Revista do Observatório de Direitos Humanos

ISSN 2448-2374



Apresentação

A *Revista do Observatório de Direitos Humanos* é uma publicação semestral do Curso de Direito do Centro Universitário IESB voltada para as investigações teóricas e empíricas sobre os processos de reivindicação e efetivação da Justiça e dos direitos humanos no *locus civis*. O foco editorial pauta-se nos estudos dos direitos do Homem e dos processos reivindicatórios sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana que se baseia na liberdade sobre o prisma da justiça social.

Expediente

Reitora
Eda Coutinho Barbosa Machado de Souza

Vice-Reitor
Edson Machado de Sousa Filho

Pró-Reitora Acadêmica
Regina Maria Tombini

Pró-Reitora do Programa de Pós-Graduação e Pesquisa
Zeli Isabel Ambros

Coordenadora do Curso de Direito
Any Ávila Assunção

Editores
Any Ávila Assunção
Miguel Ivân Mendonça Carneiro

Conselho Editorial
Alexandre de Souza Agra Belmonte - IESB
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy - IESB
Augusto César Leite de Carvalho - IESB
Douglas Alencar Rodrigues – IESB

Conselho consultivo nacional
Eduardo Gonçalves Rocha - UFG

Lourdes Maria Bandeira - UnB
Sandro Nahmias Mello - UEA
Sérgio Torres – UFPE
Sílvio Rosa Filho – UNIFESP

Conselho consultivo internacional
Fabio Petrucci - Università degli Studi di Roma "La *Sapienza*".
Giorgio Sandulli - Università degli Studi di Roma "La *Sapienza*".
Joaquín Perez Rey - Universidad de Castilla lá Mancha.
Guilherme Dray – Universidade Nacional de Lisboa.

Atual

Sumário

Revista do Observatório de Direitos Humanos

SUMÁRIO

DIREITO E ECONOMIA: A BUSCA DE CRITÉRIO QUE AUTORIZE A FLEXIBILIZAÇÃO DA LEI PARA EFETIVAR OS DIREITOS SOCIAIS EM CONCILIAÇÃO COM OS CUSTOS ECONÔMICOS POR MEIO DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA.
Alexandre Agra Belmonte 5

A REGULAMENTAÇÃO DE PROFISSÕES SOB UMA PERSPECTIVA LIBERAL DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.
André Luiz Santa Cruz Ramos 20

O SISTEMA JUDICIAL, A DESIGUALDADE JURÍDICA E O CONFLITO DE GÊNERO
Any Ávila Assunção 34

QUOTAS PARA AFRODESCENDENTES EM CONCURSOS PÚBLICOS
The issue of the afrodescendants shares on Brazilian civil service exams
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy 56

O TRABALHADOR E O MEIO AMBIENTE: NOÇÕES DO DIREITO FUNDAMENTAL
Augusto César Leite de Carvalho; Fabrício Ramos Ferreira 77

DELIMITANDO DIREITOS EM PROCESSOS COLETIVOS
Diogo Palau Flores dos Santos 104

OS DIREITOS SOCIAIS E A EQUIDADE INTERGERACIONAL
Douglas Antônio Rocha Pinheiro 129

OS NOVOS HORIZONTES DA AUTONOMIA NEGOCIAL COLETIVA: ANÁLISE CRÍTICA DA RECENTE DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOS AUTOS DO RE 590.415.
Douglas Alencar Rodrigues 142

NEURODIREITO E HIPOSSUFICIÊNCIA: O JUÍZO TRABALHISTA ENTRE A IMPARCIALIDADE, A EMPATIA E O INCONSCIENTE.
Douglas Henrique Marin dos Santos 175

DO BRASIL PARA A RÚSSIA: RESPOSTAS A UMA JOVEM JURISTA E IGNÁCIO RANGEL, CLÁSSICO DO PENSAMENTO SOCIAL BRASILEIRO.
José Rossini Campos de Couto Correa 192

EXPECTATIVAS DO MERCADO, GARANTIAS SOCIAIS E SEGURANÇA JURÍDICA
Neide Teresinha Malard 216

DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E MEIO AMBIENTE EM UM MUNDO GLOBALIZADO
Paulo José Leite Farias 237

UMA REFLEXÃO SOBRE DIREITOS HUMANOS E ECONÔMICOS NO BRASIL: DIGNIDADE, POLÍTICAS PÚBLICAS E FUNDAMENTOS.
Rafael Seixas Santos 257

DIREITOS SOCIAIS E O REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS
Ulisses Borges de Resende 268

DIREITO E ECONOMIA: A BUSCA DE CRITÉRIO QUE AUTORIZE A FLEXIBILIZAÇÃO DA LEI PARA EFETIVAR OS DIREITOS SOCIAIS EM CONCILIAÇÃO COM OS CUSTOS ECONÔMICOS, POR MEIO DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Alexandre Agra Belmonte

Doutor em Direito, ministro do Tribunal Superior do Trabalho (TST), membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho, vice-presidente da Academia Nacional de Direito Desportivo e professor do Curso de Direito Centro Universitário IESB.

1. Negociação coletiva

Negociação coletiva é o processo de autocomposição entre representantes dos trabalhadores e empregadores, na busca do entendimento para concluir convenções ou acordos coletivos destinados a fixar condições de trabalho para a categoria, com aplicação cogente sobre os contratos individuais em vigor e os formados em sua vigência.

A contemporânea valorização de soluções negociadas para os conflitos coletivos do trabalho vem ao encontro do estabelecido na Convenção nº 98 da OIT, artigo 4º (*verbis*), ratificada pelo Brasil:

> Deverão ser tomadas, se necessário for, medidas apropriadas às condições nacionais, para fomentar e promover o pleno desenvolvimento e utilização dos meios de negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores por outros meios financeiros, com o fim de colocar essas organizações sob o controle de um empregador ou de uma organização de empregadores (OIT, Convenção n. 98, art. 4º).

A Convenção nº 154, da OIT, de fomento à negociação coletiva, com vigência nacional desde 1993, em seu artigo 2º assim conceitua negociação coletiva:

> [A expressão negociação coletiva] compreende todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores, e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores, com o fim de fixar condições de trabalho, regular as relações entre empregadores e trabalhadores ou regular as relações entre empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores, ou alcançar todos estes objetivos de uma só vez (OIT, Convenção n. 154, art. 2º).

A Constituição Federal consagrou a negociação coletiva como a forma apropriada de solução dos conflitos coletivos de trabalho, sobrepondo-se assim à solução jurisdicional, que é facultativa (§2º do art.114), exceto no tocante à greve, notadamente em atividade essencial (§ 3º do art.114).

2. Convenções e acordos coletivos de trabalho

As convenções e acordos coletivos são reconhecidos pela Constituição como direitos dos trabalhadores. Na qualidade de instrumentos, por excelência, de concretização da negociação coletiva, são negócios jurídicos por meio dos quais trabalhadores, representados por seus sindicatos e empregadores, representados ou não por seus sindicatos, têm por finalidade a formação autônoma do direito aplicável à categoria profissional envolvida ou no âmbito da empresa convenente, criando condições gerais de trabalho, por meio da pactuação de cláusulas com força normativa no âmbito de toda a categoria.

As convenções e acordos coletivos são fontes formais autônomas de direito. Formais, porque atuam como direito objetivo para aplicação nas relações individuais de trabalho e autônomas, porque a sua produção independe da interferência estatal.

Na convenção coletiva, intersindical, pactuam sindicatos das categorias econômica e profissional. Os acordos coletivos, interempresariais, são pactuados entre sindicato da categoria profissional e uma ou mais empresas da categoria econômica. A duração máxima dos acordos e convenções é de 02 (dois) anos (§3º do art.614, CLT).

Nos termos da atual redação da Súmula 277, do TST, as cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho.

A Constituição Federal prevê tais instrumentos como direito dos trabalhadores, destinado ao ajuste das condições de trabalho, nos limites da lei, às peculiaridades das categorias profissionais e econômicas correlatas (convenções coletivas) ou das empresas (acordos coletivos), *verbis*:

> Art.7º, VI – irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

Art.7º, XIII – duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

Art.7º, XIV – jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

Art.7º, XXVI – reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho (BRASIL, CF/88).

Também a CLT os prevê:

Art. 58, § 3o. Poderão ser fixados, para as microempresas e empresas de pequeno porte, por meio de acordo ou convenção coletiva, em caso de transporte fornecido pelo empregador, em local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o tempo médio despendido pelo empregado, bem como a forma e a natureza da remuneração.

Art. 59 - A duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de 2 (duas), mediante acordo escrito entre empregador e empregado, ou mediante contrato coletivo de trabalho.

§ 1º - Do acordo ou do contrato coletivo de trabalho deverá constar, obrigatoriamente, a importância da remuneração da hora suplementar, que será, pelo menos, 50% superior à da hora normal.

§ 2o Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de um ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias.

Art. 71 - Em qualquer trabalho contínuo, cuja duração exceda de 6 (seis) horas, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação, o qual será, no mínimo, de 1 (uma) hora e, salvo acordo escrito ou contrato coletivo em contrário, não poderá exceder de 2 (duas) horas.

§ 5º Os intervalos expressos no caput e no § 1o poderão ser fracionados quando compreendidos entre o término da primeira hora trabalhada e o início da última hora trabalhada, desde que previsto em convenção ou acordo coletivo de trabalho, ante a natureza do serviço e em virtude das condições especiais do trabalho a que são submetidos estritamente os motoristas, cobradores, fiscalização de campo e afins nos serviços de operação de veículos rodoviários, empregados no setor de transporte coletivo de passageiros, mantida a mesma remuneração e concedidos intervalos para descanso menores e fracionados ao final de cada viagem, não descontados da jornada.

Art. 143 - É facultado ao empregado converter 1/3 (um terço) do período de férias a que tiver direito em abono pecuniário, no valor da remuneração que lhe seria devida nos dias correspondentes.

§ 2º - Tratando-se de férias coletivas, a conversão a que se refere este artigo deverá ser objeto de acordo coletivo entre o empregador e o sindicato representativo da respectiva categoria profissional, independendo de requerimento individual a concessão do abono.

Art. 144. O abono de férias de que trata o artigo anterior, bem como o concedido em virtude de cláusula do contrato de trabalho, do regulamento da empresa, de convenção ou acordo coletivo, desde que não excedente de vinte dias do salário, não integrarão a remuneração do empregado para os efeitos da legislação do trabalho.

Art. 235-C. A jornada diária de trabalho do motorista profissional será de 8 (oito) horas, admitindo-se a sua prorrogação por até 2 (duas) horas ou, mediante previsão em convenção ou acordo coletivo, por até 4 (quatro) horas.

Art. 476-A. O contrato de trabalho poderá ser suspenso, por um período de dois a cinco meses, para participação do empregado em curso ou programa de qualificação profissional oferecido pelo empregador, com duração equivalente à suspensão contratual, mediante previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho e aquiescência formal do empregado, observado o disposto no art. 471 desta Consolidação.

§ 1o Após a autorização concedida por intermédio de convenção ou acordo coletivo, o empregador deverá notificar o respectivo sindicato, com antecedência mínima de quinze dias da suspensão contratual.

§ 3o O empregador poderá conceder ao empregado ajuda compensatória mensal, sem natureza salarial, durante o período de suspensão contratual nos termos do caput deste artigo, com valor a ser definido em convenção ou acordo coletivo.

§ 5o Se ocorrer a dispensa do empregado no transcurso do período de suspensão contratual ou nos três meses subsequentes ao seu retorno ao trabalho, o empregador pagará ao empregado, além das parcelas indenizatórias previstas na legislação em vigor, multa a ser estabelecida em convenção ou acordo coletivo, sendo de, no mínimo, cem por cento sobre o valor da última remuneração mensal anterior à suspensão do contrato.

§ 6o Se durante a suspensão do contrato não for ministrado o curso ou programa de qualificação profissional, ou o empregado permanecer trabalhando para o empregador, ficará descaracterizada a suspensão, sujeitando o empregador ao pagamento imediato dos salários e dos encargos sociais referentes ao período, às penalidades cabíveis previstas na legislação em vigor, bem como às sanções previstas em convenção ou acordo coletivo.

§ 7º. O prazo limite fixado no caput poderá ser prorrogado mediante convenção ou acordo coletivo de trabalho e aquiescência formal do empregado, desde que o empregador arque com o ônus correspondente ao valor da bolsa de qualificação profissional, no respectivo período.

Além da CLT, leis esparsas também se referem às convenções e acordos coletivos como instrumento de ajuste das condições de trabalho nas empresas.

Com efeito, a Lei nº 9.615/98 estabelece, no § 1º do art.42, que

> salvo convenção coletiva de trabalho em contrário, 5% (cinco por cento) da receita proveniente da exploração de direitos desportivos audiovisuais serão repassados aos sindicatos de atletas profissionais, e estes distribuirão, em partes iguais, aos atletas profissionais participantes do espetáculo, como parcela de natureza civil

E no art. 90-C, que para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, as partes interessadas poderão valer-se da arbitragem, estatuindo no parágrafo único que "a arbitragem deverá estar prevista em acordo ou convenção coletiva de trabalho e só poderá ser instituída após a concordância expressa de ambas as partes, mediante cláusula compromissória ou compromisso arbitral.

A Lei nº 8.906/94 dispõe no art. 19, que "o salário mínimo profissional do advogado será fixado em sentença normativa, salvo se ajustado em acordo ou convenção coletiva de trabalho". E, no art. 20, que "a jornada de trabalho do advogado empregado, no exercício da profissão, não poderá exceder a duração diária de quatro horas contínuas e a de vinte horas semanais, salvo acordo ou convenção coletiva ou em caso de dedicação exclusiva".

A Lei nº 5811/72 disciplina no art. 11, que "os atuais regimes de trabalho, nas atividades previstas no art. 1º, bem como as vantagens a eles inerentes, serão ajustados às condições estabelecidas nesta lei, de forma que não ocorra redução de remuneração", estabelecendo, no parágrafo único, que "a aplicação do disposto neste artigo ao empregado que cumpra jornada inferior a 8 (oito) horas dependerá de acordo individual ou coletivo, assegurados, em tal caso, exclusivamente, os direitos constantes desta lei."

A Lei nº 4.923/65, em seu artigo 2º, autoriza às empresas, por força de conjuntura econômica comprovada e mediante negociação coletiva sindical, a redução dos salários, mantido o limite percentual de 25%, mas com a correspondente redução da jornada ou do número de dias de trabalho, por três meses, prorrogáveis.

A Lei nº 11.101/05, em seu artigo 50, VIII, igualmente, admite a redução salarial, com redução de jornada, mediante negociação coletiva, como meio de recuperação judicial da empresa:

> Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros:

> VIII – redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva;

O art. 1º da Portaria nº 373, de 25.02.2011, do MTE dispõe que "os empregadores poderão adotar sistemas alternativos de controle da jornada de trabalho, desde que autorizados por Convenção ou Acordo Coletivo de Trabalho".

3. A negociação coletiva na jurisprudência

Interpretando as normas jurídicas e os conflitos decorrentes dos casos concretos, a jurisprudência do TST estabelece:

> SÚMULA Nº 85
> COMPENSAÇÃO DE JORNADA
> I. A compensação de jornada de trabalho deve ser ajustada por acordo individual escrito, acordo coletivo ou convenção coletiva.
> II. O acordo individual para compensação de horas é válido, salvo se houver norma coletiva em sentido contrário.
> .....
> .....
> V. As disposições contidas nesta súmula não se aplicam ao regime compensatório na modalidade "banco de horas", que somente pode ser instituído por negociação coletiva.
>
> Súmula nº 437
> INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART.71 DA CLT.
> II – É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantida por norma de ordem pública (art.71 da CLT e art.7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva.
>
> Súmula nº 444
> JORNADA DE TRABALHO. ESCALA DE 12 POR 36. VALIDADE
> É válida, em caráter excepcional, a jornada de 12 horas de trabalho por 36 de descanso, prevista em lei ou ajustada exclusivamente mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho, assegurada a remuneração em dobro dos feriados trabalhados. O empregado não tem direito ao pagamento de adicional referente ao labor prestado na décima primeira e décima segunda horas.
>
> Súmula nº 277 (NOVA REDAÇÃO)
> CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE.
> As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho.
>
> Súmula nº 423
> TURNO ININTERRUPTO DE REVEZAMENTO. FIXAÇÃO DE JORNADA DE TRABALHO MEDIANTE NEGOCIAÇÃO

> COLETIVA. VALIDADE. (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 169 da SBDI-1) Res. 139/2006 – DJ 10, 11 e 13.10.2006)
> Estabelecida jornada superior a seis horas e limitada a oito horas por meio de regular negociação coletiva, os empregados submetidos a turnos ininterruptos de revezamento não têm direito ao pagamento da 7ª e 8ª horas como extras.
>
> OJ 258. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. ACORDO COLETIVO OU CONVENÇÃO COLETIVA. PREVALÊNCIA (cancelada em decorrência da sua conversão na Súmula nº 364) - DJ 20.04.2005
> A fixação do adicional de periculosidade, em percentual inferior ao legal e proporcional ao tempo de exposição ao risco, deve ser respeitada, desde que pactuada em acordos ou convenções coletivos de trabalho (art. 7º, inciso XXVI, da CF/1988).
>
> Súmula nº 349
> ACORDO DE COMPENSAÇÃO DE HORÁRIO EM ATIVIDADE INSALUBRE, CELEBRADO POR ACORDO COLETIVO. VALIDADE. (cancelada) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011
> A validade de acordo coletivo ou convenção coletiva de compensação de jornada de trabalho em atividade insalubre prescinde da inspeção prévia da autoridade competente em matéria de higiene do trabalho (art. 7º, XIII, da CF/1988; art. 60 da CLT).

Colhem-se os seguintes julgados do TST e do STF:

- Possibilidade de majoração do adicional noturno entre 37,14 e 40% como contrapartida à eliminação da redução da hora noturna prevista no art.73, §1º, da CLT, por meio de norma coletiva (E-ED-RR 31600-45.2007.5.04.0232).

- Validade da quitação ampla em transação extrajudicial dos valores recebidos a título de PDV ou PDI em havendo adesão voluntária e se prevista essa condição em acordo ou convenção coletiva que aprovaram o plano (RE 590.415 STF).

- Validade da fixação das horas *in itinere* em pelo menos 50% do tempo total gasto no percurso mediante norma coletiva (E-ED-RR 20900-63-2009.5.09.0567).

- Validade do estabelecimento de natureza indenizatória do auxilio alimentação por norma coletiva (E-ED-RR-454900-10.2009.5.15.0014).

- Validade da cláusula coletiva que autoriza o pagamento incorporado do repouso semanal remunerado ao salário (AIRR e RR 29900-63-2009.5.04.0232).

4. Os limites e possibilidades da negociação coletiva

Verifica-se, pela lei e pela jurisprudência que a interpreta, que a negociação coletiva constitui meio autônomo de formação do direito, mas as normas coletivas autônomas, ditas negociais, não são as únicas existentes no sistema. Com elas concorrem as normas jurídicas estatais, cabendo ao intérprete harmonizá-las ou verificar quando uma se sobrepõe à outra.

Logo, a negociação coletiva, se comparada com as normas legais e a jurisprudência colacionadas, não é apenas meio de formação, mas também de flexibilização de direitos estabelecidos em lei.

Ocorre que do exame da lei e da jurisprudência, acima transcritos, verifica-se que não é possível um critério geral que permita avaliar quando a norma coletiva negociada ajustar condições de trabalho distintas da regulação legal, o que causa insegurança ao jurisdicionado, impactando inclusive a vida das empresas, eis que a eventual invalidade da cláusula negociada entre os sindicatos de categoria econômica e profissional ou deste com as empresas, importará em passivo trabalhista.

O problema está em estabelecer os limites de atuação dos acordos e convenções coletivas de trabalho, em existindo norma legal regulando a matéria de que tratam; se podem contrariá-las ou, não podendo, até que medida podem flexibilizar as normas estabelecidas em lei.

A respeito, é possível apontar algumas correntes: a) os que entendem que se a Constituição, literalmente interpretada no que tem de mais protetivo e essencial para o trabalhador, permite reduzir salários (art.7º, VI) e compensar horários (art.7º, XIII), admite o estabelecimento de qualquer ajuste por acordo ou convenção coletiva; b) os que entendem que a lei é o padrão mínimo, não sendo admissível norma coletiva que a contrarie, devendo a atuação coletiva voltar-se para a negociação de normas autônomas

juscoletivas que implementam um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável; c) os que sustentam que a negociação somente seria possível em relação aos direitos disponíveis (art.444, da CLT) ou a parcelas justrabalhistas de indisponibilidade apenas relativa (e não de indisponibilidade absoluta); d) os que entendem que salvo no tocante às normas de segurança e saúde do trabalhador e demais direitos de cunho não patrimonial, à exceção do salário mínimo, os direitos negociados pelos trabalhadores com o sindicato da categoria econômica se sobrepõem às normas legais; e, e) os que só admitem acordo ou convenção coletiva para beneficiar; para ajustes de adequação empresarial que não contrariem as normas cogentes; e, para negociação *in pejus* em relação à norma legal, desde que mediante contrapartida compensatória.

A quantidade de posicionamentos a respeito da questão demonstra, por si só, a dificuldade de enfrentar o tema e encontrar uma solução pacificadora.

De um lado, estão os trabalhadores insatisfeitos com normas negociadas pelo sindicato de sua categoria profissional, que consideram contrárias ou indesejavelmente flexibilizadoras das normas legais. E não são poucos os julgados que, em ações individuais, consideram nulas cláusulas coletivas que se contrapõem à lei, mesmo quando homologadas por meio de dissídio coletivo.

Quanto aos empregadores, alegam a autonomia coletiva para para as categorias fixarem as condições de trabalho que considerem pertinentes e que o custo da mão de obra calculada apenas com base nas normas legais, muitas vezes torna inviável, diante da realidade da empresa e peculiaridades do setor, sem as necessárias adequações por via de negociação coletiva, a produção de bens e serviços na livre iniciativa em condições de lucros, investimento e concorrência no mercado nacional e internacional.

Há, no entanto, um ponto em comum, que pode ser extraído da lei e da jurisprudência: os acordos e convenções coletivas de trabalho têm por limites os direitos individuais adquiridos, os direitos da personalidade do trabalhador e as normas protetivas da saúde e segurança do trabalhador. São imexíveis e não admitem redução ou flexibilização.

Por outro lado, a jurisprudência se inclina no sentido da autorização da flexibilização das normas atinentes a horário de trabalho não apenas quando visam o atendimento de peculiaridades da categoria profissional, a exemplo da escala de 12 X 36 excepcionalmente prevista na Súmula nº 444, do TST, como também nos diversos outros

casos pontuais já apontados, quer em virtude da concessão de contrapartidas compensatórias, quer em razão de características especiais do trabalho na empresa, quer por se tratar de direitos disponíveis.

Assim, verifica-se que não é possível enfrentar a questão sem estabelecer um critério geral, eficaz e capaz de globalmente atender, num sistema econômico balizado pela justiça social, dignidade da pessoa humana e valor social do trabalho, os diversos casos em que a flexibilização é possível. E, neste particular, só três entre as citadas correntes poderiam atender a essa finalidade.

5. Exame das diversas correntes

A corrente que afirma que a Constituição, literalmente interpretada, no que tem de mais protetivo e essencial para o trabalhador, permite reduzir salários (art.7º, VI) e compensar horários (art.7º, XIII) e por isto admite o estabelecimento de qualquer ajuste por acordo ou convenção coletiva com base apenas na autonomia coletiva, não se sustenta perante o art.170, da Constituição e faz das normas trabalhistas cogentes letra morta. Se admitida, importaria na possibilidade de renúncia ou negociação do salário mínimo e das normas de proteção à saúde e segurança do trabalhador, entre outras de natureza indisponível.

Por outro lado, pensar na lei como limite mínimo, não sendo admissível qualquer norma coletiva que a contrarie, por um lado faria da negociação coletiva letra morta e levaria à conclusão de que os ajustes autorizados pela própria lei e até mesmo pela Constituição não se aplicariam, e não explicaria os diversos casos pontuais em que o ajuste é admitido pela jurisprudência mesmo diante de normas cogentes.

Restam as três últimas correntes, que são consistentes para resolver a questão e potencialmente hábeis ao estabelecimento de critério único, pelo que é preciso verificar qual delas se ajusta ao direito brasileiro, ou seja, as que buscam possibilitar a negociação com base na distinção entre direitos disponíveis (que poderiam ser negociados) e direitos indisponíveis (que não admitiriam negociação) e a que sustenta que salvo no tocante às normas de segurança e saúde do trabalhador e demais direitos de cunho não patrimonial, à exceção do salário mínimo, os direitos negociados pelos trabalhadores com o sindicato

da categoria econômica se sobrepõem às normas legais serão agora analisadas em conjunto.

São disponíveis os direitos que o titular pode criar, alterar ou extinguir por vontade própria, mais precisamente os direitos de que as partes podem dispor pela autonomia de sua vontade. Ela admite a negociação e a transigibilidade do direito o torna disponível.

São indisponíveis os direitos em que o exercício da vontade do titular não permite a criação, alteração ou extinção por vontade própria, a exemplo dos direitos da personalidade e dos direitos concernentes ao estado e capacidade da pessoas. Nascem, desenvolve-se e extinguem-se independentemente da vontade dos titulares. Logo, não são passíveis de renúncia ou transação e são intransmissíveis.

Em outras palavras, são indisponíveis aqueles de que as partes não podem dispor, porque a sua autonomia de vontade está limitada por uma norma de ordem pública e, portanto, cogente. É o caso da pessoa não poder vender um órgão do seu corpo, embora ele lhe pertença.

Sob o prisma dos interesses individuais, os direitos indisponíveis visam a assegurar um interesse público, a exemplo do direito à vida, saúde e segurança do trabalhador.

São, via de regra, disponíveis, os direitos patrimoniais. Mas para isto é preciso distinguir as dívidas em dinheiro das dívidas de valor, porque as prestações alimentícias e o salário mínimo são direitos indisponíveis, embora aparentemente patrimoniais. As dívidas em dinheiro são puramente representadas pelo seu valor monetário, enquanto as dívidas de valor são representadas pelo dinheiro correspondente à manutenção de um bem da vida de natureza extrapatrimonial. A pensão alimentícia e o salário mínimo dizem respeito ao numerário que contemporaneamente é capaz de prover a subsistência do beneficiário, visando, portanto, igualmente, satisfazer um interesse público, que transcende os interesses individuais.

Feitas essas considerações, conclui-se que direitos como férias e indenização compensatória de 40% são dívidas de valor, porque visam a proporcionar o lazer e o descanso como um valor, ou, igualmente como um valor, auxiliar na mantença do desemprego por meio de quantia indenizatória calculada sobre os depósitos do FGTS recolhidos durante o contrato, ao passo que a gratificação natalina, como dívida em dinheiro que não visa tutear um valor social, é direito disponível.

Há, no entanto, casos em que até mesmo direitos patrimoniais podem se revelar indisponíveis. É o caso da pessoa titular de bens que, possuindo herdeiros necessários, não pode doar a totalidade deles. Também é possível citar o bem que é recebido em doação com cláusula de impenhorabilidade, de inalienabilidade ou de incomunicabilidade, pois tais situações não permitem que aquele que receba a doação possa dele dispor e, consequentemente, transacionar o bem.

No Direito do Trabalho, a lei visa tutelar direitos que buscam assegurar, entre outros, a vida, saúde, segurança, subsistência e lazer. Eles decorrem do modo e das condições da prestação de serviços. O estado de subordinação é limitador da liberdade e revelador da hipossuficiência do trabalhador, diante de um poder econômico capaz de determinar o conteúdo e o modo da prestação, e de produzir e impor regras de obediência (de funcionamento interno e de controle da prestação de serviços), mediante aplicação de sanções pelo descumprimento. E as obrigações contratuais são voltadas para a produção em condições de impor risco e/ou desgaste e estresse que impõem prevenção à saúde e segurança, bem como compensações financeiras. Por tais razões, a indisponibilidade de direitos é a regra e inúmeros direitos, aparentemente patrimoniais são, na verdade, dívidas de valor (em que o dinheiro é apenas a unidade pecuniária representativa do necessário ao atendimento de um bem da vida, de natureza extrapatrimonial) e não dívidas em dinheiro, sobrando pouco espaço para negociações.

No entanto, sob o prisma dos interesses coletivos, que não se confundem com os interesses públicos, pode a lei condicionar a criação, alteração, extinção, renúncia ou transação de certos direitos, disponíveis ou não, à vontade coletiva. Como exemplo, embora a Constituição estabeleça a jornada de seis horas nos turnos ininterruptos de revezamento em virtude do maior desgaste físico do trabalhador e a questão diga respeito à saúde do trabalhador, que é um direito individualmente indisponível, a jurisprudência admite que por acordo ou convenção coletiva a jornada reduzida possa ser majorada em até duas horas, se for essa a vontade coletiva.

A explicação para esse fenômeno está em que a vontade coletiva, diante das peculiaridades inerentes à categoria profissional como um todo, pode muitas vezes superar as limitações da atuação individual. Pelo que, para manter o emprego numa situação de dificuldade econômica geral de um setor ou financeira em particular de uma empresa, pode se revelar mais importante para o trabalhador, de forma compensatória adquirir garantia de emprego temporária em troca de um reajuste salarial, porque a outra

opção seria o desemprego. E aí o direito ao reajuste salarial, individualmente considerado indisponível no plano individual, pela vontade coletiva dos trabalhadores, que supera os interesses particulares, admitiria a negociação e, consequentemente, a transação.

Disso resulta que a chamada indisponibilidade apenas relativa (modalidade de pagamento salarial, tipo de jornada, fornecimento de utilidades e suas repercussões contratuais) é uma ficção, por dizer respeito a direitos que são indisponíveis, mas que admitem ajuste quanto à forma de concessão, que não alteram, substancialmente, o direito tutelado.

Logo, a distinção entre direitos disponíveis e indisponíveis e entre direitos patrimoniais e extrapatrimoniais não servem, por si só, para o estabelecimento de um critério único e seguro para efeito de negociação de direitos previstos em norma legal cogente no plano coletivo.

A última corrente, que só admite acordo ou convenção coletiva *in pejus* em relação à norma legal, se houver contrapartida compensatória, é, certamente, o único critério capaz de justificar, diante do direito brasileiro, as possibilidades de negociação de direitos individuais cogentes, no plano coletivo.

Com efeito, assim ocorre: a) na possibilidade de majoração do adicional noturno entre 37,14 e 40% como contrapartida à eliminação da redução da hora noturna prevista no art.73, §1º, da CLT, por meio de norma coletiva (E-ED-RR 31600-45.2007.5.04.0232); b) na validade da fixação das horas *in itinere* em pelo menos 50% do tempo total gasto no percurso mediante norma coletiva (E-ED-RR 20900-63-2009.5.09.0567); c) na compensação de horários neutralizadora da correspondente majoração em outros (art.7º, XIII); d) na compensação excepcional de horários no regime de 12 X 36 para certas categorias em razão das peculiaridades da prestação de serviços e funcionamento da atividade Súmula nº 444, do TST); e) na redução dos salários, mantido o limite percentual de 25%, mas com a correspondente redução da jornada ou do número de dias de trabalho, por três meses, prorrogáveis, por força de conjuntura econômica comprovada (Lei nº 4.923/65, artigo 2º); f) na redução de jornada, com redução proporcional dos salários, como meio de recuperação judicial da empresa, como compensação à manutenção dos empregos (Lei nº 11.101/05, artigo 50); g) a compensação do intervalo intrajornada inteiro, mediante compensação com o fracionamento em intervalinhos ao fim de cada viagem em relação aos cobradores, fiscalização de campo e afins nos serviços de operação de veículos rodoviários no setor

de transporte coletivo de passageiros, ante a natureza do serviço e em virtude das condições especiais do trabalho a que são submetidos (art.71, §5º, da CLT); h) suspensão do contrato por um período de dois a cinco meses, para participação do empregado em curso ou programa de qualificação profissional oferecido pelo empregador, com duração equivalente à suspensão contratual e com ajuda compensatória mensal, sem natureza salarial, durante o período de suspensão contratual para evitar desemprego (Art. 476-A, da CLT).

Em todos os casos acima destacados, a contrapartida é compensatória e proveitosa, pelo que a contrapartida que, efetivamente, não compense a redução de direitos, deverá ser afastada, com nulificação da cláusula coletiva de ajuste, ou ineficácia dela na relação individual.

Além dessas e outras hipóteses fundadas na negociação prevendo contrapartida compensatória e proveitosa da redução de direitos, poderão, por evidente, ser livremente negociados direitos além do padrão mínimo legal, a exemplo da concessão de anuênios ou quinquênios.

Finalmente, podem ser negociados, por meio de instrumento coletivo de trabalho, os ajustes que não alterem, substancialmente, o direito tutelado por norma imperativa, a exemplo da modalidade de pagamento salarial (salário fixado unicamente por comissões ou misto; pagamento semanal, quinzenal ou mensal; tipo de jornada; pagamento de parcelas que não são exigíveis por lei, mas com limitações à repercussão no salário).

Conclusão

A falta de um critério orientador, ou seja, de uma diretriz que possibilite, com base numa regra geral, o exame dos casos e oriente, à luz do direito brasileiro, as possibilidades de negociação de direitos no plano coletivo, com validade nas relações individuais, leva à dispersão e insegurança da comunidade trabalhista e ao risco de passivos criados do dia para a noite pelo impacto econômico da nulificação de cláusulas coletivas.

Assim, propomos a possibilidade de ajuste negociado, no plano coletivo: a) da redução justificada de direitos, mediante contrapartidas compensatórias e proveitosas; b) de direitos além do padrão mínimo legal, admitida a limitação de efeitos na integração ao salário; c) de ajustes que não alterem, substancialmente, o direito tutelado por norma imperativa.

Quanto aos direitos de proteção à saúde, segurança, maternidade, emprego (referimo-nos às garantias e estabilidades) e da personalidade do trabalhador, são inegociáveis.

Evidentemente, caso seja feita uma reforma na estrutura sindical brasileira, para admissão da pluralidade sindical, extinção da contribuição obrigatória e divisão dos trabalhadores e empregadores por profissão, setor, atividade, empresa ou modelo que julgarem mais adequado, o Brasil, em alinhamento com os países mais desenvolvidos ou em patamar semelhante de desenvolvimento, ingressará na era da plena liberdade sindical, em que a tutela legal merecerá atenuação e o sistema corporativo será banido, para possibilitar aos trabalhadores e empregadores, excetuadas as normas de proteção à saúde, segurança e demais atinentes aos direitos da personalidade, negociações que flexibilizem os direitos mínimos de proteção.

A REGULAMENTAÇÃO DE PROFISSÕES SOB UMA PERSPECTIVA LIBERAL DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

André Luiz Santa Cruz Ramos

Doutor em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor de Direito Empresarial e Econômico do Centro Universitário IESB.

Resumo

O presente texto visa a questionar o atual modelo de profissões regulamentadas, adotado não apenas no Brasil, mas em vários países em todo mundo. Apesar de as justificativas comuns para a crescente regulamentação de profissões serem nobres (proteger o consumidor, garantir mais qualidade e segurança no exercício de certos ofícios etc.), o fato é que os resultados alcançados geralmente são outros (cartelização, corporativismo, restrição desarrazoada à livre-iniciativa e à livre concorrência, encarecimento dos preços, inibição da inovação e do surgimento de novos modelos de negócio etc.). Enfim, o que se procura demonstrar nesse texto é que um livre mercado genuíno, no qual o exercício de toda e qualquer arte, ofício ou profissão seja realmente livre, tende a gerar resultados muito mais benéficos, tanto para os consumidores quanto para os próprios profissionais "desregulamentados", uma vez que a autorregulação decorrente da livre concorrência é muito mais eficiente do que a regulação estatal.

Palavras-chave: livre-iniciativa; livre concorrência; regulamentação; profissão.

Abstract

This paper aims to question the current model of regulation professions, adopted not only in Brazil but in many countries around the world. Although the common justifications for a crescent regulation of professions are usually noble (consumer protection, ensure more quality and safety in the exercise of certain activities etc.), the results achieved are normally different (cartelization, corporativism, unreasonable restrictions on free enterprise and free competition, higher prices, less innovation, difficulty to the emergence of new business models etc.). So, this article tries to show that a genuine free market, in which the exercise of any profession is truly free, tends to create much more beneficial results, not only for consumers, but even for the "deregulated" professionals themselves, since self-regulation resulting from free competition is much more efficient than regulation imposed by the State.

Keywords: *free enterprise; free competition; regulation; profession.*

1. Livre mercado x regulação estatal

Murray Rothbard (2012, p. 47) considerava as regulações estatais, de forma geral, como uma intervenção triangular, isto é, aquela em que o governo "obriga ou proíbe as pessoas de realizarem trocas". Isso ocorre, por exemplo, quando o Estado exige requisitos mínimos para o exercício de uma arte, ofício ou profissão, ou quando o Estado cria entraves burocráticos diversos para o ingresso de uma empresa num determinado ramo de atividade. Em todas essas situações, a livre-iniciativa e a livre concorrência sofrem

restrição, e o resultado final é sempre o mesmo: menos oferta, perda de qualidade, encarecimento dos preços e desestímulo à inovação.

