos fundamentais nas relações em que é submetido, tais como igualdade e isonomia de tratamento, dignidade da pessoa humana, proteção e valor social do trabalho. Por consequência, recebe tratamento pela legislação infraconstitucional, e em parte constitucional discriminatório, merecendo ser reconhecido como qualquer sujeito de direitos trabalhistas e não somente de direitos mínimos, os quais não são suficientes para abranger a complexidade de tais relações.

## Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAÚJO, Francisco Rossal. *A boa-fé no contrato de emprego*. São Paulo: LTR, 1996.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARBOSA, Ayres D'Athayde Wermelinger. *Trabalho doméstico: comentários, legislação, jurisprudência e temas polêmicos*. Curitiba: Juruá, 2007.

BRASIL, Congresso Nacional. *Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 12 set. 2011.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. *Lei nº 5.859, de 11 de dezembro de 1972*. Dispõe sobre a profissão de empregado doméstico e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5859.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5859.htm)>. Acesso em: 23 ago. 2011

\_\_\_\_\_. *Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 12 set. 2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de revista n. 56200-56.2002.5.15.0085*. Julgado em 9 jul. 2010. Rel. Min. Luiz P. V. Mello Filho. Disponível em: <<http://br.vlex.com/vid/-238689235>>. Acesso em: 2 set. 2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de revista n. 2300-89.2002.5.01.0040*. Julgado em 18 jul. 2010. Rel. Min. Luiz P. V. Mello Filho. Disponível em: <<http://br.vlex.com/vid/-238679455>> Acesso em: 2 set. 2011.

CAMINO, Carmem. *Direito individual do trabalho*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DALLEGRAVE NETO, José Afonso. *Contrato individual de trabalho: uma visão estrutural*. São Paulo: LTR, 1998.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito de trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTR, 2008.

DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTR, 2001.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ESPADA, Cinthia Maria da Fonseca. *O princípio protetor do empregado e a efetividade da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: LTR, 2008.

FICAGNA, A. V. O.; BARRETO, J. M.; ZAMBAM, N. J. et al. *Manual de métodos e técnicas de pesquisa*. Passo Fundo: Faplan; Méritos, 2007.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

MAURER, Beátrice; SEELMAN Kurt; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de *direito do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. *Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente: à luz do novo código civil*. Curitiba: Juruá, 2005.

## Direito fundamental à liberdade religiosa: análise histórica e crítica

Priscila Formigheri Feldens<sup>1</sup>

Pablo Gilnei Simor<sup>2</sup>

---

A liberdade religiosa é um direito humano que ainda não se efetiva totalmente em nossa realidade, embora venha sendo conquistado ao longo da evolução humana. A necessidade de seu reconhecimento acompanha a historicidade do homem e continuará acompanhada enquanto o pluralismo religioso perdurar.

Outrossim, denota-se que tal historicidade interferiu, e ainda interfere, na catalogação do direito à liberdade religiosa e no modo de compreendê-lo, pois obteve diferentes facetas com o passar dos séculos, especificamente no que se refere à legislação brasileira. Logo, é interessante verificar a evolução da liberdade religiosa no Brasil e sua relação com cada momento histórico em que se suscitou ou não sua proteção jurídico-constitucional.

---

<sup>1</sup> Especialista em Ciências Penais; mestra em Direito.

<sup>2</sup> Bacharel em Direito.

## A liberdade religiosa frente à dominação católica no país

Deve-se reparar que antes de 1824, a princípio, não era possível se falar em Constituição formal. Havia várias leis e costumes moldados pelo Estado português e pela Igreja Católica em seu projeto universal. A Igreja, subordinada ao Estado pelo regime do chamado ao padroado real, desempenhava um papel eficiente de controle, ensinando obediência à Coroa portuguesa.<sup>3</sup>

Em 1549, juntamente com o governador-geral Tomé de Souza e o padre Manuel de Nóbrega, vieram os primeiros jesuítas para o Brasil e para a América Latina. Pretendiam decididamente converter a população americana ao catolicismo, com a finalidade de ampliá-lo e compensar o abalo sofrido pela Reforma Protestante iniciada na Europa.<sup>4</sup>

Diante disso, compreende-se a assertiva de Gilberto Freyre de que durante a colonização do Brasil, no século XVI, esqueceu-se da pureza de raça. Somente se dava importância aos estrangeiros e aos que tinham fé ou religião católica, pois para ser admitido para adquirir sesmarias a principal exigência era professar a religião católica.<sup>56</sup> Nesse contexto, “invasores, como os franceses huguenotes e holandeses, foram combatidos heróicamente não apenas por serem estrangeiros, mas, sobretudo porque eram hereges”<sup>7</sup> ao não seguirem a fé católica. Para tanto,

---

<sup>3</sup> GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. A liberdade religiosa nas constituições do Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, v. 34, p. 11-167, jan./mar., 2001, p. 160.

<sup>4</sup> SILVA, Francisco de Assis. *História do Brasil*. São Paulo: Moderna, 1992, p. 59.

<sup>5</sup> FREYRE, Gilberto. *Casa-grande e senzala*. São Paulo: Record, 1999, p. 29.

<sup>6</sup> Entretanto, não se pode deixar de referir que no período de 1630 a 1654, no Nordeste, onde ocorreu a ocupação holandesa, perdurou uma fase de intensa tolerância para a época. Maurício de Nassau concedeu liberdade de culto para os católicos, que muitas vezes perturbava os calvinistas menos tolerantes (HIRAN, Aquino Fernando Gilberto. *Sociedade brasileira: uma história através dos movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Record. 2001, p. 243).