Em vários setores do mercado, por exemplo, trabalhadores ou empresas só podem ingressar se possuírem uma espécie de licença (autorização, permissão ou concessão governamental). Em primeiro lugar, tais licenças funcionam como uma reserva de mercado, protegendo os trabalhadores ou empreendedores já estabelecidos da concorrência de potenciais entrantes. Em segundo lugar, tais licenças, quando possuem um número máximo imposto pelo governo, criam uma espécie de "mercado de direitos de licença", algo que fomenta a corrupção e o corporativismo. Nas palavras de Rothbard:

> Pouca atenção tem sido dada às licenças; ainda que constituam uma das imposições monopolistas mais importantes (e crescentes) da atual economia norte-americana. As licenças restringem deliberadamente a oferta de trabalho e de empresas nas ocupações licenciadas. Várias regras e requisitos são impostos para trabalhar no ofício ou para entrada em um determinado ramo de negócios. Aqueles que não conseguem preencher os requisitos têm a entrada impedida. Além disso, aqueles que não conseguem pagar o preço da licença têm a entrada barrada. As altas taxas de licenciamento põem grandes obstáculos no caminho dos concorrentes com pouco capital inicial. Algumas licenças, como aquelas exigidas para a venda de bebidas alcoólicas e para táxis, em alguns casos, impõem um limite absoluto no número de empresas e de negócios. Essas licenças são negociáveis, de modo que qualquer outra nova empresa deve comprar de uma empresa mais antiga que queira abandonar o negócio. Rigidez, ineficiência, e falta de adaptabilidade para mudar conforme os desejos do consumidor ficam evidentes neste sistema. O mercado de direitos de licença demonstra também o fardo que tais licenças são para os novatos. O Professor Fritz Machlup (1902-1983) ressalta que a administração governamental das licenças está, quase inalteradamente, nas mãos dos membros do comércio, e compara o sistema, forçosamente, às guildas "autogeridas" da Idade Média (ROTHBARD, 2012, p. 63):

É o que ocorre no Brasil, por exemplo, com o serviço de transporte público prestado pelos táxis. O governo impõe arbitrariamente um número de licenças numa determinada área geográfica e impede que qualquer pessoa não licenciada exerça a atividade. Isso faz com que nas grandes cidades tais licenças sejam comercializadas a preços astronômicos, chegando a ultrapassar o valor de R$ 100.000,00 (cem mil reais) em algumas capitais do País. Felizmente, porém, esses cartéis estão sendo desmontados pela tecnologia, que tem permitido a prestação desse serviço de transporte de forma muito mais eficiente e segura (aplicativos como *Uber*, *Lyft*, *Cabify* etc.), o que reforça a tese de que é o livre mercado, e não a intervenção estatal, que garante a alta qualidade de produtos/serviços e o seu baixo preço.

2. Regulamentação de profissões

Uma dessas licenças de que trata Rothbard é decorrente da famigerada regulamentação de profissões, uma forma mais velada, mas não menos nociva, de agressão estatal à livre iniciativa e à livre concorrência. Chamando tal medida de licenciamento ocupacional, Milton Friedman assim se manifestou em sua famosa obra:

> Licenciamento Ocupacional
> A derrubada do sistema medieval de guildas foi um primeiro passo indispensável ao surgimento da liberdade no mundo ocidental. Constituiu um sinal do triunfo das ideias liberais, aliás, amplamente reconhecido como tal, o fato de que, em meados do século XIX, na Inglaterra e nos Estados Unidos (e, em menor extensão, no continente europeu), os homens pudessem dedicar-se a qualquer comércio ou ocupação que desejassem, sem a autorização de nenhuma autoridade governamental ou paragovernamental. Em décadas mais recentes, tem ocorrido um retrocesso, uma tendência crescente de restringir determinadas ocupações aos portadores de licença para tanto fornecida pelo Estado (FRIEDMAN, 1984, p. 77)

Quando o Estado decide regulamentar uma profissão, estabelecendo que apenas as pessoas que cumprirem determinados requisitos – posse de diploma ou certificado, registro em órgão profissional etc. – podem exercê-la, isso significa a criação de uma reserva de mercado para os profissionais regulamentados, da mesma forma que agências reguladoras criam reserva de mercado para as empresas reguladas, como vimos no tópico antecedente. Nesse sentido:

> O diploma, no entanto, não serve apenas como um meio para informar à sociedade a determinação e capacidade de um indivíduo, um fim perfeitamente legítimo. Tem também outra função, bem menos defensável: estabelecer quem pode ou não atuar em determinada profissão. Há aí a distância entre intenção e ato: uma coisa é sinalizar que um sujeito estudou em determinada instituição; outra coisa bem diferente é proibir de prestar determinado serviço quem não tenha estudado em determinadas instituições. Aqui entram os conselhos profissionais. Apesar de declararem estar do lado do consumidor, o efeito desses órgãos é limitar o poder de escolha dos indivíduos. A retórica dos conselhos parte do pressuposto de que o consumidor é incapaz de escolher sensatamente o profissional capaz de lhe oferecer a melhor relação entre custo e benefício. Por causa dessa suposta incapacidade congênita do consumidor, os conselhos precisariam vir em seu socorro, decidindo por ele quais são as 'opções aceitáveis'. Ao fazer isso, os conselhos criam barreiras de entrada que dificultam a entrada de novos profissionais em seus mercados e, desse modo, diminuem artificialmente o nível de competição entre prestadores de serviço. Havendo menos competição, os profissionais que estão dentro da reserva de mercado podem, na margem, aumentar o preço ou diminuir a qualidade do seu serviço sem temer que novos competidores roubem seus clientes – afinal, 'para seu próprio bem', esses clientes foram proibidos de tomar certas decisões. A intenção dos conselhos é louvável: proteger os consumidores de contratar profissionais incapazes – ou até mesmo perigosos. O método é duvidoso:

> diminuir a liberdade de escolha dos consumidores. O efeito concreto é condenável: criam-se barreiras de entrada que privilegiam alguns profissionais e prejudicam tanto futuros profissionais como todos os clientes. É importante que as pessoas sejam informadas da competência de certo profissional, e para isso os conselhos profissionais prestam um serviço valioso. Mas há uma diferença entre informar e proibir. Podemos ter conselhos que certifiquem certos profissionais sem que isso implique num mecanismo binário de licença e proibição. Os clientes preferirão profissionais certificados, mas poderão arriscar alguém sem certificação (talvez um novato que precisa levantar dinheiro trabalhando para cumprir as exigências do conselho), se acharem que isso é mais conveniente dentro das suas opções naquele momento. E isso também aumentaria a responsabilidade dos atores envolvidos – do profissional, que continuaria sujeito às punições pelas falhas, assim como do conselho, que poderia ser responsável pelas falhas dos profissionais certificados – o que criaria incentivos diretos para aumentar a qualidade dos serviços prestados. Também não é preciso provar a importância da competição. Quando abrimos as portas de entrada de um mercado, abrimos também a porta para a inovação e produtividade. Sem a proteção do Estado, os empreendedores precisam competir para melhor servir o cliente, e melhorar o processo de certificação, o que invariavelmente passa por uma combinação de dois mecanismos: melhorar a qualidade do serviço e baixar seu custo. Remover a obrigatoriedade do diploma para o exercício de determinadas profissões abriria a porta para os diplomados competirem com os não diplomados. Isso forçaria os portadores de diploma a mostrar resultados, impedindo-os de descansar sobre seus títulos. Isso também criaria um incentivo para os alunos escolherem apenas as universidades que realmente os preparassem para o mercado de trabalho de trabalho. As universidades teriam um incentivo para cortar toda a 'gordura' de seus currículos, deixando apenas aquilo que realmente aumentasse a eficiência profissional dos seus alunos. E, principalmente, com o aumento da competição, os consumidores veriam a qualidade de o serviço subir e os preços caírem. Precisamos de diplomas, mas eles não precisam ser obrigatórios. Se alguém realmente quiser ajudar o consumidor, o primeiro passo é abolir as reservas de mercado criadas pelas licenças dos conselhos profissionais – e a obrigatoriedade do diploma é apenas uma delas (MAFALDO, 2014).

No Brasil, a regulamentação de profissões tem crescido exponencialmente. Se antes apenas profissões mais técnicas, como engenharia e medicina, eram regulamentadas, hodiernamente até os mais simples ofícios estão sendo regulamentados, certamente porque seus praticantes perceberam que essa é uma forma muito eficiente de reservar mercado para incompetentes, tirando dos consumidores e passando para os burocratas o direito de decidir que profissional será bem-sucedido em sua área de atuação.

O *site* do Ministério do Trabalho e Emprego informa que existem nada menos que 68 profissões regulamentadas no Brasil[1], embora seja provável que esse número, atualmente, já esteja defasado. Em quase todos os casos, a regulamentação impõe a contratação de profissional regulamentado por certas empresas e/ou proíbe o exercício da profissão por pessoas não regulamentadas.

[1] Vide http://www.mtecbo.gov.br/cbosite/pages/regulamentacao.jsf.

2.1. O entendimento do Poder Executivo

Uma dessas dezenas de profissões regulamentadas nos últimos anos, por exemplo, foi a de *sommelier* (!), cuja lei aprovada no Congresso – Lei n.º 12.467/2011 – tinha originalmente a seguinte redação:

> Art. 1.º Considera-se *sommelier*, para efeitos desta Lei, aquele que executa o serviço especializado de vinhos em empresas de eventos gastronômicos, hotelaria, restaurantes, supermercados e enotecas e em comissariaria de companhias aéreas e marítimas.
> Parágrafo único. É opcional aos estabelecimentos referidos no *caput* deste artigo a oferta da atividade exercida pelo provador de vinho ou degustador.
> Art. 2.º Somente podem exercer a profissão de *sommelier* os portadores de certificado de habilitação em cursos ministrados por instituições oficiais públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, ou aqueles que, à data de promulgação desta Lei, estejam exercendo efetivamente a profissão há mais de 3 (três) anos.

O intuito de criação de reserva de mercado era claro, exatamente conforme descrito no parágrafo anterior, mas felizmente o governo brasileiro, nesse caso, agiu em defesa da livre iniciativa e da livre concorrência, vetando o parágrafo único do art. 1º e o *caput* do art. 2º, com base nas seguintes razões: "a Constituição Federal, em seu art. 5.º, inciso XIII, assegura o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, cabendo a imposição de restrições apenas quando houver a possibilidade de ocorrer algum dano à sociedade com a necessidade de proteção ao interesse público. Ademais, a redação conferida pelo parágrafo único do art. 1.º poderia sugerir a obrigatoriedade da contratação de *sommelier* pelos estabelecimentos citados no caput, violando o princípio da livre-iniciativa".

Os vetos presidenciais nesses projetos de lei de regulamentação de profissões usam sempre a mesma fundamentação, alegando genericamente que só é legítimo restringir a liberdade no exercício de qualquer arte, ofício ou profissão quando houver a possibilidade de ocorrer algum dano à sociedade. Em 2015, por exemplo, sob essa mesma justificativa, foi vetada integralmente a lei que regulamentava a profissão de *designer*, a qual previa que somente os titulares de curso superior, ou pessoas com experiência mínima de três anos até a data de publicação da lei, poderiam exercer a profissão.

2.2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal também já teve a oportunidade de se manifestar em defesa da liberdade de exercício de qualquer arte, ofício ou profissão, como aconteceu no julgamento em que se dispensou até mesmo a esdrúxula exigência de diploma universitário para o exercício da profissão de jornalista. Confira-se a ementa do julgado:

> Jornalismo. Exigência de diploma de curso superior, registrado pelo Ministério da Educação, para o exercício da profissão de jornalista. Liberdades de profissão, de expressão e de informação. Constituição de 1988 (art. 5.º, IX e XIII, e art. 220, *caput* e § 1.º). Não recepção do art. 4.º, inciso V, do Decreto-lei n.º 972, de 1969.
> [...]
> 4. Âmbito de proteção da liberdade de exercício profissional (art. 5.º, inciso XIII, da Constituição). Identificação das restrições e conformações legais constitucionalmente permitidas. Reserva legal qualificada. Proporcionalidade. A Constituição de 1988, ao assegurar a liberdade profissional (art. 5.º, XIII), segue um modelo de reserva legal qualificada presente nas Constituições anteriores, as quais prescreviam à lei a definição das "condições de capacidade" como condicionantes para o exercício profissional. No âmbito do modelo de reserva legal qualificada presente na formulação do art. 5.º, XIII, da Constituição de 1988, paira uma imanente questão constitucional quanto à razoabilidade e proporcionalidade das leis restritivas, especificamente, das leis que disciplinam as qualificações profissionais como condicionantes do livre exercício das profissões. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Representação n.º 930, Redator p/ o acórdão Ministro Rodrigues Alckmin, DJ 02.09.1977. A reserva legal estabelecida pelo art. 5.º, XIII, não confere ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade profissional a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial.
> 5. Jornalismo e liberdades de expressão e de informação. Interpretação do art. 5.º, inciso XIII, em conjunto com os preceitos do art. 5.º, incisos IV, IX, XIV, e do art. 220 da Constituição. O jornalismo é uma profissão diferenciada por sua estreita vinculação ao pleno exercício das liberdades de expressão e de informação. O jornalismo é a própria manifestação e difusão do pensamento e da informação de forma contínua, profissional e remunerada. Os jornalistas são aquelas pessoas que se dedicam profissionalmente ao exercício pleno da liberdade de expressão. O jornalismo e a liberdade de expressão, portanto, são atividades que estão imbricadas por sua própria natureza e não podem ser pensadas e tratadas de forma separada. Isso implica, logicamente, que a interpretação do art. 5.º, inciso XIII, da Constituição, na hipótese da profissão de jornalista, se faça, impreterivelmente, em conjunto com os preceitos do art. 5.º, incisos IV, IX, XIV, e do art. 220 da Constituição, que asseguram as liberdades de expressão, de informação e de comunicação em geral.
> 6. Diploma de curso superior como exigência para o exercício da profissão de jornalista. Restrição inconstitucional às liberdades de expressão e de informação. As liberdades de expressão e de informação e, especificamente, a liberdade de imprensa, somente podem ser restringidas pela lei em hipóteses excepcionais, sempre em razão da proteção de outros valores e interesses constitucionais igualmente relevantes, como os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à personalidade em geral. Precedente do STF: ADPF n.º 130, Rel. Min. Carlos Britto. A ordem constitucional apenas admite a definição legal das qualificações profissionais na hipótese em que sejam elas estabelecidas para proteger, efetivar e reforçar o exercício profissional das liberdades de expressão e de informação por parte dos jornalistas. Fora desse quadro, há patente inconstitucionalidade da lei. A exigência de diploma de curso superior para a prática do jornalismo – o qual, em sua essência, é o

> desenvolvimento profissional das liberdades de expressão e de informação – não está autorizada pela ordem constitucional, pois constitui uma restrição, um impedimento, uma verdadeira supressão do pleno, incondicionado e efetivo exercício da liberdade jornalística, expressamente proibido pelo art. 220, § 1.º, da Constituição.
> 7. Profissão de jornalista. Acesso e exercício. Controle estatal vedado pela ordem constitucional. Proibição constitucional quanto à criação de ordens ou conselhos de fiscalização profissional. No campo da profissão de jornalista, não há espaço para a regulação estatal quanto às qualificações profissionais. O art. 5.º, incisos IV, IX, XIV, e o art. 220 não autorizam o controle, por parte do Estado, quanto ao acesso e exercício da profissão de jornalista. Qualquer tipo de controle desse tipo, que interfira na liberdade profissional no momento do próprio acesso à atividade jornalística, configura, ao fim e ao cabo, controle prévio que, em verdade, caracteriza censura prévia das liberdades de expressão e de informação, expressamente vedada pelo art. 5.º, inciso IX, da Constituição. A impossibilidade do estabelecimento de controles estatais sobre a profissão jornalística leva à conclusão de que não pode o Estado criar uma ordem ou um conselho profissional (autarquia) para a fiscalização desse tipo de profissão. O exercício do poder de polícia do Estado é vedado nesse campo em que imperam as liberdades de expressão e de informação. Jurisprudência do STF: Representação n.º 930, Redator p/ o acórdão Ministro Rodrigues Alckmin, DJ 02.09.1977.
> 8. Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Posição da Organização dos Estados Americanos – OEA. A Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu decisão no dia 13 de novembro de 1985, declarando que a obrigatoriedade do diploma universitário e da inscrição em ordem profissional para o exercício da profissão de jornalista viola o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que protege a liberdade de expressão em sentido amplo (caso "La colegiación obligatoria de periodistas" – Opinião Consultiva OC-5/85, de 13 de novembro de 1985). Também a Organização dos Estados Americanos – OEA, por meio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, entende que a exigência de diploma universitário em jornalismo, como condição obrigatória para o exercício dessa profissão, viola o direito à liberdade de expressão (Informe Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de 25 de fevereiro de 2009).
> Recursos extraordinários conhecidos e providos.
> (RE 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 17.06.2009, *DJe*-213, Divulg. 12.11.2009, Public. 13.11.2009, Ement. vol-02382-04, p. 692, *RTJ* vol-00213, p. 605).

Outro julgamento em que o Supremo Tribunal Federal garantiu o livre exercício de profissão foi aquele no qual se afastou a obrigatoriedade de os músicos se filiarem à Ordem dos Músicos para poderem exercer a sua atividade artística. O acórdão recebeu a seguinte ementa:

> Direito constitucional. Exercício profissional e liberdade de expressão. Exigência de inscrição em conselho profissional. Excepcionalidade. Arts. 5.º, IX e XIII, da Constituição. Nem todos os ofícios ou profissões podem ser condicionadas ao cumprimento de condições legais para o seu exercício. A regra é a liberdade. Apenas quando houver potencial lesivo na atividade é que pode ser exigida inscrição em conselho de fiscalização profissional. A atividade de músico prescinde de controle. Constitui, ademais, manifestação artística protegida pela garantia da liberdade de expressão (RE 414.426, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, j. 01.08.2011, *DJe*-194, Divulg. 07.10.2011, Public. 10.10.2011, Ement. vol-02604-01, p. 76).

Apesar de o Supremo Tribunal Federal, nos dois julgamentos supratranscritos, ter assegurado o livre exercício das profissões de jornalista e de músico, a leitura dos acórdãos deixa claro que ele não o fez em homenagem à livre-iniciativa e à livre concorrência, mas em homenagem à liberdade de imprensa e de expressão.

Ademais, é possível perceber que o STF não comunga do entendimento de que o exercício de qualquer profissão deve ser absolutamente livre. Nossa Suprema Corte entende que certas profissões são mais nobres do que outras, razão pela qual permite que em algumas a liberdade seja tolhida por exigências burocráticas impostas pelo Estado, como a posse de um diploma, a necessidade de registro em um órgão ou mesmo a submissão a um teste, como é o caso do Exame de Ordem, cuja realização é imprescindível para todos aqueles que quiserem exercer a profissão de advogado. No julgamento do RE n.º 603.583/RS, assim se decidiu:

> Trabalho. Ofício ou profissão. Exercício. Consoante disposto no inciso XIII do artigo 5.º da Constituição Federal, "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer".
> Bacharéis em Direito. Qualificação. Alcança-se a qualificação de bacharel em Direito mediante conclusão do curso respectivo e colação de grau.
> Advogado. Exercício profissional. Exame de Ordem. O Exame de Ordem, inicialmente previsto no artigo 48, inciso III, da Lei n.º 4.215/63 e hoje no artigo 84 da Lei n.º 8.906/94, no que a atuação profissional repercute no campo de interesse de terceiros, mostra-se consentâneo com a Constituição Federal, que remete às qualificações previstas em lei. Considerações (RE 603583, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 26.10.2011, Acórdão eletrônico repercussão geral – Mérito, *DJe*-102, Divulg. 24.05.2012, Public. 25.05.2012).

Em suma: o Supremo Tribunal Federal admite a regulamentação de profissões e entende ser legítima a exigência de diploma e/ou de filiação compulsória de um determinado profissional ao órgão regulamentador quando houver, por exemplo, "potencial lesivo" na atividade que ele exerce. É exatamente o mesmo raciocínio usado pelo Poder Executivo para a sanção/veto das inúmeras leis que regulamentam profissões.

2.3. Uma visão liberal sobre o tema

Se o objetivo é proteger o consumidor e garantir mais qualidade e segurança no exercício de cerrtas atividades, o fato é que nem mesmo em profissões mais "nobres", como essas em que, segundo a justificativa estatal padrão, "existe a possibilidade de

algum dano à sociedade, com a necessidade de proteção do interesse público", justifica-se a regulamentação por parte do governo, no sentido de impor requisitos mínimos para o seu exercício.

Em primeiro lugar, a regulamentação de profissões feita com fundamento nessa suposta "proteção da sociedade" peca por retirar do consumidor o direito de decidir se contrata um profissional mais qualificado por um preço mais caro, ou se contrata um profissional menos qualificado por um preço mais barato. Afinal, é exatamente isso o que todos fazem ao contratar profissionais "não regulamentados".

Ademais, como bem notou Milton Friedman, se a preocupação da regulamentação fosse realmente proteger o público consumidor, seria natural que os próprios consumidores fossem os defensores dessa medida, mas o que se vê na prática não é isso, definitivamente. Ao contrário, os pedidos de regulamentação decorrem sempre de um forte *lobby* dos próprios profissionais. Diz ele:

> Na argumentação usada para persuadir as autoridades a estabelecer tais licenciamentos, aparece em primeiro plano a necessidade de proteger os interesses do público. Entretanto, a pressão exercida sobre as autoridades para licenciarem uma ocupação raramente vem de membros do público que tenham sido prejudicados ou que tenham sofrido abuso por parte de representantes de tais ocupações. Ao contrário, vem sempre dos membros das próprias ocupações. Evidentemente, melhor do que ninguém, eles estão informados de quanto podem explorar os clientes e, portanto, devem saber o que estão fazendo (FRIEDMAN (1984, p. 78).

O fato é que a regulamentação carteliza o mercado e, como consequência inevitável, restringe a livre concorrência, encarecendo preços e estancando a inovação, sempre em benefício da classe regulamentada, mas em claro prejuízo ao público consumidor. Nesse sentido, confira-se o seguinte relato de uma situação ocorrida nos EUA, onde o mercado de advocacia também é, assim como no Brasil, fortemente regulamentado e, pois, imune à livre concorrência:

> Atualmente, a advocacia é uma área restrita exclusivamente àqueles que podem bancar as amplamente inúteis e altamente custosas etapas exigidas para se obter uma licença, tudo graças ao *lobby* dessa associação de advogados. Você não pode 'advogar' – um conceito extremamente vago – a menos que possua uma licença concedida pela guilda que opera sob a proteção do Estado. E você não consegue obter uma licença sem passar pela tortura extremamente dispendiosa das faculdades de direito e, principalmente, pelo próprio exame da Ordem. A 'prática não autorizada da advocacia' (uma regra jurídica) protege da concorrência esse cartel legitimado pelo Estado (todo cartel só funciona quando sancionado pelo Estado). Ao elevar artificialmente o custo de entrada no mercado, a Ordem reduz sobremaneira a quantidade de concorrentes.

> Aqueles que conseguem entrar nesse mercado altamente cartelizado estão livres para cobrar preços muito mais altos, sem temor de concorrência. Nos EUA, ocorreu uma situação cômica: a própria *American Bar Association* (a OAB americana) publicou vários estudos que concluíram que um grande número de cidadãos americanos não conseguia bancar os honorários de advogados, o que significava que havia uma grande parcela de cidadãos que simplesmente não tinha condições de contratar um bom advogado para nada. Porém, ao invés de seguir a lógica e defender um livre mercado para a advocacia, a ABA passou a fazer *lobby* para que o governo americano começasse a subsidiar os pobres para que estes pudessem bancar os caríssimos honorários dos advogados. Ou seja, na prática, não satisfeita com seu cartel chancelado pelo Estado, a ABA queria também receber dinheiro diretamente do governo. Em 1987, o presidente da Legal Services Corporation (entidade privada e sem fins lucrativos que busca garantir acesso igualitário à justiça para todos os americanos que não podem bancar advogados), W. Clark Durant, fez um discurso na sede da ABA pedindo a abolição de sua própria agência e de todas as barreiras à concorrência, pedindo um livre mercado para a advocacia. No dia seguinte, o presidente da ABA pediu que Durant fosse demitido (LEEF, 2014).

Sobre o argumento de que certas profissões (medicina, engenharia, advocacia etc.), por envolverem risco, precisam de regulamentação estatal para proteger o consumidor contra maus profissionais, ele também é falho, por pressupor que num ambiente de livre mercado seria inexistente qualquer tipo de autorregulação ou certificação profissional. Ora, não apenas existiria, mas com certeza seria muito mais eficiente, porque não seria monopolizada por uma entidade apenas, e sim descentralizada entre várias, e a concorrência forçaria cada uma delas a construir um capital reputacional perante os consumidores e até mesmo diante dos próprios profissionais certificados.

Com efeito, não é difícil demonstrar que, na prática, a regulamentação estatal de profissões não assegura a competência de nenhum profissional regulamentado, sobretudo porque os conselhos criados pelo governo para exercer essa função são compostos pelos próprios profissionais, o que gera incentivos ao corporativismo e à criação de barreiras à entrada de concorrentes. Como explica Friedman:

> De modo semelhante, as instruções estabelecidas para o licenciamento envolvem, invariavelmente, o controle por parte de membros da ocupação em pauta. Ainda aqui, o fato é, sob certo ponto de vista, natural. Se a profissão de bombeiro só pode ser exercida pelos que possuem os requisitos e capacidade para exercê-la de modo conveniente, é evidente que apenas os bombeiros serão capazes de julgar os que poderão ser licenciados. Consequentemente, a comissão ou qualquer outra organização encarregada de fornecer as licenças é constituída quase sempre por representantes de bombeiros, farmacêuticos ou médicos ou de qualquer outra profissão de que se trate no momento.
> Gellhorn observa que "75% das comissões encarregadas do licenciamento profissional em funcionamento no país são atualmente compostas só de profissionais licenciados nas respectivas ocupações. Esses homens e mulheres, a maior parte dos quais trabalha somente em termos de meio expediente, podem ter interesse econômico direto em decisões que tomam a respeito das

> condições para admissão e da definição dos padrões a serem observados pelos licenciados. [...]"
> O licenciamento, portanto, muitas vezes estabelece essencialmente o mesmo tipo de regulamentação das guildas medievais, nas quais o Estado atribui poderes aos membros da profissão. Na prática, as considerações envolvidas na concessão de uma licença não têm, até onde o leigo pode julgar, qualquer relação com a competência profissional. Isso não é de surpreender. Se alguns poucos indivíduos vão decidir se outros podem ou não exercer determinada profissão, todo tipo de considerações irrelevantes pode muito bem ser levado em conta.
> [...]
> O custo social mais óbvio consiste em que uma destas medidas – registro, certificação ou licenciamento – quase inevitavelmente se torna um instrumento nas mãos de um grupo produtor especial para a obtenção de uma posição de monopólio às expensas do resto do público. Não há meios de evitar esse resultado. Pode-se estabelecer um ou mais conjuntos de procedimentos de controle destinados a evitar essa consequência, mas nenhum deles será capaz de fazer frente ao problema que se origina dessa concentração maior de interesses dos produtores em comparação com a dos consumidores. As pessoas mais interessadas nesse tipo de procedimento, as que maior pressão exercem para sua adoção e as de maior interesse pela administração serão aquelas que pertencem à profissão ou ao ramo de negócio envolvido. Inevitavelmente, estenderão a pressão do registro para a certificação e desta para o licenciamento. Uma vez estabelecida a necessidade de licenciamento, as pessoas que possam ter alguma intenção de alterar os regulamentos existentes serão impedidas de poder exercer sua influência. Não obterão licença; terão, portanto, que passar para outras profissões e perderão o interesse. O resultado será o controle da entrada na profissão pelos membros da própria profissão e, portanto, o estabelecimento de um monopólio (FRIEDMAN (1984, p. 78)..

Por outro lado, a desregulamentação não vai implicar o exercício de quaisquer profissões por quem não sabe exercê-las. Num ambiente de livre mercado genuíno, com certeza surgirão entidades (associações, certificadoras etc.) que exigirão requisitos para a filiação (voluntária, frise-se) de interessados. Da mesma forma, vão existir profissionais que optarão por não se filiar a nenhuma dessas entidades. Essas associações/certificadoras e esses profissionais independentes vão competir pelos clientes livremente, e para tanto vão procurar sempre apresentar mais e melhores qualidades. Nesse sentido:

> Licenciamentos fornecidos por cartéis não são nem necessários nem suficientes para garantir competência. Vários advogados incompetentes se formam em faculdades de direito e são aprovados no exame da Ordem. O que estimula profissionais a fazer um bom trabalho, licenciados ou não, é o poderoso incentivo gerado pelo livre mercado, que necessariamente obriga a prestação de bons serviços e a satisfação de seus clientes. Não há substituto para isso. No Estado de Maryland, um cidadão chamado Paul Kurtz, que não era membro da Ordem e que nem sequer havia estudado em uma faculdade de direito, conseguiu representar mais de 100 clientes em questões legais, inclusive processos judiciais. Vários juízes, ignorantes deste fato, simplesmente supuseram que ele era um advogado 'de verdade', pois sua atuação era completamente profissional. O *The New York Times* citou um advogado que havia dito que Kurtz havia 'atuado admiravelmente ao apresentar um dossiê jurídico e vários argumentos em uma audiência'. Kurtz conseguiu aprender – de maneira autodidata – tudo o que precisava saber sobre

> direito para fazer um bom trabalho, e sem ter passado por todo o castigo imposto pela guilda: faculdades de direito e o exame da Ordem. Kurtz foi preso, acusado de violar o estatuto da 'prática não autorizada da advocacia' de Maryland. Como os advogados gostam de dizer, *res ipsa loquitor*: a coisa fala por si própria (LEEF, 2014).

No mesmo sentido:

> Em primeiro lugar, é bom deixar claro que pessoas diplomadas também cometem erros crassos, principalmente em medicina e engenharia. Em segundo, as pessoas que querem seguir essas áreas podem sim obter um diploma e utilizá-lo como diferencial no mercado. Mas nada impediria que os não diplomados também tentassem mostrar sua competência. A chave de tudo, mais uma vez, chama-se concorrência. É isso que determinaria a qualidade dos serviços. Ademais, as próprias entidades de classe poderiam – no interesse da defesa de sua própria imagem – criar registros com os nomes das pessoas de fato capacitadas para determinados serviços. Seria do interesse delas fazer com que os profissionais da sua área fossem os melhores. Afinal, um profissional ruim mancharia toda a reputação da classe. Essa solução privada já existe hoje em várias áreas – a Microsoft solta certificados de qualificação de programação que o mercado exige; a SAP também. Da mesma forma, o CREA e seus concorrentes provavelmente teriam de instituir certificações para engenheiros, arquitetos etc. Na área médica, hospitais e empresas de seguro saúde também seriam forçadas pelo mercado a instituir suas certificações próprias (INSTITUTO LUDWIG VON MISES BRASIL, 2014).

Enfim, se alguém deseja construir uma casa, vai pesquisar no mercado e decidir quem contratar. Se alguém quer processar uma empresa, vai pesquisar no mercado e decidir quem contratar. Se alguém precisa fazer uma cirurgia, vai pesquisar no mercado e decidir quem contratar. Obviamente, alguns consumidores se sentirão mais seguros contratando um profissional com formação universitária e filiado a uma entidade respeitada, pagando, com certeza, mais caro pelos seus serviços. Em contrapartida, outros consumidores optarão por contratar profissionais independentes e autodidatas, pagando menos, e assim por diante. Isso vale para qualquer profissão. No caso da arquitetura, por exemplo, é conhecida a história de José Zanine Caldas:

> José Zanine Caldas, famosíssimo arquiteto autodidata, desenhou e construiu algumas das mais caras e belas casas do Joá e da Barra da Tijuca, no Rio de Janeiro. Quem as comprava pagava por sua competência e seu bom gosto, mas um naco era para o engenheiro formado, cuja única função era assinar a planta. Zanine foi professor na Universidade de Brasília. Hoje não poderia, porque não tinha diploma. Em resumo, não ganhamos nada com profissões regulamentadas. Só ganham os profissionais que fazem parte delas (BARROS, 2014).

Pensando especificamente no caso da advocacia, é fácil exemplificar. Se alguém quiser, por exemplo, obrigar uma loja a trocar um produto defeituoso, pode contratar um

advogado a preço módico, e esse advogado pode ser uma pessoa que sequer possui formação universitária, mas se especializou em pequenos litígios consumeristas após anos trabalhando no departamento jurídico de uma grande loja de departamentos. Por outro lado, se uma empresa quiser discutir uma fusão milionária com outra, certamente contratará uma banca de advogados conceituados, com boa formação acadêmica e filiação a uma associação profissional respeitada. Nesse sentido, confira-se mais um relato de George C. Leef sobre uma situação ocorrida nos EUA:

> Outro exemplo americano muito ilustrativo vem da cidade de Portland, no Estado do Oregon. Robin Smith havia trabalhado como técnica jurídica em um grande escritório de advocacia por vários anos, mas estava enojada com o fato de que os advogados de seu escritório cobravam altos honorários de seus clientes por um trabalho que era todo feito por ela, e honorários que a maioria das pessoas mal podia pagar. Sendo assim, ela se demitiu e abriu um negócio próprio, a *People's Paralegal Inc* (algo como Assistência Jurídica do Povo). Durante vários anos, seu empreendimento se expandiu continuamente, oferecendo a baixo custo serviços que eram amplamente demandados, tal como esboço de testamentos e papelada para divórcios. Ela sabia que tinha de fornecer serviços de alta qualidade para poder ser aprovada pelo teste que realmente importa, o teste do mercado – e assim, ela se esforçou para fazer um bom trabalho, um trabalho que satisfizesse seus clientes. E ela de fato se saiu muito bem. Porém, o sucesso é perigoso e a guilda é furiosa e temerosa da concorrência trazida pelo livre mercado. A Ordem dos Advogados do Oregon entrou com um processo contra Smith por violação do estatuto da 'prática não autorizada da advocacia' e o veredicto foi aquele totalmente previsto para um cartel legalizado. Não apenas a *People's Paralegal* foi coagida a jamais 'violar a lei' novamente, como também Smith foi obrigada a ressarcir à Ordem todos os custos que a mesma incorreu na ação judicial contra Smith! Os cidadãos do Oregon perderam uma fonte alternativa e de baixo custo para assistência jurídica e Robin Smith e seus empregados perderam a liberdade de servir pessoas que voluntariamente procuravam seus serviços.

Assim, num ambiente de livre exercício de profissões quem ganha são os bons profissionais (que se destacarão pelos seus méritos), as boas associações ou certificadoras (que ganharão respeitabilidade pelo bom filtro de profissionais que realizam) e os consumidores (que terão mais opções, tanto em preço quanto em qualidade, para escolher os profissionais que vão contratar).

Já no atual modelo de profissões regulamentadas compulsoriamente pelo Estado (diretamente ou por entidades a quem ele confere esse poder, como os conselhos profissionais), o resultado prático é conhecido: cartelização, corrupção, ineficiência, serviços ruins e preços altos, coisas dificilmente vistas em ambientes livres da regulamentação estatal.

Portanto, qualquer regulamentação profissional feita com o objetivo de proteger o consumidor ou a sociedade deve ser privada, voluntária e descentralizada. Só assim a

livre-iniciativa e a livre concorrência podem operar e produzir seus efeitos benéficos em prol dos consumidores e dos próprios profissionais.

Referências

BARROS, Alexandre. **Desregulamentar profissões. Todas!** Disponível em: <http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=334>. Acesso em: 10 abr. 2014.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. Tradução de Luciana Carli. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

INSTITUTO LUDWIG VON MISES BRASIL. **A obrigatoriedade do diploma – ou, por que a liberdade assusta tanto?** Disponível em: <http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=319>. Acesso em: 10 abr. 2014.

LEEF, George C. **O cartel dos advogados**. Tradução de Leandro Augusto Gomes Roque. Disponível em: <http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1055>. Acesso em: 10 abr. 2014.

MAFALDO, Lucas. **O diploma como reserva de mercado**. Disponível em: <http://ordemlivre.org/textos/401/>. Acesso em: 10 abr. 2014.

ROTHBARD, Murray N. **Governo e mercado: a economia da intervenção estatal**. Tradução de Márcia Xavier de Brito e Alessandra Lass. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2012.

O SISTEMA JUDICIAL, A DESIGUALDADE JURÍDICA E O CONFLITO DE GÊNERO

Any Ávila Assunção

Doutora em Sociologia pela Universidade de Brasília. Professora do Curso de Direito do Centro Universitário IESB.

Observar o sistema judicial sob a perspectiva das relações sociais de gênero – focalizando o conflito de gênero e o seu processamento/julgamento pela via judicial – implica uma incursão em um campo mais abrangente e complexo: o campo da cidadania, ou, no dizer de Santos (2009; 2007-a; 2007-b; 2007-d), o campo contra-hegemônico.

Destaca o autor, como já assinalado, que as sociedades não funcionam eficazmente sem um sistema judicial eficiente, justo e independente. No caso do Brasil, o autor analisa que mesmo diante da fragilidade crônica dos mecanismos de implementação da construção jurídico-institucional, a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização do país deram maior credibilidade ao uso da via judicial como alternativa para alcançar direitos. É nessa linha de raciocínio que o autor identifica, em relação ao Poder Judiciário, dois grandes campos: o campo hegemônico e o campo contra-hegemônico. Para explicá-los, Santos (2009; 2007-a) remete-se ao contexto político-econômico, destacando que a fase do neoliberalismo revelou as suas debilidades quando não garantiu o crescimento, quando aumentou drasticamente as desigualdades sociais, a vulnerabilidade, a insegurança e a incerteza das classes populares, além de fomentar uma cultura de indiferença frente à degradação ecológica.

No campo hegemônico, que é o campo dos negócios e dos interesses econômicos, Santos (2007-a) relata que a exigência é de um sistema judiciário rápido, eficiente, e, que permita, efetivamente, a previsibilidade dos negócios, a segurança jurídica e a garantia e salvaguarda dos direitos de propriedade. Realça, também, que é neste campo que se concentra a grande reforma do sistema judiciário por todo o mundo. [2] E acrescenta:

[2] Santos (2007) relata que durante os vários anos que analisou as reformas que tiveram lugar em vários países, particularmente na Europa, na América Latina e na África, inferiu que o sistema judicial desses

> [...] Por isso, há áreas do judiciário e formas de actuação que são consideradas importantes e outras não. E a formação dos magistrados deve estar orientada, fundamentalmente, para as necessidades da economia. As reformas são orientadas, quase que exclusivamente, pela idéia de rapidez. Isto é, pela necessidade de uma justiça célere. Sou, naturalmente, a favor de uma justiça rápida. A celeridade de resposta do sistema judicial à procura que lhe é dirigida é também uma componente essencial da sua qualidade. No Observatório Permanente da Justiça Portuguesa temos vários estudos onde analisamos a morosidade, as suas causas e as suas tipológicas. Mas, é evidente que do ponto de vista de uma revolução democrática de justiça, não basta a rapidez. É necessária, acima de tudo, uma justiça cidadã (SANTOS, 2007-d: 24).

Seguindo essa direção, salienta a tendência dos objetivos da reforma judiciária nortearem-se, inclusive, pelo ideal de celeridade processual, olvidando o fato de que "uma interpretação inovadora, contra a rotina, mas socialmente mais responsável, pode exigir um tempo adicional de estudo e de reflexão" (SANTOS, 2007-d: 27).

O outro campo, designado pelo autor de 'contra-hegemônico', é o dos cidadãos/ãs que tomaram consciência de que os processos de mudança constitucional deram-lhes direitos significativos, seja na esfera social ou econômica, vislumbrando na ordem jurídica e nos tribunais um instrumento importante para reivindicá-los e serem incluídos no contrato social. Contudo, Santos (2007-d) traz para a análise uma questão que parece importante considerar: a existência de um outro tipo de demanda, que o autor designa de 'procura suprimida'. Esclarece que há uma demanda ou procura potencial, que se pode conquistar pelas reformas processuais (algumas das quais acabaram de ser feitas no Brasil, quer na reforma constitucional, quer na reforma infraconstitucional). A outra demanda – a 'procura suprimida' – é a dos cidadãos/ãs que têm consciência dos seus direitos, mas que se sentem totalmente impotentes para reivindicá-los quando são violados, ficando totalmente desalentados sempre que entram no sistema judicial e estabelecem contato com as autoridades, que, segundo o autor:

> [...] os esmagam pela sua linguagem esotérica, pela sua presença arrogante, pela sua maneira cerimonial de vestir, pelos seus edifícios esmagadores, pelas suas labirínticas secretarias etc. Esses cidadãos intimidados e impotentes são detentores de uma procura suprimida. **Para reconhecer a sua presença**, precisamos daquilo, que em outros trabalhos tenho designado por uma **sociologia das ausências**. A procura suprimida é uma área da sociologia das ausências, isto é, é uma ausência que é socialmente produzida, algo activamente produzido

países é orientado para dar previsibilidade aos negócios; isto significa que as reformas se centram, muito seletivamente, nos setores que melhor servem a economia deixando de fora todos os outros.

> como não existente. A procura de direitos da grande maioria dos cidadãos das classes populares deste e de outros países é procura suprimida. É essa procura que está hoje, em discussão. E se ela for considerada, vai levar a uma grande transformação do sistema judiciário e do sistema jurídico em geral, que faz sentido falar da revolução democrática da justiça (SANTOS, 2007-d: 27 – grifo nosso).

Acompanhando o pensamento do autor, para atender a 'procura suprimida' faz-se necessária uma profunda transformação no sistema judiciário – e não somente no direito substantivo e processual –, pois está em causa a criação de uma outra cultura jurídica e judiciária.[3]

Em grande medida, tal concepção resultaria em uma mudança no acesso à justiça em um sistema de 'transformação recíproca jurídico-política' – que é diferente da concepção convencional de busca à tal acesso (SANTOS, 2009; GOMES, 2003). Essa transformação propiciaria uma política de adensamento da cidadania, pela via democrática e do acesso ao direito e à justiça ao se dirigir a um conjunto vasto de injustiças (socioeconômica, racial, sexual, étnico-cultural, cognitiva, ambiental e histórica) que ocorrem na sociedade. Os vetores principais dessa transformação podem ser identificados: nas profundas reformas processuais; nos novos mecanismos e novos protagonismos no acesso ao direito e à justiça; na nova organização e gestão judiciária; nas mudanças a serem encetadas na formação dos magistrados/as desde as faculdades de direito até à formação permanente; nas novas concepções de independência judicial; em uma relação de poder judicial mais transparente com o poder político e a mídia, e mais densa com os movimentos e organizações sociais; e, uma cultura jurídica democrática e não corporativa (SANTOS, 2009; 2007-d).

Nesse contexto, torna-se importante citar os estudos realizados por Uprimny e García-Villegas (2003-c) relativos à dimensão emancipatória das decisões judiciais, ao analisarem aquelas proferidas por juízes constitucionais na Colômbia. Explicam os autores que, a partir da década de 1980, os juízes adquiriram um papel de protagonismo em boa parte dos regimes democráticos do mundo, a tal ponto, que alguns estudiosos, como Santos (2001), Linz e Stepan (1996) e Nino (1992), falam de uma alteração da carga de legitimação democrática das instâncias políticas para as judiciais.

[3] Santos (2007-d) realça o fato de que não faz sentido 'assacar' toda a culpa ao sistema judiciário se tais reformas não abrangeram questões atinentes, por exemplo, à formação de magistrados e dos próprios bacharéis em direito.

Os maiores protagonistas foram os juízes penais na luta contra a corrupção política, por um lado, e, os juízes constitucionais na defesa dos direitos fundamentais, de outro.

Nas análises procedidas por Upremny e García-Villegas (2003-c), os Tribunais Constitucionais tiveram especial importância nos países da Europa do Leste e em muitos outros que se encontram (ou encontram) em processo de transição para a democracia. [4] Esses Tribunais vêm desempenhando um papel chave, muitas vezes em contramão, relativamente ao previsto pelo sistema político vigente e, às vezes, até mesmo, contra a lógica do mercado capitalista. Isto implica em uma 'judicialização' dos conflitos políticos, o que por sua vez, arrasta consigo uma 'politização' dos conflitos judiciais (SANTOS, 2001). Os Tribunais Constitucionais da Hungria [5] e também da África do Sul [6] são os exemplos mais conhecidos, dentre outros igualmente importantes, como o Supremo Tribunal da Índia, [7] da Rússia, da Coréia[8] e da Colômbia. Contudo, alertam os dois mencionados autores, que o caráter contra-hegemônico do protagonismo judicial deve ser analisado com cautela, pois, há mais de uma década, que as principais agências internacionais para o desenvolvimento, as quais não representam propriamente um símbolo da luta contra-hegemônica, dedicam o essencial dos seus recursos à promoção do poder judicial. [9] Tal cautela é necessária, nomeadamente, no que se refere à justiça consuetudinária, penal e civil, pelo fato de serem âmbitos privilegiados deste fenômeno de 'globalização judicial'.

Com efeito, conforme já analisado anteriormente, boa parte desses recursos internacionais destina-se ao incremento da eficiência daqueles processos

[4] Sobre esse tema vide, dentre outros autores, Malloy (1977), Nino (1992), Linz e Stepan (1996).

[5] Sobre o tema vide Zirzak (1996).

[6] Sobre o caso da África do Sul ver Klug (1996) e Burnham (1997).

[7] Sobre o Supremo Tribunal da Índia, vide Sripati (1998), Crossman e Kapur (1997)

[8] Sobre o tema vide Yang, 1998.

[9] Tal fenômeno, segundo Uprimny e Garcia-Villegas (2003), está relacionado com o denominado *the rule of law Project* promovido pelas agências internacionais para o desenvolvimento sob o pressuposto de que certas reformas legais são indispensáveis para o desenvolvimento econômico dos países; assim, relatam os autores, foram investidos vários bilhões de dólares em projetos legais nomeadamente no âmbito judicial. As principais instituições financeiras incluem o Banco Mundial, a Agência Internacional dos Estados Unidos da América para o Desenvolvimento (USAID) e o Banco Interamericano de Desenvolvimento – sobre os montantes investidos, vide Santos (2001).

judiciais mais requeridos pelo mercado capitalista, e, consequentemente, pode estabelecer-se uma empatia *prima facie* entre eficiência judicial e interesses hegemônicos. Todavia, a situação parece ser diferente no que se refere aos juízes/as constitucionais – advertem os autores – pois, em primeiro lugar, eles não têm sido os beneficiários privilegiados dos recursos econômicos mencionados; e, segundo, as suas decisões incidem, na maioria das vezes, sobre interesses hegemônicos essenciais, como foi o caso do Tribunal colombiano.

Assim sendo, os autores mencionados assinalam, ainda, que é importante não confundir o sentido desses desenvolvimentos paralelos: de um lado, tem-se o aumento da eficácia judicial destinada preferencialmente à proteção de interesses capitalistas globalizados; de outro, tem-se o protagonismo judicial contra a corrupção e as violações dos direitos fundamentais. Tratam-se, portanto, de lógicas diferentes e inclusivamente contrárias em termos gerais, embora, em certas circunstâncias, possam fortalecer-se reciprocamente.

Se tais abordagens acaloram as discussões sobre os ideais de justiça e aceleram reformas jurídicas e judiciais há muito emergentes, levam, também, à discutir e analisar – como é o caso dessa pesquisa – questões atinentes à persistência uma cultura jurídica centrada em práticas androcêntricas, misóginas e patriarcais. Isto é, de uma visão ainda tradicional do direito, cujas considerações acerca da carga ideológica de seus fundamentos e conceitos, potencializam o controle social, excluindo sujeitos historicamente considerados 'minoritários'. Significa dizer, que o acesso desigual ao direito e à justiça torna-se ainda mais evidente quando se focalizam os conflitos de gênero na instância judicial, e, que a dívida histórico-jurídica das injustiças perpetradas contra a mulher ao longo dos séculos ainda continua represada.

Nesse sentido, o exercício reflexivo proposto, acima, por Santos (2007-d), no sentido de considerar o conceito de 'sociologia das ausências' – que se baseia, inclusive, na ideia da superação da naturalização das diferenças –, possibilita desvelar algumas razões acerca dos modos como os/as cidadãos/ãs utilizam o direito, mas, também, como o evita ou lhe resiste. Ainda sob essa abordagem, a diferença no acesso à justiça pode ser percebida nos fundamentos/motivações constantes das decisões judiciais relativas aos crimes sexuais praticados contra as mulheres, cujos julgadores/as, muitas das vezes, interpretam e julgam tais delitos sob a orientação de elementos e simbolizações da cultura, que passam a ser determinantes na aplicação da justiça.

Nessa mesma perspectiva, Adorno (1994) ao trazer para a análise a questão da justiça social e a igualdade jurídica, observa que o 'modelo liberal de justiça' no Brasil nunca saiu do nível simbólico, vez que a 'igualdade de todos perante a lei' nunca se concretizou. Veja-se:

> Um amplo hiato entre o direito e os fatos, entre o enunciado legal e as situações concretas de discriminação e exclusão se mantém, contribuindo para diluir critérios universais de juízo destinados a solucionar litígios e pendências nas relações intersubjetivas. Em situações como esta, a **distribuição da justiça acaba alcançando alguns cidadãos em detrimento de outros**, o acesso da população aos serviços judiciais é dificultado por razões de diversas ordens e, **muito dificilmente, as decisões judiciais deixam de ser discriminatórias** (ADORNO, 1994: 134 – grifo nosso).

Pondera, dessa forma, o autor, que a garantia da igualdade no acesso à justiça depende, sobretudo, da superação da dificuldade da justiça penal em traduzir as diferenças e as desigualdades em direitos. A desigualdade jurídica sendo considerada como o efeito de práticas judiciais destinadas a "separar, dividir, revelar diferenças e ordenar partilhas" (ADORNO, 1994: 149).

Sobre tal ponderação, Izumino (1998: 30) comenta que, na prática, o sistema judicial "tem se apresentado como uma instância reprodutora de desigualdades". Observa que, genericamente, a denúncia da desigualdade no acesso à justiça escuda-se no recorte de classe, resultando na inacessibilidade aos mais pobres e menos privilegiados economicamente – sendo, inclusive, carentes diante do reconhecimento de seus direitos. Quando aborda a questão da desigualdade jurídica sob o ponto de vista do recorte de gênero, a autora enfatiza que tal categoria incide transversalmente sobre as demais (social, econômica ou racial), dando-lhes, como especificidade, a exacerbação de algumas diferenças. Ou seja, atravessa a esfera judicial imprimindo novas tonalidades à desigualdade no acesso à justiça.

Merece ser transcrita a análise de Santos (2006) quando tece observações acerca dos estudos realizados sobre a 'sociologia dos tribunais', alertando sobre a necessidade de uma nova política judiciária, voltada para os conflitos sociais e os mecanismos da sua resolução:

> [...] as desigualdades da proteção dos interesses sociais dos diferentes grupos sociais está cristalizada no próprio substantivo, pelo que a democratização da administração da justiça, mesmo se plenamente

> realizada, não conseguirá mais do que igualizar os mecanismos de reprodução da desigualdade (SANTOS, 2006-a: 177).

Portanto, há que se ponderar acerca dos significados androcêntricos presentes nosnas decisões judiciais acerca dos crimes sexuais contra as mulheres e o grau de emancipação social que elas podem propiciar, adentra nesse cenário (o sistema judicial brasileiro), sob a perspectiva de um enfoque contra-hegemônico. E, questiona o pressuposto da igualdade jurídica à luz do paradigma das relações sociais de gênero, pretendendo demonstrar que o conflito de gênero aparece nas instâncias jurídicas/judiciais fortemente marcado por práticas discriminatórias e excludentes.

2.3. A influência dos significados androcêntricos na Ciência Jurídica/ Sistema de Justiça

Inicialmente, vale destacar que quando se fala em práticas jurídicas com significados androcêntricos, esses são definidas a partir do que informa Praetorius *et al:*

> Por androcentrismo devemos entender a estrutura preconceituosa que caracteriza as sociedades de organização patriarcal, pela qual – de maneira ingênua ou propositada – a condição humana é identificada com a condição de vida do homem adulto do sexo masculino. Às afirmações sobre 'o homem', (= ser humano), derivadas dos contextos da vida e da experiência masculinas, os pensadores androcêntricos atribuem uma validade universal: o homem (= ser humano masculino) é a medida de todo o humano. Esta reconstrução filosófica e lingüística reducionista da realidade tem, entre outras conseqüências, a de o conceito de trabalho ser definido unilateralmente a partir das condições do trabalho assalariado [...]. Só numa sociedade em que o pensamento androcêntrico é onipresente é que pôde ocorrer que só aos poucos, e enfrentando a resistência dos homens, as mulheres tivessem que conquistar o acesso aos direitos humanos universais. O preconceito androcêntrico torna a vida feminina invisível do ponto de crítica lingüística, ideológica e científica feminina tem, pois, como meta desvendar, no discurso dominante, estruturas preconceituosas androcêntricas, e desta forma desmascarar a objetividade aparente como uma retórica do partidarismo masculino (PRAETORIUS *et al*, 2007, p. 21).

Em virtude da presença desse olhar – ou significados androcêntricos –, as práticas jurídicas tendem a enfocar suas análises a partir de uma perspectiva senão unicamente, mas, preponderantemente, masculina, cujos resultados, materializados nas decisões judiciais, são tomados como generalidades na medida dos humanos masculinos,

mesmo que sejam as mulheres, as envolvidas. Um exemplo da ausência do olhar de gênero nas práticas jurídicas é o uso da linguagem, cuja referencia é a nominação no masculino. Nesse sentido, Facio e Camacho (mimeo, s/d: 06) assinalam:

> Recordemos que o termo 'homem' serve tanto para definir o varão da espécie como a espécie toda, e pior ainda, a gramática exige que se fale em masculino ainda que se esteja fazendo referência a um grupo composto por um milhão de mulheres e um recém-nascido varão.

Segundo Warat, a dogmática (jurídica) possui uma função de 'conservação social':

> O componente ideológico acompanha todo conhecimento científico no campo social – por conseguinte, também na esfera jurídica. A dogmática jurídica, contudo, pretende sustentar o contrário. Na realidade, a dogmática jurídica implica saturação ideológica no conhecimento do direito, um encerramento da possibilidade de um corte epistemológico, uma inércia reflexiva, uma falta de interesse na mudança – enfim, o conformismo dos satisfeitos e a ausência de crítica por parte dos juristas (WARAT, 1985, p. 88).

Nessa investigação, ao se elegerem as decisões judiciais como unidade empírica para analisar a violência sexual contra a mulher e sua solução determinada pelo sistema judicial, propôs-se traçar uma visão crítica do direito, sob o olhar androcêntrico e sob o prisma da emancipação social. A discussão sobre o Direito e a mulher no Brasil, segundo Streck (2002), começa pelo próprio tipo de visão que os/as operadores/as jurídicos, instrumentalizados pela 'dogmática jurídica',[10] têm acerca da mulher, cujos conhecimentos encontram resistências e permanecem, há muito, ocultos pelo paradigma dominante. O autor infere que esse debate é de cunho 'crítico-hermenêutico', pelo qual é necessário um enfrentamento da dogmática jurídica, no contexto "de uma tradição que vem permeada por um imaginário no interior do qual a questão do gênero tem dificuldade de ser assimilada pelos operadores do direito" (STRECK, 2002, p.156).

Em outras palavras, as práticas jurídicas podem converter-se na reprodução das desigualdades e no acesso desigual ao direito, a partir da imposição de

[10] Streck (1999) ao tratar dessa questão, sublinha a necessidade de 'discutir a crise do Direito', do Estado e da dogmática jurídica (que instrumentaliza o Direito) e seus reflexos na sociedade. Realça o fato de que o modelo e o modo de produção do Direito – 'liberal-individualista-normativista' – está esgotado e o crescimento dos direitos transindividuais e a crescente complexidade social clamam novas posturas dos operadores jurídicos.

determinadas representações e significações reprodutoras da seleção arbitrária produzida por um grupo ou segmento sócio-profissional sobre outros, a qual possa ter alguma ingerência, e, através de seu próprio 'arbitrário cultural'. Esta reprodução exerce a função estratégica de replicar as relações de força nas quais se baseia, em boa medida, no poder de 'imposição arbitrária' das decisões judiciais, segundo Bourdieu (2002), que, denomina esta dimensão de 'função de reprodução social da reprodução cultural'.

Tratando-se, pois, da análise dos desfechos judiciais e dos discursos institucionais em sua construção jurídica, na perspectiva de compreender os fatores desencadeantes de manifestação das desigualdades jurídicas – no marco das práticas androcêntricas que repercutem nas relações sociais de gênero –, parece mais precisa a utilização de um conceito de poder que não seja centralizado, unificado, e que possibilite o alcance das resistências [11] – como é o caso da categoria 'colonialidade do poder', pois, possui uma abrangência estrutural/institucional, [12] sendo entendida, segundo Santos (2003-d), como constelações dispersas de relações desiguais constituídas pelo discurso nos 'campos do poder'.

Essa perspectiva de análise também pode ser vislumbrada quando Scott (1995) define o papel das doutrinas jurídicas, educativas e religiosas, construído no interior das relações de poder. Ressalta essa autora que os conceitos normativos são instrumentos de controle, mas não são produzidos como uma unidade, havendo divergências tanto entre discursos que defendem posições antagônicas entre sexos, quanto divergências entre os contra-discursos, e, entre as resistências a estes discursos:

> [...] 'quando e em quais circunstâncias' é a questão que deveria preocupar os(as) historiadores. A questão que emerge como posição dominante é, contudo, declarada a única possível. A história posterior é escrita como se essas posições normativas fossem o produto do consenso social e não do conflito (SCOTT, 1995, p.38).

Para a autora, as relações de gênero podem ser definidas como uma "forma primeira de significar as relações de poder", e, que é um "campo primeiro no seio do qual e por meio do qual o poder é articulado", não sendo um único campo, mas ele "parece ter

[11] Para Bandeira (2007: 02), entende-se a categoria resistência "como a dinâmica da rejeição e da luta que as mulheres desencadearam contra os papéis e normas de comportamentos culturais e sociais que lhes foram impostos e determinados".

[12] As reflexões relativas à categoria da 'colonialidade do poder', do 'saber' e do 'Ser' e sobre as 'constelações de poder', encontram-se no Capítulo 3 desta tese.

constituído um meio persistente e recorrente de tornar eficaz a significação do poder no Ocidente, nas tradições judaico-cristãs e islâmicas" (SCOTT, 1988: 16).

Na sociologia brasileira[13] Saffioti (1992) sustenta que as relações de gênero devem ser vistas como 'relações de poder', não havendo nenhuma contradição no fato de que o poder seja exercido em doses desiguais pelas partes que compõem esta relação. A autora explica que o patriarcado e o capitalismo são duas faces de um mesmo modo de produzir e reproduzir a vida. Destaca que para a maioria dos autores o patriarcado é concebido como sistema político, enquanto o capitalismo é captado apenas em sua dimensão econômica; mas nem o patriarcado nem o capitalismo podem ser reduzidos a um sistema de dominação política, pois em seu seio também fluem os demais tipos de dominação, inclusive a econômica (SAFFIOTI, 1988).

Embora reconheça no patriarcado o mais antigo sistema de dominação-exploração, Saffioti (1987) considera que a dominação do sexo masculino sobre o feminino somente pode ser entendida a partir da idéia de simbiose dos três sistemas: patriarcado-racismo-capitalismo. A autora rejeita o uso substantivado de um desses sistemas – por exemplo, capitalismo-patriarcal, ou, patriarcado-capitalista – por considerar que ao se atribuir maior importância a um desses sistemas, o outro é colocado como secundário, propiciando sérias conseqüências sob o ponto de vista das estratégias de luta dos contingentes humanos oprimidos, dominados e explorados.

Para Facio (2007), o conceito de patriarcado é antigo e não necessariamente um aporte das teorias feministas. A autora registra que:

> Engels lo denomino, em su famosa obra 'El Origen del la Família, el Estado, y la Propriedad Privada', como el sistema de dominación más antiguo. Pero fueron las teorias feministas de los años 60s y 70s del pasado siglo las que actualizaron este concepto dejado atrás por los cientistas sociales por referirse, según ellos, solamente a civilizaciones antiguas. Fue em esas décadas que descubrimos que el patriarcado se había ido transformando a partir de la institucionalización del domínio de los hombres adultos sobre las mujeres de todas las edades y los niños de la família patriarcal,en un sistema de domínio masculino generalizado a toda la sociedad. Vimos que este sistema de domínio que nosotras quisimos seguir llamando patriarcado implica que todo lo relacionado con lo masculino tiene más valor y poder en cada una de

[13] Os referenciais teóricos do movimento feminista brasileiro foram importados das discussões travadas por grupos feministas franceses, americanos e anglo-saxões. Várias coordenadas teórico-analíticas surgiram na luta pela igualdade, cumprindo dar destaque a três correntes: uma primeira, que ocupou-se em analisar a supremacia masculina e suas origens no patriarcado; a segunda, ligada ao marxismo; e, a terceira corrente mais ligada às escolas da Psicanálise (SCOTT, 1988).

> las instituiciones de la sociedad aunque no implica que las mujeres no tengamos ningún tipo de poder, ni de derechos, influencias o recursos (FACIO, 2007, p. 1).

Alda Facio e Rosalia Camacho (mimeo, s/d) realçam que uma das principais características da sociedade patriarcal está no núcleo da definição do androcentrismo, postura segundo a qual todos os estudos, análises, investigações, narrações e propostas são realizadas a partir de uma perspectiva unicamente masculina e tomadas como válidas para a generalidade dos seres humanos, sejam homens ou mulheres.

Para alcançar a compreensão do modo de expansão de todas as formas e discriminação de opressão faz-se necessário, segundo Facio (1996), entender que o patriarcado se mantém e se reproduz em suas distintas manifestações históricas, e através de múltiplas e variadas instituições. A autora entende que a instituição patriarcal se constitui em um conjunto de práticas, crenças, mitos, relações, organizações e estruturas estabelecidas em uma sociedade, cuja existência é constante e contundente. E, juntamente com outras instituições extremamente ligadas entre si, transmitem de geração a geração a desigualdade.

Saffioti (1987) considera de suma importância compreender como a 'naturalização' dos processos socioculturais de discriminação da mulher – e outras categorias sociais – constitui o caminho mais fácil e curto para legitimar a 'superioridade' dos homens.[14] Adverte, por conseguinte, que a inferioridade feminina é exclusivamente social, e, que, as estruturas de dominação não se transformam meramente através das leis, pois "enquanto perdurarem discriminações legitimadas pela ideologia dominante, especialmente contra a mulher, os próprios agentes da justiça tenderão a interpretar as ocorrências que devem julgar à luz do sistema de idéias justificador do presente estado de coisas*"* (SAFFIOTI, 1987, p.26).[15]

[14] A autora enfatiza que a força da 'ideologia da inferioridade' da mulher é tão grande que até mulheres que trabalham na 'enxada', apresentado maior produtividade que os homens, admitem sua 'fraqueza'. Estão, de tal maneira, imbuídas desta idéia de 'inferioridade' que se assumem como seres inferiores (SAFFIOTI, 1987).

[15] Registra também a autora que, a bem da verdade, *"*não são apenas os homens e mulheres anônimos ou poderosos, mas sempre preconceituosos que constroem e nutrem estas relações assimétricas, desiguais, injustas. A própria ciência (com 'c' minúsculo) e, sobretudo, o uso que dela se faz trazem a

Portanto, não se deve perder de vista, segundo Walby (1990), que a noção de sistema patriarcal é tomada como uma moldura de significados que possibilita compreender as desigualdades persistentes entre os próprios homens, e, entre estes e as mulheres, motivadas, sobretudo, pela passagem de um patriarcado privado para um patriarcado público. Essa autora demarca que a mencionada passagem desencadeia mudanças na ordem patriarcal de caráter quantitativo que se manifestam na intensidade da opressão contra as mulheres. Essas mudanças quantitativas são designadas pela autora de 'grau do patriarcado'. As mudanças qualitativas, por sua vez, são caracterizadas pelos tipos de patriarcados definidos pelas diversas relações estruturais e as conseqüentes ações de violências inseridas nas instituições sociais, sendo nomeadas de 'formas de patriarcado' (Bandeira, 2006-a).

Neste contexto argumentativo, Segato (2003) ressalta o fato de que as relações de gênero obedecem a estruturas de ordem muito arcaicas e respondem a um tempo extraordinariamente lento, correspondente ao patriarcado, constituindo-se em um sistema de hierarquia social assentado na sistemática proeminência dos homens em relação às mulheres, quer na esfera pública – onde os homens se destacam pelas posições de poder –, quer na esfera privada – imposição da autoridade paterna como a autoridade familiar –, sendo uma constante social, que perpassa todas as outras formas políticas, sociais, econômicas ou jurídicas. [16]

Todas essas dimensões estruturais referentes ao patriarcado, em suas diversas expressões, interagem, segundo Bandeira (2006-a), umas com as outras, dando-lhes diferentes formas e significados, no sentido de manterem as desigualdades entre homens e mulheres, em diferentes gradações e formas – como é o caso do patriarcado privado e público, sendo este último o ponto de destaque desta investigação.

Valendo-se da metodologia proposta por de Alda Facio [17] para análise do fenômeno jurídico, Rodrigues (2004) observa que a perspectiva da razão androcêntrica

marca desta manipulação das mulheres, desse processo de nutrir cotidianamente os preconceitos que permitem uma maior dominação-exploração dos elementos femininos" (SAFFIOTI, 1987: 32-33).

[16] O conceito 'patriarcado', inexiste, segundo Schuttroff (1996), sem consenso quanto à influência da razão androcêntrica sobre a formulação científica de modo geral.

[17] A metodologia de análise que Alda Facio (1995), implica, em síntese, na busca de uma nova concepção de igualdade entre os sexos, que se fundamenta na idéia de igualdade na diferença, onde nenhum dos gêneros deve ser tomado como paradigma único do humano, pois ambos, mulheres e homens, são 'igualmente humanos' com distintas necessidades e interesses 'igualmente válidos'. Para que se efetive

guiou, desde o nascedouro, a formulação da ciência jurídica, a partir de diversas estratégias de legitimação do universo masculino em detrimento do feminino. Destaca que tais estratégias resultam não somente na invisibilização do gênero feminino, neutralizando-o em nome de uma pretensa universalidade, como em uma retórica contemporânea que objetiva a desqualificação e o isolamento ideológico do discurso feminista, com o propósito de manutenção da razão androcêntrica.

É de grande valia Facio (1993; 1995; 2007) reforçar o entendimento de que a comunicação existente entre a perspectiva androcêntrica na ciência jurídica e a exclusão das mulheres como sujeito de direito, conduz à necessidade de trazer essa questão para o centro da investigação. Adverte, que tal discussão implica a convocação de uma multiplicidade de variáveis: a) conceitos fundamentais referentes à idéia de gênero e patriarcado e a crítica ao discurso dominante, seja do ponto de vista da linguagem, seja do conteúdo; b) a verificação e a desmistificação entre o público e o privado; c) a investigação sobre a 'falácia' do discurso universalizante quanto aos direitos humanos; d) uma abordagem metodológica de análise de gênero sobre o fenômeno jurídico, com vistas a possibilitar a verificação de como atuam o sexismo, o machismo e a misogenia a partir do pressuposto androcêntrico.[18]

uma análise de gênero, ela deverá ser atravessada por múltiplas clivagens, sob pena de perda de seu sentido.

[18] Facio (1993) ao situar o **enfoque androcêntrico sobre a ciência do direito e seus reflexos sobre a noção de igualdade perante a lei, considera que muito embora a produção legislativa específica tenha conferido certa proteção social, é redutora da idéia de igualdade jurídica,** na medida em que a discriminação sexual não poderá ser eliminada. A **autora ancora-se na definição da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as mulheres – CEDAW** (1999), em vigor internacional em 2000, e, no Brasil, em 28 de setembro de 2002 **– para fundamentar sua metodologia de análise do fenômeno legal**, focalizando a definição de discriminação contra a mulher no artigo 1º do documento, que diz textualmente:

"Artigo 1 – Para os efeitos da presente Convenção, a expressão 'discriminação contra as mulheres' significará qualquer distinção, exclusão ou limitação imposta com base no sexo que tenha como conseqüência ou finalidade prejudicar ou invalidar o reconhecimento, gozo ou exercício por parte das mulheres, independentemente do seu estado civil, com base na igualdade de homens e mulheres, dos direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político, econômico, social, cultural e civil, ou qualquer outro domínio".

Facio (1993) ressalta a importância do conceito de discriminação constante da CEDAW, asseverando que o mesmo deve ser utilizado em uma metodologia de análise da legislação, levando em conta a categoria gênero.

Situando o enfoque androcêntrico na ciência jurídica e seus reflexos sobre a noção de (des)igualdade perante a lei, Oliveira (2002) considera que embora a produção legislativa específica sobre a mulher confere-lhe certa proteção especial – por exemplo, no campo dos direitos reprodutivos – permanece redutora da ideia de igualdade jurídica, na medida em que a discriminação sexual, com tal iniciativa, tende a não ser eliminada. Ressalta, citando Facio (1996), que a necessidade de uma concepção do direito mais ampliada, de modo a compreender seus outros componentes (estrutural, político e cultural) é extremamente relevante, pois uma legislação aparentemente neutra está suscetível não somente a interpretações ou aplicações tendenciosas, como também a uma assimilação pela sociedade de acordo com os seus valores, costumes e preconceitos.

Ao refletir sobre as normas da atuação da prática jurídica e os controles masculinos e institucionais que incidem sobre as práticas sexuais femininas, Bandeira (2007:20) adverte que:

> Há mais de três décadas, *as pesquisas feministas* na área das ciências sociais *evidenciaram lógicas institucionais, jurídicas* e políticas subjacentes aos sistemas sociais que *negam à maioria das mulheres um estatuto de cidadania pleno e, consequentemente, de humanidade*, uma vez que a sexualidade feminina, real ou suposta, tem sido frequentemente utilizada e apropriada como instrumento de controle viril e social que, para além do corpo, atinge também a subjetividade feminina. Nesse sentido, faz-se necessário questionar os controles masculinos e institucionais sobre as práticas sexuais heterossexual no domínio das sexualidades e das convivências intersubjetivas entre as mulheres e os homens, *tanto perante a lei* como nos relacionamentos (grifo nosso).

Harding (1996) salienta que os estudos sobre a questão da equidade documentam que existe uma contundente oposição histórica em relação às mulheres, onde o palco científico e o universo jurídico revelam essa discrepância, ao excluí-las da história social da ciência, em razão do olhar androcêntrico.

Foi sob tal perspectiva que esta investigação interpretou e analisou o conflito de gênero e sua solução pelo Sistema Judicial, em uma tentativa de desvelar seus contornos e sua ideologia, mais especificamente, a partir do enfoque androcêntico. Warat (1995: 57) em suas reflexões sobre esse tema, considera a ciência jurídica como um "discurso que determina um espaço de poder". E, que, essa ciência "será obscura, repleta

de segredos e silêncios, constitutiva de múltiplos efeitos mágicos e fortes mecanismos de ritualização, que contribuem para a ocultação e clausura das técnicas de manipulação social". Segundo este autor, a dogmática jurídica possui uma função de 'conservação social', em razão da presença do mesmo 'componente ideológico' em toda elaboração científica na esfera social, em que está contido o campo jurídico. Veja-se:

> Na realidade, a dogmática jurídica implica saturação ideológica no conhecimento do direito, um encerramento da possibilidade de um corte epistemológico, uma inércia reflexiva, uma falta de interesse na mudança – enfim, o conformismo dos satisfeitos e a ausência de crítica por parte dos juristas (WARAT, 1995: 57).

Cabe, ainda, relembrar as considerações de Vargas (2002) ao enfatizar que poucos são os estudos sociológicos sobre processos decisórios na Justiça Criminal que questionam os critérios utilizados para embasar as decisões judiciais – principalmente aqueles atinentes aos crimes de estupro. Essa autora parte do pressuposto de que ao problematizar estes critérios e verificar qual o seu efeito nas decisões, é possível identificar alguns vieses e discriminações que elas engendram.

A perspectiva de gênero como proposta metodológica de compreensão das relações sociais/sistema judicial

Segundo Bandeira (2002), falar de relações de gênero ou da condição de equidade entre os homens e as mulheres é romper com o não reconhecimento do outro e caminhar em direção à sua inclusão, o que garante um olhar comprometido com a diferença e a especificidade feminina. [19]

A representação feminina engendrada pelo olhar androcêntrico, em nome da natureza e da razão, encobriu e invisibilizou a atuação e a participação das mulheres, durante séculos.[20] No campo científico foram desprezadas como produtoras e como

[19] Segundo Scott (1988), as pioneiras no uso de gênero, enquanto categoria de análise, parece ter sido as feministas americanas com o objetivo de fortalecer o caráter social das relações entre os sexos e refutar o determinismo biológico implícito nos termos 'sexo' e 'diferenças sexuais'

[20] Não se pode também perder de vista a importância do movimento feminista, que a partir da metade deste século, produziu efeitos políticos e sociais de grande repercussão, além de contribuir significativamente para a reestruturação do pensamento ocidental com a emergência do pensamento feminista, desdobrando-se em estudos feministas, estudos sobre as mulheres e estudos de gênero (Bandeira; Siqueira, 1997).

sujeito de conhecimento. Vislumbrou-se, assim, um quadro em que a construção da ciência e do conhecimento restou edificada pelos homens, para os homens e tendo como sujeito os próprios homens (Bandeira; Siqueira, 1997). Segundo as autoras:

> [...] a exclusão e a inferioridade feminina ainda persistem, não apenas como categorias numéricas ou estatísticas, mas como fato sociológico, na medida em que o consenso como ideal regulador do discurso masculino não foi ainda rompido plenamente.
>
> [...] Essa hegemonia atualizada do masculino espelha a própria ambigüidade do pensamento moderno no que toca à construção do sujeito universal e do sujeito de gênero (BANDEIRA; SIQUEIRA, 1997, p. 267).

Vale dizer que o pensamento moderno se configura permeado de ambigüidades, onde a ética da diferença sexual talvez seja a mais indicativa dessas indeterminações. Assim, reafirmam as autoras, que, se por um lado o racionalismo incorpora a mulher como parte da humanidade – uma vez que ela é detentora de razão –, por outro, a exclui, na medida em que essa seria uma qualidade fundamental dos homens; se por um lado avança em relação às posições misóginas presentes, por outro, deixa espaço para que essas se 'ressignifiquem' nos séculos posteriores, os séculos da modernidade.[21]

Saffioti (2004), na obra "Gênero, patriarcado e violência", esclarece que o conceito de gênero não se resume a uma categoria de análise, pois, diz respeito também a uma categoria histórica, podendo ser concebido em várias instâncias:

> [...] como aparelho semiótico (LAURETIS, 1987); como símbolos culturais evocadores de representações, conceitos normativos como grade de interpretação de significados, organizações e instituições sociais, identidade subjetiva (Scott, 1995); como divisões e atribuições assimétricas de características e potencialidades (FLAX, 1987); como, numa certa instância, uma gramática sexual, regulando não apenas relações homem-homem e relações mulher-mulher (SAFFIOTI, 1992; SAFFIOTI; ALMEIDA, 1995) etc. Cada feminista enfatiza determinado aspecto do gênero, havendo um campo, ainda que limitado, de consenso: o gênero é a construção social do masculino e do feminino (SAFFIOTI, 2004, p. 45).

[21] Pode-se dizer, segundo Bandeira (2000), que o feminismo promoveu uma ruptura epistemológica, social, política e econômica ao reinventar e diferenciar conceitos como os de sexo e gênero; público e privado nas relações de trabalho. Enfim, propiciou uma maneira diferente de produzir saberes, à medida que incorporou a mulher como sujeito e também objeto de estudo.

É nessa mesma lógica que Pimentel, Schritzmeyer e Pandjiarjian (1998) analisam a questão de gênero, indicando que a essa temática encontra-se somado o conceito de classe social e raça/etnia, sendo uma das variáveis fundantes da sociedade, onde essas três categorias apontam para diferenças que deságuam na dicotomia igualdade/desigualdade. Também para essas autoras o gênero deve ser compreendido na sua concepção relacional, atravessando e construindo a identidade de homem e da mulher.