<sup>7</sup> *Religião e cristianismo: manual de cultura religiosa*, p. 76.

utilizava-se a inquisição. Aos tribunais inquisitoriais deveriam ser submetidos todos que cometessem o crime de heresia, o qual era entendido “como toda heterodoxia, toda e qualquer discordância doutrinária, em face do ponto de vista romano.”<sup>8</sup>

Embora nenhum tribunal tenha sido criado no Brasil, isto não significa que a Inquisição não tenha atuado. Ocorria que os réus, após a acusação, eram levados a Lisboa, para serem julgados e executados. Insistentes pedidos foram feitos, porque se criasse um Tribunal de Inquisição no Brasil. No entanto ele jamais foi criado.<sup>9</sup>

Foi somente após a Proclamação da Independência, em 1822, que se começou a sinalizar uma possível Constituição para o Brasil. Para a consecução da unidade nacional que as instituições almejavam, necessitava-se da estruturação de um poder centralizador e uma organização nacional que acabassem com os poderes regionais e locais. Em moda na época, apresentava-se o constitucionalismo, que se realizaria por uma Constituição escrita, em que se consubstanciasse o liberalismo, assegurado por uma declaração constitucional dos direitos do homem e um mecanismo de divisão de poderes.<sup>10</sup>

Nessa esteira, surgiu a Constituição Federal do Império, a qual foi a primeira Constituição do Brasil, sendo outorgada em 25 de março de 1824 por D. Pedro I. Entre seus preceitos, o artigo 5º estabelecia: “A Religião Católica, Apostólica Romana continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular em ca-

---

<sup>8</sup> SORIANO, Aldir Guedes. *Liberdade religiosa no direito constitucional e Internacional*, p. 69.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 74.

sas para isso destinadas, sem forma alguma exterior, sem forma alguma exterior de templo”. Destarte,

firmava-se o catolicismo como religião oficial, mas permitiam-se outros cultos, guardadas certas condições, característica da Constituição do Império, documento híbrido, que tentava conciliar liberalismo e absolutismo. Às religiões não católicas permitia-se o culto doméstico conquanto que o local da celebração não mantivesse forma exterior de templo.<sup>11</sup>

De qualquer forma, a religião católica era especialmente protegida e o imperador e seus herdeiros presuntivos deviam jurar mantê-la.<sup>12</sup> Assim, clara é a percepção de que o preconceito religioso ainda perdurava, mesmo com o advento de um Estado constitucional. Na realidade, a própria Constituição induzia a discriminação, como pode ser visto, por exemplo, no artigo 92, onde os religiosos de comunidades claustrais eram excluídos de votar nas assembleias paróquias. Cabe questionar se o rol de direitos individuais previstos pela primeira vez na referida Carta realmente propiciou mudanças sociais a favor de uma verdadeira democracia?

Ademais, eram facilmente constatáveis inúmeras contradições entre as ideias que a Constituição propunha e o que ocorria de fato. A Constituição do Império tratava a questão religiosa de modo liberal no tratamento da individualidade, possibilitando a liberdade de escolha religiosa, mas, ao mesmo tempo, isso não se verificava no espaço público, na medida em que a manifestação exterior ainda era proibida e o próprio Estado, por sua vez, encontrava-se atrelado a uma religião oficial, a católica.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. A liberdade religiosa nas constituições do Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, p. 162.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 82.

<sup>13</sup> RIBEIRO, Milton. *Liberdade religiosa: uma proposta para debate*, p. 61-2.

## O predomínio de uma Igreja oficial

bem poderia ser creditado à própria justificação do poder político dos monarcas, vinculado, segundo se pensava à época, à origem divina; era a consagração da Teoria da Origem Divina Sobrenatural do Poder, que, de um só golpe, consolidou o Absolutismo Monárquico (materializado na afirmação conhecida de Luís XIV, segundo a qual “O Estado sou eu”) e transformou a Religião Católica na única, exclusiva e aceitável fé a ser professada pelas pessoas.<sup>14</sup>

Entre os escravos, a liberdade religiosa também foi tolhida. Vê-se que, entre os escravos trazidos ao Brasil, predominava uma variedade intensa de religiões<sup>15</sup> e, quando aqui chegaram, sofreram forte interferência da religião católica, com um intuito catequizador.<sup>16</sup>

O deus e os santos invocados pelo senhorio branco, na concepção ingênua do africano primitivo, deviam ser muito poderosos, uma vez que seus devotos estavam por cima. Além disso, em muitos lugares as reuniões de culto puramente pagão eram proibidas e para serem toleradas tinham que apresentar ao menos alguma aparência católica.<sup>17</sup>

Apesar disso, da falta de liberdade religiosa com a imposição do catolicismo a todos, foi nesse período e ambiente que chegaram ao país os primeiros seguidores de religiões protestantes. “O protestantismo aportou de verdade no Brasil, como um fato

---

<sup>14</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge. *A proteção constitucional à liberdade religiosa*. p. 113.

<sup>15</sup> Entende-se, atualmente, que a adoração dos diferentes seres divinos acompanha a variação existente dentro do conjunto sincretístico da religião afro-brasileira, o que resulta em diferentes vocabulários e nomes para a religião (umbanda, macumba, candomblé, batuque, pajelança) (*Religião e cristianismo: manual de cultura religiosa*. Porto Alegre: PUC, Instituto de Teologia e Ciências Religiosas, 1977, p. 78).

<sup>16</sup> *Religião e cristianismo: manual de cultura religiosa*, p. 77.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

brutal e – *as a matter of fact* – com a chegada de imigrantes estrangeiros, muitos dos quais eram portadores de protestantismo em sua própria cultura, em seus usos e costumes, em sua vida cotidiana.”<sup>18</sup>

Entre as várias religiões protestantes, o luteranismo foi a primeira a ser implantada por meio de imigrantes alemães que após a independência aportaram no Brasil. Posteriormente, vieram sucessivamente os primeiros presbiterianos (1859), metodistas (1876) e os batistas (1881).<sup>19</sup>

Muitos desses religiosos se dedicaram intensamente à propaganda evangélica pelo Brasil. Por meio de suas missões, lançavam-se ao trabalho de conversão, o que após um tempo resultou na formação de congregações protestantes com forte inclinação proselitista, voltada claramente à conquista de mais brasileiros ao protestantismo.<sup>20</sup>

Para chegar a tal expansão, não se pode deixar de referir que

a maçonaria serviu de cabeça de ponte para a entrada do evangelho em nossa pátria. Quando aqui aportaram os primeiros evangelistas, sob a pressão clerical tremenda, até leite era negado a seus filhinhos!!...Os que iam se convertendo, não tinham mais direito a viver: por ordem dos jesuítas, sempre malévolos, centenas de pais de famílias eram despedidos dos seus empregos e em toda parte encontravam as portas fechadas às menores colocações que procuravam. Em toda parte o corvejar da batina da iniquidade mantinha em sobressaltos constantes os heróicos profitentes da religião evangélica.