Impõe-se também destacar Suarez (1999) que discute a necessidade de utilizar a categoria gênero como desconstrução para romper com a idéia que a condição da mulher é dada pela natureza. Enfatiza que tanto sexo quanto gênero não são apenas construções teóricas, mas, sobretudo, um instrumento de uso político para justificar a diferença entre os sexos e legitimar a superioridade da cultura (homem) sobre a natureza (mulher). Para a autora, usar a perspectiva de gênero, não é ver o gênero ou mesmo a mulher, mas adotar um modo específico de ver a realidade. O que existe no mundo não é o gênero, mas fatos sociais específicos que podem ser vistos, ou não, a partir da perspectiva de gênero, enquanto análise de determinadas relações sociais.

Por sua vez Devreux (2005) explicita as propriedades formais das relações de gênero. Ao tempo em que também reafirma que as relações entre os homens e as mulheres constituem uma relação social, a autora sublinha que no sentido marxista, esta relação é uma oposição estrutural de duas classes com interesses antagônicos. No estudo das relações de sexo os sistemas de representação são tão importantes quanto as práticas da divisão do trabalho e do poder e da própria dimensão material na dominação dos homens sobre as mulheres.[22]

Para Scott (1995)[23] a importância da utilização do paradigma das relações sociais de gênero para a compreensão dos processos históricos e sociais é fundamental. A autora, ao sugerir o 'gênero' como objeto de estudo na História e nas Ciências Sociais

[22] Devreux (2005) explicita a sua predileção em nominar o tema em questão como 'relação social de sexo', pois, relação social de gênero evita mencionar o sexo e 'eufemiza' o tema. Esclarece que em francês a palavra gênero é polissêmica, recobrindo uma definição vaga, incerta do conceito; a relação social de sexo nomeia explicitamente a confrontação entre duas classes de sexo. Salienta que a relação social de sexo se constrói em torno do 'marcador do sexo'; explica que existe uma grande relação sistêmica entre as atividades das relações sociais de sexo e suas propriedades formais. As modalidades de ação pelas quais as relações se exprimem são a divisão sexual do trabalho, a divisão sexual do poder e a categorização do sexo.

[23] Texto mais conhecido "Gênero: uma categoria útil de análise histórica" (SCOTT, 1995).

de maneira geral, apresenta duas proposições de definição que se conectam uma à outra: a) o gênero é elemento constitutivo de relações sociais fundamentadas nas diferenças percebidas entre os sexos; e b) gênero dá significação às relações de poder, é "um campo primário no interior do qual, ou por meio do qual, o poder é articulado" (SCOTT, 1995: 39). Extrai-se, pois, dessas assertivas, que a estrutura social é fundada sobre relações de poder, ou seja, relações de domínio de um grupo sobre outro.

Por sua vez, Saffioti (1992: 193), além de considerar o aspecto relacional de gênero – "não basta que um dos gêneros conheça e pratique as atribuições que lhe são conferidas pela sociedade; é imprescindível que cada gênero conheça as responsabilidades-direitos do outro gênero*"* – propõe a necessidade de se estabelecer um conceito adequado para o poder. Em busca dessa definição, a autora passa em revista os conceitos de poder propostos por Weber e Marx. Conclui que o conceito weberiano de poder produz certo fascínio, pois "declara a probabilidade de impor a própria vontade no interior de uma relação social, mesmo contra toda a resistência e qualquer que seja o fundamento desta probabilidade" (SAFFIOTI, 1992: 184). Ao contrário do conceito de dominação, contém a não-anuência dos dominados, podendo contar, inclusive, com sua resistência. Não importa, também, a existência ou não da legitimidade, ao contrário da dominação que pressupõe obediência, seja do ponto de vista da tradição, da razão ou do carisma. Para a autora, o problema com essa definição está no contexto típico ideal proposto como contexto teórico (SAFFIOTI, 1992; IZUMINO, 2004).

Saffioti (1992) busca a definição clássica da sociologia proposta por Marx, para quem o conceito de poder está vinculado à classe social e ao exercício de sua missão histórica. Para a autora, mais uma vez, tal conceito não se apresenta adequado, pois não traduz, de forma explícita, as dimensões de dominação, exploração e opressão – conceito que são muito caros à discussão sobre o lugar da mulher na sociedade.

A partir da definição de poder nas questões atinentes às relações de gênero, Saffioti (1992) entende que a análise desse fenômeno realizada por Foucault é a mais adequada, pois, permite uma visão em nível micro e macro de tais espaços de poder. Isto é, a idéia de poder como algo que circula e se produz em rede, em uma trama em que os sujeitos aparecem como agentes de propagação de seus efeitos e não apenas como receptáculos, "nas suas malhas os indivíduos não só circulam, mas, estão sempre em posição de exercer esse poder e de sofrer sua ação, nunca são alvos inertes e consentidos do poder, são sempre centro de transmissão" (FOUCAULT, 2002-a: 183).

De fato, quando as reflexões recaem sobre as relações que se processam no cotidiano entre homens e mulheres, seja na esfera doméstica ou nas relações do mundo do trabalho, o conceito clássico de poder – emanando do Estado para a sociedade, fluindo sempre de cima para baixo, centrado na figura do soberano ou de uma classe e cujo exercício obedece a rígidas normas de hierarquia entre tais classes – não é suficiente para abarcar a amplitude das complexas questões decorrentes de tais relações.

Analisar as questões que gravitam em torno dos conflitos de gênero, e, mais, particularmente, da violência contra a mulher, significa pensar em todos os estados e atos de violência que se desenvolvem no plano das relações sociais. Implica considerá-las como relações de poder que contém não apenas um fator hierarquizante, mas, também, possibilidades de sujeição.

Desse modo, o que se entende por análise de gênero é a possibilidade de debater e transformar a construção social e cultural das relações de gênero, no sentido de pluralizá-las e democratizá-las, eliminando discriminações baseadas em dicotomias e hierarquias estereotipantes. Segato (2003) comenta que a reflexão sobre o gênero trata, na verdade, de um sistema sobre os meandros das estruturas de poder e os enigmas da subordinação voluntária em geral, além de originar um discurso elucidador sobre a implantação de outros arranjos hierárquicos na sociedade, ao se permitir falar sobre outras formas de sujeição, sejam elas étnicas, raciais, regionais ou as que se instalam entre os impérios e as nações periféricas.[24]

Todas essas percepções permitem mostrar como as forças antagônicas [25] se defrontam para além de uma aparência homogênea e intangível, permitindo reconhecer e compreender uma pluralidade de aspectos em um dado sistema de poder, bem como, detectar a predominância da opressão, da exploração, da submissão e da discriminação –

[24] Segato (2003) entende que a **violência moral** constitui um **mecanismo demasiado eficiente de controle social e de reprodução das desigualdades**; registra que a coação de ordem psicológica (ou moral) se **configura no horizonte constante das cenas cotidianas de sociabilidade e nas principais formas de controle e opressão social em todos os casos de dominação**, seja por sua sutileza, pelo seu caráter difuso e sua onipresença, resultando em uma máxima eficácia no controle das categorias sociais subordinadas . No **universo das relações de gênero**, a **violência psicológica é a forma de violência mais "maquinal", rotineira e irreflexiva**, **constituindo o método mais eficiente de subordinação e intimidação.**

[25] Max Weber (citado em MAFFESOLI, 2001) considerando a força e a potência da violência, reconheceu que é preciso compreendê-la como manifestação maior do antagonismo existente entre vontade e necessidade.

principalmente quando o cenário envolve questões atinentes às mulheres. Significa dizer que pode emergir em um sistema de poder legitimado pelo Estado – o sistema judicial – a presença da reprodução das desigualdades e da violência, com suas variantes, suas especificidades, suas estratégias e seus contornos.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sergio. Crime, justiça penal e desigualdade jurídica: as mortes que se contam no Tribunal de Júri. *In*: **Revista USP,** Dossiê Judiciário, n. 21, março/maio. São Paulo, 1994.

BANDEIRA, Lourdes. **Gênero e trabalho**: contribuição para um debate teórico. Brasília: Departamento de Sociologia UnB, 1989.

_____. **Patriarcado e Violência masculina:** crimes de morte como construção pública. Texto apresentado no 30º Encontro anual da ANPOCS, no GT 27: Violência, Conflitos e Práticas Culturais. Caxambu, 2006-a.

BANDEIRA, Lourdes; SIQUEIRA, D. A perspectiva Feminista no Pensamento Moderno e Contemporâneo. *In:* **Revista Sociedade e Estado**, XX/2. Brasília, 1997.

BANDEIRA, Lourdes; BATISTA, Analia Soria. Preconceito e discriminação como expressões de violência. *In***: Revista Estudos Feministas**, V. 119. Brasília, 2002.

DEVREUX, A. **La théorie des rapports sociaux de sexe:** um cadre d'analyse. Paris, 2005 (mimeo).

FACIO, Alda. **La regulación social del género. El género como filtro del poder.** Lima : Editora Flora Tristán, 1993

_____. **Cuando el género suena cambios trae. Metodologia para el análisis del fenómeno legal**. Caracas : Editora Gaia Centro de las Mujeres, 1995.

_____. El derecho como produto del patriarcado. *In* : **Sobre las patriarcas, jerarcas, patrones y otros varones** (una critica sensitiva al derecho). Costa Rica : ILANUD, 1996.

_____. El patriarcado y sus instituiciones. *In* : **Reflexiones,** n. 318. Cuba : Periódico, 2007.

FACIO, Alda; CAMACHO, Rosalia. **Del Derecho Androcentrico Hacia una Propuesta para un Nuevo Derecho de Familia**. (mimeo, s/d).

FOUCAULT, Michel. **La volonté de savoir**. Paris: Gallimard, 1976.

_____. **Power/Knowledge: Selected Interviews and Other Writings**. New York: Pantheon, 1980.

_____. **A Ordem do Discurso**. São Paulo: Loyola, 2002-a.

_____. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal, 2002-b.

_____. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes, 2002-c.

_____. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: NAU, 2003.

_____. **A arqueologia do saber.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. 1980. 1987.

GOMES, Conceição. **O tempo dos Tribunais**: um estudo sobre a morosidade da Justiça. Coimbra: Coimbra, 2003.

_____. Os Actos e os Tempos dos Juizes. In: **Conselho Superior da Magistratura:** funcionamento do Sistema Judicial e Desenvolvimento Económico. Coimbra: Coimbra, 2006.

_____. **Tráfico de mulheres em Portugal para fins de exploração sexual**. Lisboa: CIG, 2008.

GRAMSCI, Antonio. **Selections from the Prison Notebooks**. London: Lawrence & Wishart, 1971. Almedina: 2005.

HARDING, Sandra. Feminism Confronts the Sciences: Reform and Transformation. In: **Whose Science? Whose Knowledge? Thinking From Women's Lives**. Ithaca: Cornell University Press, 1991.

_____. **Ciência y feminismo**. Madrid: Morata, 1996.

IZUMINO, Wânia Pasinato. **Justiça e Violência Contra a Mulher: o papel do sistema judiciário na solução dos conflitos de gênero**. São Paulo: FAPESP/ANNAGLUME, 1998.

NINO, Carlos S. **Transition to Democracy, Corporatism and Constitucional Reform in Latin America**. Miami: University of Miami Law Review, 1992.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. **O poder do macho**. São Paulo: Moderna: 1987.

_____. Movimentos Sociais: face feminina. *In*: CARVALHO, Nanci Valadares de (org). **A condição feminina**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais/Vértice, 1988.

_____. Rearticulando gênero e classe social. *In* : COSTA, A. de O. ; BRUSCHINI, C. (orgs). **Uma questão de gênero**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1992.

_____. **A vida por um fio:** a violência contra crianças e adolescentes no Brasil contemporâneo. Trabalho apresentado no XVIII Encontro Anual da ANPOCS, Caxambu, 1994.

_____. No caminho de um novo paradigma. *Paper* apresentado na Mesa Redonda **Análises de Gênero construíram paradigmas metodológicos ?,** no XXI Encontro Anual da ANPOCS. ANPOCS: 1997

SANTOS AMARAL, Moacyr. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução a Uma Ciência Pós-Moderna**. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

_____. **Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition**. New York: Routledge, 1995.

_____. **Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas – O caso português**. Porto: Afrontamento, 1996.

_____. Los paisagens de la justicia en las sociedades contemporâneas. *In* : SANTOS, Boaventura de Sousa ; VILLEGAS, Maurício Garcia (orgs). **El caleidoscopio de las justicias en Colombia**. Bogotá : Uniandes, 2001.

_____. **Entre ser e estar –** Raízes, Percursos e Discursos da Identidade. Porto: Afrontamento, 2002.

_____. **Conhecimento Prudente para uma Vida Decente** – 'Um Discurso sobre as Ciências Sociais' revisitado. Porto: Afrontamento, 2003-a.

_____. Para uma Sociologia das Ausências e uma Sociologia das Emergências**.** *In*: **Revista Crítica de Ciências Sociais**, volume 63. Coimbra: CES – Centro de Estudos Sociais, 2003-b.

_____. **Democratizar a Democracia – Os Caminhos da Democracia Participativa**. Porto: Afrontamento, 2003-c.

_____. O Estado Heterogêneo e o Pluralismo Jurídico. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa; TRINDADE, João Carlos. **Conflito e Transformação Social: Uma Paisagem das Justiças em Moçambique,** vol. I . Porto: Afrontamento, 2003-d.

_____. **Reconhecer Para Libertar –** Os Caminhos do Cosmopolitismo Multicultural. Porto: Afrontamento, 2004.

_____. **Globalização** – Fatalidade ou Utopia?. Porto: Afrontamento, 2005.

_____. **Pela Mão de Alice** – O social e o político na pós-modernidade. São Paulo. Cortez, 2006-a.

_____. **A Gramática do Tempo:** para uma nova cultura política**.** Para um novo senso comum: A ciência, o direito e a política na transição paradigmática – volume IV. Porto: Afrontamento, 2006-b.

_____. **Renovar a Teoria Crítica e Reinventar a Emancipação Social.** São Paulo: Boitempo Editorial, 2007-a.

_____. **A crítica da razão indolente –** Contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2007-b.

_____. **Cognitive Justice in a Global Word:** Prudent Knowledges for a Decret Life. Lanham: Lexington Books, 2007-c.

_____. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007-d.

_____. Para além do Pensamento Abissal: Das linhas globais a uma ecologia de saberes. *In*: **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 78. Coimbra: CES, 2007-e.

_____. A filosofia à venda, a douta ignorância e a aposta de Pascal. *In*: **Revista Crítica de Ciências Sociais**, volume 80. Coimbra: CES – Centro de Estudos Sociais, 2008.

_____. **Sociología jurídica crítica**. Para um nuevo sentido común en el derecho**.** Madrid: Trotta, 2009.

SEGATO, Rita Laura. **Os percursos do Gênero na Antropologia e para além dela**. *In*: Revista Sociedade e Estado, XX/2. Brasília, 1997.

_____. A estrutura de gênero e a injunção do estupro. *In:* SUÁREZ, Mireya; BANDEIRA, Lourdes (orgs). **Violência, gênero e crime no Distrito Federal**. Brasília: Editora Universidade de Brasília e Paralelo 15, 1999.

_____. **Las estructuras elementales de la violência:** contracto y status en la etiologia de la violência. Bernal: Universidad Nacional de Quilmes, 2003.

_____. El color de la cárcel en América Latina – Apuntes sobre la colonialidad de la justicia en un continente en desconstrucción. *In* : **Nueva Sociedad n. 208, marzo-abril de 2007**.

STRECK, Lênio Luiz. Criminologia e Feminismo. *In*: CAMPOS, Carmen Hein de. **Criminologia e Feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999.

_____. Os Crimes Sexuais e o Papel da Mulher no Contexto da Crise no Direito: Uma Abordagem Hermenêutica. *In*: **Cadernos Themis Gênero e Direito**, Ano III, n. 3, dez. Porto Alegre: Themis Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero, 2002.

SUÁREZ, Mireya. O discurso policial comentado. *In*: SUÁREZ, Mireya; BANDEIRA, Lourdes (orgs). **Violência, gênero e crime no Distrito Federal**. Brasília: UnB/Paralelo 15, 1999.

UPRIMNY, Rogrigo; GARCÍA-VILLEGAS, Maurício. Tribunal Constitucional e emancipação social na Colômbia. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Democratizar a Democracia – Os Caminhos da Democracia Participativa**. Porto: Afrontamento, 2003-c.

WARAT, Luis Alberto. A partir de Kelsen. *In*: PRADO, Luiz Regis; KARAN, Munir (org). **Estudos de filosofia do direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

QUOTAS PARA AFRODESCENDENTES EM CONCURSOS PÚBLICOS
The issue of the afrodescendants shares on Brazilian civil service exams

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy

Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo-USP. Doutor e Mestre em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC-SP. Consultor-Geral da União. Professor visitante na Faculdade de Direito da Universidade da Califórnia-Berkeley. Professor do IESB-Brasília.

Resumo: O artigo discute a constitucionalidade de eventual regra que fixe cotas para afrodescendentes em concursos públicos, no contexto da Politica Nacional de Promoção da Igualdade Racial. Tem como pano de fundo o problema histórico da discriminação, isto é, a escravidão. Discorre sobre a eliminação de qualquer fonte de discriminação e desigualdade raciais, direta ou indireta, mediante a geração de oportunidades. Trata também de política de cotas nas escolas públicas no ensino superior. Discorre sobre cotas raciais e cotas sociais.

Palavras-chave: Politica Nacional de Promoção da Igualdade Racial. Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010. Estatuto da Igualdade Racial. Declaração de Durban. Ações afirmativas. Igualdade formal. Igualdade material. Cotas raciais. Cotas sociais. Precedentes normativos. Combinação de critérios.

Abstract: The paper discusses the constitutionality of a possible statute that provides shares for afrodescendants on Brazilian civil service exams, in the context of a national policy toward racial equality. It has as a backdrop the historical problem of the discrimination, that is, slavery. The paper goes into the elimination of any source of discrimination and racial inequality, direct or indirect, towards the promotion of opportunities. The paper also deals with the politics of afrodescendants shares in public universities. It finally considers racial and social shares for afrodescendants.

Keywords: National Policy of Racial Equality. Law 12.288, July, the 20th, 2010. Statute of Racial Equality. The Durban Declaration. Affirmative Actions. Formal equality. Substantive equality. Racial shares. Social shares. Precedents. Combination of criteria.

Sumário: Introdução e contorno do problema. I) O tema da promoção da igualdade racial. II) As ações afirmativas e as cotas sociais e raciais. III) As cotas raciais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. IV) O tema das cotas para afrodescendentes em concursos públicos na compreensão do Superior Tribunal de Justiça. V) Considerações complementares e conclusivas. Bibliografia.

Summary: Introduction. I) The issue of the promotion of racial equality. II) Affirmative actions, racial and social shares. III) Racial shares in the oppinons of the Brazilian Supreme Court. IV) The issue of the afrodescendants shares in the civil service exams in the comprehension of the Brazilian Superior Court of Justice. V) Complementary and conclusive remarks. Bibliography.

Introdução e contornos do problema

O presente ensaio tem por objetivo discutir o tema das cotas para afrodescendentes em concursos públicos[26]. Explora-se, inicialmente, intenso conjunto de arranjos institucionais, que tem como meta a promoção da igualdade social. Menciona-se

[26] O presente ensaio nasce de estudo que teve como objetivo confecção de parecer a propósito de confecção de projeto de lei relativo à fixação de cotas para afrodescendentes em concursos públicos federais. Trata-se do Parecer ASMG-AGU-CGU-07.

algum antecedente histórico, com o propósito de se evidenciar a complexidade que matiza a questão.

A percepção de ações afirmativas é central no debate. Nesse sentido, faz-se alguma digressão em torno de diferenças e semelhanças entre cotas sociais e cotas raciais. Estas últimas foram objeto de decisão do Supremo Tribunal Federal, a propósito da utilização deste mecanismo para preenchimento de vagas em universidades públicas.

Em seguida, a propósito de lei paranaense que dispôs sobre reserva de cotas em concurso público, observa-se o modo como o Superior Tribunal de Justiça tratou a questão, do ponto de vista da legalidade, bem entendido. Tenta-se alguma prognose para decisões futuras, isto é, na hipótese da multiplicação da judicialização dessa questão.

Como se verá, conclui-se pela plausibilidade do uso do sistema de cotas para afrodescendentes em concursos públicos parece contemplar orientação constitucional que aponta para a necessidade do efetivo alcance de uma sociedade justa e solidária.

1. O tema da promoção da igualdade racial

Intensa produção normativa tem ensejado arranjos institucionais que objetivam a promoção da igualdade racial entre nós. A Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, definiu os crimes resultantes dos preconceitos de raça e cor, em contexto que remonta à Lei nº 1.390, de 3 de julho de 1951, Lei Afonso Arinos. O Decreto nº 4.886, de 20 de novembro de 2013 instituiu a Política Nacional de Promoção de Igualdade Racial-PNPIR. Este último é marco legal nuclear na concepção e desenvolvimento efetivo de políticas de promoção de igualdade racial.

O Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969 promulgou a Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. A Portaria MP nº 1.500, de 12 de novembro de 2002 instituiu o campo raça/cor no Sistema Integrado de Administração de Recursos Humanos do Governo Federal-SIAPE. A Lei nº 10.678, de 23 de maio de 2003 criou a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igual Racial da Presidência da República. O Decreto nº 5.397, de 22 de março de 2005 dispõe sobre o Conselho Nacional de Combate à Discriminação-CNCD.

Na origem desse amplo programa de ação, que orienta políticas públicas, o já referido Decreto nº 4.886, de 2003, de onde se colhe de amplo conjunto de *consideranda* as linhas centrais que devem orientar a atuação estatal no contexto do complexo problema

que aqui se explicita. Levou-se em conta que "o Estado deve redefinir o seu papel no que se refere à prestação dos serviços públicos, buscando traduzir a igualdade formal em igualdade de oportunidades e tratamento". Pretende-se transitar da formalidade do tratamento isonômico para conjunto de medidas reais e efetivas que possam garantir a igualdade de tratamento e de oportunidades.

Reconheceu-se que "compete ao Estado a implantação de ações, norteadas pelos princípios da transversalidade, da participação e da descentralização, capazes de impulsionar de modo especial segmento que há cinco séculos trabalha para edificar o País, mas que continua sendo o alvo predileto de toda sorte de mazelas, discriminações, ofensas a direitos e violências, material e simbólica". A atuação estatal é a mola propulsora de políticas de igualdade que se pretende (e que se deve).

Quanto ao papel específico do Governo Federal nesta empreitada, registrou-se que este "pretende fornecer aos agentes sociais e instituições conhecimento necessário à mudança de mentalidade para eliminação do preconceito e da discriminação raciais para que seja incorporada a perspectiva da igualdade racial". Transita-se, assim, em campo de política pública formulada e reconhecida pelo Poder Executivo Federal.

Nos *consideranda* do Decreto consignou-se também a linha conceitual que se vem construindo, reveladora de princípios que orientam a atuação estatal, e que obrigam o Estado. O documento aqui citado veicula um *anexo* no qual se define a necessidade da "eliminação de qualquer fonte de discriminação e desigualdade raciais direta ou indireta, mediante a geração de oportunidades**"**. Há orientação para fortalecimento institucional, centrado em diretrizes e ações. Exige-se "empenho no aperfeiçoamento de marcos legais que deem sustentabilidade às políticas de promoção de igualdade racial e na consolidação de cultura de planejamento, monitoramento e avaliação". A reserva de cotas para afrodescendentes em concursos públicos é resultado dessa orientação, que exige empenho.

Reconheceu-se a necessidade de aperfeiçoamento dos marcos legais. Especialmente, pretendeu-se o "*incentivo à adoção de políticas de cotas nas universidades e no mercado de trabalho".* Ainda, tratou-se da "*realização de censo dos servidores públicos negros".* A identificação de um índice de desenvolvimento humano para a população negra bem como a construção de um mapa da cidadania da população negra no Brasil fecham o referido anexo. Há necessidade de fixação de marco regulatório

que dê segurança jurídica e que dê respaldo à ação dos agentes públicos envolvidos; o problema do racismo demanda soluções[27].

Seguiu a Lei nº 12.288, de 2010, que instituiu o Instituto da Igualdade Racial. Referido texto normativo tem por objetivo "garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica"[28]. O tema transcende o meramente jurídico e alcança questões fundamentalmente sociológicas[29].

O estatuto definiu "discriminação racial ou étnico-racial," identificando-as "como toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada[30]". A questão também é muito recorrente no debate acadêmico, em tema de arranjos institucionais e modelos isonômicos[31].

Especificou ainda *desigualdade racial*, caracterizando-a como "toda situação injustificada de diferenciação de acesso e fruição de bens, serviços e oportunidades, nas esferas pública e privada, em virtude de raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica[32]". O enfrentamento da desigualdade racial, por intermédio de ações afirmativas é desafio permanente para sociedades democráticas, nas quais há a herança escravista[33].

---

[27] O debate relativo às soluções para esse problema está, entre outros, em GALLI, Alessandra. Ações afirmativas: possíveis soluções para o racismo no Brasil. In: **Direitos humanos***:* fundamento, proteção e implementação: perspectivas e desafios contemporâneos. Curitiba: Juruá, 2007.

[28] Art. 1º da Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010.

[29] Cf., entre outros, SILVA, Luiz Fernando Martins da, Ação afirmativa e cotas para afrodescendentes: algumas considerações sociojurídicas. In SANTOS, Renato Emerson dos; LOBATO, Fátima (Org.). **Ações afirmativas:** políticas públicas contra desigualdades raciais. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

[30] Inciso I do art. 1º da Lei nº 12.288, de 2010.

[31] Conferir, por todos, SARMENTO, Daniel. O negro e a igualdade no direito constitucional brasileiro: discriminação "de facto", teoria do impacto desproporcional e ações afirmativas. *In*: **Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo:** estudos em homenagem ao prof. Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

[32] Inciso II do art. 1º da Lei nº 12.288, de 2010.

[33]TOMEI, Manuela. **Ação afirmativa para a igualdade racial: características, impactos e desafios**. Brasília: OIT, 2005.

Nos termos de estudo divulgado pelo Instituto de Estudos Sócio-Econômicos-INESC[34], houve longa e difícil trajetória para aprovação da referida lei, proposta pelo Senador Paulo Paim. Ao que consta, o debate fora originariamente acelerado entre parlamentares afrodescendentes, nos quais se constatou algum tipo de aliança ou de aproximação com movimentos negros[35].

Ainda especificamente, em tema de cotas para afrodescendentes em concursos públicos tem-se notícia de audiência pública realizada no Senado Federal na qual se discutiu o assunto. O Portal de Notícias daquela Casa Legislativa noticiou em 27 de março de 2003 que os debatedores teriam concluído que a Constituição respalda politicas afirmativas, como forma de reduzir as desigualdades sociais do país[36].

A questão do trabalho escravo, origem de todo o problema, nos revela assunto dramático[37], no que se refere ao estudo da formação do Estado brasileiro[38], situação sempre assustadora e constrangedora[39], marcada por feridas ainda abertas[40], em todo o continente americano[41], indicativas de um grande constrangimento que o debate suscita[42].

---

[34] SANTOS, Sales Augusto dos; SANTOS, João Vitor Moreno dos; e BERTÚLIO, Dora Lúcio, *O Processo de Aprovação do Estatuto da Igualdade Racial, Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010,* Brasília: INESC, 2011.

[35] Cf. SANTOS, Sales Augusto dos e outros, cit., p. 11.

[36] Agência Senado, 27 de março de 2012, disponível em http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/03/27, acesso em 24 de setembro de 2013.

[37] O tema da escravidão e da justiça, especialmente ao longo do Segundo Reinado, é explorado por NEQUETE, Lenine, **Escravos & Magistrados no Segundo Reinado.** Brasília: Ministério da Justiça, Fundação Petrônio Portella, 1988.

[38] A relação entre escravidão e instituições do Estado, a exemplo da Justiça, é tema explorado por NEQUETE, Lenine, **Escravos & Magistrados no Segundo Reinado**. Brasília: Ministério da Justiça-Fundação Petrônio Portella, 1988.

[39] Conferir, por exemplo, a propósito da impressão que a escravidão provocava em viajantes que passavam pelo Rio de Janeiro, SELA, Eneida Maria Mercadante, **Modos de Ser, Modos de Ver- Viajantes Europeus e Escravos Africanos no Rio de Janeiro-1908-1850.** Campinas: Editora da Unicamp, 2008.

[40] Conferir, nesse sentido, LARA, Silvia Hunold, **Fragmentos Setecentistas- Escravidão, Cultura e Poder na América Portuguesa**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

[41] Conferir, especialmente, MARQUESE, Rafael de Bivar, **Feitores do corpo, missionários da mente-senhores, letrados e o controle dos escravos nas Américas- 1660-1860**. São Paulo: Cia. das Letras, 2004.

[42] Inusitada, e assustadora, entre outros, a relação entre cientistas e a questão racial no Brasil, no contexto do delicadíssimo problema da escravidão. Conferir, por todos, SCHWARCZ, Lilia Moritz, **O Espetáculo das Raças- Cientistas, Instituições e Questão Racial no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

Tome-se, apenas como exemplo, de argumentação histórica, de alguma legislação escravista produzida ao longo do Primeiro Reinado, isto é, em seguida ao triunfo do movimento de independência. Nesse sentido, a repressão contra os escravos sempre foi assustadora. Exemplifico com uma ordem de D. Pedro, datada de 2 de abril de 1825, mandava castigar *correcionalmente* os escravos presos por pequenos roubos, fazendo-os depois entregar a seus senhores:

> Constando a S. M. o Imperador que os escravos presos por pequenos roubos, apresentados às autoridades criminais desta Corte, têm sido por elas soltos, sem receberem o castigo que merecem para sua emenda e necessário exemplo, manda o mesmo A. S., pela Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça, que o Ouvidor da Comarca do Rio de Janeiro faça castigar correcionalmente a todos os pretos, que por tais crimes lhe foram apresentados, fazendo-os depois entregar a seus respectivos senhores. Palácio do Rio de Janeiro, em 2 de abril de 1825.— Clemente Ferreira França[43].

Ao que parece, havia senhores de escravos que eram empregados públicos, e que levavam os escravos para as repartições onde trabalhavam. Combatia-se a prática. Nesse sentido, uma ordem de D. Pedro I, veiculada pelo Ministério da Marinha, e datada de 17 de agosto de 1830:

> Sua Majestade o Imperador, querendo evitar os abusos que se podem seguir de se admitirem escravos ao serviço das mesmas Repartições em que os respectivos senhores se acham empregados, há por bem que V. S. de acordo com o Inspetor do Arsenal de Marinha, expeça as ordens necessárias a fim de que sejam despedidos todos os escravos tais circunstâncias, empregando V. S. igualmente a maior vigilância para que debaixo do nome de senhores supostos e quaisquer outros pretextos se não iluda esta imperial disposição. Deus guarde a V. S. – Paço, em 17 de agosto de 1830. – Marquês de Paranaguá. - Sr. Luiz da Cunha Moreira[44].

Exemplos acima identificados, e explicitados em fórmulas ortográficas do português contemporâneo, remetem a exercício de memória institucional que justifica que o elemento histórico também seja levado em conta, em qualquer juízo a propósito de solução para o problema, também como componente justificativo de situação existencial, a exigir pronta intervenção do Estado. Há, assim, componente histórico de muita importância, justificativo de que construa solução institucional que contemple a dramática questão.

[43] **Ordem nº 82**, Ministério da Justiça, em 2 de abril de 1825.
[44] **Ordem nº 149**, do Ministério da Marinha, em 17 de agosto de 1830.

Conta-se também com componente na ordem internacional, ao qual aderimos sem restrições, e refiro-me à Declaração de Durban, proferida na África do Sul, de 31 de agosto a 8 de setembro de 2001. Parcela do conjunto dos *consideranda* da abertura do texto acordado sintetiza movimentação universal, no sentido de se combater quaisquer formas de manifestação de racismo. Na referida Declaração há conjunto de situações que então se reconheceu, circunstância que provoca a ação estatal, no sentido de fomentar efetivamente a igualdade de condições entre as pessoas. De tal modo, reproduzo, com ênfases minhas, excertos do que então se pactuou:

> (...)
> 76. Reconhecemos que a desigualdade de condições políticas, econômicas, culturais e sociais podem reproduzir e promover o racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata, e têm como resultado a exacerbação da desigualdade. *Acreditamos que a igualdade de oportunidades real para todos, em todas as esferas, incluindo a do desenvolvimento, é fundamental para a erradicação do racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata;*
> *(...)*
> *107. Destacamos a necessidade de se desenhar, promover e implementar em níveis nacional, regional e internacional, estratégias, programas, políticas e legislação adequados, os quais possam incluir medidas positivas e especiais para um maior desenvolvimento social igualitário* e para a realização de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais de todas as vítimas de racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata, inclusive através do acesso mais efetivo às instituições políticas, jurídicas e administrativas, bem como a necessidade de se promover o acesso efetivo à justiça para garantir que os benefícios do desenvolvimento, da ciência e da tecnologia contribuam efetivamente para a melhoria da qualidade de vida para todos, sem discriminação (...)"

Verifica-se a construção conceitual de um arranjo institucional que exige medidas efetivas. Ao conjunto de iniciativas que se desenha denomina-se de *ações afirmativas.* A questão (*affirmative action*) vem sendo discutida nos Estados Unidos da América há um bom tempo. Especialmente, em tema de contratações governamentais, há expressiva construção jurisprudencial nos casos *City of Richmond v. Croson* (1989) e *Adarand v. Pena* (1995). No caso *City of Richmond*, por exemplo, discutiu-se programa daquela cidade, que exigia subcontratação de 30% de trabalhadores recrutados entre minorias raciais, por parte de contratantes que realizassem obras para a municipalidade[45]. A Suprema Corte julgou que o programa de integração racial da cidade de Richmond era insuficientemente concebido para atingir aos objetivos que pretendia[46].

[45] Cf. SCHWEBER, Howard. Affirmative Action. *In* Kermit Hall, **The Oxford Companion to American Law**, p. 11.

[46] Cf. SCHWEBER, Howard, *cit. loc. cit*.

2. As ações afirmativas e as cotas sociais e raciais

A expressão supostamente surgira com o ex-presidente John Kennedy em ordem executiva de 1961, proibindo discriminação no regime de contratação de pessoal de manutenção[47]. A locução também foi utilizada pelo ex-presidente Lyndon Johnson[48] em ordem executiva de 1965. Tentava-se eliminar resquícios do passado, fazendo-se historicamente justiça devida às minorias, mediante a reserva de vagas em escolas e empregos para membros dessas comunidades e grupos étnicos. É esse também o contexto do modelo norte-americano.

A acima referida *ordem executiva*, do então Presidente Lyndon Johnson, data de 24 de setembro de 1965. À época, havia grande dissenso em torno de conflitos raciais; o *Civil Rigths Act*, por exemplo, é daquele mesmo ano. A ordem executiva aqui citada determinava que o Secretário do Trabalho (equivalente a nosso Ministro do Trabalho) tomasse providências para garantir igualdades de condições na contração de trabalhadores pelo Governo norte-americano.

O presidente norte-americano detém poder e competência para baixar *ordens executivas* que não têm a mesma natureza de nossas medidas provisórias[49]. Essas ordens executivas se prestam, basicamente, para fixação de normas em treze categorias básicas: comércio exterior, auxílio ao estrangeiro, defesa, bem-estar social, intervenção governamental na economia, recursos naturais, agricultura, medalhas e reconhecimentos públicos, delegações de poder, artes e humanidades, empregos públicos federais, tributos e custódia de propriedade de estrangeiros[50].

Em tema de bem-estar social o presidente dos Estados Unidos tem baixado ordens sobre sistema educacional, sobre projetos de colaboração entre o Governo e sociedade civil, sobre segurança de trabalho, aposentadoria, seguro de trabalhadores, programas federais de combate às drogas, sobre *food stamps* (selos que podem ser trocados por comida), sobre reservas indígenas, sobre questões de gênero e de minorias (especialmente sobre regras de acesso ao emprego).

---

[47] Cf. SCWEBER, *cit.,* p. 10.

[48] Lyndon B. Johnson, **Executive Order 11246**, 1965.

[49] Entre nós, a matéria foi tratada por Marco Aurélio Sampaio, *cit.,* pp. 43 e ss.

[50] Cf. HOWELL, William G., **Power Without Persuasion**- The Politics of Direct Presidential Action, New Jersey: Princeton University Press, 2003, pp. 189 e ss.

Críticos das ações afirmativas considerariam tais procedimentos como discriminações reversas (*reverse discrimination*). O caso *Bakke vs. University of California*[51], julgado em 1978, indica os precedentes. Allan Bakke, que não era de grupo minoritário, requereu vaga em faculdade de medicina em um dos *campi* da Universidade da Califórnia. Embora detentor de boas notas (*good score*), Bakke fora preterido porque a aludida universidade reservava dezesseis por cento de suas vagas para grupos específicos[52].

Bakke ajuizou ação contra a universidade, alegando que o programa de proteção de minorias o discriminava. A Suprema Corte decidiu que o modelo de ação afirmativa da Universidade da Califórnia era inconstitucional, usando-se inclusive a expressão *reverse discrimination*. Porém, a decisão não foi unânime e em voto vencido (*dissent*) o juiz Powell observara que em não havendo prejuízo para o interessado, as políticas afirmativas eram perfeitas. Bakke ganhou a ação e obteve a vaga na faculdade de medicina. Talvez pela primeira vez norma atinente a direitos civís (*civil rights*) fora utilizada na proteção de maiorias. Porém, com base no voto vencido do juiz Powell muitas escolas norte-americanas mantiveram políticas de ações afirmativas.

A Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu - em meados de 2003 - um caso de *affirmative action* que envolveu a Universidade de Michigan. Decidiu-se que a prática da universidade no sentido de que admitir minorias não violara XIV emenda da constituição norte-americana e que, portanto, não houve discriminação racial ao reverso, como pretenderia a ala mais conservadora.

Trata-se do caso *Grutter v. Bollinger*; sustentou-se a política de ações afirmativas da Universidade de Michigan, ainda que em votação muito apertada. Dos nove juízes, cinco deles votaram em favor das políticas de acesso àquela universidade, que usava o sistema de cotas. Os outros quatro negaram a possibilidade, insistindo que o sistema de cotas era inconstitucional.

Mais recentemente, retomou-se a discussão, por conta do caso *Fisher v. Universidade do Texas.* A Suprema Corte norte-americana anulou uma decisão de corte inferior, que era a favor do sistema de cotas, dado que esta corte não havia aplicado o teste do *strict scrutiny*-escrutínio estrito, que exige uma ponderação entre o interesse público na manutenção da

[51] 438 U.S. 265 (1978).

[52] Sobre o caso *Bakke,* conferir POSNER, Richard, **The Economics of Justice**. Cambridge and London: Harvard University Press, 1998, pp. 351 e ss.

política desafiada e o interesse particular invocado. De qualquer modo, não se alterou a linha construída desde a década de 1960.

Retomando-se a discussão para um contexto brasileiro[53], e do ponto de vista conceitual, o problema se concentra na compreensão de eventuais e possíveis diferenças entre cotas raciais e cotas sociais[54], para efeitos aplicação de regras de isonomia, à luz do texto constitucional vigente e das interpretações autorizadas do texto decorrentes.

Em seguida, e também o ponto de vista conceitual, deve-se avaliar se há disposição constitucional expressa no sentido de se contemplar politicas de ações afirmativas ou, se, por outro lado, deve-se recorrer a leitura sistemática do texto, forte em presunções da técnica de mutação constitucional. Não há, objetivamente, regra constitucional que contemple a pretensão.

Em princípio, ao que consta, cotas sociais identificariam reserva de vagas para garantia de oportunidades, em todos os sentidos, com base em critérios de poder econômico. Cotas raciais, por outro lado, identificariam reserva de vagas com base em critérios específicos de cor, raça e etnia. Deve-se indagar se cotas raciais se justificariam como cotas sociais[55]. Eventual fixação de regime de cotas para afrodescendentes em concursos públicos contemplaria, em princípio, modelo de cotas raciais. Por outro lado, dado amplo conjunto estatístico que comprova que afrodescendentes seriam economicamente hipossuficientes, pode-se compreender que o modelo de cotas raciais, no caso, efetiva também uma fórmula de cotas sociais.

---

[53] Cf., entre outros, GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade**: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, GOMES, Nilma Lino (Org.). **Tempos de lutas***:* as ações afirmativas no contexto brasileiro. Brasília: Ministério da Educação, 2006, HIGINO NETO, Vicente. Ações afirmativas: razão cínica ou igualdade substancial? In: **Direitos humanos:** fundamento, proteção e implementação: perspectivas e desafios contemporâneos. Curitiba: Juruá, 2007. JACCOUD, Luciana; OSÓRIO, Rafael Guerreiro; SOARES, Sergei. **As políticas públicas e a desigualdade racial no Brasil:** 120 anos após a abolição. Brasília: Ipea, 2008. LOPES, Carla Patrícia Frade Nogueira. **O sistema de cotas para afrodescendentes e o possível diálogo com o direito**. Brasília: Dédalo, 2008. MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. Óptica constitucional: a igualdade e as ações afirmativas. *In*: **As Vertentes do direito constitucional contemporâneo***:* estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. OLIVEIRA NETO, Olavo de. Os meios executivos e a real efetividade das ações afirmativas. *In*: **Direito civil e processo:** estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação:** discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. SANTOS, Sales Augusto dos (Org.). **Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas.** Brasília: Ministério da Educação, 2005.

[54] O tema é explorado por Lincoln Frias, em As cotas raciais e sociais em universidades públicas são justas**?. Revista Direito, Estado e Sociedade,** julho/dezembro 2012, n. 41, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, pp. 130 e ss.

[55] Como observado, a discussão muito bem colocada em Lincoln Frias, *cit. loc. cit.*

Essa prática começa a vicejar no Governo Federal, por força de experimentalismo que deve marcar a Administração contemporânea. Por exemplo, um Edital de 19 de janeiro de 2012 regulamentou Concurso de Admissão à Carreira de Diplomata. Fixou-se nesse normativo o regime de autodeclaração para afrodescendentes. A estes foram reservadas, até a primeira etapa, 10 % das vagas.

Por último, deve-se ressaltar, em tema de cotas sociais, que o Decreto nº 6.593, de 2 de outubro de 2008, regulamentou o art. 11 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, quanto à isenção de pagamento de taxa de inscrição em concursos públicos realizados no âmbito do Poder Executivo Federal.

Fixou-se que os editais de concurso público dos órgãos da administração direta, das autarquias e das fundações públicas do Poder Executivo federal deverão prever a possibilidade de isenção de taxa de inscrição para candidatos inscritos no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal, bem como para membros de famílias de baixa renda[56]. Ações afirmativas, por intermédio de cotas raciais e sociais são de ampla aceitação no debate político brasileiro contemporâneo. Verifica-se, em seguida, se haveria constitucionalidade em lei que reservasse cotas para afrodescendentes em concursos públicos, bem como se haveria alguma ilegalidade em medida nesse sentido.

Por isso, deve-se consultar as jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Este último tratou da legalidade de uma lei paranaense que reservou cotas para afrodescendentes em concurso daquela unidade federada. Aquele primeiro cuidou de cotas em universidades públicas. É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que se pode fazer um prognóstico de eventual desate de discussão sobre cotas para afrodescendentes em concursos públicos. Adianto conclusão, no sentido de que haverá necessidade de lei que compatibilize cotas sociais com cotas raciais.

3. As cotas raciais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

A discussão é intensa. Envolve miríade de problemas que transcendem ao argumento da justiça histórica, no contexto discursivo das chamadas *ações afirmativas*, em desfavor de compreensão que resiste ao modelo que se propõe, e que qualifica cotas raciais e sociais como *discriminação reversa*. E foi por causa de dissenso havido em relação ao regime de

[56] Art. 1º do Decreto nº 6.593, de 2008.

cotas nas escolas públicas do ensino superior, no que toca à constitucionalidade do modelo é que o problema chegou - naturalmente - ao Supremo Tribunal Federal[57].

Refiro-me à ADPF 186-MC/DF, proposta pelo Partido Democratas-DEM, em face de atos administrativos da Universidade de Brasília, que instituíram cotas raciais para ingresso de alunos na referida instituição pública[58]. Por unanimidade, julgou-se improcedente a arguição[59].

[57] Há extensa bibliografia sobre o assunto. Conferir: BARBIERI, Carla Bertucci; QUEIROZ, José Guilherme Carneiro. Da constitucionalidade das cotas para afrodescendentes em universidades brasileiras. *In* **Direitos Humanos:** fundamento, proteção e implementação: perspectivas e desafios contemporâneos. Curitiba: Juruá, 2007. BELLINTANI, Leila Pinheiro. **Ação afirmativa e os princípios do direito***:* a questão das quotas raciais para ingresso no ensino superior no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. BERNARDINO, Joaze; GALDINO, Daniela (Org.). **Levando a raça a sério:** ação afirmativa e universidade. Rio de Janeiro: DP&A, 2004. BRANDÃO, Carlos da Fonseca. **As cotas da universidade pública brasileira:** será esse o caminho? Campinas: Autores Associados, 2005. DUARTE, Evandro C. Piza; BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima; SILVA, Paulo Vinícius Baptista da (Coord.). **Cotas raciais no ensino superior:** entre o jurídico e o político. Curitiba: Juruá, 2008. FERES JÚNIOR, João; ZONIN, Jonas. **Ação afirmativa e universidade:** *experiências nacionais comparadas.* Brasília: UnB, 2006. GOMES, Nilma Lino; MARTINS, Aracy Alves (Org.). **Afirmando direitos:** acesso e permanência de jovens negros na universidade. Belo Horizonte: Autêntica, 2004. VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. **Responsabilização objetiva do Estado***:* segregação institucional do negro e adoção de ações afirmativas como reparação aos danos causados. Curitiba: Juruá, 2005. ARENHART, Sérgio Cruz. Reserva de quotas pelo critério racial para o exame vestibular: princípio da isonomia: princípio do promotor natural. **Revista de Processo**, v. 30, n. 126, p. 141-151, ago. 2005. BARROZO, Paulo Daflon. A ideia de igualdade e as ações afirmativas. **Lua Nova: revista de cultura e política,** n. 63, p. 103-141, 2004. CARVALHO, José Murilo de. **Universidade pública, elitista?** Ciência Hoje, v. 34, n. 203, p. 16-20, abr. 2004. BRAGRA, Maria Lúcia de Santana; SILVEIRA, Maria Helena Vargas da (Org.). **O Programa diversidade na universidade e a construção de uma política educacional anti-racista.** Brasília: Secad: Unesco, 2007. CARVALHO, José Jorge de. **Inclusão étnica e racial no Brasil:** a questão das cotas no ensino superior. São Paulo: Attar, 2006. GUIMARÃES, Fábio Cunha. **Sistema de cotas para negros nas universidades.** Goiânia: Universidade Católica de Goiás, 2007. IKAWA, Daniela. **Ações afirmativas em universidades.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. LOPES, Maria Auxiliadora; BRAGA, Maria Lúcia de Santana (Org.). Acesso e permanência da população negra no ensino superior. Brasília: Ministério da Educação: UNESCO, 2007. NASCIMENTO, Paulo Cezar do. **Ação afirmativa no Brasil e o acesso dos negros ao ensino superior por meio do sistema de cotas.** 2006.

[58] Necessário também o conhecimento das linhas gerais do pensamento da subscritora da peça do Partido Democratas no Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, conferir, KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?:** uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, bem como KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. As diversas cores do Brasil: a inconstitucionalidade de programas afirmativos em que a raça seja o único critério levado em consideração. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 15, n. 60, p. 207-258, jul./set. 2007.

[59] Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, rejeitou as preliminares de cabimento da arguição e de sua conexão com a ADI 3.197. Votou o Presidente. No mérito, após o voto do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski (Relator), julgando totalmente improcedente a argüição, o julgamento foi suspenso. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Falaram: pelo requerente, a Dra. Roberta Fragoso Menezes Kaufmann; pelos interessados, a Dra. Indira Ernesto Silva Quaresma, Procuradora-Federal; pela Advocacia-Geral da União, o Ministro Luís Inácio Lucena Adams, Advogado-Geral da União; pelos *amici curiae* Movimento contra o Desvirtuamento do Espírito da Política de Ações Afirmativas nas Universidades Federais e Instituto de Direito Público e Defesa Comunitária Popoular-IDEP, a Dra. Wanda Marisa Gomes Siqueira; Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Dr. Ophir Cavalcante Júnior; Defensoria Pública da União, o Dr. Haman Tabosa de Moraes e Córdova, Defensor-Público Geral.

Relatada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, houve também decisão cautelar do Ministro Gilmar Mendes, indeferindo a medida. O voto do Ministro Relator, Ricardo Lewandowski, até a data presente, ainda não foi publicado. Recolhe-se, no entanto, das notas taquigráficas e de apontamentos feitos ao longo do histórico, julgamento linha de raciocínio que qualifica a *ratio decidendi,* a razão de decidir, que revela - - do ponto de vista realista - - o modo como o Supremo Tribunal Federal compreende o arranjo institucional de que aqui se trata.

Discutiu-se em torno da constitucionalidade das ações afirmativas. Nesse sentido, o Ministro Relator opôs conteúdos e conceitos de igualdade formal em face de conteúdos e conceitos de igualdade material. Evidenciou a isonomia num sentido concreto, real, substancial, e não meramente de aparência ou de inscrição normativa. Invocou justiça distributiva como critério de superação real de desigualdades. Buscou referencial de critérios objetivos. Discorreu em torno de um papel simbólico e necessário de políticas de inclusão, especialmente no âmbito universitário.

Concluiu, ao que consta, que políticas de ação afirmativa em universidades objetivam fixar ambiente acadêmico plural, diversificado, de modo a se enfrentar distorções sociais que estão historicamente consolidadas entre nós. Insistiu na proporcionalidade e na razoabilidade que matizam as medidas. Considerou que estas são transitórias, com previsão de avaliação periódica de resultados. Finalmente, fixou que essas políticas efetivamente empregariam métodos seletivos eficazes e compatíveis para com o princípio da dignidade da pessoa humana.

O julgado leva a crer que se o tema da constitucionalidade das cotas para afrodescendentes for submetido ao Supremo Tribunal Federal, à luz da técnica do uso do precedente, vai se manter a mesma *ratio decidendi*, isto é, a mesma razão de decidir[60]. Bem entendido, e em princípio, se mantida a fórmula das regras para cotas nas universidades, que mescla cotas raciais e cotas sociais.

Tem-se, assim, realismo jurídico que informa prognose em favor da tese da constitucionalidade das cotas para afrodescendentes em concursos públicos. Verifica-se,

[60] Há ampla literatura no tema, *interpretação do precedente.* Conferir, por exemplo, MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting Precedents- a Comparative Study**, Aldershot: Dartmouth, 1997. CROSS, Rupert e HARRIS, J. W., **Precedent in English Law**, Oxford: Clarendon Press, 2004. SESMA, Victoria Iturralde. **El Precedente en el Common Law.** Madrid: Civitas, 1995.

em seguida, discussão no Superior Tribunal de Justiça, a propósito de lei paranaense que tratou do tema de que aqui se cuida.

4. O tema das cotas para afrodescendentes em concursos públicos na compreensão do Superior Tribunal de Justiça

Por intermédio da Lei Estadual n º 14.204, de 2003, dispôs-se, no Estado do Paraná, sobre reserva de vagas em concursos públicos para afrodescendentes. Reservou-se 10% (dez por cento) das vagas oferecidas nos certames públicos naquela unidade federada, efetuados pelo Poder Público daquele Estado, para provimento de cargos efetivos, para afrodescendentes[61].

Dispôs-se também que a fixação do número de vagas reservadas aos afrodescendentes, bem como respectivo percentual, far-se-ia pelo total de vagas no edital de abertura do concurso público e se efetivaria no processo de nomeação[62]. Fixou-se que, uma vez de que preenchido o percentual estabelecido no edital de abertura, a Administração ficaria desobrigada a abrir nova reserva de vagas durante a vigência do concurso em questão[63]. Explicitou-se que, quando o número de vagas reservadas aos afrodescendentes resultasse em fração, arredondar-se-ia para o número inteiro imediatamente superior, em caso de fração igual ou maior a 0,5 (zero vírgula cinco), ou para número inteiro imediatamente inferior, em caso de fração menor que 0,5 (zero vírgula cinco)[64].

De igual modo, dispôs-se que a observância do percentual de vagas reservadas aos afrodescendentes dar-se-ia durante todo o período de validade do concurso e aplicar-se-ia a todos os cargos oferecidos[65]. A lei paranaense também dispôs que o acesso dos candidatos à reserva de vagas deve obedecer ao pressuposto do procedimento único de seleção[66]. Consignou-se que na hipótese de não preenchimento da quota prevista na regra

[61] Art. 1º da Lei Paranaense nº 14.204, de 2003.

[62] § 1º do art. 1º da Lei Paranaense nº 14.204, de 2003.

[63] § 2º do art. 1º da Lei Paranaense nº 14.204, de 2003.

[64] § 3º do art. 1º da Lei Paranaense nº 14.204, de 2003.

[65] § 4º do art. 1º da Lei Paranaense nº 14.204, de 2003.

[66] Art. 2º da Lei Paranaense nº 14.204, de 2003.

geral, as vagas remanescentes seriam revertidas para os demais candidatos qualificados no certame, observada a respectiva ordem de classificação[67].

Nuclear na lei, a definição de afrodescendente, quando se consignou que a condição é daquele que assim se declare expressamente, identificando-se como de cor preta ou parda, a raça etnia negra[68]. Dispôs-se que detectada a falsidade na declaração deve-se sujeitar o infrator às penas da lei (falsidade), identificando-se ainda outras penalidades, como a pena disciplinar de demissão, na hipótese de nomeado para cargo efetivo nessas condições ou, no desdobramento do concurso, a anulação da inscrição, garantindo-se, sempre, a ampla defesa[69].

A lei não se aplicaria aos concursos então em andamento[70]. Isto é, não teria efeitos *ex tunc* ou projeção em situações pendentes. A regra renovava. Seus efeitos são *ex nunc.* A lei paranaense de cotas no serviço público foi judicializada[71]. A questão ao Superior Tribunal de Justiça, por meio de recurso em mandado de segurança[72]. Relatado pelo Ministro Felix Fischer, trata-se de mandado de segurança que se reporta a concurso público realizado na Universidade Estadual Norte do Paraná. Nesta ocasião, ementou-se, como segue, e com ênfases minhas:

> RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. ANULAÇÃO DO CERTAME. DESCUMPRIMENTO DE LEI ESTADUAL. *RESERVA DE VAGAS PARA AFRO-DESCENDENTES. CONSTITUCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE A AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA SOBREPOR-SE À LEI.* INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECURSO DESPROVIDO.
> 1. *A reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica constitui política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da sociedade fraterna que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988.* 2. *A Lei Estadual que prevê a reserva de vagas para afrodescendentes em concurso público está de acordo com a ordem constitucional vigente.* 3. As Universidades Públicas possuem autonomia

[67] Art. 3º da Lei Paranaense nº 14.204, de 2003.

[68] Art. 4º da Lei Paranaense nº 14.204, de 2003.

[69] Art. 5º da Lei Paranaense nº 14.204, de 2003.

[70] Art. 6º da Lei Paranaense nº 14.204, de 2003.

[71] Percepção fincada na Ciência Política pode nos dar conta de que judicialização de alguns problemas de políticas públicas pode redundar na redução da complexidade da questão. Além do que, o Judiciário seria, nesse sentido, um poderoso ator que desequilibra a disputa, na medida em que detém poder que transcende aos demais atores. É que é o Judiciário quem dá a palavra final.

[72] Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 26.089-PR (2008/0003014-1).

> suficiente para gerir seu pessoal, bem como o próprio patrimônio financeiro. O exercício dessa autonomia não pode, contudo, sobrepor-se ao quanto dispõem a Constituição e as Leis. 4. A existência de outras ilegalidades no certame justifica, *in casu***,** a anulação do concurso, restando prejudicada a alegação de que as vagas reservadas a afrodescendentes sequer foram ocupadas. Recurso desprovido.

No corpo do voto há várias passagens que objetiva e inquestionavelmente sufragam a legalidade de lei que disponha sobre cotas para afrodescendentes em concursos públicos. Assim, do ponto de vista da legalidade, há precedente do Superior Tribunal de Justiça que sufraga a tese de que há possibilidade de lei que disponha sobre reserva de cotas para afrodescendentes em certames públicos para provimento de cargos. Bem entendido, não se trata aqui de cotas sociais, das quais se obtém um quantitativo de cotas raciais, a exemplo do que ocorrera na legislação referente a cotas nas universidades públicas. Assim, na forma, e no fundo, diferentes os arranjos institucionais decorrentes de uma fórmula de cotas para afrodescendentes no contexto do acesso às universidades públicas, comparados com o modelo para acesso ao serviço público.

Considerações complementares e conclusivas

Não há disposição expressa no texto constitucional no sentido de que a reserva de cotas para afrodescendentes em concursos públicos seja mandatória. Assim, do ponto de vista da absoluta literalidade, não há norma constitucional que objetivamente sufrague a pretensão de que aqui se cuida. A ilação decorre de compreensão sistemática do texto, sobremodo com base no inciso I do art. 3º da Constituição de 1988 que dispõe que é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Há na medida - -garantia de cotas para afrodescendentes - - permanente busca de justiça, em ambiente de forte solidariedade.

Reforça essa premissa o texto do preâmbulo de nosso texto constitucional, que dá conta da instituição de 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". É essa dicção que sustenta, na essência, a constitucionalidade da concepção e da execução de ações afirmativas.

O modelo deve ser transitório, pena em que se transforme em prenda interminável, consubstanciando situação que a doutrina denomina de *discriminação reversa.* Além do que, ao que consta, a medida aqui estudada atende relação de proporcionalidade: meios que serão empregados (reserva de cotas para afrodescendentes) e fins objetivados (promoção de igualdade racial) [73].

Uma maior presença de afrodescendentes nos vários postos do serviço público (fim objetivado), por intermédio de reserva de cotas, é indubitavelmente meio adequado e pertinente. De tal modo, esse arranjo institucional é contemplado por juízos de valoração de política pública e de pertinência jurídica, a exemplo do teste da proporcionalidade.

Na trilha do definido pelo Supremo Tribunal Federal, na discussão sobre as cotas para afrodescendentes em universidades públicas, pode-se afirmar que a utilização desse modelo para o ingresso no serviço público, por concurso, seria importante instrumento para a diversificação e para a realização do ideal pluralista. Tem-se, assim, fórmula para o enfrentamento e superação de distorções sociais que plasmam nossa história. Há, no entanto, um componente de cotas sociais que foi sacrificado, e que precisa ser explicado. Bem entendido, seguindo-se as várias legislações que hoje há, especialmente o *Estatuto* noticiado, as concepções aqui lançadas deveriam transcender aos limites dos concursos públicos. Isto é, deveria também se cogitar de modelo de reservas de cotas em relação a cargos em confiança, não obstante a especificidade, o objetivo e os estreitos limites de tirocínio destes últimos. Haveria necessidade de que se alterasse o conceito de livre nomeação.

A escolha de detentor de cargo em comissão desdobra-se de algumas circunstâncias fáticas, personalíssimas, que revelam conhecimento de áreas de atuação e proximidade com a autoridade que indica quem vá ocupar o cargo em comissão aqui mencionado. Esse elemento - que é histórico em nosso direito - uma vez aprovada regra que reserve cotas para afrodescendentes inclusive em cargos comissionados, deverá ser redesenhado.

O reconhecimento, por parte do Supremo Tribunal Federal, da constitucionalidade de políticas de ações afirmativas para afrodescendentes no regime de ingresso nas universidades federais decorreu de avaliação de texto legal, devidamente apreciado pelo Congresso Nacional.

---

[73] Conferir, no tema, *proporcionalidade*, e por todos, PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidade y los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2007.

Cuidou-se, à época, da Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012, que dispõe, entre outros, que "as instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministério da Educação reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicos. Realiza-se, assim, política de cotas sociais"[74].

O mesmo texto legal, mais a frente, dispõe que as referidas vagas "serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas, em proporção ao mínimo igual à de pretos, pardos e indígenas na população na unidade da Federação onde está situada a instituição, segundo o último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística"[75]. Na hipótese, tem-se, assim, política de *cotas raciais*, a partir de conjunto de vagas que contemplam *cotas sociais.*

São duas as questões clássicas que acompanham uma análise séria sobre políticas de ações afirmativas. Questiona-se, em primeiro lugar, *se funcionam*[76]; ainda, pergunta-se, *seriam justas*[77]? À segunda pergunta, ao que consta, a resposta é positiva, num contexto de uma sociedade democrática, que se pretende justa e igualitária. À primeira delas, deve-se compreender que algum experimentalismo seja necessário. Fixada a compreensão de que a reserva de cotas para afrodescendentes em concursos públicos seja constitucional, opina-se que essa medida deve ser veiculada por lei, e não por decreto ou por qualquer outra medida infralegal. A formulação do modelo via decreto, por exemplo, fomentaria contínua litigância, em tema de reserva legal e de reflexa discriminação reversa, inviabilizando-se a realização de concursos para provimento de cargos públicos. Necessária a confecção de projeto de lei, estendendo-se o Estatuto da Igualdade Racial, no qual a medida aqui cogitada pode se consubstanciar em acréscimo de artigo. Ao Congresso Nacional, em seguida, o debate sobre essa justíssima questão. Vai se debater se cotas raciais se dissolvem em contas sociais.

Assim, pode-se concluir que é constitucional medida que fixe cotas para afrodescendentes em concursos públicos, bem como para cargos em comissão, por meio de projeto de lei, e por força de entendimentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de

[74] Art. 1º da Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012.

[75] Art. 3º da Lei nº 12.711, de 2012.

[76] Cf. DWORKIN, Ronald. **Sovereign Virtue- The Theory and Practice of Equality**- Cambridge and London: Harvard University Press, 2000, pp. 386 e ss.

[77] Cf. DWORKIN, Ronald, *cit.,* pp. 409 e ss.

Justiça, e com fundamento na efetiva leitura do preâmbulo e excertos da Constituição, a par dos vários marcos regulatórios que há, e que exigem da geração presente o mais absoluto compromisso com a formação de uma sociedade justa e solidária. Deve-se compreender que a herança escravista enseja um especialíssimo ingrediente que exige que compreendamos que cotas sociais não seriam suficientes para a completa integração racial que se almeja.

Referências

ARENHART, Sérgio Cruz. **Reserva de quotas pelo critério racial para o exame vestibular:** princípio da isonomia: princípio do promotor natural. Revista de Processo, v. 30, n. 126, p. 141-151, ago. 2005.

BARROZO, Paulo Daflon. A ideia de igualdade e as ações afirmativas. **Lua Nova**: revista de cultura e política, n. 63, p. 103-141, 2004.

BELLINTANI, Leila Pinheiro. **Ação afirmativa e os princípios do direito:** a questão das quotas raciais para ingresso no ensino superior no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BERNARDINO, Joaze; GALDINO, Daniela (Org.). **Levando a raça a sério:** ação afirmativa e universidade. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

BRAGRA, Maria Lúcia de Santana; SILVEIRA, Maria Helena Vargas da (Org.). **O Programa diversidade na universidade e a construção de uma política educacional anti-racista.** Brasília: Secad: Unesco, 2007.

CARVALHO, José Jorge de. **Inclusão étnica e racial no Brasil:** a questão das cotas no ensino superior. São Paulo: Attar, 2006.

BRANDÃO, Carlos da Fonseca. **As cotas da universidade pública brasileira:** será esse o caminho? Campinas: Autores Associados, 2005.

CARVALHO, José Murilo de. **Universidade pública, elitista?** Ciência Hoje, v. 34, n. 203, p. 16-20, abr. 2004.

CROSS, Rupert e HARRIS, J. W., **Precedent in English Law.** Oxford: Clarendon Press, 2004.

DUARTE, Evandro C. Piza; BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima; SILVA, Paulo Vinícius Baptista da (Coord.). **Cotas raciais no ensino superior:** entre o jurídico e o político. Curitiba: Juruá, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Sovereign Virtue**- The Theory and Practice of Equality. Cambridge and London: Harvard University Press, 2000.

FERES JÚNIOR, João; ZONIN, Jonas. **Ação afirmativa e universidade:** experiências nacionais comparadas. Brasília: UnB, 2006.

GALLI, Alessandra. Ações afirmativas: possíveis soluções para o racismo no Brasil. In: **Direitos humanos**: fundamento, proteção e implementação: perspectivas e desafios contemporâneos. Curitiba: Juruá, 2007.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade***:* o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOMES, Nilma Lino (Org.). **Tempos de lutas:** as ações afirmativas no contexto brasileiro. Brasília: Ministério da Educação, 2006.

GOMES, Nilma Lino; MARTINS, Aracy Alves (Org.). **Afirmando direitos:** acesso e permanência de jovens negros na universidade. Belo Horizonte: Autêntica, 2004.

GUIMARÃES, Fábio Cunha. **Sistema de cotas para negros nas universidades**. Goiânia: Universidade Católica de Goiás, 2007.

HIGINO NETO, Vicente. Ações afirmativas: razão cínica ou igualdade substancial? *In*: **Direitos humanos**: fundamento, proteção e implementação: perspectivas e desafios contemporâneos. Curitiba: Juruá, 2007.

HOWELL, William G. **Power Without Persuasion** - The Politics of Direct Presidential Action. New Jersey: Princeton University Press, 2003, pp. 189 e ss.

IKAWA, Daniela. **Ações afirmativas em universidades**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

JACCOUD, Luciana; OSÓRIO, Rafael Guerreiro; SOARES, Sergei. **As políticas públicas e a desigualdade racial no Brasil:** 120 anos após a abolição. Brasília: Ipea, 2008.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações afirmativas à brasileira:** necessidade ou mito?: uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. As diversas cores do Brasil: a inconstitucionalidade de programas afirmativos em que a raça seja o único critério levado em consideração. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 15, n. 60, p. 207-258, jul./set. 2007.

LARA, Silvia Hunold. **Fragmentos Setecentistas -** Escravidão, Cultura e Poder na América Portuguesa. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LOPES, Carla Patrícia Frade Nogueira. **O sistema de cotas para afrodescendentes e o possível diálogo com o direito.** Brasília: Dédalo, 2008.

LOPES, Maria Auxiliadora; BRAGA, Maria Lúcia de Santana (Org.). **Acesso e permanência da população negra no ensino superior**. Brasília: Ministério da Educação: UNESCO, 2007.

MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting Precedents** - a Comparative Study. Aldershot: Dartmouth, 1997.

MARQUESE, Rafael de Bivar**. Feitores do corpo, missionários da mente** - senhores, letrados e o controle dos escravos nas Américas - *1660-1860.* São Paulo: Cia. das Letras, 2004.

NASCIMENTO, Paulo Cezar do. **Ação afirmativa no Brasil e o acesso dos negros ao ensino superior por meio do sistema de cotas.** [s/l], 2006.

NEQUETE, Lenine. **Escravos & Magistrados no Segundo Reinado.** Brasília: Ministério da Justiça, Fundação Petrônio Portella, 1988.

POSNER, Richard. **The Economics of Justice**. Cambridge and London: Harvard University Press, 1998.

PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidade y los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2007.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação:** discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SANTOS, Renato Emerson dos; LOBATO, Fátima (Org.). **Ações afirmativas:** políticas públicas contra desigualdades raciais. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

SANTOS, Sales Augusto dos (Org.). **Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas**. Brasília: Ministério da Educação, 2005.

SANTOS, Sales Augusto dos; SANTOS, João Vitor Moreno dos; BERTÚLIO, Dora Lúcio. **O Processo de Aprovação do Estatuto da Igualdade Racial, Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010.** Brasília: INESC, 2011.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O Espetáculo das Raças** - Cientistas, Instituições e Questão Racial no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SELA, Eneida Maria Mercadante. **Modos de Ser, Modos de Ver** - Viajantes Europeus e Escravos Africanos no Rio de Janeiro-1908-1850. Campinas: Unicamp, 2008.

SESMA, Victoria Iturralde. **El Precedente en el Common Law**. Madrid: Civitas, 1995.

TOMEI, Manuela. **Ação afirmativa para a igualdade racial**: características, impactos e desafios. Brasília: OIT, 2005.

VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. **Responsabilização objetiva do Estado:** segregação institucional do negro e adoção de ações afirmativas como reparação aos danos causados. Curitiba: Juruá, 2005.

O TRABALHADOR E O MEIO AMBIENTE: NOÇÕES DO DIREITO FUNDAMENTAL

Augusto César Leite de Carvalho

Doutor em Direitos das Relações Sociais pela *Universidad de Castilla la Mancha;*.mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará; ministro do Tribunal Superior do Trabalho e professor do Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília – IESB.

Fabrício Ramos Ferreira

Mestre em Desenvolvimento Sustentável pelo Centro de Desenvolvimento Sustentável da Universidade de Brasília, professor do Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília – IESB.

RESUMO: o presente artigo aborda a situação atual dos danos ambientais, fazendo um paralelo entre a evolução das garantias do trabalhador e os princípios de direito ambiental para que, ao final, se reconheça, como direito fundamental do trabalhador, o meio ambiente do trabalho ecologicamente equilibrado.

Palavras-chave: Direito do Trabalho, Direito Ambiental, Direito Fundamental, meio ambiente do trabalho, princípios.

ABSTRACT: this article discusses the current situation of the environment, making a parallel between the evolution of worker guarantees and the principles of environmental law so that in the end, the workplace ecologically balanced is recognized as a fundamental right of all workers.

Keywords: Labor Law , Environmental Law, Fundamental Rights, workplace environment, principles.

Introdução

O século XXI encara o desafio da governança[78] dos recursos sustentáveis, pois corremos o risco de vermos estes recursos naturais desaparecerem se não identificarmos formas de usá-los de maneira sustentável (DELLAPENNA; GUPTA, 2009). Para alguns, talvez, tal afirmativa possa soar um tanto quanto alarmista, porém, mais preocupantes são as notícias publicadas pela mídia, dando conta sobre o aumento dos acidentes ambientais e os reflexos destes na economia.

[78] Para o conceito de governança pública, utiliza-se o citado por Löffer (2002), *apud* Kissler & Heidemann (2006): Uma nova geração de reformas administrativas e de Estado, que têm como objeto a ação conjunta, levada a efeito de forma eficaz, transparente e compartilhada, pelo Estado, pelas empresas e pela sociedade civil, visando uma solução inovadora dos problemas sociais e criando possibilidades e chances de um desenvolvimento futuro sustentável para todos os participantes.

Em relatório publicado[79] em 2011 pela UNEP, foi apontado que nas últimas duas décadas o número de desastres naturais dobrou, de aproximadamente 200, para 400 registros por ano, e, em 2010, 90% desses registros estavam diretamente relacionados com o clima, fruto da degradação dos ecossistemas e do aumento da população, entre outros fatores.

No ano de 2012, a ONU relatou[80] que no período compreendido entre as Convenções do Rio de Janeiro (de 1992 a 2012), 1,3 milhão de pessoas morreram em desastres ambientais e 4,4 bilhões de foram afetados (o que representava, à época, a aproximadamente 64% da população mundial) e, nesse intervalo, a economia perdeu aproximadamente 2 trilhões de dólares.

Estes números ficam ainda mais graves quando pensamos na quantidade de oportunidades perdidas, vidas desperdiçadas, casas e empresas destruídas, perdas culturais e de investimentos em bens públicos.

James Lovelock em seu livro "A vingança de Gaia", ao tratar de "desenvolvimento sustentável", assim se manifestou:

> Quando ouço a expressão "desenvolvimento sustentável", recordo a definição dada por Gilbert Glasser, o consultor sênior do Internacional Council for Science, que declarou num artigo opinativo para o boletim informativo do IGBP (International Geosphere-Biosphere Programme - Programa Internacional da Geosfera-Biosfera):
>
> > O desenvolvimento sustentável é um alvo móvel. Representa o esforço constante em equilibrar e integrar os três pilares do bem-estar social, prosperidade econômica e proteção ambiental em benefício das gerações atual e futuras.
>
> Muitos consideram essa política nobre moralmente superior ao *laissez-faire* de deixar as coisas como estão. Infelizmente para nós, esses dois enfoques totalmente diferentes, um, a expressão da decência internacional, o outro, das forças de mercado insensíveis, levam ao mesmo resultado: a probabilidade de mudança global desastrosa. O erro que compartilham é a crença de que mais desenvolvimento é possível e a Terra continuará mais ou menos como agora pelo menos durante a primeira metade deste século. Duzentos anos atrás, quando a mudança era lenta ou nem sequer existia, talvez tivéssemos tempo para estabelecer o desenvolvimento sustentável, ou mesmo continuar por

[79] *Keeping Track of Our Changing Environment: From Rio to Rio+20* (1992-2012). *United Nations Environment Programme, Nairobi. Published October 201*1. Disponível em: http://www.unep.org/GEO/pdfs/Keeping_Track.pdf. Acesso em 15.02.2016

[80] Vide http://www.unisdr.org/files/27162_2012no21.pdf. Acesso em 15.02.2016

> algum tempo deixando as coisas como estão, mas agora é tarde: o dano foi cometido (LOVELOCK, 2006, p. 16-17).

Em que pese a gravidade das palavras de Lovelock (2006), é necessário acreditarmos na mudança de paradigma para sairmos da inércia deste modelo de consumo autofágico, mantendo-se assim as funções ecológicas de Gaia, possibilitando então a continuidade de nossa experiência sobre esse organismo vivo.

No meio desta disputa, entre a proteção dos recursos naturais e o desejo da apropriação destes para a sua transformação em bens de consumo, encontra-se o trabalhador, que desenvolve suas atividades diárias, muitas das vezes, em um ambiente que não se encontra "ecologicamente equilibrado", prejudicando sua saúde e violando seu direito fundamental a uma vida digna.

O meio ambiente ecologicamente equilibrado demanda o equilíbrio entre os diversos fatores que formam um ecossistema ou habitat, vegetação, clima, micro-organismos, solo, ar, água, os quais podem ser facilmente desestabilizados pela ação humana, seja por meio de poluição, eliminação ou introdução de espécies animais e vegetais exóticos (MACHADO, 2013).

Assim, o chamado desenvolvimento sustentável do meio ambiente, atividade que propicia extrairmos o máximo de sua capacidade, sem que lhe prejudiquemos a continuidade, esbarra em um problema: como garantir a continuidade da atividade econômica, sem prejudicar o equilíbrio ecológico da natureza, e ao mesmo tempo, assegurar a proteção do trabalhador, garantindo-lhe o meio ambiente ecologicamente equilibrado?

Está-se diante, então, de uma fronteira de um duplo imperativo ético: a solidariedade sincrônica com a geração atual e a solidariedade diacrônica com as gerações futuras, surgindo, desta feita o entendimento de que o conceito de sustentabilidade é mais amplo que simplesmente ambiental, engloba a sustentabilidade social, cultural, a distribuição equilibrada de assentamentos humanos e atividades, a econômica, a governabilidade política e a paz internacional (SACHS, 2002).

Nesse sentido é necessário que se compreenda o meio ambiente e as interações do homem para com ele, bem como, a forma com que são interpretadas e aplicadas as normas jurídicas criadas para a proteção dos recursos naturais, sem que se tire de foco o fato de

que o meio ambiente é utilizado como forma ou meio de desenvolvimento dos países que o detém, influenciando diretamente as relações sociais.

O Direito Ambiental apresenta-se, pois, como um elemento alavancador dessa mudança de paradigma dentro do mundo globalizado, exercendo, dentro da ciência do Direito, um papel singular ao conectar vários ramos do Direito com a finalidade de proteger um bem difuso e transdisciplinar: o meio ambiente.

A definição de meio ambiente ganhou algumas especificações com a finalidade de melhor observamos sua dimensão, uma vez que, em sua classificação mais macro, meio ambiente é tudo o que envolve ou cerca os seres vivos (BARBIERI, 2007).