Não se passava um só dia, porém, que a ação benéfica e protetora da Ordem Maçônica não se fizesse sentir, ora livrando da

---

<sup>18</sup> GARDER, Jostein; HELLERN, Víctor; NOTAKER, Henry. *O livro das religiões*. São Paulo: Companhia das letras, 2000, p. 285.

<sup>19</sup> *Religião e cristianismo*: manual de cultura religiosa, p. 84.

<sup>20</sup> GARDER; HELLERN, 2000, p. 287.

morte os filhos de Deus, ora suprindo-lhes as necessidades e garantindo-lhes, eficazmente, a liberdade de culto e consciência.<sup>21</sup>

De tal sorte, que para se firmar no Brasil, tais religiões sofreram muitas restrições pelos católicos. Logo, para vencê-los, os protestantes seguiram os passos do movimento maçônico que lutava cada vez mais contra o autoritarismo da Igreja Católica.<sup>22</sup> Nessa época, o padre José Luiz de Almeida foi obrigado a renunciar à maçonaria e proibido de discursar em suas lojas. Esse fato serviu como estopim para que a maçonaria intensificasse sua luta contra a perseguição que sofria pelos católicos e buscasse a proteção imperial.<sup>23</sup>

Diante disso, o governo imperial até propôs à Câmara dos Deputados um programa de reformas políticas, entre elas a proposta da liberdade de fé religiosa. No entanto, já era tarde de mais e em 15 de novembro de 1889, o marechal Deodoro da Fonseca depôs o Gabinete imperial e formou o Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil.<sup>24</sup>

## **A liberdade religiosa no Estado brasileiro laico**

O governo provisório dos Estados Unidos do Brasil foi o primeiro passo para a instituição de um Estado laico no Brasil. Posteriormente, com a importante participação de Rui Barbosa, em 7 de janeiro de 1890, surgiu o decreto nº 119-A. Sinteticamente, por meio desse, várias medidas foram tomadas: foram retirados os efeitos civis do casamento religioso, os cemitérios,

---

<sup>21</sup> LYRA, Jorge Buarque. *A maçonaria e o cristianismo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Espiritualista, 1971, p. 251.

<sup>22</sup> HASTENTEUFEL, Dom Zeno. *História da Igreja do Brasil e do Rio Grande do Sul*, p. 48.

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> COTRIM, Gilberto. *História do Brasil: um olhar crítico*, p. 248.

que eram controlados pela Igreja, passaram a ser administrados pela autoridade municipal, houve a proibição do ensino religioso nas escolas públicas, entre outras. Tudo isso resultou de uma intenção: tornar o Brasil um Estado laico. O

“Estado laicista” sustenta uma posição de completo indiferentismo a respeito da Religião, ignorando as exigências da dimensão social e sobrenatural do homem. A pessoa humana só interessa ao Estado enquanto é cidadão temporal e não enquanto é cidadão e fiel ao mesmo tempo.

As crenças religiosas supõem apenas convicções particulares, sem relevância na vida pública.

Pela mesma razão, a Igreja deve ser considerada mera associação sem direitos especiais, com a qual o Estado deverá manter uma completa independência e uma absoluta separação, já que ambas as esferas têm finalidades diferentes.<sup>25</sup>

Seguindo essa linha de pensamento, foi promulgada a Constituição Federal de 1891, que implantou definitivamente a Federação e a República no país. No tocante à religião, com a nova Constituição, reforçou-se a separação entre a Igreja e o Estado e a liberdade na religião. Soriano explica que se entendia impossível um sistema republicano conviver com tantas restrições no âmbito da liberdade religiosa, principalmente sobre a liberdade de culto. Nenhuma forma de intolerância se coadunava com o ideal republicano.<sup>26</sup>

Antes de tudo, observa-se que o próprio preâmbulo da Constituição não referiu o nome de Deus, “omitindo qualquer manifestação de apreço aos sentimentos cristãos de nosso povo”.<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> SCAMPINI, José. A liberdade religiosa nas constituições brasileiras. *Revista de Informação Legislativa*. V. 42, p. 383.

<sup>26</sup> SORIANO, Aldir Guedes. *Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional*, p. 73.

<sup>27</sup> SCAMPINI, José. A liberdade religiosa nas constituições brasileiras. *Revista de Informação Legislativa*. V. 42, p. 422.

Assim, a liberdade de culto foi condicionada à *moral pública*.<sup>28</sup> Entretanto, tal liberdade não foi distinguida das liberdades de consciência e de crença, que sequer foram referidas de modo específico.

Posteriormente, com influência da crise econômica e dos movimentos sociais que abalaram o liberalismo, em 1934, foi promulgada outra Constituição. Para a elaboração de seu texto, houve inspiração na Constituição alemã de *Weimer* e no pensamento fascista, tendo em vista que se adotou, além da representação corporativa tradicional, a representação corporativa nazista. Logo, denota-se que a Constituição de 1934 foi um documento de compromisso entre o liberalismo e o intervencionismo.<sup>29</sup>

A liberdade religiosa manteve-se assegurada em conformidade com o pensamento laico e foi referida, pela primeira vez, a liberdade de consciência. A partir de então, o artigo 113 estabelecia: “É inviolável a liberdade de consciência e de crença e garantido o livre exercício de cultos religiosos, desde que não contravenham à ordem pública e aos bons costumes. As associações religiosas adquirem personalidade jurídica nos termos da lei civil. Observa-se também que a liberdade religiosa não teve mais limitação à moral pública, mas sim à ordem pública e aos bons costumes. Ademais, nos termos do art. 146, passou-se a admitir o casamento religioso com efeitos civis. Com o art. 153, facultou-se o ensino religioso nas escolas públicas.” Por fim, no preâmbulo, suscitou-se o nome “Deus”.

A Carta de 1934 não perdurou por muito tempo. Em 10 de novembro desse ano, uma nova Constituição foi outorgada. Além da radicalização do clima social da época, a Constituição de 1934, de cunho liberal, apresentava intenso descompasso com

---

<sup>28</sup> Art. 72, parágrafo 5º, CF/1891 - Os cemitérios terão caráter secular e serão administrados pela autoridade municipal, ficando livre a todos os cultos religiosos a prática dos respectivos ritos em relação aos seus crentes, desde que *não ofendam a moral pública* e as leis (grifo do autor).