Nesse contexto, e dado o seu objeto de estudo próprio, o ambiente, que deve ser analisado sob todos os seus aspectos (natural, artificial, cultural e do trabalho) e as interrelações deste com o meio no qual se apresenta, tornando-se imperioso o seu estudo, bem como as consequências de sua gestão, tanto no plano local, regional, nacional e internacional (MILARÉ, 2013, p. 255; SILVA, 1988, p. 02; SIRVINSKAS, 2011, p. 91).

Oliveira (2009) nos explica que o *meio ambiente natural* é aquele integrado pela flora, fauna, recursos hídricos, a atmosfera, os estúarios (ambiente aquático de transição entre o rio e o mar), o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera. O *meio ambiente artificial* refere-se ao espaço urbano, as cidades com seus espaços abertos, tais como as ruas, praças e parques; e os espaços fechados, como escolas, museus e teatros. O *meio ambiente cultural* é constituído pelas interações culturais, artísticas, arqueológicas, paisagísticas, etnográficas, manifestações folclóricas e populares brasileiras. O meio ambiente cultural é composto, então, tanto pelo patrimônio material quanto pelo patrimônio imaterial. Por fim, o *meio ambiente do trabalho*, possui vinculação com a saúde do trabalhador, preocupando-se com o obreiro em seu local de trabalho, a sua saúde, salubridade, condições atmosféricas, ergonomia, etc.

Figueiredo (2013) reforça que o meio ambiente do trabalho é um conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química, biológica e social que afetam o trabalhador no exercício de sua atividade laboral.

Tais elementos servem para ilustrar que preocupações antigas, expostas, por exemplo, pelo Clube de Roma, tornaram-se realidade, fazendo com que nós tenhamos que, com a maior presteza e eficiência possível, implementar uma disposição que,

também há muito já foi apontada: o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

1. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental

O direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado remete à Declaração de Estocolmo, de 1972, pois nela se estabeleceu, como princípio primeiro, que:

> o homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras" (CONVENÇÃO DE ESTOCOLMO SOBRE O AMBIENTE HUMANO)[81].

A convenção ocorrida no Rio de Janeiro, em 1992, revisitou este princípio para reescrevê-lo, consignando-o como o "direito dos seres humanos a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza"[82].

Percebe-se, pois, na redação firmada na Eco-92, que ocorreu uma conjugação dos direitos de liberdade com os direitos sociais, fazendo assim, com aqueles direitos, novos ou emergentes, que "apresentam uma funcionalidade distinta, consistente na garantia de seguridade e saúde de pessoas indiferenciadas [...] e da própria subsistência ou conservação dos demais seres vivos do planeta" (MONEREO PÉREZ, 2010, p. 17) uma nova forma de se observar o direito.

Sinala Villagrasa Alcaide:

> [...] o meio ambiente se há erigido como um bem juridicamente protegido desde os direitos humanos denominados de terceira geração. Após um primeiro conjunto de direitos reconhecidos, os direitos civis e políticos das pessoas, baseados no princípio fundamental de liberdade; e uma segunda série de direitos, os direitos econômicos e sociais, assentados no princípio de igualdade; surge um conjunto de direitos, criados para garantir uma

[81] Texto do Princípio 1 da Convenção de Estocolmo sobre o ambiente humano, ocorrida em 1972. Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc. Acesso em 15.02.2016.

[82] Texto do Princípio 1 da Convenção do Rio sobre o ambiente e desenvolvimento, ocorrida em 1992. Disponível em: www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf. Acesso em 15.02.2016.

> convivência pacífica em um mundo sustentável, entre os quais se destaca a proteção ao meio ambiente (ALCAIDE, 2011, p. 601).

As constituições seguintes incorporaram a ideia e o preceito da Declaração de Estocolmo, seja no que toca à titularidade ampla do direito ambiental, bem seja quanto à responsabilidade de toda a sociedade, não apenas dos poderes públicos, pela defesa do meio ambiente atual e das futuras gerações.

Por exemplo, o art. 45 da Constituição espanhola de 1978 estabelece que "todos têm direito a desfrutar de um meio ambiente adequado ao desenvolvimento da pessoa, bem assim o dever de conservá-lo", e que "os poderes públicos velarão pela utilização de todos os recursos naturais, com o fim de proteger e melhorar a qualidade de vida e defender e restaurar o meio ambiente, apoiando-se na indispensável solidariedade coletiva".

O art. 225 da Constituição dispõe que: "todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações".

Em rigor, tem-se verificado a ampliação do ângulo de incidência dos direitos humanos, que se abre desde a dimensão individual até atender à tutela coletiva, ou desde o interesse coletivo até evoluir na direção de contemplar, em perspectiva ecológica, a causa humanitária. Vale dizer: à afirmação dos direitos subjetivos de liberdade se seguiram os direitos sociais[83] e em seguida as garantias institucionais, que fundiram as ideias de interesse coletivo e de pertencimento à coletividade, seguindo-se enfim a percepção de que os direitos do homem somente se realizam em plenitude quando alcançam igualmente a todos e se preserva, ademais, a possibilidade de subsistirem esses direitos a favor das futuras gerações.

[83] Anota Maurício Godinho Delgado (2012, p. 47) que "os direitos sociais têm uma dimensão dupla e combinada, uma vez que ostentam o caráter de direitos e garantias individuais dos trabalhadores, ao mesmo tempo em que integram, em seu conjunto, o largo espectro dos direitos sociais que caracterizam a ordem jurídica". Na mesma obra (p. 24), Gabriela Neves Delgado observa com acuidade: "A instauração de um Estado forte e intervencionista, capaz de garantir direitos e restabelecer a economia, foi a alternativa encontrada pelos países do capitalismo central para sobreviverem à devassa da sangrenta Segunda Guerra Mundial e resgatarem, sob nova ótica, a dinâmica capitalista".

Diz Édis Milaré (1988, p. 135) que "o reconhecimento do direito a um meio ambiente sadio configura-se, na verdade, como extensão do direito à vida, quer sob o enfoque da própria existência física e saúde dos seres humanos, quer quanto ao aspecto da dignidade desta existência".

Em suma, o direito ambiental impregna os direitos humanos dos postulados da harmonia e da solidariedade. Trata da relação recíproca entre o homem e o meio ambiente, tratando, assim e simultaneamente, de ecologia e de equilíbrio, em um projeto ambicioso de um Direito para toda a humanidade.

2. O meio ambiente do trabalho

Segundo a Lei n. 6.938/1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, o meio ambiente é conceituado (art. 3º) como sendo "o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas", porém, a sua interpretação não deve se dar de forma reducionista, considerando-se tão somente os recursos naturais, conforme descrito no artigo, mas sim, compreendendo-o em sua amplitude para considerar os seus 04 (quatro) aspectos: o natural, o artificial, o cultural e o do trabalho (FREITAS, 2012; SILVA, 1998).

O aspecto do meio ambiente do trabalho, que é o que por ora nos interessa, visa regular a proteção da saúde do trabalhador, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), coibindo o exercício de qualquer atividade, ofício ou profissão, práticas que possam comprometer a saúde física e/ou mental de quem o exerce (padrões de salubridade e segurança) - (art.7, XXXIII; e art. 200, VIII da CF/88).

A precariedade das condições de trabalho durante o desenvolvimento do processo industrial trouxe aspectos graves à saúde e à integridade física do trabalhador, uma vez que não revelavam totalmente os seus riscos, assim, não só os acidentes se sucederam, mas também as enfermidades típicas ou agravadas pelo ambiente profissional, razão pela qual desenvolveu-se a medicina do trabalho, que se relaciona com os direitos fundamentais do trabalhador na medida em que "contribui para a preservação do meio ambiente do trabalho e a necessária proteção de quem trabalha, exposto que está aos riscos naturais gerados pelo exercício da profissão" (NASCIMENTO, 2011).

Desta feita, segundo Amauri Mascaro Nascimento (2011), a proteção ao meio ambiente do trabalho tem por suporte um conceito: para que o trabalhador atue em local apropriado, o Direito deve fixar condições mínimas a serem observadas pelas empresas, quer quanto às instalações onde as oficinas e demais dependências se situam, quer quanto às condições de contágio com agentes nocivos à saúde ou de perigo que a atividade possa oferecer.

O conceito de meio ambiente do trabalho deve ser, então, compreendido como sendo o lugar, seja na cidade ou campo, onde o trabalhador, seja ele homem ou mulher, menor ou maior de idade, celetista ou estatutário, servidor público ou não, exerça a sua profissão, remunerada ou não, ou desenvolva o seu trabalho, sendo a segurança e a higidez do ambiente de trabalho parte integrante deste conceito, que abarca fatores de ordem física, química, biológica, mecânica, ergonômica e cultural (FARIAS, 2007).

Dentro deste contexto, há que se analisar a situação do trabalhador dentro do ambiente (ou do meio ambiente, ou do *habitat laboral*), visto que é neste que aquele exerce o seu labor, e, conforme disciplina a Constituição Federal, é direito de todos o meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, sendo, portanto, dever de todos, protegê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (MELO, 2001).

Talden Farias (2007, p. 02) menciona que "existe uma relação direta entre a degradação das condições de trabalho e a depauperação do meio ambiente, já que ambos os enfoques se enquadram no conceito de responsabilidade social empresarial e têm, como fundamento, a função social da propriedade", assim, existem três dimensões importantes que devem ser consideradas no que diz respeito ao meio ambiente do trabalho: o meio ambiente do trabalho *strictu sensu*, o meio ambiente do trabalho *latu sensu* e o meio ambiente de trabalho de terceiros.

O *primeiro aspecto* (*latu sensu*) abrange o local onde se exerce a profissão, restrita e tradicionalmente, como uma repartição pública, um escritório ou o setor de produção de uma indústria, incluindo-se aí, "o lugar onde estiver sendo desempenhada a atividade profissional no caso de um vendedor ou de um trabalhador ambulante, seja em uma praça pública, seja, em um automóvel, ou ainda a moradia, em se tratando do profissional que trabalha em casa". O *segundo aspecto* (*strictu sensu)* abrange o local onde se exerce a profissão, de uma forma mais abrangente possível, como o pátio de uma fábrica ou o

estacionamento de um banco, podendo abranger, também, o lugar onde estiver sendo desempenhada a atividade profissional no caso de um vendedor ambulante, como uma praça pública, um automóvel ou a própria residência, caso exerça a atividade laboral em sua residência. O *terceiro aspecto*, é considerado na medida em que um determinado ambiente de trabalho possa influenciar o ambiente de trabalho alheio, por meio de externalidades, como por exemplo, o caso de uma fábrica que, ao contaminar um rio, prejudica o meio ambiente de trabalho de pescadores e agricultores que dependam deste corpo hídrico (FARIAS, 2007).

Resta sabermos, após essas considerações, se podemos afirmar que o meio ambiente do trabalho ecologicamente equilibrado é um direito fundamental do trabalhador.

Os direitos fundamentais são direitos que se relacionam diretamente com a essência do conceito de cidadania e, dada a ideia de que não pode haver o retrocesso da garantia dos direitos fundamentais, esses não podem ser restringidos ou suprimidos, uma vez concedidos.

Disciplina o artigo 200, inciso VIII da Constituição Federal que compete ao sistema único de saúde, "colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho", assim, para que um direito possa ser tido como "fundamental", há que ocorrer a participação da coletividade e do Poder Público para a sua materialização, estando o direito ao meio ambiente do trabalho ecologicamente fundamentado enquadrado como um direito fundamental de segunda dimensão (ou geração), dada a sua natureza própria dos direitos sociais, bem como, um direito humano fundamental de terceira dimensão (ou geração), dada a sua característica transindividual (FARIAS, 2007).

Desta feita, considerando-se que as condições dignas do ambiente de trabalho influenciam diretamente na saúde do trabalhador, este tema passou a gozar de uma proteção constitucional mais alargada, tanto que, no art. 170, ao tratar da ordem econômica, determina que esta deve ser pautada na garantia da existência digna, na valorização do trabalho e na livre iniciativa, garantindo-se, a proteção do meio ambiente.

Nesse sentido, o Direito Ambiental possui uma série de princípios que são, para o caso em estudo, destinados à garantia do direito fundamental ao meio ambiente de trabalho ecologicamente equilibrado.

3. Princípios de direito ambiental e sua projeção na relação laboral

Os teóricos do direito ambiental extraem dos preceitos da Constituição que cuidam do meio ambiente alguns princípios com claro conteúdo jurídico, a saber: princípio do desenvolvimento sustentável, da participação, da prevenção e da precaução. Predizem igualmente que o direito ambiental possui o traço da ubiquidade, dado que a tutela da vida e da qualidade de vida é seu ponto cardeal, o suficiente para que tudo que se planeje fazer, criar ou desenvolver deva antes submeter-se a uma consulta ambiental (FIORILLO, 2010).

A Constituição brasileira, quando assegura o direito fundamental à saúde, inclui a proteção do meio ambiente do trabalho (art. 200, VIII), o que significa a tutela, no âmbito ubíquo do direito ambiental, de todos os direitos que concorrem para preservar a saúde do homem em qualquer ambiente de trabalho. Direitos tais que abarcam as condições de tempo e de modo do trabalho, bem assim a imunidade contra agentes insalubres ou qualquer outro risco do lugar de onde provêm tanto a produção econômica quanto os meios de subsistência do trabalhador, promovendo assim o necessário equilíbrio entre o ecossistema laboral e a biosfera[84].

3.1. Princípio do desenvolvimento sustentável

O postulado do *desenvolvimento sustentável* consagra uma expressão usada por grupo de pesquisadores do Instituto de Tecnologia de Massachussetts (MIT) em documento enviado ao Clube de Roma nos idos de 1974, embora seu significado já estivesse revelado, por exemplo, no princípio 13 da Declaração de Estocolmo: "com o fim de se conseguir um ordenamento mais racional dos recursos e melhorar assim as condições ambientais, os Estados deveriam adotar um enfoque integrado e coordenado de planejamento de seu desenvolvimento, de modo a que fique assegurada a

[84] Barros, C. M. *Saúde e Segurança do Trabalhador – Meio Ambiente de Trabalho.* Disponível em: http://www.mesquitabarros.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=31%3Asaude-e-seguranca-do-trabalhador-meio-ambiente-de-trabalho&catid=7%3Aartigos&Itemid=3&lang=pt. Acesso em 30/10/2011.

compatibilidade entre o desenvolvimento e a necessidade de proteger e melhorar o meio ambiente humano em benefício de sua população" (GRANZIERA, 2009, p. 53).

Segundo Monereo e Rivas:

> [...] o Direito Ambiental expressa esse giro na política do Direito do Estado Social, obedecendo a um desígnio intervencionista, de regulação e controle, para a tutela do meio ambiente. A intervenção se dirige às organizações econômicas – privadas e públicas – que possam atuar como agentes concomitantes. O Direito Ambiental trata de proteger a qualidade de vida, entendida em sentido amplo, de tal maneira que possa compreender a conservação da Natureza e a defesa do bem-estar físico, psíquico e material de toda a sociedade humana[85].

Édis Milaré (1998, p.146) explica que o transcurso do tempo, e a ocorrência dos desastres ambientais e suas consequências, introduziram uma mudança de natureza técnica e comportamental que vem concorrendo para "a superação da falta antinomia 'proteção ao meio ambiente x crescimento econômico'".

A Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, definiu o conceito de desenvolvimento sustentável como sendo: "aquele (desenvolvimento) que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades".

No que concerne às relações laborais, o desenvolvimento sustentável é, em rigor, uma ideia elementar que se associa sobretudo à convicção, sob as luzes vetoriais da dignidade da pessoa humana, de que não interessa ao atual padrão civilizatório o fomento incondicionado do emprego, senão que se devem proibir as condições de trabalho degradantes, aquelas que não considerem a preeminência do homem em qualquer processo produtivo. Como há dito Villagrasa:

> O denominado desenvolvimento sustentável pretende compaginar e racionalizar o equilíbrio entre os objetivos econômicos da produção industrial e a manutenção dos recursos naturais do planeta, em perspectiva de presente e

[85] *Op. cit.*, p. 21. Os autores acrescem (*op. cit.*, p. 79): "*La idea de desarrollo sostenible comporta en sí la exigencia de redefinir el concepto de progreso. Existe una ruptura radical con la ideología del progreso lineal y con el paradigma tecnológico y económico de la civilización industrial moderna tal como ha venido formulándose. Se apunta la necesidad de evitar el que se ha dado en llamar 'progreso destructivo'. El peligro procede de las desmesuradas proporciones de la civilización científico-técnica industrial. De lo que se trata es de conciliar la racionalidad científica con la democracia y la conservación de las personas y del medio ambiente*".

> de futuro, paliando as consequências negativas que os danos ambientais provocam sobre a biodiversidade ecológica (VILLAGRASA, 2011, p. 601).

O desenvolvimento comporta, em verdade, graus de sustentabilidade: quando a atividade econômica é imprescindível e o risco à saúde ou integridade física do trabalhador é tolerável, o sistema jurídico promove a mera monetização do dano potencial à condição humana e assegura, assim, o pagamento de adicionais de insalubridade ou periculosidade que servem de estímulo à adoção de meios que neutralizem ou eliminem a adversidade; quando o risco à higidez física do trabalhador sobeja níveis razoáveis de tolerância, inibe-se a atividade econômica[86], ou se a interdita[87], pois mais forte que o valor do trabalho humano é o valor humano no trabalho.

Não em vão, o art. 170 da Constituição brasileira preceitua que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, em conformidade com os ditames da justiça social. Não consente, como se nota, que se cogite de liberdade de empresa sem responsabilidade social.

3.2. Princípio da participação

O princípio da participação (MILARÉ, 1988) pode ser tido como a ação própria do cidadão e do Poder Público no sentido da participação na formulação das políticas ambientais, sendo seu exemplo clássico, o atendimento ao chamado às audiências públicas, onde os interessados manifestarão, positiva ou negativamente, a sua posição quanto ao programa, projeto, obra ou serviço posto em discussão.

Pode-se dizer que o cidadão deixa uma posição passiva, para uma de protagonista ou de partícipe-responsável. Para que seja possível a participação do cidadão, de forma clara, efetiva e consciente, é necessário que este seja e esteja informado acerca dos fatos envolvidos, ou seja, há a necessidade de atendimento ao direito à informação.

No Brasil, o art. 2º da Lei 10.650/2003 impõe aos órgãos e entidades da administração pública a obrigação de permitir o acesso de todos a documentos,

[86] Art. 160 da CLT.

[87] Art. 161 da CLT.

expedientes e processos administrativos que tratem de matéria ambiental e igualmente de prover todas as informações ambientais que tenham sob a sua guarda.

Quanto à participação dos sindicatos na regulamentação de medidas que protejam a incolumidade e a saúde do trabalhador, parece interessante observar como as duas entidades mais representativas dos trabalhadores espanhóis (UGT e CCOO-Comissões Obreiras) convergem acerca da própria inapetência. Luis Ezquera Escudero, coordenador técnico do Gabinete Jurídico da UGT *Cataluña* e doutor em Direito, anota que tanto a normativa comunitária[88] quanto a nacional[89] preveem o direito à informação, participação e acesso à justiça como direitos ambientais de todos os cidadãos e organizações que os representam, mas, na sequência, afirma Escudero que não há a devida participação no processo produtivo das empresas porque "o Direito Laboral não contempla de forma expressa, quer seja o direito a alguma informação específica sobre meio ambiente na relação com a empresa, quer sejam alguns conteúdos mínimos na negociação coletiva sobre essa matéria" (ESCUDERO, 2011, p. 142).

Também Manuel Garí Ramos (2011, p. 151), diretor da Área de Meio Ambiente do Instituto Sindical de Trabalho, Ambiente e Saúde (ISTAS) das Comissões Obreiras, também lamenta o fato de que "o movimento obreiro e os sindicatos não foram conscientes até tempos muito recentes do problema ambiental [...]. Hoje estamos ante um problema ecológico muito maior, mas ainda é possível inverter a direção dos ventos. Para isso é necessário reconstruir e enriquecer o discurso sindical".

Em sentido diverso, mas parecendo situar-se no plano estritamente programático, Monereo e Rivas sinalam a propósito da mesma experiência espanhola:

> [...] a mesma ideia de autorregulação social voluntária através da responsabilidade social da empresa tem penetrado na negociação coletiva em todos os níveis. Assim, é disso expoente a regulação contida no capítulo VIII ('Responsabilidade Social das Empresas') do Acordo Interconfederal para a negociação coletiva 2007. Em termos de declaração de objetivos a perseguir se indica o seguinte: a introdução de práticas de responsabilidade social nas empresas constitui para as organizações empresariais e sindicais um sério compromisso e esforço complexo que há de contar com o maior grau de implicação e de consenso. Os compromissos e as práticas que aconteçam sob a rubrica da responsabilidade social devem contribuir para modernizar,

[88] O articulista se refere ao *Sexto Programa de Acción Comunitario en Materia de Medio Ambiente*. Decisão 1600/2002/CEE, de 16 de julho.

[89] Refere-se o autor à *Estrategia Española de Desarrollo Sostenible*, ano 2007, que em seu capítulo de *Actuaciones* contempla, entre outros, o fomento do diálogo social, apoiando expressamente o associacionismo empresarial e sindical.

> favorecer e melhorar a eficiência e a competitividade de nosso tecido produtivo sem questionar a função da empresa de criar riqueza e emprego (RIVAS, 2010, p. 30).

Caso se considerem apenas as cláusulas concernentes à saúde e à segurança do trabalhador (não obstante o ambiente de trabalho abarque outros direitos, inclusive de conteúdo pecuniário, que concorrem para a harmonia do *habitat* laboral), no Brasil o problema da omissão sindical se repete, pois as convenções e acordos coletivos referem-se, não raro, apenas a vantagens puramente econômicas.

Sem embargo, a Norma Regulamentadora 7 do Ministério do Trabalho e Emprego, quando impõe o Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional, permite que os parâmetros e diretrizes que visam à promoção e à preservação da saúde do conjunto dos trabalhadores sejam ampliados por negociação coletiva[90]. A Norma Regulamentadora 9 do MTE fixa, a seu turno, a obrigação de a empresa instituir o Programa de Prevenção de Riscos Ambientais e, além de também abrir a ampliação do PPRA por meio de normas coletivas[91], regula a participação dos trabalhadores na elaboração, implantação e execução do mencionado programa[92].

3.3. Princípio da Cooperação

O princípio da cooperação, apesar de assemelhar-se com o princípio da participação, com ele não se confunde, uma vez que a cooperação pressupõe a conjugação de esforços para o atingimento de um objetivo comum, enquanto que a participação, traz a ideia de mera ação.

O princípio da cooperação é importante na medida em que o meio ambiente não encontra fronteiras, ou seja, por exemplo, a fumaça que é proveniente da queima de lixo no terreno do seu vizinho pode não ficar adstrita às limitações daquele local, pois, a depender da direção do vento, ela poderá ser sentida dentro da sua residência. Exemplos como esse podem ser alçados à esfera internacional, como os paradigmáticos casos *Smelter-Trail* ou o "*Papeleras*", na América do Sul.

[90] Item 7.1.2 da NR 7.

[91] Item 9.1.4 da NR 9.

[92] Itens 9.1.2 e 9.4.2 da NR 9.

Assim, o cerne do princípio da cooperação está calcado na ideia de que os diversos atores envolvidos na proteção dos recursos naturais devam cooperar nesse sentido, somando forças e dividindo responsabilidades para que se alcance o desenvolvimento sustentável, este tendo como norte o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, deve haver uma cooperação, por exemplo, entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público Estadual, entre o Ministério de Minas e Energia e o Ministério do Meio Ambiente, entre o Poder Público e o particular.

Acerca desse princípio tem-se que:

> Uma das áreas de interdependência entre as nações é a relacionada com a proteção do ambiente, uma vez que as agressões a ele infligidas nem sempre se circunscrevem aos limites territoriais de um único país, espraiando-se também, não raramente, a outros vizinhos (por exemplo, a chuva ácida produzida pela indústria do norte dos Estados Unidos afeta rios e lagos no Canadá; a poluição do mar em certo ponto, levada pelas correntes marinhas, pode afetar as cadeias da vida muito longe dali) ou ao ambiente global do Planeta (por exemplo, emissão indiscriminada de poluentes atmosféricos, provocadores do conhecido "efeito estufa"). O meio ambiente não conhece fronteiras, embora a gestão de recursos naturais possa – e, às vezes, deva – ser objeto de trados e acordos bilaterais e multilaterais. É o que se convencionou chamar, na lapidar expressão de Álvaro Mirra, de "dimensão transfronteiriça e global das atividades degradadoras exercidas no âmbito das jurisdições nacionais (MILARÉ, 2004, p.151).

O princípio da cooperação se encontra ainda mais alvissareiro na realidade laboral, dado que atrai a responsabilidade dos titulares da empresa e dos entes coletivos, inclusive de sindicatos e associações profissionais, quanto à defesa da saúde e segurança do trabalhador. Aponta Amparo Garrigues Giménez (2011, p. 381) que "os sistemas mais avançados de gestão de organizações (e, por conseguinte, de gestão empresarial) operam sob a premissa da *qualidade total de produtos e processos*, através de *sistemas de gestão integral e integrada* dos distintos vetores estratégicos: qualidade, meio ambiente, saúde laboral, responsabilidade social corporativa [...], segurança da informação, gestão da inovação ou gestão do conhecimento".

Após citar alguns sistemas de normatização e certificação[93], a professora Amparo observa:

> E eis que a atuação política e normativa, tanto europeia como interna, vêm configurando a prevenção de riscos laborais, enquanto dever empresarial,

[93] ISO 9001:2008, ISSO 14001:2004, ISSO 27001 e outros.

> como *atividade* (sucessão e conjunção de obrigações tendentes à realização dessa 'proteção eficaz' devida ao trabalhador) e sobretudo, e cada vez com maior intensidade, como *atitude* empresarial. Com efeito, a prevenção de riscos laborais, em sua dimensão *atitudinal*, supõe a interiorização por parte da empresa da necessidade de conceber, traçar, implantar e implementar *um processo produtivo seguro*, o que não é possível senão desde a integração a esse processo das exigências de segurança e saúde [...] (GARRIGUES, 2011, p. 381).

Por outro lado, o Livro Verde da Comissão Europeia inclui, no tópico relativo ao fomento de um marco europeu para a responsabilidade social das empresas em sua dimensão interna, a saúde e segurança do local de trabalho. Conforme Monereo e Rivas (2010, p. 30), "trata-se de incentivar ações voluntárias com caráter complementar da normativa legal, e não com caráter substitutivo".

3.4. Princípio da prevenção

Como se reiterará adiante, a *prevenção* atua quando os riscos são conhecidos e, pelo fato de serem previsíveis, devem ser evitados. Distingue-se da *precaução*, que incide nas hipóteses de ignorância ou incerteza acerca dos riscos ambientais.

E deve ser assim sobretudo porque os danos ambientais são comumente irreversíveis e irreparáveis, ou não inteiramente reparáveis. Celso Fiorillo (2010, p. 111) propõe que nos perguntemos: Como recuperar uma espécie extinta? Como erradicar os efeitos de Chernobyl? De que forma se restitui uma floresta milenar que se tenha devastado e abrigava milhares de ecossistemas diferentes, cada qual com um papel essencial na biosfera? No ambiente de trabalho, à semelhança do que há sucedido na Espanha[94], a prevenção dos riscos laborais se acha tradicionalmente regulada por normas

[94] Vid. Monereo y Rivas, *op. cit.*, p. 22. Os autores observam: "[…] *el derecho medioambiental se ha limitado a regular el medioambiente 'externo', excluyendo todo el campo de la prevención de riesgos laborales en el interior de la empresa. Pero no sólo estamos ante dos disciplinas diferenciadas –lo cual tiene comprensible y atendible lógica histórica y funcional, dado el carácter diferenciado de su objeto y de los bienes jurídicos objeto de tutela o tutelados–, sino ante dos ramificaciones del ordenamiento jurídico que en gran medida han tendido a ignorarse mutuamente, rehusando un necesaria coordinación en el marco de una serie de principios y reglas mínimas compartidas. Ello ha supuesto el efecto, no poco paradójico, de que el Derecho medioambiental no incida –al menos directamente– en el campo de las relaciones de producción, y, por consiguiente, de las relaciones laborales. […] Cuestión distinta es que la regulación medioambiental general incida, como lo hace efectivamente, en el campo de la producción misma, toda vez que la mayor parte de los factores de riesgo contaminantes del medio ambiente 'externo' a la propia empresa se localizan precisamente dentro de la organización productiva.*

distintas daquelas que mais recentemente inauguraram o direito ambiental como uma disciplina autônoma e quiçá ubíqua, por compreender todas as disciplinas jurídicas preexistentes.

As normas de prevenção de riscos laborais remontam quase à era em que desvelado o direito social, pois não por acaso as primeiras convenções da Organização Internacional do Trabalho se dedicaram à questão sempre candente dos acidentes de trabalho. Luis Enrique de la Villa Gil (2006, p. 971) ressalta que, criada em 1919, a OIT estabeleceu prontamente garantias para o seguro contra a enfermidade na indústria, comércio e serviço doméstico (Convenção 24 de 1927), na agricultura (Convenção 25 de 1927), além de outras[95] que se destinam à proteção dos acidentes de trabalho e doenças ocupacionais.

No Brasil, o Capítulo V da CLT estabelece regras de proteção e prevenção de riscos laborais e o Ministério do Trabalho e Emprego tem a atribuição suplementar de regulamentar as normas de saúde e segurança[96]. A Portaria 3214, de 1978[97], especifica as medidas de proteção individuais e coletivas que devem ser adotadas pelos empresários com vistas a prevenir os acidentes e enfermidades laborais, além de detalhar os limites de tolerância que podem ser suportados pelos trabalhadores e os adicionais de remuneração devidos sempre que esses limites são excedidos.

O Superintendente Regional, que é a autoridade com delegação do Ministério do Trabalho e Emprego em cada unidade da Federação, tem o poder de interromper o manejo de máquinas ou interditar atividades em estabelecimentos empresariais nos quais encontre

---

La protección medioambiental en la dimensión interna acabará, significativamente, incidiendo también en una mejora de las condiciones de seguridad y salud del ambiente de trabajo, y […] la mejora del ambiente de trabajo redundará en una mejora del ambiente externo a la empresa". […] Se ha de imponer una coordinación internormativa dentro de un ordenamiento jurídico que debe basarse en la unidad, coherencia y eficiencia de las políticas de Derecho encaminadas a proteger el medio ambiente general y el ambiente de trabajo en particular."

[95] Convenção 17 de 1925, Convenção 42 de 1934, Convenção 56 de 1936, Convenção 70 de 1946, Convenção 115 de 1960, Convenção 148 de 1977 etc. Sebastião Geraldo de Olveira enumera, como convenções da OIT que tratam direta ou indiretamente da saúde do trabalhador, as seguintes: a) ratificadas pelo Brasil: as Convenções 103, 115, 127, 134, 136, 139, 148, 152, 155, 159, 161, 162, 163, 167, 170, 171, 174, 176 e 182; b) não ratificadas pelo Brasil: as Convenções 121, 184 e 187 (Oliveira, Sebastião Geraldo. *Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador.* São Paulo: LTr, 2011, p. 87).

[96] Art. 200 da CLT.

[97] Disponível em: http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/63/mte/1978/3214.htm

riscos graves e iminentes ao trabalhador. A interdição pode ser inclusive promovida por auditores fiscais, segundo a jurisprudência que se formou no âmbito do Superior Tribunal de Justiça[98].

Por sua vez, o Ministério Público do Trabalho tem promovido ações coletivas com o objetivo de obrigar as empresas à implantação de medidas de prevenção não previstas em normas estatais. Por exemplo, a Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho decidiu que era válida lei estadual que impunha às instituições bancárias um sistema de segurança que compreendia a instalação de portas giratórias eletrônicas, vidros laminados e circuitos internos de televisão nas suas agências[99]. Noutra decisão emblemática, a Segunda Turma do TST ordenou que se assegurasse a carvoeiros equipamentos de proteção individual e também equipamentos que proporcionam dignidade às condições laborais (cama, colchões, água potável e instalações sanitárias)[100].

Aspecto relevante da prevenção é o que se extrai da Súmula 289 do TST, segundo o qual "o simples fornecimento do aparelho de proteção pelo empregador não o exime do pagamento do adicional de insalubridade. Cabe-lhe tomar as medidas que conduzam à diminuição ou eliminação da nocividade, entre as quais as relativas ao uso efetivo do equipamento pelo empregado". Sem a real utilização dos equipamentos o empregador não se desonera da obrigação de pagar o adicional de insalubridade.

3.5. Princípio da precaução

A melhor expressão do princípio da precaução talvez seja o art. 15 da Declaração das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (Rio de Janeiro, 7 de maio de 1992): "Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental". Observam Monereo e Rivas:

[98] STJ, 2ª Turma, REsp 916334/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 31/08/2009.

[99] TST, 3ª Turma, RR 186700-23.2001.5.03.0008, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, DJ 21/10/2005.

[100] TST, 2ª Turma, RR 148840-63.2005.5.03.0067, Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva, DJ 16/06/2010.

> O princípio da precaução em matéria ambiental e preventiva se diferencia do princípio da prevenção porque o primeiro exige adotar medidas que reduzam a possibilidade de sofrer um dano ambiental grave apesar de que se ignore a probabilidade precisa de que ele ocorra, enquanto o princípio da prevenção obriga a tomar medidas dado que se conhece o dano ambiental que se pode produzir (RIVAS, 2010, p. 23).

A relação entre as medidas preventivas e aquelas mais propriamente de precaução, longe de ser excludente, mostra-se integrativa ou complementar. No ambiente laboral, as medidas de prevenção se manifestam sempre que a ciência evidencia a causalidade entre determinadas condições de trabalho e certas enfermidades – em lugar de prevalecer a lógica econômica, convertendo-se a expectativa de morbidez em um custo monetário, prefere-se prevenir o dano mediante a implementação de medidas que, se encarecem a produção, têm o ingente desiderato de preservar a saúde ou, por fortuna, a vida do trabalhador.

Um debate que ilustra o avanço desde a prevenção até a precaução, a propósito de matéria que envolve também interesse laboral, se encontra nos processos judiciais acerca do uso do amianto ou asbesto no Brasil. A saber, asbesto é o nome adotado para seis materiais fibrosos (grunerita, crisotila, riebeckita, tremolita, bisolita e antofilita) que se acham na natureza e apresentam interessantes propriedades com baixo custo de extração.

Tem-se utilizado o amianto para incontáveis aplicações industriais ou na composição de inúmeros produtos manufaturados, inclusive como material de construção (telhas, azulejos, cimento), em insumos da indústria automobilística (embreagem, freio, componentes de transmissão) e da indústria têxtil (seu efeito isolante e sua resistência ao calor e a chamas o fazem útil na indumentária dos bombeiros e em equipamentos de proteção individual), em embalagens e revestimentos, tintas, talco etc. À exceção da crisotila, todas as formas de amianto são muito resistentes aos ácidos e aos álcalis e todas se decompõem a altas temperaturas (800/1000 °C), daí por que usadas para a proteção ignífuga de estruturas metálicas, trajes de bombeiros etc[101].

Na Europa, a Directiva 1999/77 da União Europeia, "considerando que ainda não foi identificado o nível mínimo de exposição abaixo do qual o crisótilo de amianto não

[101] Informações disponíveis em http://es.wikipedia.org/wiki/Asbesto. Accedido el 30/10/2011.

produz riscos cancerígenos"[102], proibiu todas as formas de amianto, inclusive a crisotila, a partir de 2005. Mesmo antes de essa proibição vigorar, a Espanha proscreveu a comercialização e utilização de todas as variedades do amianto desde dezembro de 2001[103].

Também se anteciparam à citada directiva, banindo logo todas as formas de amianto, a Alemanha, a Áustria, a Bélgica, a Dinamarca, a Finlândia, a França, a Grã Bretanha, a Itália, a Noruega, a Polônia, os Países Baixos, a República Tcheca, a Suécia e a Suíça. Tal banimento igualmente se deu na Arábia Saudita, na Argentina, no Chile, nos Emirados Árabes, na Eslovênia e na Nova Zelândia. Estados Unidos enceta gradualmente a proibição do amianto, desde 1989, e o Canadá foi um dos primeiros países a proibir o amianto branco, apesar de ser um dos seus principais exportadores (junto com Zimbábue, China, Rússia e Brasil) para países em desenvolvimento[104].

A questão é mais candente no que toca ao crisotila, ou amianto branco, que é a fibra de amianto de maior utilização e representa 94% da produção mundial. A indústria do fibrocimento é o principal usuário da crisotila, o que equivale a 85% do uso total (MENDES, 2012).

O Brasil ratificou em 1991 a Convenção 162 da OIT[105], que impõe a obrigação de incluir na legislação nacional medidas de prevenção e controle dos riscos à saúde devidos à exposição profissional ao asbesto, e logo se editou entre nós a Lei 9.055, de 1955, que proibiu a utilização industrial e a comercialização de algumas variedades do amianto pertencentes ao grupo das anfibólicas[106], mas autorizou a extração e utilização do tipo crisotila, ou amianto branco.

---

[102] *Vide* http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31999L0077:PT:HTML

[103] A proibição se deu mediante Ordem de 7 de dezembro de 2001, a qual modificou o anexo I do Real Decreto 1406/1989, de 10 de novembro, conforme publicação no BOE número 299 de 14 de dezembro.

[104] Dados disponíveis em René Mendes, *op. cit.*, e em http://es.wikipedia.org/wiki/Asbesto, acesso em 25/9/2012.

[105] Ratificação da Convenção 162 da OIT pelo Decreto Executivo 126, publicado no DOU de 23/5/1991.

[106] Art. 1º da Lei 9.055, de 1 de junho de 1995: É vedada em todo o território nacional: I - a extração, produção, industrialização, utilização e comercialização da actinolita, amosita (asbesto marrom), antofilita, crocidolita (amianto azul) e da tremolita, variedades minerais pertencentes ao grupo dos anfibólios, bem como dos produtos que contenham estas substâncias minerais; II - a pulverização (spray) de todos os tipos de fibras, tanto de asbesto/amianto da variedade crisotila como daquelas

A transigência do Brasil em relação a essa espécie certamente resultou de estudos desenvolvidos ao início da década de 90 por pesquisadores canadenses que concluíram ser menos nocivo o amianto branco, dado que as investigações informavam os tipos anfibólicos – entre os quais não se inclui o crisotila – como os mais presentes em cânceres de pulmão.