<sup>29</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 82.

as necessidades dos cidadãos.<sup>30</sup> A nova Constituição de 1937 seria, “na verdade, uma tomada de posição do Brasil no conflito ideológico da época, pela qual ficava nítido que o país se inseria na luta contra os comunistas e contra a democracia liberal.”<sup>31</sup>

Apesar de haver limitações reais à liberdade religiosa nesse período, pela primeira vez, essa foi retirada da Declaração de Direitos e inserida no rol de direito e garantias individuais, em seu artigo 122, onde se ditava: “Todos os indivíduos podem exercer pública e livremente seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum, as exigências da ordem pública e dos bons costumes.”

Posteriormente, a Constituição de 1946 foi criada utilizando em sua elaboração as ideias de 1981 e 1934, repudiando o Estado totalitário e consagrando novamente a democracia no país.<sup>32</sup> Foi uma das melhores Constituições tidas no Brasil, com técnica correta, visão libertária e com abertura para o campo social.<sup>33</sup> Nela, o princípio da separação da Igreja e do Estado foi novamente explicitado, no art. 31, inciso III, apesar de se manter referência a “Deus” no preâmbulo. Além disso,

retornou-se à tradição da Constituição de 1934. A matéria permanece na seção da Declaração de Direitos (art. 141) e o parágrafo 7º, tem a seguinte dicção. “É inviolável a liberdade de consciência e de crença e assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, salvo o dos que contrariem a ordem pública ou os bons costumes. As associações religiosas adquirirão personalidade jurídica na forma da lei civil.”

---

<sup>30</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Granda da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*, p. 339.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 342.

<sup>32</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 94.

<sup>33</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Granda da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*, p. 348.

Ordem pública e bons costumes permanecem como critério de calibração.<sup>34</sup>

Posteriormente, em retrocesso à democracia, as Forças Armadas tomaram o poder e foi elaborada a Constituição de 1967. Verifica-se um duro golpe ao rol de direitos fundamentais, tendo em vista que havia a possibilidade de suspensão dos direitos políticos conforme o andar dos interesses governamentais.<sup>35</sup> Apesar de permanecer na Declaração de Direitos (art. 150 par. 1º), a liberdade religiosa também poderia ser restringida nos casos em que houvesse manifestação de caráter ideologicamente contrária ao poder vigente.<sup>36</sup>

Indispensável sublinhar que além dos atos institucionais interferindo nos teores constitucionais, a Constituição de 1967 foi novamente emendada, e muitos passaram a considerá-la como uma nova Carta. Nela, nada foi alterado quanto ao dispositivo da liberdade religiosa, embora encontrado no art. 153, parágrafo 5º. Ainda, chama a atenção que, como nos termos da Carta de 1967, a Constituição de 1969 não previa a liberdade de crença em si, mas apenas a liberdade de consciência, e na mesma previsão assegurava aos crentes o exercício dos cultos religiosos. Então, a liberdade de crença era garantida como simples forma de liberdade de consciência.<sup>37</sup>

Naquela época houve grande perseguição a certos setores da Igreja, especialmente à esquerda, embora as justificativas

---

<sup>34</sup> GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. A liberdade religiosa nas constituições do Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, p. 164-5.

<sup>35</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 95.

<sup>36</sup> COSTA, Maria Emília Corrêa da. *Liberdade religiosa como direito fundamental*. Dissertação (Mestrado em Direito). 206 p. Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2005. p. 54.

<sup>37</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 93.

tivessem cunho ideológico e não religioso.<sup>38</sup> Na realidade, a repressão intensificou-se em vários setores da vida social, realidade constatada cada vez mais pela impopularidade do governo e das manifestações populares que se sucederam ao seguir dos anos.

Chegado o ano de 1983, iniciou-se uma campanha contestadora das eleições indiretas, denominada *Diretas-já*. Entretanto, em 1985, novas eleições indiretas foram realizadas, onde foi eleito pelo Colégio Eleitoral Tancredo Neves, visto como a “alternativa viável para garantir o fim do governo militar”. A transição democrática era uma de suas propostas, juntamente com a instauração de uma Nova República.<sup>39</sup> No entanto, ele nem chegou a assumir a presidência devido a sua morte, e quem assumiu o seu lugar foi José Sarney, o vice-presidente.<sup>40</sup>

Em 1989, foi promulgada a atual Constituição Federal, denominada por Ulysses Guimarães, presidente da Assembleia Nacional Constituinte que a produziu, como Constituição Cidadã, “porque teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania.”<sup>41</sup> A abertura para a realização das liberdades dos cidadãos tinha se realizado.

## **O Estado democrático de direito e a proteção de direitos fundamentais**

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu a república e o presidencialismo como forma e sistema de governo, respectivamente. Para tanto, apresentou vários fundamentos inovadores. Além da soberania popular e da valorização máxima à cidadania,

---

<sup>38</sup> GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. A liberdade religiosa nas constituições do Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, p. 165.

<sup>39</sup> COTRIM, Gilberto. *História do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 356.

<sup>40</sup> SILVA, Francisco de Assis. *História do Brasil*, p. 313.

<sup>41</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 90.

denota-se que, indissociado à dignidade humana, o pluralismo também se revela como fundamento da atual Constituição.

Ao considerar-se o pluralismo com fundamento constitucional, propõe-se que não seja imposta na sociedade brasileira “qualquer tese, dogma, religião, *verdade*, de compreensão do mundo e da vida, de um lado, e a total disposição de que essas mesmas ideias possam ser difundidas, e em havendo algum dissenso entre os indivíduos, que se possa atingir o consenso”.<sup>42</sup>

Wolkmer sublinha a extensão do pluralismo à noção moderna do princípio de tolerância. Os seres humanos são motivados pela concorrência, por conflitos de interesses, pela diversidade cultural e religiosa de agrupamentos comunitários. Perante isso, o pluralismo resguarda-se por meio de regras de convivência pautadas pelo espírito de indulgência e pela prática da moderação.<sup>43</sup> Igualmente, os direitos fundamentais são a marca central do pluralismo, pois são dispositivos que reconhecem uma grande gama de direitos sociais, clássicos, entre outros novos direitos.<sup>44</sup>

Ainda, pelo pluralismo, os valores democráticos são colocados como apanágio da estrutura estatal, pois a pluralidade de ideologias e de partidos indica a solidificação de instituições, como a opinião pública livre e outras fundamentais à preservação da democracia.<sup>45</sup>

Nesse diapasão, é incontestável a interligação existente entre os direitos fundamentais e o Estado democrático de direito. Aliás, foi somente após o advento desse que os direitos e garantias individuais foram conceituados como direitos fundamentais, sendo que a denominação também se estendeu aos direitos

---

<sup>42</sup> SILVA, Tadeu Antonio Dix. *Liberdade de expressão e direito penal: no Estado democrático de direito*. São Paulo: IBBCrim, 2000, p. 56.

<sup>43</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: proteção de um marco de alteridade*, p. 177.

<sup>44</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 75.

<sup>45</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Curso de direito constitucional*, p. 102.

sociais<sup>46</sup>. Ainda, necessário aduzir que, pela nova Constituição e do Estado democrático de direito, a proteção dos citados direitos fundamentais foi intensificada, a ponto que muitos deles tornaram-se cláusulas pétreas (art. 60 § 4º, inc. IV)<sup>47</sup>.

Basicamente, além dos direitos sociais (arts. 6º a 11º), os direitos fundamentais, entre vários outros critérios, também se classificam como genéricos (direito à nacionalidade – art. 12 –, os direitos individuais e coletivos – art. 5º– e os direitos difusos) e políticos (arts. 14 a 16).<sup>48</sup> Porém, relevante registrar que os direitos fundamentais não se limitam a essas classificações, pois, como lembrado alhures, ainda existem os direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios, fora do catálogo, em consonância ao art. 5º § 2º, da Constituição.

## **O direito fundamental à liberdade religiosa na atual Constituição Federal**

Entre os valores protegidos pela Constituição, percebe-se, como já abordado durante o texto, que a liberdade sempre foi proeminentemente resguardada, desde o surgimento do Estado de direito, quando se defendiam unicamente os direitos de primeira dimensão. Por conseguinte, ao longo dos tempos, foram se aperfeiçoando as previsões jurídicas constitucionais protetivas das liberdades.

Na atual Constituição, muitos são os direitos fundamentais que tutelam a liberdade. Esses, “também denominados direitos de resistência, são constituídos das chamadas cláusulas limitativas

---

<sup>46</sup> O artigo 6º da Constituição Federal de 1988, estabelece que são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

<sup>47</sup> Art. 60 § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais (grifo do autor).

<sup>48</sup> FRIEDE, R. *Lições objetivas de direito constitucional e de Teoria Geral do Estado*. p. 124.

do Estado, voltadas a fixar os limites da atuação estatal diante das liberdades do indivíduo.”<sup>49</sup>

Entre esses direitos, encontra-se o foco principal deste estudo: o direito fundamental à liberdade religiosa. Na Constituição Federal de 1988, ele está previsto no artigo 5º, inciso VI, onde se estabelece ser “inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida na forma da lei, proteção aos locais de culto e suas liturgias.”

Vê-se que já não mais se exigem os bons costumes e a moral pública, embora intuitivamente percebe-se que tais condições foram remetidas “na forma da lei”. Trata-se de norma constitucional de eficácia contida, dependente de lei que a regulamente. A aludida forma da lei vem regular o exercício dos cultos, na medida em que especifica a proteção aos locais de culto e suas liturgias. A tendência é a eliminação das últimas barreiras. A modernidade assimilou os desdobramentos religiosos de moral e de bons costumes.<sup>50</sup>

Nessa linha, a atual concepção do direito fundamental à liberdade religiosa apresenta uma feição nunca antes verificada, até mesmo porque se relaciona intensamente com os valores democráticos. Isso é perceptível quando se necessita, além de um Estado laicista para se realizá-lo, também um Estado colaborador.

A liberdade religiosa não consiste apenas em o Estado a ninguém impor qualquer religião ou a ninguém impedir de professar determinada crença. Consiste ainda, por um lado, em o Estado permitir ou propiciar a quem seguir determinada religião o cumprimento dos deveres que dela decorrem (em matéria

---

<sup>49</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Curso de direito constitucional*, p. 113.

<sup>50</sup> GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. A liberdade religiosa nas constituições do Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, p. 165.

de culto, de família ou de ensino, por exemplo) em termos razoáveis. E consiste, por outro lado (e sem que haja qualquer contradição), em o Estado não impor ou não garantir com as leis o cumprimento desses deveres.<sup>51</sup>

Aliado a isso, denota-se que o direito à liberdade religiosa também se interliga ao valor democrático do pluralismo político. Considerando que tal liberdade é exercitada em conjunto, deve-se respeitar a organização de entes coletivos para congregar e fortalecer as crenças e a fé de cada religião.<sup>52</sup>

Ademais, deflagra-se na liberdade religiosa a necessidade da dignidade humana, pois a opção religiosa está tão incorporada ao substrato de ser humano que o seu desrespeito também ofende a dignidade da pessoa. Considera-se que “os desdobramentos da liberdade de religião devem ser necessariamente reconduzidos à esfera de sua dignidade; logo, quando desrespeitado o direito individual, indisputavelmente maculada também restará a dignidade da pessoa humana.”<sup>53</sup>

Além disso, outras peculiaridades são constatadas hodiernamente no direito fundamental à liberdade religiosa, devido a sua complexidade e sinuosidade.

A abrangência do preceito constitucional é ampla, pois sendo a religião o complexo de princípios que dirigem os pensamentos, ações e adorações do homem para com Deus, acaba por compreender a crença, o dogma, a moral a liturgia e o culto. O constrangimento à pessoa humana de forma a renunciar sua fé representa o desrespeito à diversidade democrática das idéias da filosófica e a própria diversidade cultural.<sup>54</sup>

---

<sup>51</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, p. 409.

<sup>52</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge. *Proteção constitucional à liberdade religiosa*, p. 118.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 114.

<sup>54</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 75.

Nesse feixe de direitos, englobados sob denominação genérica de direito à liberdade religiosa, residem, na verdade, dois direitos que são fundamentais e essenciais, sem os quais não se pode dizer que um Estado albergue uma mínima garantida à liberdade de religião:<sup>55</sup> o direito a liberdade de crença e a liberdade de culto.