O Conselho Nacional do Meio Ambiente, por meio das Resoluções n. 307/2002 e 348/2004, classificam os resíduos da construção civil, que apresentem fibras de amianto como perigosos à saúde humana, como elementos da "Classe D", sendo necessária a sua disposição em aterro industrial apropriado para lixo perigoso (VIANA, 2009).

Todavia, antigas e novas pesquisas comprovariam a presença exclusiva ou predominante da fibra do amianto branco, o crisotila, em pessoas que adoeceram com placa pleural ou mesotelioma (MENDES, 2012).

A autorização para que se produza e comercialize o amianto branco no Brasil causou a imediata reação de algumas entidades da Federação (Mato Grosso do Sul, São Paulo e Pernambuco), as quais proscreveram igualmente o amianto crisotila no âmbito de seus territórios, por meio de leis estaduais cuja validade foi impugnada no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

A reação dos atores sociais e da comunidade jurídica bem diz sobre o desassossego que a matéria em todos provoca: por um lado, a Associação Nacional do Transporte de Cargas e Logística intentou arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF 234) contra o Governador do Estado de São Paulo, porque obstaculizado o transporte dos produtos do amianto na região geográfica correspondente ao estado paulista; também a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria propôs ação direta de inconstitucionalidade (ADI 3937), visando impugnar a eficácia da lei paulista vedadora do comércio do amianto, e o Governador do Estado de Goiás ajuizou ações diretas de inconstitucionalidade contra a mesma lei paulista (ADI 2656/SP) e contra a lei sul-mato-grossense (ADI 2396/MS), logrando êxito em sua tentativa de obter a ineficácia de leis que, embora emanadas em outros estados, repercutiam na economia de Goiás. A ementa que corresponde à primeira dessas ações é elucidativa:

naturais e artificiais referidas no art. 2º desta Lei; III - a venda a granel de fibras em pó, tanto de asbesto/amianto da variedade crisotila como daquelas naturais e artificiais referidas no art. 2º desta Lei.

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI PAULISTA. PROIBIÇÃO DE IMPORTAÇÃO, EXTRAÇÃO, BENEFICIAMENTO, COMERCIALIZAÇÃO, FABRICAÇÃO E INSTALAÇÃO DE PRODUTOS CONTENDO QUALQUER TIPO DE AMIANTO. GOVERNADOR DO ESTADO DE GOIÁS. LEGITIMIDADE ATIVA. INVASÃO DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO. 1. Lei editada pelo Governo do Estado de São Paulo. Ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Governador do Estado de Goiás. Amianto crisotila. Restrições à sua comercialização imposta pela legislação paulista, com evidentes reflexos na economia de Goiás, Estado onde está localizada a maior reserva natural do minério. Legitimidade ativa do Governador de Goiás para iniciar o processo de controle concentrado de constitucionalidade e pertinência temática. 2. Comercialização e extração de amianto. Vedação prevista na legislação do Estado de São Paulo. Comércio exterior, minas e recursos minerais. Legislação. Matéria de competência da União (CF, artigo 22, VIII e XIII). Invasão de competência legislativa pelo Estado-membro. Inconstitucionalidade. 3. Produção e consumo de produtos que utilizam amianto crisotila. Competência concorrente dos entes federados. Existência de norma federal em vigor a regulamentar o tema (Lei 9055/95). Conseqüência. Vício formal da lei paulista, por ser apenas de natureza supletiva (CF, artigo 24, §§ 1º e 4º) a competência estadual para editar normas gerais sobre a matéria. 4. Proteção e defesa da saúde pública e meio ambiente. Questão de interesse nacional. Legitimidade da regulamentação geral fixada no âmbito federal. Ausência de justificativa para tratamento particular e diferenciado pelo Estado de São Paulo. 5. Rotulagem com informações preventivas a respeito dos produtos que contenham amianto. Competência da União para legislar sobre comércio interestadual (CF, artigo 22, VIII). Extrapolação da competência concorrente prevista no inciso V do artigo 24 da Carta da República, por haver norma federal regulando a questão (STF, ADI 2656, RELATOR MIN. MAURÍCIO CORRÊA, TRIBUNAL PLENO, JULGADO EM 08/05/2003, DJ 01-08-2003).

Por lado outro, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho e a Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho propuseram ação direita de inconstitucionalidade (ADI 4066) em que pedem a revogação do art. 2º da Lei 9.055/1995, que permite a exploração comercial e industrial do amianto branco (crisotila)[107]. As entidades associativas sustentam que a lesividade da crisotila à saúde humana, mesmo em parâmetros controlados, é notoriamente constatada por estudos científicos. Ao fim de agosto de 2012, por designação do Ministro Marco Aurélio, o Supremo Tribunal Federal designou audiência pública para ouvir depoimentos contrários ou favoráveis à produção e comercialização do amianto branco.

Hoje em dia, não se reconhece uma quantidade mínima de asbesto abaixo da qual a exposição possa considerar-se segura, como observou o Comitê Científico de

[107] Petição inicial e movimento processual disponíveis em: http://tinyurl.com/zvtbup5, acesso em 25/9/2012.

Toxicidade, Ecotoxicidade e Ambiente[108], em parecer decisivo para a edição da Directiva 1999/77/CE, no âmbito da União Europeia. Vale dizer, inexiste certeza de que as fibras microscópicas do amianto branco não se desprendam e, sem dissolver-se ou evaporar porque a sua natureza o impede, ingressem no pulmão por meio de uma simples aspiração em ambiente contaminado.

A incidência do princípio da precaução – haja vista a ignorância ou incerteza acerca da causalidade – desafia os postulados ascéticos da economia e contempla a prevalência dos valores humanitários. A produção e a circulação de riqueza não devem ser obscurecidas na ponderação de valores que caberá à corte constitucional, parecendo truísmo dizer sobre os reflexos normalmente positivos que a atividade produtiva gera no bem-estar dos grupos humanos que nela se envolvem, ou dela se beneficiam materialmente.

Contudo, e noutra perspectiva, a preeminência de mencionado princípio do direito ambiental, o princípio da precaução, conspira irresistivelmente para o alinhamento da ordem jurídica nacional com as referências empíricas, axiológicas e dogmáticas do direito comparado, além de promover a concretização do princípio constitucional da dignidade humana, segundo a digressão conceitual de Kant: as coisas têm preço e por isso são meio; os homens têm dignidade e são o fim de todas as medidas, de todas as coisas. O Supremo Tribunal Federal terá, no Brasil, a última palavra.

Conclusões

O mundo passou, e ainda passa, por profundas mudanças ecológicas causadas em decorrência, mas não exclusivamente, do modo de produção implementado pela sociedade, fazendo com que, em diversos locais os desequilíbrios do meio ambiente causem prejuízos de enorme monta para a coletividade, prejudicando, sobremaneira a situação do trabalhador no local onde exerce suas funções diárias.

De outro turno, pode-se afirmar que a progressiva ampliação de conteúdo dos direitos fundamentais – desde sua acepção inicial, relacionada com o bloco de direitos de

[108] Informações constantes dos considerandos da Directiva 1999/77 e disponíveis em: http://tinyurl.com/h2fsm6r, acesso em 23/9/2012.

liberdade, até a incorporação dos direitos sociais e mais recentemente da proteção ao meio ambiente como direito de todos, e a todos oponível – remete à necessidade de incluir a titularidade dos bens da vida, integrantes do ambiente de trabalho, no rol de interesses afetos aos princípios do desenvolvimento sustentável, da participação, da prevenção e da precaução, que informam o direito ambiental.

A sustentabilidade do desenvolvimento econômico faz a conservação da natureza e o bem-estar do trabalhador ingressarem no leque de pressupostos e desideratos da atividade produtiva.

A participação das entidades sindicais na definição de medidas de proteção ao trabalho humano é uma recomendação que os ordenamentos jurídicos normalmente contemplam, mas sem reflexo significativo na experiência dessas associações.

A prevenção contra o dano ambiental é um princípio jurídico que pressupõe o conhecimento científico sobre o mal que um determinado fator ou substância promove contra a biosfera, inclusive contra o equilíbrio ecológico no *habitat* laboral, exigindo a implementação de medidas que neutralizem ou eliminem a nocividade.

A precaução é princípio correlato, que também reclama a adoção de medidas regulatórias ou inibitórias da atividade produtiva, mas prescinde da certeza científica acerca da relação causal entre o agente supostamente ruinoso e o dano ambiental que dele presumivelmente deriva. Promove-se à categoria de valor jurídico a fundada suspeita de nocividade, devolvendo-se ao homem e à natureza o protagonismo condizente com a dignidade humana.

Assim, o reconhecimento, a definição e a consolidação do direito fundamental do trabalhador ao meio ambiente do trabalho ecologicamente equilibrado é providência que urge, uma vez que, tal fato nada mais é do que o reconhecimento da evolução dos direitos fundamentais e das garantias do trabalhador.

4. Referências

BARBIERI, José Carlos. GESTÃO AMBIENTAL EMPRESARIAL: conceitos, modelos e instrumentos. 2 ed. São Paulo,SP: Saraiva, 2007.

BARROS, Cássio Mesquita. M. **Saúde e Segurança do Trabalhador – Meio Ambiente de Trabalho**. Disponível em: http://www.mesquitabarros.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=3

1%3Asaude-e-seguranca-do-trabalhador-meio-ambiente-de-trabalho&catid=7%3Aartigos&Itemid=3&lang=pt. Acesso em 30/10/2011

DE LA VILLA GIL, Luis Enrique. "El Derecho a la Salud, Universal e Inaprensible". Em: **Las Transformaciones del Derecho del Trabajo en el Marco de la Constitución Española**. Coordenação de Casas Baamonde, M.E., Durán López, F., Cruz Villalón, J. Tradução livre. Madri: La Ley, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves Delgado. **Constituição da República e direitos fundamentais:** dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2012

DELLAPENNA, Joseph W; GUPTA, Joyeeta. The Evolution of Global Water Law. in **The Evolution of the Law and Politis of Water**, 2009, Springer Editors.

ESQUERRA ESCUDERO, Luis. "La importancia de los riesgos ambientales y la salud laboral en las empresas. Visión sindical". Em: **La Prevención de riesgos medioambientales en el ámbito de las relaciones de trabajo**. Coordenação de José Luis Monereo Pérez e Pilar Rivas Vallejo. Tradução live. Madri: Editorial Comares, 2011.

FARIAS, Talden Queiroz. MEIO AMBIENTE DO TRABALHO. **Revista Direito e Liberdade**, v. 6, n. 2, p. 443–462, jun. 2007. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/117>. Acesso em: 8 fev. 2015.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2010

FREITAS, Vladimir Passos. **Crimes contra a natureza**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GARÍ RAMOS, Manuel. "Acción sindical en materia de medio ambiente: CCOO". Em: **La Prevención de riesgos medioambientales en el ámbito de las relaciones de trabajo**. Coordenação de José Luis Monereo Pérez e Pilar Rivas Vallejo. Tradução livre. Madri: Editorial Comares, 2011.

GARRIGUES GIMÉNEZ, Amparo. "La gestión de la prevención de riesgos laborales: organización de la prevención". Em: **La Prevención de riesgos medioambientales en el ámbito de las relaciones de trabajo**. Coordenação de José Luis Monereo Pérez e Pilar Rivas Vallejo. Madri: Comares, 2011.

GRANZIERA, M. L. M. **Direito Ambiental**. São Paulo: Atlas, 2009

LOVELOCK, James. **A vingança de Gaia**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2006.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro.** 21 ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2013.

_____. Direito Ambiental Brasileiro. 10 ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, R. **Asbesto (amianto) e doença:** revisão do conhecimento científico e fundamentação para uma urgente mudança da atual política brasileira sobre a questão. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/csp/v17n1/4057.pdf. Acesso em 25/9/2012

_____. **Efeitos da inalação de fibras de asbesto (amianto) sobre a saúde humana**: estado atual do conhecimento e fundamentação científica para uma política de priorização da defesa da vida, da saúde e do meio-ambiente. Disponível em: http://pt.scribd.com/doc/59314623/efeitos-saude-amianto-1. Acesso em 25/9/2012

UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. **Keeping track of our changing environment**: from Rio to Rio+20 (1992-2012). United Nations Environment Programme, Nairobi. Published October 2011. Disponível em: http://www.unep.org/GEO/pdfs/Keeping_Track.pdf. Acesso em 15.02.2016.

KISSLER, L. ; HEIDEMANN, F. G. . **Governança Pública: novo modelo regulatório para as relações entre Estado, Mercado e Sociedade?.** Revista Brasileira de Administração Pública, Rio de Janeiro/RJ, v. 40, n. 3/2006, p. 479-499, 2006.

MELO, Sandro Nahimas. Meio Ambiente do Trabalho: Direito Fundamental. LTr, 2001. <http://www.pos.uea.edu.br/data/area/hileia/download/1-1.pdf#page=152>. Acesso em 15 nov. 2014.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente.** 8. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Direito do ambiente**: doutrina, jurisprudência, glossário. 3 ed. São Paulo: RT, 2004.

_____. Princípios fundamentais do direto do ambiente. **Revista Justitia**. São Paulo, n. 59 (ed. 181/184), jan/dez. 1988.

MONEREO PÉREZ, José Luis, RIVAS VALLEJO, Pilar. **Prevención de Riesgos Laborales y Medio Ambiente.** Granada: Comares, 2010, p. 17.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho:** história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves. **Direito ambiental**: difusos e coletivos. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. **Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador**. São Paulo: LTr, 2011.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Organização: Paula Yone Stroh. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 2.a ed., São Paulo. Malheiros ed. 1998, p.2

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental.** 9. ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

VIANA, Maurício Boratto. **Dádiva ou maldição de um bem mineral:** o conflito entre o uso controlado e o seguro do amianto e o seu banimento total. Brasília: Câmara dos Deputados, 2009. Disponível em: <http://www2.camara.leg.bridocumentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottecitemal4/2009 10531.pdf>. Acesso em 10.02.2016

VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos. "Responsabilidad General". Em: **La Prevención de riesgos medioambientales en el ámbito de las relaciones de trabajo**. Coordenação de José Luis Monereo Pérez e Pilar Rivas Vallejo. Madri: Editorial Comares, 2011, p. 601

DELIMITANDO DIREITOS EM PROCESSOS COLETIVOS
A DEFESA DOS DIREITOS SOCIAIS

Diogo Palau Flores dos Santos

Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP. Mestre em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Advogado da União. Professor do Centro Universitário IESB.

Resumo: O presente artigo procura estabelecer elementos que propiciem uma correta identificação dos direitos sociais em processos coletivos. Em que pese os avanços teóricos e conceituais dos interesses e direitos coletivos, ainda persiste problemas práticos, que colocam em discussão as razões pelas quais se fundam os conflitos desse tipo, resultando em confusões práticas que tornam inexequíveis as decisões judiciais. Importa que haja uma revisão crítica dos institutos processuais de forma a permitir primeiramente identificar do ponto de vista prático o direito material em discussão para somente então se precisar os resultados práticos dos direitos coletivos.
Palavras-chave: classificação de direitos; processos coletivos.

Abstract: This papper seeks to establish elements that provide a correct identification of socials rights in collective processes. Despite the theoretical and conceptual advances the interests and collective rights, there is still practical problems , which put in discussion the reasons are based conflicts of this kind, pratical thoughts results that it does impossible decisions. There must be a critical review of procedural institutes to enable first identify the practical point of view the right stuff under discussion for only so if you need the practical results of collective rights.
Key-words: classification of rights; collective processes.

Sumário: I. Introdução. II. Revisão crítica dos institutos processuais: afinal para que serve o direito processual? III – Revisão crítica da classificação dos direitos em processos coletivos. IV – Em busca de um lugar seguro: tentativa de sistematização para a realização dos direitos sociais. V – Referências.

I – Introdução

Hodiernamente é relativamente incontroverso que se deva dar um tratamento coletivo para tipos de conflito que suscitam discussões judiciais. Já há bastante tempo que se percebeu que o processo civil "clássico" (expressão aqui utilizada para se referir à normatização desenvolvida basicamente com e a partir do Código de Processo Civil de 1973) não poderia servir de base para o tratamento de demandas que ultrapassam os interesses das pessoas individualmente consideradas.

Os “práticos do Direito” (expressão aqui utilizada para referir todos aqueles que trabalham com a aplicação de normas jurídicas para a solução de conflitos) já haviam percebido que os conceitos tradicionais da propalada “Teoria Geral do Processo” não encontravam suporte na realidade das demandas; a denominada “trilogia fundamental do processo”, que envolve o estudo da “ação”, “jurisdição” e “processo”, evidenciavam não garantir ao jurisdicionado que o direito vindicado fosse de fato efetivado e realizado por intermédio do Estado-Juiz.

Deve-se considerar que os práticos do Direito nem sempre possuíam essa percepção de forma nítida, considerando que se mantinha um nível de atuação cotidiana ainda com elementos das pressuposições acadêmicas acima referidas, onde de regra se buscava conciliar o processo civil clássico com as demandas que ultrapassavam os direitos individualmente considerados. Não havia espaço para uma abertura teórica dentro de um ambiente prático, porquanto o risco inexorável era exatamente o prejuízo da parte em juízo.

Da mesma forma, paralelamente a esse fenômeno (no sentido etimológico do termo, de *fai nomenon*, “algo que se apresenta”) é que surgem as discussões acadêmicas, não exatamente coincidentes temporalmente, mas que podem ser identificadas dentro de um mesmo corte de abordagem temática, qual seja a judicialização de demandas transindividuais. Nesse ponto é que entram as concepções desenvolvidas pelos “teóricos do Direito” para analisar as demandas que se apresentavam no sentido de solucionar conflitos de interesses que não poderiam ser identificados *a priori* ou que, embora o pudessem, não se poderia precisar com exatidão a extensão dos direitos adjacentes.

A dupla abordagem do fenômeno (prática e teórica) desencadeou resultados úteis à sociedade, como a edição da Lei da Ação Popular (Brasil, Lei 4.717, 1965), Lei da Ação Civil Pública (Brasil, Lei 7.34, 1985), Código do Consumidor (Brasil, Lei 8.078, 1990), Lei da Improbidade Administrativa (Brasil, Lei 8.429, 1992), Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, 1990), Lei da Pessoa Portadora de Deficiência (Brasil, Lei 7.853, 1989), Lei Protetiva dos Investidores do Mercado de Valores Mobiliários (Brasil, Lei 7.913, 1989) e Lei de Prevenção e Repressão às Infrações contra a Ordem Econômica - Antitruste (Brasil, Lei 8.884, 1994, hoje revogada pela Lei 12.529, 2011), que passaram a formar um propalado “sistema” de proteção coletiva de direitos. Entretanto, deve-se ressaltar que o ápice legislativo sem dúvida fora com o Código do Consumidor, principalmente ao enumerar as espécies de direitos em difusos, coletivos e individuais

homogêneos (art. 81, parágrafo único). Contudo, a perspectiva de se analisar o objeto com as perspectivas da Teoria Geral do Processo que encontra esteio no processo civil clássico acarretou numa aparente contradição de institutos jurídicos sem uma realização sensível dos direitos em discussão.

Com efeito, tornou-se lugar comum se criticar ou delimitar em que nível os institutos da legitimação, representação, efeitos e extensão da coisa julgada poderiam ser aplicados aos processos transindividuais. Uma das principais discussões seriam os problemas adjacentes de litispendência, porquanto já se consagrara como um postulado de que não haveria que se considerar que uma demanda individual seria igual a uma demanda coletiva. Um exemplo hipotético poderia bem ilustrar a problemática: um sindicato *X* de uma determinada categoria profissional de servidores públicos *Y* propõe uma demanda em face da União; paralelamente um servidor *Z* da mesma categoria profissional *Y* propõe uma demanda com os mesmos pedidos também em face da União. Nesse caso hipotético, trabalhando com os conceitos na forma clássica não haveria litispendência (art. 337, §1º, CPC/2015), porquanto as partes formalmente consideradas não são as mesmas; da mesma forma, não haveria litispendência, pois não haveria a ocorrência dessa situação em caso de comparação de processos coletivos e processos individuais (art. 104, CDC).

Em que pese o resultado teórico dessa abordagem seja bastante útil para a condução dos processos, uma vez que traduz um direcionamento bastante objetivo de como os tribunais devem agir, cria um problema prático de ordem substancial no caso de procedência dos pedidos em ambos processos, qual seja eventual pagamento em duplicidade pela União ao servidor *Z*, visto que os dois processos teriam o seguimento não obstacularizado. Nessa situação, poder-se-ia admitir que o servidor *Z* poderia inclusive escolher a melhor situação processual de acordo com os seus interesses, abrindo mão de um título executivo. Essa seria uma hipótese de se evitar constrangimentos práticos, mas que ainda precisaria passar pelo crivo de um refinamento da essência da defesa coletiva de direitos, conforme se pretende fazer neste trabalho.

Seja como for, é corrente na doutrina se analisar a situação processual de acordo com o resultado final do processo, sintetizada na expressão *secundum eventum litis*, que significa afirmar que, em caso de procedência dos pedidos haverá coisa julgada, sendo o comando do dispositivo imutável e *erga omnes*, ou seja, independentemente de terem participado formalmente da relação processual. Entretanto, em caso de improcedência

dos pedidos, tem-se que analisar uma outra particularidade: a sentença de improcedência ocorrera por falta de provas, não haverá coisa julgada, já se for por outro motivo que não a falta de provas, haverá a coisa julgada. No primeiro caso (falta de provas), outra ação civil poderia ser proposta, desde que fundada em novas provas. Pois bem, nesse cenário, no exemplo referido acima, se há uma decisão judicial na demanda proposta pelo sindicato X julgando improcedente os pedidos e uma decisão favorável na demanda ajuizada por Z, qual deveria prevalecer?

Em que pese haja elementos dogmático-epistêmicos (conforme se voltará a referir mais a frente) que procurem resolver o cenário acima, por exemplo, no sentido de que o pressuposto da existência de um processo coletivo é proteger os direitos e não impedir o seu exercício e que por essa razão deveria prevalecer a decisão individual, a situação não é tão simples de se revolver como se apresenta, porquanto haveria de fato uma decisão desfavorável para toda uma categoria, uma contradição entre duas coisas julgadas, que a Teoria Geral ainda não resolvera.

É bem verdade que há sérias controvérsias na doutrina sobre esse segundo problema (coexistência de coisas julgadas antagônicas), contudo, este não é o cerne do presente trabalho, mas sim, procurar revisitar de forma crítica a proteção coletiva de direitos de forma que haja uma adequada resposta prática.

II – Revisão crítica dos institutos processuais: afinal para que serve o direito processual?

A propalada Teoria Geral do processo representa uma tentativa de teorização e classificação de conceitos e institutos que seriam aplicáveis e utilizáveis de forma geral e abstrata em qualquer ordenamento jurídico. Evidencia-se, assim, uma concepção pretensamente científica que procura enunciar conceitos relacionados à função do Estado em solucionar conflitos coercitivamente.

Nesse sentido, esclarecem Henrique Araújo Costa e Alexandre Araújo Costa:

> Inspirados na Jurisprudência dos Conceitos germânica (também chamada de Escola Pandectística), os processualistas tipicamente partem do pressuposto de que a análise do direito positivo permite a identificação das categorias fundamentais do processo e que, uma vez devidamente esclarecidos esses conceitos, eles podem ser recompostos na forma de um sistema unitário e coerente de conhecimentos.
> Essa tendência à abstração universalizante se mostra especialmente forte no cuidado com que os juristas constroem definições rigorosas e estabelecem

> largos debates sobre os limites dessas conceituações, gerando uma infindável sequência de taxonomias: pressupostos processuais, condições da ação, tipos de sentenças, modalidades de provimentos judiciais etc. Nesses debates, não se busca apenas uma classificação dos elementos presentes em um direito positivo, mas a elaboração de categorias abstratas que deveriam orientar os legisladores na elaboração das leis processuais e os juízes no processo de aplicação. Assim, o discurso processual nunca se constituiu como uma mera explicação do direito vigente, pois ele sempre esteve envolvido na busca de parâmetros para o exercício adequado da legislação e da jurisdição (COSTA; COSTA, 2011).

Revela notar que os teóricos do direito processual utilizam os conceitos categorizados para o fim de analisar ou inspirar as reformas legislativas, num propósito nitidamente cientificizante, portanto, com pretensão de validade, para o fim de direcionar o acerto ou desacerto da empreitada normativa:

> Um reflexo dessa perspectiva é o fato de que os processualistas avaliam a qualidade das leis que reformam o sistema processual tomando como parâmetro a medida em que elas se amoldam ao quadro conceitual dominante, o que permite classificá-las como técnicas ou atécnicas. Curiosamente, é nesse enfoque prescritivo que se costuma identificar o caráter científico da teoria processual, pois essas concepções se apresentam como científicas na medida em que conformam um discurso dogmático prescritivo baseado na sistematização de certas categorias às quais se atribui uma validade universal, em virtude de seu pretenso caráter racional.
>
> As principais categorias que constituem esses sistemas conceituais são aquelas que integram a chamada trilogia estrutural: ação, jurisdição e processo. Mas várias outras categorias teóricas entram no mesmo espaço: lide, conflito e interesse, por exemplo. Entende-se que essas categorias não são determinadas pela experiência histórica, mas que elas mantêm uma forma definida ao longo da história. Portanto, os direitos positivos não as alteram, limitando-se a regular os modos de sua concretização em cada contexto social.
>
> Aqui, é evidente a influência do platonismo, que busca uma ciência das formas ideais, que permanecem na base da experiência, mesmo que os conteúdos sejam definidos por decisões políticas circunstanciais. Também é marcante a influência da perspectiva more geométrico de pensadores como Espinosa e Leibniz, que inspiram a posição formalista e sistemática dos pandectistas alemães, que tratam os conceitos como elementos independentes da realidade social em que afloram. O puro conceito, como os conceitos matemáticos, transcende a realidade em que ele é captado e constitui um elemento cuja permanência possibilitaria um conhecimento científico do direito (COSTA; COSTA, 2011).

A percepção de uma tentativa de cientificização de institutos processuais é também encontrada de forma geral nos sistemas de *civil law* através de seu desenvolvimento histórico de processos de codificação de normas jurídicas, porquanto, haveria um esforço de tornar textualmente normativo o que se desenvolvia na prática de solução de conflitos.

Exemplo dessa constatação é o ocorrera com o Direito Civil, conforme se verifica na argumentação de Ricardo Manuel Rojas ao analisar a influência da criação da ordem espontânea no Direito, com os problemas advindos do processo de codificação, porquanto se tiraria a essência da razoabilidade de se criar a norma no caso concreto:

> Originalmente, el derecho romano tuvo una evolución similar a la del common law anglosajón, desarrollada a partir de la solución de conflictos concretos por parte de los pretores, con el assesoramiento de los expertos em derecho. Esta tradición fue compilada y codificada por orden del emperador Justiniano em 533, incluyendo tópicos como el derecho de las personas, família, sucessiones, propriedad, responsabilidad por daños, enriquecimiento ilícito y contratos. La mayoría de los códigos civiles sancionados a partir del siglo XVIII trataron sustancialmente los mismo temas, y todos ellos fueron incluídos em ló que se dio em llamar el "derecho civil" (ROJAS, 2004, p. 84)

Ressalte-se que é a partir da inspiração das correntes filosóficas iluministas e racionalistas, surgiu o positivismo jurídico, mitigando hipóteses que deveriam ser propiciados pela interpretação a ser realizada de forma racional em cada situação de conflito:

> Esta concepción respecto de los Códigos tuvo como consecuencia necessaria al llamado "positivismo jurídic"', nacido em la convicción de que, al encarnar los códigos la totalidad de la sabiduría jurídica suscetible de ser alcanzada mediante la razón, constituían uma normatividad instrínsecamente perfecta y justa; por primera vez em la historia, razón y legislación positiva coincidían. Por ello se pretendia a toda costa evitar que mediante la interpretación de los textos legales se alterara esse desiderátum de perfección racional jurídica; de allí la conocida frase de Napoleón acerca de que toda interpretación a su código era 'suscetible de ideologia subversiva y principio de anarquía" (ROJAS, 2004, p. 97)

Pode-se afirmar que havia no processo de codificação uma abordagem pragmática de se encontrar soluções preestabelecidas para casos de conflitos considerando a experiência romanista; uma solução prática que fora utilizada para resolver um determinado caso passara a ser uma regra generalizante para casos futuros. Em que pese se possa identificar os problemas dessa empreitada, era o que se tinha como inspirador das correntes do início do século XIX, no sentido de se tentar construir uma ciência jurídica, apta a estabelecer categorias ideais e pretensamente universais:

> Tratava-se de um momento em que somente era reconhecida a cientificidade de conhecimentos que tratassem de objetos imutáveis, como as leis da física, da química e da biologia. Fora disso, haveria arte, haveria técnica, mas não haveria ciência propriamente dita. Por isso mesmo é que a chamada ciência do

> processo tem origem em uma tentativa de "absolutizar as instituições processuais, desligando-as de seus compromissos históricos". Essa perspectiva introduz no pensamento jurídico uma intensa busca por formalização, já que a forma seria o elemento permanente e universal dos objetos empíricos.
> Nesse quadro, as múltiplas contingências do processo histórico somente se mostram inteligíveis na medida em que elas são apreendidas por meio das formas que estruturam a realidade. Assim como a química era uma ciência analítica que decompunha a matéria em elementos mais simples para compreender as suas relações, a ciência jurídica deveria decompor o direito em seus elementos constitutivos (os conceitos), com o objetivo de identificar os elementos fundamentais que estruturam a forma da realidade. Esse projeto gerou uma profunda revisão dos conceitos jurídicos, que adquiriram um patamar até então desconhecido de rigor e precisão.
> Atualmente, tendemos a compreender que isso foi uma mudança no próprio discurso jurídico, que passou a ser mais rigoroso e sistemático. Naquele momento, porém, os juristas consideravam que estavam descobrindo os conceitos fundantes, desvendando a estrutura formal do direito e desenvolvendo sistemas de conhecimento que refletiriam a própria sistematicidade do mundo. A veracidade das proposições jurídicas era apresentada como uma decorrência do rigor na definição das categorias teóricas, que deveriam ser válidas de maneira universal, em virtude de seu caráter formal. Por se tratar de conceitos racionais percebidos pela razão, poderíamos pressupor que eles se encontram concatenados em um sistema coerente de princípios. Com isso, seguiríamos a intuição sistêmica de Hegel, para quem tudo que é racional é real, de tal modo que, se um conceito é racionalmente necessário para explicar uma realidade, então ele deve ser reconhecido como uma explicação real do mundo. (COSTA; COSTA, 2011)

Voltando à reflexão sobre os institutos processuais, um exemplo caraterístico da percepção de uma categoria ideal é a próprio conceito de ação, que seria abstrata, distanciando-se do direito material, especialmente após os estudos de Oscar Von Bülow: para explicar a atuação jurisdicional nos casos paradoxais de não acolhimento dos pedidos havia que se explicar a existência de uma outra relação jurídica diversa da de direito material, nesse ponto entra em cena a relação jurídica processual.

Interessa notar que essa perspectiva vai ao encontro justamente da abordagem científica do direito, que estava a emergir com o positivismo, que atualmente se encontra em declínio.

A questão fundamental que se coloca para o presente trabalho se resume a considerar que as categorias e institutos processuais desenvolvidos pelos teóricos do direito acabam por amarrar saídas para soluções práticas da vida real. Essa é razão pela qual se tem debates sobre aspectos relacionados aos pressupostos teóricos do direito processual clássico que não deveriam servir de base para demandas coletivas. Contudo, ao se colocar esse aspecto em discussão, que de fato representa uma solução no sentido de se abandonar algumas categorias ideias, em verdade acaba por criar outras também abstratas que não resolvem os problemas do cotidiano de solução de conflitos. O exemplo

referido acima é bastante em si: há ou não litispendência entre uma ação coletiva e ação individual? Perceba-se que a idealização de uma saída prática como o enunciado de que "não há litispendência entre uma ação coletiva e uma ação individual" parte de uma idealização diversa da que fundamentara a essência do conceito de litispendência (de lide em curso; lide pendente); rompe-se com o conceito abstrato como um mecanismo de manutenção da abstração. Contudo, a questão central é colocada ao inverso, pois o problema persiste: alguém pode receber duas vezes pelo mesmo direito? Alguém pode ser beneficiado em uma demanda sendo que em outra o seu direito fora negado?

Portanto, não é com a simples definição prévia da categoria jurídica do instituto processual que se poderá resolver os problemas práticos de solução de conflitos, conforme se demonstra mais à frente ao se abordar a classificação legal de direitos em processos coletivos.

Com efeito, o cerne de que se deve revestir a atenção dos teóricos do direito é em que medida os estudos do direito processual podem servir de utilidade para a resolução de conflitos na sociedade; deve-se considerar que a estrutura normativa de um sistema jurídico não é algo em si, mas que deve servir de base para a facilitação do cotidiano, criando mecanismos de estabilização de expectativas na sociedade.

Nesse aspecto, o direito processual civil entra em cena como um instrumento de que se vale o sistema jurídico em sentido amplo como um mecanismo de garantir a aplicação desse mesmo sistema; não é por outra razão que ganhara relevo as perspectivas de instrumentalidade do processo, da tutela jurisdicional diferenciada ou do propalado "princípio" de primazia de resolução do mérito que teria sido incorporado pelo novo Código de Processo Civil.

Ainda nesse enfoque, os institutos de direito processual não poderiam ser previamente categorizados para o fim de se chegar a uma conclusão, numa linha argumentativa eminentemente cartesiana, mas sim, de se perceber a correta identificação do problema de modo a se permitir uma também adequada solução dos conflitos na sociedade.

Obviamente que há que se considerar igualmente as disposições normativas de acordo com historicidade de suas pressuposições, porquanto não haveria como se admitir um regramento de procedimento casuístico para demandas aleatoriamente, porquanto isso revelaria uma forma velada de arbítrio estatal, que colocaria em xeque o próprio sistema jurídico como um todo. Com efeito, se as disposições normativas processuais têm por

escopo a aplicação de normas de conduta na esfera cotidiana de uma sociedade, qualquer hipótese que propiciasse um alargamento demasiado das condições de sua aplicação poderia ser razão suficiente para o aniquilamento de todo o sistema normativo: há que se ter uma integridade histórico-conceitual de modo a se preservar a mesma integridade histórico-conceitual das normas a se aplicar a uma dada situação social.

Portanto, há uma tensão imanente entre o reconhecimento de dada realidade, que não deve pressupor aprioristicamente uma categorização prévia de um instituto processual, e a consideração de que como se interpreta ordinariamente o eventual conflito posto em consideração. Essa tensão possui relevância na medida em que procura fundir em uma mesma abordagem a integridade da norma jurídica e a correta interpretação do problema na realidade, funcionando de forma indireta como condição de possibilidade para estabilização de expectativas na sociedade.

Lançadas essas considerações, importa analisar as categorizações feitas hodiernamente para a solução de conflitos em demandas coletivas, que se passa a fazer no tópico seguinte.

III – Revisão crítica da classificação dos direitos em processos coletivos

Conforme acima exposto, não seria a categorização prévia do instituto jurídico a forma correta para a solução do problema, mas sim a identificação correta do fato na realidade para identificação da situação jurídica; de regra, não é o direito que molda o fato, mas sim este que identifica os contornos da norma a aplicar.

Contudo, a título de advertência, deve-se considerar que o direito pode funcionar como elemento influenciador dos fatos, essa foi a razão pela qual se utilizou a expressão acima "de regra". Essa característica ocorre quando, a depender das condições que se apresentam o problema fático, acaba por exigir do intérprete uma modificação hermenêutica do que até então se considerava na prática; essa hipótese possui o condão de influir em situações fáticas futuras, contudo, posteriormente sempre haverá um fato que será levado em consideração para se aplicar uma norma jurídica, confirmando-se, assim, a regra de que o fato precede à norma.

Considere-se, ainda, um segundo ponto (advertência da advertência): mesmo nas hipóteses de alteração fática pelo direito, primordialmente leva-se em consideração a historicidade, ou seja, não se poderia ignorar arbitrariamente o conteúdo semântico

adquirido pelo acúmulo normativo herdado das diversas situações em que se aplicara a norma jurídica em fatos semelhantes. Caso isso fosse permitido, haveria um rompimento epistemológico do problema, porquanto negaria em essência a própria aplicação do Direito, com severas consequências práticas, como a desconsideração do regime democrático e o Estado de Direito.

Voltando à pressuposição lançada neste trabalho (fatos *a priori*, direito *a posteriori*), não seria adequado primeiramente se identificar a classificação dos direitos em juízo para o fim de delimitação da controvérsia.

A título de problematização, considere-se a distinção que a doutrina faz entre interesse público primário e secundário:

> Renato Alessi faz a seguinte distinção: o interesse público, visto substancialmente como o bem geral, pode ser referido como: interesse público primário; por sua vez. O modo pelo qual os órgãos da Administração vêem o interesse público, pode ser chamado de interesse público secundário. Ora, nem sempre um e outro são uma só e mesma coisa.
> Poderia, aparentemente, causar espécie que o interesse público, visto pelos órgãos da Administração, possa não coincidir com o efetivo interesse da comunidade. Seria, entretanto, mera ficção supor que o contrário sempre ocorresse. A construção de uma hidrelétrica, de uma usina atômica ou de um aeroporto em lugar menos propício; um conjunto de medidas de natureza econômica; a declaração de guerra entre países - nem sempre tais decisões significarão, necessariamente, o melhor para a comunidade, até mesmo quando aja de boa-fé o administrador. Tanto assim que, não raro, os governantes que se sucedem reconsideram decisões, revêem planos, abandonam projetos encetados: o próprio povo freqüentemente rejeita nas urnas as linhas de recente atuação governamental. (MAZZILLI, 2011, p. 1211)

Essa citação é tranquilamente aceita no sentido de separar o interesse patrimonial do Estado com o interesse da coletividade, contudo, a análise deve ser melhor empreitada. Com efeito, tome-se o exemplo da construção de uma usina hidrelétrica, adotando-se como referência a citação acima. Não é pelo fato que haja grupos que são contra a construção de uma usina hidrelétrica pelo Estado que se pode dizer que existe uma diferenciação entre interesses públicos; o que se pode dizer é que há conflito de interesses, somente e sem qualificação de ser público ou individual. Contudo, a partir do momento em que esses interesses entram em esfera de colisão por intermédio de correntes interpretativas é que se passa a ter a tensão entre elas, mas o próprio Direito adotará ou criará uma interpretação para solução do conflito. E essa solução será feita pelo Estado, por intermédio de sua função jurisdicional.