Inicialmente, deve-se lembrar que esse entendimento não foi sempre prevalente nas Constituições brasileiras. A Constituição Federal anterior não previa a liberdade de crença em si, mas apenas a liberdade de consciência e na mesma previsão assegurava aos crentes o exercício dos cultos religiosos (art. 153 parágrafo 5º). Então, a liberdade de crença era garantida como simples forma de liberdade de consciência.<sup>56</sup>

Hodiernamente, de modo mais adequado, a Constituição Federal de 1988, com seu artigo 5º, na segunda frase do inciso VI,

leva a cabo um retorno às Constituições de 1946 e 1934, onde se apartavam consciência e crença para proteger ambas. É esta sem dúvida a melhor técnica, pois a liberdade de consciência não se confunde com a de crença. Em primeiro lugar, porque uma consciência livre pode determinar-se no sentido de não ter crença alguma. Deflui pois da liberdade de consciência uma proteção jurídica que inclui os próprios ateus e agnósticos.

De outra parte, a liberdade de consciência pode apontar para uma adesão a certos valores morais e espirituais que não passam por sistema religioso algum. Exemplo disto são os pacifistas que, embora tendo por centro um apego à paz e o banimento da guerra, não implica uma fé religiosa.<sup>57</sup>

---

<sup>55</sup> RIBEIRO, Milton. *Liberdade religiosa: uma proposta para debate*, p. 34.

<sup>56</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 93.

<sup>57</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à constituição do Brasil: arts. 5 a 17*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 49.

Na realidade prática, o direito à liberdade de crença não obriga somente as pessoas a observá-lo, mas o próprio Estado também está limitado a intervir nesse aspecto íntimo e inviolável dos cidadãos.

Assegura-se, pois, no plano jurídico-subjetivo, a possibilidade de cada pessoa, conforme os ditames da sua própria consciência, livre de pressão e coação, responsabilizar-se por suas decisões éticas e existenciais. O indivíduo é livre pra crer ou não na divindade, no sobrenatural na transcendência, nas respostas sobre o sentido da vida e da morte – a liberdade, neste aspecto, poderia chamar-se, também, a-religiosa, já que a crença pode exercer-se em qualquer direção e contar, em qualquer caso, com a não confessionalidade do Estado, que deve igual consideração e respeito a todos os cidadãos. Na matéria religiosa afirma-se, “o Estado deve ignorar se o indivíduo crê e em que crê”, também fazendo parte do conteúdo da liberdade de crença a *reversibilidade das opções de fé* (conectado a revisibilidade da consciência).<sup>58</sup>

Além disso, relevante consignar que a atual Constituição estabelece em seu artigo 5º, inciso VIII, que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”.

Nesses termos, apesar do resguardo da liberdade religiosa, analisa-se ser possível a restrição da liberdade de crença em algumas situações. O artigo 15, inciso IV, prevê a possibilidade de perdas dos direitos políticos em caso de recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa. Desse modo, mesmo por motivos de crença, os cidadãos podem perder

---

<sup>58</sup> WEINGARTNER NETO, Jayme. *A edificação constitucional do direito fundamental à liberdade religiosa: um feixe jurídico entre a inclusividade e o fundamentalismo*. Tese de Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade do Rio Grande do Sul no ano de 2006. Disponível em: <[www.pucrs.br](http://www.pucrs.br)>. Acesso em: 13 fev. 2007, p. 305.

seus direitos (em caso de não cumprimento de uma obrigação) a todos impostos e descumprimento de prestação alternativa, prevista em lei.

De outra banda, mas também de forma não absoluta, a Constituição de 1988 protege a liberdade de culto, em seu artigo 5º, inciso VI, onde se tutela a liberdade de “comportamentos individuais ou coletivos, religiosamente motivados, mais ou menos ritualizados, não dirigidos unicamente à comunicação de conteúdos religiosos a outros”.<sup>59</sup> Observa-se que

o dispositivo transcrito compõe-se de duas partes: assegura a liberdade de exercício dos cultos religiosos, sem condicionamentos, e protege os locais de culto e suas liturgias – mas aqui, na forma da lei. É evidente que não é a lei que vai definir os locais do culto e suas liturgias. Isso é parte da liberdade de exercício dos cultos, que não está sujeito a condicionamento.<sup>60</sup>

Cumpra ao Estado, no entanto, fixar as normas protetoras desses locais, como pode ser constatado por meio da imunidade fiscal sobre templos de qualquer culto (art. 150, VI, “b” da Constituição Federal) Ainda, cabe aos poderes públicos não embaraçar o exercício dos cultos religiosos (art. 19, I da Constituição Federal) e impedir que isso ocorra.

Por outro lado, como afirma José Afonso da Silva, há locais, que não são propriamente para culto, onde é possível realizar cultos mais no exercício da liberdade de reunião do que no da liberdade religiosa. Tais lugares podem ser definidos pela legislação nacional, juntamente com normas de proteção dos mesmos.<sup>61</sup>

Além dos incisos VI e VIII do artigo 5º, já referidos, o sétimo inciso também tutela a liberdade religiosa, quando se

---

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 313.

<sup>60</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*, p. 94.

<sup>61</sup> *Ibidem*.

assegura, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de interinação coletiva. Na concepção de Alexandre de Moraes, tal previsão

encerra um direito subjetivo daquele que se encontra internado em estabelecimento coletivo. Assim, ao Estado cabe, nos termos da lei, a materialização das condições para a prestação de assistência religiosa, que deverá ser multiforme, ou seja, de tantos credos para quanto aqueles solicitados pelos internos.<sup>62</sup>

Na esfera cultural, a Constituição também protege a liberdade religiosa por meio dos artigos 206, 210, parágrafo 1º, 215, parágrafo 2º e 216.<sup>63</sup> Enquanto esses dois últimos preceitos se limitam expressamente à defesa da liberdade religiosa enquanto manifestação cultural, os dois primeiros revelam uma dupla garantia constitucional, no que se refere ao ambiente escolar.

Primeiramente, não se poderá instituir nas escolas públicas o ensino religioso de uma única religião, nem tampouco pretender-se doutrinar os alunos a essa ou àquela fé. A norma constitu-

---

<sup>62</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. p. 77.

<sup>63</sup> Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: [...] III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino.

Art. 210. Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.

§ 1º - O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. [...]

§ 2º - A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

cional pretende, implicitamente, que o ensino religioso deverá constituir-se de regras gerais sobre religião e princípios básicos da fé. Em segundo lugar, a Constituição garante a liberdade das pessoas em matricular-se ou não, uma vez, que, conforme já salientado, a plena liberdade religiosa consiste também na liberdade ao ateísmo.<sup>64</sup>

Essas garantias são de grande importância para a vedação de qualquer interferência do setor público no âmbito religioso, como também da criação de qualquer vínculo daquele com as igrejas. Reitera-se, destarte, a separação do Estado e das religiões, e indiretamente, fortalece-se a independência nas organizações religiosas.

Aliás, ao suscitar-se esse último ponto, torna-se indispensável referir que, como consequência da liberdade religiosa, as confissões religiosas possuem o direito de autodeterminação, ou seja, ao serem “dinamicamente entendidas como sujeitos de ação social, supõem, cumulativamente, o reconhecimento e a proteção das suas especificidades nos planos teológicos, orgânico e funcional, bem como das suas aspirações de crescimento e implantação social”.<sup>65</sup>

Para esse crescimento e implantação social, as religiões têm a liberdade de expressarem suas ideias a respeito de outras religiões, com o intento de convencer os crentes dessas a imigrarem para a sua. Logo, a liberdade religiosa interliga-se fortemente ao Direito fundamental à liberdade de expressão.

Este é catalogado no artigo 5º, inciso IV, da Constituição Federal, estabelecendo que é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato. A liberdade de expressão consiste na faculdade de emitir opiniões, ideias e pensamentos, seja qual for a forma, inclusive, formas artístico-culturais como: teatro, pintura,

---

<sup>64</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, p. 77.

<sup>65</sup> MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*, p. 351.

humor, obras literárias etc.<sup>66</sup> Logo, está o Estado restringido a interferir na possibilidade dos cidadãos pensarem e emitirem as conclusões desse ato.

Voltando-se à liberdade religiosa, constata-se que a liberdade de expressão sempre colaborou para que aquela se realizasse. Como exemplo da importância da liberdade de expressão para a religião, é possível citar as 95 teses que Martinho Lutero utilizou, no século XVI, para se manifestar contra a venda de indulgências e para questionar o purgatório. Com base nelas, também afirmou que a autoridade das escrituras era maior que a do Papa<sup>67</sup> e, a partir disso, tornou-se propulsor da reforma protestante, possibilitando a criação e difusão de outras religiões no mundo.

Além desse caso, podem ser citados vários outros, até mesmo porque uma grande maioria de religiões não se desenvolve sem o proselitismo, ou seja, a possibilidade de manifestar e difundir a fé, ou ainda, o direito à divulgação das convicções religiosas.<sup>68</sup>

Os integrantes de muitas religiões creem fazer parte de seus papéis como religiosos realizar o proselitismo e, assim, divulgarem suas crenças e opiniões religiosas para atraírem fiéis, levando, assim, para o “verdadeiro caminho do bem” e para “a salvação”. Destarte, é incompatível o exercício de suas religiões sem essa tarefa.

Para Maria Berenice Dias,

estes preceitos, com ligeiras variantes, são comuns a todas as religiões. E todas elas, por óbvio, querem aumentar o número de seus seguidores. A força de uma igreja é medida pelo tama-

---

<sup>66</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio De Janeiro: Renovar, 1999, p. 29.

<sup>67</sup> WEINGARTNER NETO, Jayme. *Honra, privacidade e liberdade de imprensa: uma pauta de justificação penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 78.

<sup>68</sup> MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*, p. 225.

nho de seu rebanho, e a maneira de tornarem-se poderosas é ter o maior número possível de fiéis. Este é o motivo que leva as pessoas a se unirem.<sup>69</sup>

Por sua vez, Adragão ensina que o proselitismo é resultado da unidade essencial entre crença e conduta religiosa e condição de possibilidade de mudar convicções, a liberdade religiosa dos indivíduos, das famílias e dos grupos religiosos. Ademais, aduz que a liberdade para manifestação de crenças tem precedência ontológica sobre a liberdade de não a manifestar, até mesmo, porque a segunda define-se por referência à primeira.<sup>70</sup>

Ainda, Ciarrúz acrescenta que o proselitismo é algo co-natural de todas as religiões e consequência do pluralismo que floresce atualmente nas sociedades modernas.<sup>71</sup> Outrosim, proeminentemente observa que, dentro do rol de direitos fundamentais, o proselitismo é contemplado por dois pontos de vista que se complementam. De um lado, como já referido, é considerado uma manifestação da liberdade de expressão, qualificado pela matéria a qual expressa, ou seja, a religião. Por outro, o proselitismo se enquadraria dentro dos vários direitos oriundos da liberdade religiosa.<sup>72</sup>

Diante disso, denota-se que apesar de haver uma proteção constitucional do proselitismo por interligar-se a dois direitos fundamentais, ainda há incertezas quanto a sua definição axiológica. Igualmente, não somente nesse âmbito, mas também há “uma certa relutância ou hesitação por parte das instituições internacionais em tratar esta figura, o que se reflete nos instru-

---

<sup>69</sup> DIAS, Maria Berenice. A justiça e a laicidade. In: LOREA, Roberto Arriada; ORO, Ari Pedro (Orgs.). *Em defesa das liberdades laicas*, p. 140.

<sup>70</sup> ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A liberdade religiosa e o Estado*, p. 507.

<sup>71</sup> CIÁURRIZ, Maria José. *El derecho de proselitismo en el marco de la libertad religiosa*, p. 45.

<sup>72</sup> CIÁURRIZ, Maria José. *El derecho de proselitismo en el marco de la libertad religiosa*, p. 51.

mentos internacionais. Por isso mesmo, a prática do proselitismo não possui uma moldura definida de direitos e/ou deveres.”<sup>73</sup>

É diante dessa indefinição quanto aos direitos e deveres advindos do proselitismo, que ocorrem os maiores conflitos nos âmbitos social e jurídico. Quando, muitas vezes, as confissões abusam do direito de proselitismo acabam ultrapassando seus limites razoáveis e acabam desrespeitando a liberdade religiosa de outras confissões.

Por enquanto, pode-se adiantar que Sylvio Ferrari averigua, diante de religiões cristãs, hebraica e islâmica, que os objetivos e a visão particular delas sobre a pertença religiosa influem incisivamente na forma de realização do proselitismo. Aquelas que privilegiam o componente individual da relação entre a pessoa e Deus, considerando o ingresso nelas e a saída como uma escolha individual têm conseguido aceitar o conceito de liberdade religiosa e não encaram o proselitismo de forma negativa. De outra banda, as confissões religiosas que salientam a componente comunitária da relação com Deus, entendendo que seus integrantes não a compõem por escolha individual, enxergam o proselitismo com desconfiança e possível rejeição.<sup>74</sup>

Diante de todo o exposto, pode-se inferir que, de forma concomitante e análoga à história mundial, o entendimento e a efetivação da liberdade religiosa no Brasil vêm sofrendo mutações ao longo dos tempos. Ocorre que, somente agora, no atual Estado democrático de direito, pela concepção de respeito ao pluralismo, presenciaram-se reais possibilidades de sua concretização real. Porém, para tanto, ainda há um caminho a percorrer e empecilhos a vencer, devendo-se, antes de tudo, enfrentar os

---

<sup>73</sup> GUERREIRO, Sara. *As fronteiras da tolerância: liberdade religiosa e proselitismo na Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, p. 175.

<sup>74</sup> FERRARI, Sylvio. A liberdade religiosa na época da globalização e do pós-modernismo: a questão do proselitismo. *Revista Consciência e Liberdade*. Associação Internacional para a Defesa da Liberdade Religiosa, n. 11, 2001, p. 11.

problemas advindos de preconceitos prejudiciais e consequentemente da intolerância.

## Referências

ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A liberdade religiosa e o Estado*. Coimbra: Almedina, 2002.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CIÁURRIZ, Maria José. *El derecho de proselitismo en el marco de la libertad religiosa*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

COSTA, Maria Emília Corrêa da. *Liberdade religiosa como direito fundamental*. Dissertação (Mestrado em Direito). 206 p. Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2005.

COTRIM, Gilberto. *História do Brasil: um olhar crítico*. São Paulo: Saraiva, 1999.

DIAS, Maria Berenice. A justiça e a laicidade. In: LOREA, Roberto Arriada; ORO, Ari; FREYRE, Gilberto. *Casa-grande e senzala*. São Paulo: Record, 1999.

DIAS, Maria Berenice. A justiça e a laicidade. In: LOREA, Roberto Arriada; ORO, Ari Pedro (Orgs.). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERRARI, Sylvio. A liberdade religiosa na época da globalização e do pós-modernismo: a questão do proselitismo. *Revista Consciência e Liberdade*. Associação Internacional para a Defesa da Liberdade Religiosa, n. 11, 2001.

FRIEDE, R. *Lições objetivas de direito constitucional e de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1999.

GARDER, Jostein; HELLERN, Víctor; NOTAKER, Henry. *O livro das religiões*. Trad. Isa Mara Lando. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. A liberdade religiosa nas constituições do Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, jan./mar., 2001.v. 34, p. 11-167.

GUERREIRO, Sara. *As fronteiras da tolerância: liberdade religiosa e proselitismo na Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Coimbra: Almedina, 2005.

HASTENTEUFEL, Dom Zeno. *História da Igreja do Brasil e do Rio Grande do Sul*. 2. ed. Frederico Westphalen: Pluma, 2006.

HIRAN, Aquino Fernando Gilberto. *Sociedade brasileira: uma história através dos movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Record. 2001.

LYRA, Jorge Buarque. *A maçonaria e o cristianismo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Espiritualista, 1971.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. Coimbra: Coimbra, 1996.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Coimbra, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

*Religião e cristianismo: manual de cultura religiosa*. Porto Alegre: PUC, Instituto de Teologia e Ciências Religiosas, 1977.

*Religião e cristianismo: manual de cultura religiosa*. Porto Alegre: PUC, Instituto de Teologia e Ciências Religiosas, 1977.

RIBEIRO, Milton. *Liberdade religiosa: uma proposta para debate*. São Paulo: Mackenzie, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCAMPINI, José. A liberdade religiosa nas constituições brasileiras. *Revista de Informação Legislativa – Senado Federal*, Brasília, v. 41, p. 75-126, 1974.

\_\_\_\_\_. A liberdade religiosa nas constituições brasileiras. *Revista de Informação Legislativa – Senado Federal*. Brasília, v. 42, p. 369-430, 1974.

SILVA, Francisco de Assis. *História do Brasil*. São Paulo: Moderna, 1992.

SILVA, Jorge Cesar Ferreira. A proteção contra discriminação no direito contratual brasileiro. In: MONTEIRO, Antonio Pinto; SARLET, Ingo Wolfgang; JORGE, Neiner. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Tadeu Antonio Dix. *Liberdade de expressão e direito penal: no estado democrático de direito*. São Paulo: IBBCrim, 2000.

SILVA NETO, Manoel Jorge. *Proteção constitucional à liberdade religiosa*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

SORIANO, Aldir Guedes. *Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: proteção de um marco de alteridade*. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

WEINGARTNER NETO, Jayme. *A edificação constitucional do direito fundamental à liberdade religiosa: um feixe jurídico entre a inclusividade e o fundamentalismo*. Tese de Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade do Rio Grande do Sul no ano de 2006. Disponível em: <www.pucrs.br>. Acesso em: 13 de fev. de 2007.

\_\_\_\_\_. *Honra, privacidade e liberdade de Imprensa: uma pauta de justificação penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.





O ensino do Direito, nas instituições de ensino superior, não mais se exaure em salas de aula e na (re)leitura de textos assinados por doutrinadores ou de decisões judiciais. Em bom tempo, resgatou-se a ideia de que ensinar-aprender é produzir e não simplesmente reproduzir. Na verdadeira missão de ensinar, professor e aluno se confundem, participando de um trabalho criativo. E é nesse alinhamento, numa posição de vanguarda, que o curso de Direito da Faculdade Anhanguera de Passo Fundo traz à comunidade jurídica a presente obra, que representa a reflexão, o comprometimento, a análise dedicada levada a efeito pelo corpo docente e discente desta valorosa instituição, sobre tema que, entre outros tantos de igual valia, é significativamente o mais caro à cidadania brasileira: os direitos fundamentais consagrados no texto constitucional, mas cuja concreta efetividade e bem assim inteira assimilação pela dogmática jurídica os mais de vinte anos da Constituição Federal não lograram ainda alcançar por inteiro. Mais não seria preciso dizer para se destacar a importância da obra e do trabalho realizado por seus autores, que estão de parabéns.

Certamente, são os leitores, que ora se convida para mergulharem nas páginas que se seguem, os mais agraciados.

**Elaine Harzheim Macedo**

Mestra e doutora em Direito, desembargadora  
do Tribunal de Justiça RS

ISBN 978-85-8200-001-4



www.meritos.com.br