Perceba-se que a discussão judicial a ser travada judicialmente pode ser feita em face do Estado: *a)* por um grupo de pessoas, *b)* por um indivíduo apenas ou *c)* por um órgão do próprio Estado, como o Ministério Público. Seria tranquilamente admissível que, caso a ação judicial contra a construção da usina hidrelétrica tivesse sido proposta pelo grupo de pessoas, como uma associação que visa a proteção ambiental, ou pelo Ministério Público, a demanda em questão seria tratada como se de interesse público fosse, portanto coletiva. Contudo, na hipótese de um só indivíduo a postular em juízo a paralização da obra, cria-se um complicador para o tratamento coletivo do caso. A dúvida poderia ser suplantada caso o instrumento de questionamento judicial fosse uma ação popular, considerando sua inclusão no microssistema de processo coletivo. Ocorre que referida situação não responderia ao problema principal, porquanto se resolve o tratamento coletivo pela forma – mecanismo utilizado pela parte para o processo judicial – e não pelo seu conteúdo.

Com efeito, ao se denominar de um processo que envolva e mereça o tratamento como coletivo pela simples razão da via eleita – no exemplo, a ação popular – acaba-se por confundir o continente com o conteúdo: busca-se uma solução formal para o tratamento material. Ora, considerando a pressuposição aqui lançada (fatos *a priori*, direito *a posteriori*), não seria razoável essa conclusão; impõe-se outro tipo de investigação que não o simples tratamento do processo pela via eleita pela parte.

Perceba-se que aqui se problematizou pela perspectiva da propositura da demanda pelo indivíduo (item *b)* acima), mas a situação pode ser a mesma nos outros casos (itens *a)* e *c)* referidos acima), mas sob o enfoque inverso: uma ação civil pública proposta por uma associação ou pelo Ministério Público possuiria sempre o designativo de processo coletivo?

A jurisprudência responde negativamente a essa questão, quando se tornar evidente que o caso em questão atinge esferas de interesses eminentemente individuais:

> AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RECURSO ESPECIAL. ARTIGO 535 DO CPC. VIOLAÇÃO NÃO CONFIGURADA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. DEFESA DE INTERESSES PREDOMINANTEMENTE INDIVIDUAIS. INEXISTÊNCIA DE INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Não há violação ao artigo 535 do CPC quando a Corte de origem aprecia a questão de maneira fundamentada, apenas não adotando a tese do recorrente. 2. O descumprimento das exigências contidas nos artigos 541, parágrafo único, do CPC e 255, § 1º e 2º, do RISTJ impede o conhecimento do recurso especial pela

> alínea "c" do permissivo constitucional. 3. *O Ministério Público não tem legitimidade ativa para propor ação civil pública na qual busca a suposta defesa de um pequeno grupo de pessoas - no caso, dos associados de um clube, numa óptica predominantemente individual. 4. A proteção a um grupo isolado de pessoas, ainda que consumidores, não se confunde com a defesa coletiva de seus interesses. Esta, ao contrário da primeira, é sempre impessoal e tem como objetivo beneficiar a sociedade em sentido amplo. Desse modo, não se aplica à hipótese o disposto nos artigos 81 e 82, I, do CDC.* 5. No caso, descabe cogitar, até mesmo, de interesses individuais homogêneos, isso porque a pleiteada proclamação da nulidade beneficiaria esse pequeno grupo de associados de maneira igual. Além disso, para a proteção dos interesses individuais homogêneos, seria imprescindível a relevância social, o que não está configurada na espécie. 6. Recurso especial provido (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, 2011a) (grifou-se)

Embora o cerne do julgado acima se refira à ilegitimidade do Ministério Público, a conclusão é pela impossibilidade de discussão judicial pela via da ação civil pública por não haver afetação à sociedade de forma geral. Interessa relevar, nesse aspecto, que o julgado também exige a característica da "impessoalidade" para a configuração do tratamento coletivo ao caso. "Impessoal" seria aquilo que não se refere exatamente a alguém em concreto, que não é "pessoalizado", mais próximo de uma indeterminação ou pela perspectiva mais abstrata que concreta. Isso não significa que a discussão judicial seja apenas teórica, mas que haja uma probabilidade real de se atingir um número de pessoas considerável ou indeterminável.

Contudo, poder-se-ia questionar, nesse sentido, se seria possível a discussão sobre a perspectiva coletiva quando se torna evidente que somente uma pessoa seria atingida no processo judicial. Veja-se, a título de problematização, o seguinte julgado:

> PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. GARANTIA CONSTITUCIONAL À SAÚDE. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. 1. Hipótese em que o Tribunal extinguiu, sem resolução do mérito, por ilegitimidade ativa ad causam, Ação Civil Pública em que o Ministério Público buscava o fornecimento de tratamento médico para pessoa determinada. 2. O art. 127 da Constituição da República e a legislação federal que trata das atribuições do Ministério Público o autorizam a agir em *defesa de interesses individuais indisponíveis, nos quais se insere o direito constitucional à vida e à saúde. Precedentes do STJ. 3. Na tutela do direito à vida e à saúde, o Parquet possui legitimidade ativa ad causam para propor Ação Civil Pública, ainda que a demanda beneficie, in concreto, pessoa determinada. 4. Não se cuida de legitimidade em razão de incapacidade ou hipossuficiência do sujeito diretamente interessado, mas de indisponibilidade do direito à saúde de modo geral e do interesse social em que seja garantida assistência a todos os que dela necessitem, o que se mostra plenamente compatível com a finalidade institucional do Ministério Público.* 5. Recurso Especial provido. (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, 2011b) (grifou-se)

Portanto, podem haver processos em que o direito em questão envolva tema de tal repercussão para a sociedade, notadamente pela caracterização do próprio direito enquanto valorado juridicamente, que a demanda passa a ser coletiva. O direito discutido em juízo possui tamanha repercussão que pode acarretar em diversos tipos de interpretações futuras, com impactos na sociedade na forma de aplicação daquele direito. Veja, que no julgado acima referido, a discussão seria pelo direto à saúde que, embora no caso concreto tenha somente uma pessoa em risco, a forma como Estado soluciona o conflito passa a ter uma dimensão extraprocessual, portanto, em conclusão, de interesse de toda sociedade, por conseguinte, coletiva.

Assim, pode-se afirmar que a relevância dos interesses em conflito representaria o designativo de "coletivo" sempre que de alguma forma afetar a sociedade. No exemplo da usina hidrelétrica, a política pública de geração de energia para atender ao interesse da população entraria em conflito, por exemplo, com o interesse de outro grupo populacional ribeirinho. Dada relevância da discussão, o interesse para a sociedade passa a ser de todos, porquanto haverá a necessidade do Estado de decidir entre a concretização de uma política pública ou de garantir os direitos de um grupo. Assim, por duas razões principais há o interesse público presente (portanto, deve ser coletivo): 1º) a política pública seria de geração de energia para toda a população, e caso se decida pela sua não realização, afetará o interesse de todos os membros da sociedade; e 2º) o direito da população ribeirinha em garantir o seu sustento pelo rio onde vai ser construída a usina, que pode ser afetado consideravelmente por ocasião da realização do empreendimento, quiçá até aniquilado esse direito. Perceba-se que a relevância poderia ser ainda mais problematizada se no exemplo fossem aglutinadas variáveis ambientais, conforme acima já se assinalou, mas por aquelas duas razões já se poderia perceber se tratar de um processo que lida com o interesse público.

Portanto, embora se possa teoricamente estabelecer uma distinção entre interesse individual e público, na verdade somente o caso concreto pode atestar essa diferenciação, não se podendo afirmar somente com a subsunção do art. 81 Código de Defesa do Consumidor.

Ademais, embora haja delimitação também a respeito da diferenciação entre os interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, a prática revela muita confusão, levando o judiciário a tratar não raras vezes como sinônimas em seus efeitos.

Aduz-se com frequência, com base no Código de Defesa do Consumidor, que pelo fato de algumas situações atingirem os interesses de uma categoria determinada ou determinável de pessoas e outras um número indeterminado de indivíduos para o fim de delimitar o direito em questão. Entender-se-ia como difuso os direitos se os titulares forem indeterminados (como o meio ambiente), como coletivos um grupo determinado ou determinável (como os consumidores de um produto), e direitos individuais homogêneos que decorreriam de uma origem comum.

Explica a doutrina:

> O que determina a classificação de um direito como difuso, coletivo, individual puro ou individual homogêneo é o tipo de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a competente ação judicial. Ou seja, o tipo de pretensão que se deduz em juízo. O mesmo fato pode dar ensejo à pretensão difusa, coletiva e individual. O acidente com o Bateau Mouche IV, que teve lugar no Rio de Janeiro no final de 1988, poderia abrir oportunidade para a propositura de ação individual por uma das vítimas do evento pelos prejuízos que sofreu (direito individual), ação de indenização em favor de todas as vítimas ajuizada por entidade associativa (direito individual homogêneo), ação de obrigação de fazer movida por associação das empresas de turismo que têm interesse na manutenção da boa imagem desse setor na economia (direito coletivo), bem como ação ajuizada pelo Ministério Público, em favor da vida e segurança das pessoas, para que seja interditada a embarcação a fim de se evitarem novos acidentes (direito difuso). Em suma, o tipo de pretensão é que classifica um direito ou interesse como difuso, coletivo ou individual (NERY JUNIOR, 1997, p. 114-115).

Contudo, o fato é que na prática a discussão para essa delimitação é, por vezes, tormentosa, e a técnica da subsunção do fato à norma não se torna eficaz.

Em sentido semelhante a essa observação crítica já se pontuou:

> A razão prática acima referida pode ser diagnosticada com um exemplo. O caso recente que discutia a legalidade do Exame Nacional do Ensino Médio - ENEM aplicado em 2011 revela o que se está aqui a problematizar. Decisões proferidas pela Justiça Federal do Rio de Janeiro, Ceará e Pernambuco em desfavor União, todas questionando o ENEM, possuíam pontos de contradição que não poderiam ser no plano fático cumpridas, mas que, a prevalecer a redação do Projeto, possuiriam eficácia nacional. Não se está aqui a defender a inaplicabilidade do dispositivo do Projeto (muito pelo contrário, como se verá mais adiante), mas sim procurar demonstrar que mesmo em se tratando de direitos coletivos *stricto sensu* pode haver confusão na prática com os direitos individuais no tocante ao cumprimento da decisão, considerando o critério do alcance subjetivo da coisa julgada *secundum eventum litis*, sem falar do problema prático de se procurar separar no plano concreto os direitos difusos dos coletivos *stricto senu* ou dos individuais homogêneos (e neste caso, o exemplo do acidente do Bateau Mouche IV não serve mais) (SANTOS, 2012, p. 204-205).

Essa complexidade real acarreta em tratamento uniforme por parte das decisões judiciais dos efeitos da decisão, de modo a estabelecer premissas para outros julgados que, em tese, não deveriam se aplicar com aquelas categorias de direitos.

Com efeito, nesse sentido, parcela da doutrina procura evidenciar a existência de "ações pseudocoletivas" e "ações pseudoindividuais", com o intuito de manter os pressupostos de análises já categorizados tanto pela perspectiva individual quanto coletiva. As "ações pseudocoletivas" seriam aquelas onde "inúmeras pretensões singularizadas, especificamente verificadas em relação a cada um dos respectivos titulares do direito", ao passo que "ações pseudoindividuais" seriam aquelas

> [p]romovidas por diversos indivíduos que detenham pretensão de repercussão coletiva do objeto da demanda, ante a sua indivisibilidade. Seria quando diversos indivíduos ajuizassem a mesma finalidade de pretensão de uma ação coletiva, uma vez que beneficiaria todas as pessoas que se encontrassem em uma mesma situação jurídica (SANTANA, 2012, p. 30).

Relativamente à primeira situação, pode-se apontar como exemplo:

> [A] ação proposta por um sindicato para beneficiar certo número de trabalhadores para que sejam ressarcidos por prejuízos trazidos pela poluição sonora da fábrica onde trabalham, *verificando-se a situação pessoal de cada um*, como por exemplo, danos a audição verificados apenas em alguns funcionários expostos a mesma quantidade de decibéis. A ação, sob essa análise, apenas seria considerada coletiva se considerasse a responsabilidade da empresa como um todo pelo fato de estar produzindo poluição sonora (SANTANA, 2012, pp. 28).

Portanto, somente com o caso concreto é que se pode fazer a distinção entre interesses individuais e coletivos, de modo a precisar a existência do interesse público em questão, e, portanto, um processo coletivo. Em sentido semelhante, também pontifica parcela da doutrina:

> Caberá ao magistrado observar se a tutela terá repercussão coletiva ou não, para dar uma resposta à luz do que foi afirmado, com clareza e justiça, não importando se a demanda tem com pano de fundo interesse meramente individuais, pois estes sempre serão considerados obrigatoriamente.
> [...]
> Mais uma vez caberá ao magistrado corrigir tais erros, propositais ou não, dos operadores do direito, de modo a viabilizar o acesso a justiça. Para isso, seria interessante, e fica a proposta lançada, do aperfeiçoamento da fungibilidade das tutelas coletivas, de modo a que o direito, classificado tecnicamente como coletivo ou individual, seja realizado sob a mais lídima justiça (SANTANA, 2012, pp. 29-31)

Em que pese essa empreitada pelo aplicador da norma jurídica ao caso concreto não seja de fácil operação, deve-se considerar como um fim a ser perseguido em toda e qualquer demanda como uma forma de correta aplicação e realização de direitos na sociedade.

Em face das afirmações acima, importaria averiguar como as decisões judiciais têm enfrentado o tratamento coletivo, conforme se passa a fazer abaixo, adotando-se como metodologia-teste a problematização com um julgado do Superior Tribunal de Justiça.

IV – Em busca de um lugar seguro: tentativa de sistematização para a realização dos direitos sociais

Para uma problematização dos pontos lançados nos tópicos anteriores, nesta abordagem final se analisará um julgado do Superior Tribunal de Justiça, de modo a se identificar se em casos de processos coletivos está a ocorrer uma adequada correspondência prática para o fim de realização de direitos.

A razão pela qual se optara pela análise do julgamento abaixo se dá essencialmente por três razões: 1) trata-se de tema onde diversos atores participaram do julgamento, desde entidades representativas de defesa do consumidor, como bancos e pessoas jurídicas de direito público (União e INSS); 2) o caso fora apreciado sob a sistemática de Recurso Especial Repetitivo, na forma do art. 543-C, CPC/73, hoje art. 1036 do CPC/2015; e 3) trabalha com um tema de fácil entendimento que são a incidência de juros em dívidas de valor.

O ponto central da controvérsia se refere à incidência de juros de mora em ações civis públicas para a tutela de direitos individuais homogêneos:

> AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CADERNETA DE POUPANÇA - PLANOS ECONÔMICOS - EXECUÇÃO - JUROS MORATÓRIOS A PARTIR DA DATA DA CITAÇÃO PARA A AÇÃO COLETIVA - VALIDADE - PRETENSÃO A CONTAGEM DESDE A DATA DE CADA CITAÇÃO PARA CADA EXECUÇÃO INDIVIDUAL - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.
> 1.- Admite-se, no sistema de julgamento de Recursos Repetitivos (CPC, art. 543-C, e Resolução STJ 08/98), a definição de tese uniforme, para casos idênticos, da mesma natureza, estabelecendo as mesmas consequências jurídicas, como ocorre relativamente à data de início da fluência de juros moratórios incidentes sobre indenização por perdas em Cadernetas de Poupança, em decorrência de Planos Econômicos.

> 2.- A sentença de procedência da Ação Civil Pública de natureza condenatória, condenando o estabelecimento bancário depositário de Cadernetas de Poupança a indenizar perdas decorrentes de Planos Econômicos, estabelece os limites da obrigação, cujo cumprimento, relativamente a cada um dos titulares individuais das contas bancárias, visa tão-somente a adequar a condenação a idênticas situações jurídicas específicas, não interferindo, portando, na data de início da incidência de juros moratórios, que correm a partir da data da citação para a Ação Civil Pública.
> 3.- Dispositivos legais que visam à facilitação da defesa de direitos individuais homogêneos, propiciada pelos instrumentos de tutela coletiva, inclusive assegurando a execução individual de condenação em Ação Coletiva, não podem ser interpretados em prejuízo da realização material desses direitos e, ainda, em detrimento da própria finalidade da Ação Coletiva, que é prescindir do ajuizamento individual, e contra a confiança na efetividade da Ação Civil Pública, O que levaria ao incentivo à opção pelo ajuizamento individual e pela judicialização multitudinária, que é de rigor evitar.
> 3.- Para fins de julgamento de Recurso Representativo de Controvérsia (CPC, art. 543-C, com a redação dada pela Lei 11.418, de 19.12.2006), declara-se consolidada a tese seguinte: "Os juros de mora incidem a partir da citação do devedor na fase de conhecimento da Ação Civil Pública, quando esta se fundar em responsabilidade contratual, se que haja configuração da mora em momento anterior." 4.- Recurso Especial improvido (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2014)

Diante desse julgado, três desdobramentos teóricos podem ser mencionados:

1) os juros de mora incidiriam nas ações civis públicas incidiriam a partir da citação na fase de conhecimento, adotando-se a regra geral;

2) a tutela coletiva visa a facilitação da defesa dos direitos, não podendo ser interpretada de modo prejudicial ao direito material;

3) caso se adotasse o entendimento que os juros incidiriam somente a partir de outro momento, como a fase de execução, haveria um incentivo à litigiosidade individual.

Para uma interpretação do caso acima, na linha do que se propõe o presente trabalho, é necessário se considerar que os "juros moratórios" advém de uma relação jurídica de direito material, conforme se pode perceber através do art. 406 do Código Civil. Nesse aspecto, o que interessa para o efeito de incidência dos juros seria a ocorrência de mora, que, por sua vez, seria um efeito de um fato jurídico:

> A mora ou é efeito imediato do fato jurídico, ou do advento do termo, por mínimo que seja, ou da condição(...), ou é efeito da interpelação, ato jurídico *stricto sensu*.
> [...]
> A discussão em torno da natureza da mora, para se lhe saber o lugar na classificação dos fatos jurídicos, parte de erro essencial: mora é efeito, não é fato (PONTES DE MIRANDA, 1971, p. 122)

Contudo, é corrente se classificar a mora como uma espécie de inadimplemento, considerando-se a sua ocorrência por ocasião de uma hipótese de possibilidade de cumprimento de uma obrigação contratual ou legal:

> O gênero do inadimplemento das obrigações é dividido em três espécies: o inadimplemento absoluto, a mora e a violação positiva do contrato.
> Enquanto o inadimplemento absoluto conduz à resolução da relação obrigacional (art. 475, CC) em razão da completa impossibilidade de sua manutenção, a mora pode ser caracterizada como o imperfeito cumprimento de uma obrigação, tanto pelo devedor (mora *solvendi*) como pelo credor (mora *accipiendi*). Apesar da falha no adimplemento da obrigação, ela ainda poderá ser cumprida de maneira proveitosa.
> Segundo a fórmula tradicionalmente acolhida em nossa legislação (art. 394, CC), a mora não se caracteriza apenas pelo pagamento extemporâneo pelo devedor ou pela recusa injustificada de receber no prazo devido pelo credor. Alternativamente, também dará ensejo à mora o pagamento que contenha uma falha no tocante ao lugar ou à forma previamente estabelecidos. Isso significa que em nosso ordenamento a mora não apenas sinônimo de "demora" no pagamento, mas de qualquer situação em que a prestação não é cumprida de forma exata.
> Adverte Judith Martins-Costa que "se toda relação obrigacional está ordenada em função do cumprimento é porque este constitui o momento no qual se realiza o interesse do credor, tendo o devedor realizado a conduta concretamente devida, que é aquela lícita, válida, possível, determinada ou determinável (art. 166, II), útil ao credor (art. 395, parágrafo único, a contrário), conforme ao seu fim econômico-social, à boa-fé e aos bons costumes (art. 187), realizando-se no lugar, tempo e forma que a lei ou a convenção estabelecer (art. 394)".
> [..]
> Em suma, o pressuposto básico da mora é a viabilidade do cumprimento da obrigação, pois, apesar dos transtornos, a prestação ainda é possível e útil. Verifica-se apenas a impossibilidade transitória de satisfazer a obrigação. Em qualquer caso, da imperfeição culposa no pagamento decorre o inadimplemento relativo em solver a obrigação. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 497-499)

Portanto, em face da possibilidade de cumprimento adequado de uma obrigação, surgiria a mora, sendo que os juros "moratórios" funcionariam como uma sanção pelo inadimplemento:

> Já os juros moratórios traduzem uma indenização para o inadimplemento no cumprimento da obrigação de restituir pelo devedor. Funcionam como uma sanção pelo retardamento culposo no reembolso da soma mutuada. Apartam-se dos juros compensatórios, pois se assentam na ideia de culpa do devedor. Por isso, localizam-se no
> Código Civil, ao lado das demais consequências do inadimplemento das obrigações, como as perdas e os danos, cláusula penal e arras. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 542)

Portanto, os juros de mora surgiriam por ocasião da ocorrência do não cumprimento voluntário de uma obrigação, quando a prestação possua condições suficientes de realização.

Essa é a razão principal de se considerar que " se os honorários forem fixados em quantia certa, os juros moratórios incidirão a partir da data do trânsito em julgado da decisão" (art. 85, §16, CPC/2015), tendo em vista que somente nesse momento processual é que se torna exigível o cumprimento da obrigação que decorre de um resultado do processo, qual seja, a sucumbência. Da mesma forma, considerando que a regra é que o pedido deva ser certo (art. 322, CPC/2015), é que o valor da causa em cobrança de dívidas vencidas deva incluir os juros de mora (art. 292, I, CPC/2015).

Contudo, nas hipóteses onde não se possa precisar com exatidão o acertamento da obrigação, e, portanto, quando a prestação poderia ser realizada efetivamente, é que se reconhecem hipóteses que os juros moratórios somente se perfazeriam por ocasião de um procedimento ulterior que de fato conseguisse no plano concreto identificar a extensão e elementos da obrigação. Essa é razão pela qual o sistema jurídico fala de "liquidação de sentença" em decisões judiciais com pedidos genéricos, conforme se verifica no CPC/2015:

> Art. 491. Na ação relativa à obrigação de pagar quantia, ainda que formulado pedido genérico, a decisão definirá desde logo a extensão da obrigação, o índice de correção monetária, a taxa de juros, o termo inicial de ambos e a periodicidade da capitalização dos juros, se for o caso, salvo quando:
> I - não for possível determinar, de modo definitivo, o montante devido;
> II - a apuração do valor devido depender da produção de prova de realização demorada ou excessivamente dispendiosa, assim reconhecida na sentença.
> § 1º Nos casos previstos neste artigo, seguir-se-á a apuração do valor devido por liquidação.
> § 2º O disposto no caput também se aplica quando o acórdão alterar a sentença.

Perceba-se que o dispositivo legal acima citado complementa o que dispõe textualmente o art. 95 do Código de Defesa do Consumidor: "Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados."

Nesse sentido, também é o posicionamento da doutrina:

> Na ação coletiva, até como decorrência natural da repartição da cognição que a caracteriza, a sentença será, necessariamente, genérica. Ela fará juízo apenas sobre o núcleo de homogeneidade dos direitos afirmados na inicial, ou seja, apenas sobre três dos cinco principais elementos da relação jurídica

> que envolve os direitos subjetivos objeto da controvérsia: o *an debeatur* (= a existência da obrigação do devedor), o *quis debeat* (= a identidade do sujeito passivo da obrigação) e o *quid debeatur* (= a natureza da prestação devida). Tudo o mais (o *cui debeatur* = quem é o titular do direito e o *quantum debeatur* (= qual é a prestação a que especificamente faz jus) é tema a ser enfrentado e decidido por outra sentença, proferida em outra ação, a ação de cumprimento). Por isso se afirma que a sentença na ação coletiva é genérica e, mais, que o seu grau de generalidade é bem mais acentuado que o das sentenças ilíquidas, previstas no art. 475-A do CPC). (ZAVASCKI, 2006, p. 165)

Portanto, fazendo-se uma leitura rápida, poder-se-ia chegar à conclusão que a decisão acima mencionada (REsp 1361800/SP), que servira de base para a presente problematização, ignorara as premissas legais aqui referidas.

O problema ainda poderia ser mais complexo se se considerar outros entendimentos do Superior Tribunal de Justiça, como o seguinte:

> AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.
> POUPANÇA. EXPURGOS. INDENIZAÇÃO POR LESÃO A DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. EXECUÇÃO INDIVIDUAL. JUROS MORATÓRIOS. MORA EX PERSONA.
> TERMO INICIAL. CITAÇÃO NA FASE DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.
> 1. As ações civis públicas, em sintonia com o disposto no artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, ao propiciar a facilitação a tutela dos direitos individuais homogêneos dos consumidores, viabilizam otimização da prestação jurisdicional, abrangendo toda uma coletividade atingida em seus direitos, dada a eficácia vinculante das suas sentenças.
> 2. A sentença de procedência na ação coletiva tendo por causa de pedir danos referentes a direitos individuais homogêneos, nos moldes do disposto no artigo 95 do Código de Defesa do Consumidor, será, em regra, genérica, de modo que depende de superveniente liquidação, não apenas para apuração do quantum *debeatur*, mas também para aferir a titularidade do crédito, por isso denominada pela doutrina "liquidação imprópria".
> 3. Com efeito, não merece acolhida a irresignação, pois, nos termos do artigo 219 do Código de Processo Civil e 397 do Código Civil, na hipótese, a mora verifica-se com a citação do devedor, realizada na fase de liquidação de sentença, e não a partir de sua citação na ação civil pública.
> 4. Agravo regimental a que se nega provimento (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2013)

É bem verdade que esse último entendimento fora realizado antes do julgamento do REsp 1361800/SP (que é de 2014), o que poderia levar à conclusão de ausência de pendência de definição pelo STJ. Esse argumento é relativamente verdadeiro, porquanto o entendimento de necessidade de liquidação prévia para posterior eventual incidência de juros moratórios fora o argumento de antítese levado à apreciação pela Corte Especial. Ocorre que, para o fim de que se propõe o presente trabalho, há possibilidade de convivência de ambos entendimentos, porquanto o que se está a ver, em verdade, é uma

confusão sobre a correta identificação dos direitos defendidos em processos coletivos, porquanto, a depender da situação que se está a analisar, pode-se chegar a uma ou outra conclusão a respeito dos juros de mora.

Com efeito, conforme acima já se pontuou, não seria a definição prévia de ser um processo coletivo ou individual o balizamento adequado para o fim da correta delimitação do direito discutido em juízo, mas sim efetivamente o seu desdobramento prático; não seria a simples categorização apriorística que definiria o resultado do processo, porquanto se correria o risco de se tratar uma demanda individual como coletiva ("pseudocoletiva") ou, o contrário, uma coletiva como individual ("pseudoindividual"), com resultados desastrosos a quem seria beneficiado pela decisão e também toda a sociedade destinatária da norma jurídica, porquanto se entraria num grau de instabilidade de aplicação normativa com repercussões gerais ao próprio sistema normativo.

O caso utilizado como análise utilizara a incidência dos juros de mora, obviamente em situações que importariam alguma espécie de dívida de valor, ou seja, a obrigação objeto de litígio traria como prestação a ser cumprida um pagamento representativo de valor.

Nesse caso, haveria a incidência de juros moratórios desde à fase de conhecimento se desde a origem se pudesse identificar os beneficiários de uma eventual decisão de procedência dos pedidos. Aqui não se falaria em potencialidade de identificação, mas sim em certeza, pois, conforme se disse antes, se a prestação por alguma razão não possa ser cumprida não haveria que se falar em mora; assim, para efeito da incidência de juros, somente torna-se admissível sua incidência com a correta e precisa identificação dos credores, e não a sua potencialidade. Se o caso concreto não possa de antemão identificar com precisão os beneficiários do resultado positivo do processo, aqui se estaria a necessitar do acertamento da obrigação, o que somente se torna possível, com um procedimento ulterior (denominado de "liquidação de sentença", que na verdade seria uma liquidação da obrigação).

Perceba-se que essas conclusões vão ao encontro das mesmas razões que norteiam a concepções legais e doutrinárias dos processos coletivos: por vezes haverá uma outra situação em um mesmo processo, independentemente da hipótese do direito coletivo, mas se pode afirmar que em regra a diferenciação prática recairá essencialmente em direitos individuais homogêneos, considerando as premissas de identificação dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*.

Com efeito, nos interesses ou direitos difusos (CDC, art. 103, I) a coisa julgada material ocorre tanto plano coletivo quanto no individual se o pedido for julgado procedente (*erga omnes*). Assim, se for possível a identificação desde logo dos beneficiários pelo resultado positivo do processo, a delimitação do direito se tornaria evidente *prima facie*, e, portanto, eventuais juros de mora incidiriam para os identificados desde a fase de conhecimento. Na hipótese de os pedidos forem julgados improcedentes com análise probatória, somente se forma a coisa julgada no plano coletivo e, ainda assim, limitada às provas efetivamente utilizadas nos autos (*secundum eventum probationis*), contudo, se a hipótese de improcedência for por insuficiência de provas, não se forma a coisa julgada material tanto no plano individual quanto no coletivo, admitindo-se uma nova propositura de demanda coletiva com base em novas provas. Nesse aspecto é que entra em cena à concepção de que não se deve prejudicar os indivíduos pelo agir coletivo, considerando a concepção mais ampla de definição de direitos difusos, que em regra não permitem identificar os eventuais beneficiários.

No caso de interesse ou direito coletivo (CDC, art. 103, II), a coisa julgada material ocorre também no plano coletivo e individual se o pedido for julgado procedente (*ultra partes*), e da mesma forma, se for possível a identificação desde logo dos beneficiários pelo resultado positivo do processo, eventuais juros de mora incidiriam para os identificados desde a fase de conhecimento, caso contrário somente após a respectiva delimitação. A concepção de que não se deve prejudicar os indivíduos pelo agir coletivo também deve ser considerada aqui, o que induziria à conclusão que se os pedidos fossem julgados improcedentes com análise probatória, opera-se a coisa julgada material somente no plano coletivo, ao passo que se fossem julgados improcedentes por insuficiência de provas, não se forma a coisa julgada material no plano coletivo e individual.

Por fim, nos interesses ou direitos individuais homogêneos (CDC, art. 103, III) ocorre a coisa julgada material no plano coletivo e individual se o pedido for julgado procedente (erga omnes) e, em regra, os beneficiários do resultado positivo do processo são identificados *prima facie*, contudo, caso não haja a possibilidade de exigência de adimplemento da obrigação por falta de elementos identificadores, somente após a fase de liquidação da obrigação é que se poderia falar de mora. Veja-se que se os pedidos forem julgados improcedentes (seja pela insuficiência de provas ou não), forma-se a coisa julgada material no plano coletivo (impedindo a nova propositura da demanda coletiva, ainda que se aluda à existência de novas provas) e no plano individual.

Reconhece-se que há grande discussão na doutrina sobre esse último aspecto, no sentido de se defender que somente haveria a coisa julgada material de improcedência dos pedidos para os interessados que tivessem intervindo no processo coletivo como assistentes litisconsorciais, conforme a previsão do art. 103, §2º do CDC.

Contudo, entende-se que de fato poderá haver coisa julgada material mesmo em desfavor do indivíduo caso este possa ser identificado *ab initio*. Essa afirmação encontra esteio justamente na interpretação *a contrario sensu* do regramento que afirma que a condenação deveria ser genérica (art. 95, CDC). Ora, somente é possível se falar de condenação genérica se não for possível se identificar todos os elementos da relação obrigacional, podendo-se configurar paradoxal uma obrigatoriedade de exceção à regra de delimitação precisa dos pedidos: a generalidade da condenação em processos coletivos somente se torna imperativo quando não houver elementos que possam identificar *a priori* os beneficiários, devendo-se interpretar o texto do art. 95 como uma regra de utilidade à resolução ótima de conflitos.

Com efeito, o magistrado fazendo uma análise de custo/benefício na empreitada de identificação de todos os eventuais beneficiários por uma eventual sentença judicial é que perceberá a adoção de uma condenação que faça o acertamento da obrigação. Contudo, a correta delimitação dos elementos da obrigação, a depender de como se realizaria a produção probatória, o tempo do processo ou os instrumentos de pesquisa postos à disposição do aparato judicial, desencadeará como decorrência num resultado líquido ou genérico. A regra legal parte do pressuposto da impossibilidade de se precisar sempre esses aspectos e, por uma questão de utilidade, adota a generalidade como prática; entretanto, não é porque a regra legal parta desse pressuposto que não se possa admitir hipóteses de delimitação de todos os contornos da obrigação, entre os quais a precisa identificação dos beneficiários do resultado do processo.

Deve-se levar em consideração, porém, que caso isso ocorra (identificação), os desdobramentos práticos repercutiram desde que essa situação se verifique: no caso da mora, caso haja a correta identificação e precisão das pessoas com todas as suas características não haveria razão para que não houvesse a incidência de juros moratórios. Nesse sentido é que deve ser entendido o REsp 1361800/SP. Por outro lado, caso não se possa precisar todos os contornos da obrigação decorrente do resultado do processo, opera-se o regramento do art. 95 do CDC, o que, por via de consequência, a mora somente se tornaria presente após o procedimento de liquidação.

Dessa forma, sempre que houver a possibilidade de identificação precisa dos destinatários do resultado do processo o resultado poderá variar a depender de se considerar hipótese de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Assim, considerando-se o exemplo hipotético lançado na introdução deste trabalho, somente a situação fática poderá apontar pela existência ou não de "litispendência" entre uma ação proposta por uma entidade associativa e uma demanda individual.

Com efeito, se for possível identificar *a priori* os beneficiários de eventual procedência dos pedidos de uma demanda coletiva, a decorrência lógica é que no plano material haverá resultados práticos em um eventual litígio instaurado por esses mesmos beneficiários. Na verdade, aqui se poderia se revisitar a definição de litispendência na abordagem clássica de identificação formal da tríplice identidade dos elementos da demanda (partes, pedido ou objeto e causa de pedir), de modo a considerar essencialmente quem seriam de fato as pessoas atingidas pela eventual decisão judicial. Perceba-se que, por essa ótica, o resultado variará conforme o tipo de direito que se está em jogo: difuso, coletivo e individual homogêneo, conforme as conclusões lançadas acima a respeito da extensão da coisa julgada em casos de procedência ou improcedência dos pedidos. Assim, em verdade, a depender da configuração real dos direitos postos em discussão, haverá repercussão na esfera material da relação jurídica dos atingidos pela decisão judicial, o que, por conseguinte, ensejará de igual forma desdobramentos impactantes para a incidência de outras normas jurídicas, como o reconhecimento de extinção da obrigação, possibilidade ou não de sobreposição de direitos, reconhecimento de obrigações adversas - como o dever de indenizar por vedação de locupletamento ilícito -, etc, tudo a variar conforme: *(a)* mérito da demanda em direitos difusos ou coletivos com procedência dos pedidos com instrução probatória suficiente; *(b)* mérito da demanda em direitos individuais homogêneos com procedência ou improcedência dos pedidos com suficiência ou não de provas.

Perceba-se que a argumentação utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça de incentivo à litigiosidade por demandas individuais aqui também é considerada, só que numa dimensão *lata*, porquanto não seria pelo fato de correta interpretação dos direitos em discussão em juízo que haverá um incentivo à litigiosidade, mas sim que a partir da pressuposição de que os processos judiciais servem como instrumento de aplicação normativa no contexto social como forma adequada de solução de conflitos, sejam individuais ou coletivos.

Referências

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **RESP 200802044963**, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA: 27.04.2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **RESP 200802765580**, LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJE DATA:01/08/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **AgRg no REsp 1348512/DF**, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 04/02/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **REsp 1361800/SP,** Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Rel. p/ Acórdão Ministro SIDNEI BENETI, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/05/2014, DJe 14/10/2014.

BUZAID, Alfredo. **Considerações sobre o mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1992.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil:** processo coletivo. 3. ed. rev. ampl. Salvador: JusPodivm, 2008. v. 4.

FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil.** *Volume 2*. 9 ed rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Interesses coletivos e difusos**. Doutrinas Essenciais do Direito Ambiental. Vol. 4. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2011

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Um estudo sobre a legitimação para agir no direito processual civil: a legitimiação ordinária do autor popular. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, v. 76, n. 618, p. 34, abr. 1987.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado. Tomo XXIII.** 8. ed. Reimpressão. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

ROJAS, Ricardo Manuel. **Análisis Económico e Institucional del Orden Jurídico.** Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004.

SANTANA, Agatha Gonçalves. Ensaio sobre Ações Pseudocoletivas e Pseudoindividuais e a Defesa de um Sistema de Direito Processual Coletivo. **Tutela Jurisdicional Coletiva.** Fredie Didier Jr, José Henrique Mouta e Rodrigo Mazzei. 2 série. Salvador: Editora Juspodivam, 2012.

SANTOS, Diogo Palau Flores dos. Eficácia territorial em face da União no projeto de Lei n° 5.239/2009. **Tutela Jurisdicional Coletiva**. Fredie Didier Jr, José Henrique Mouta e Rodrigo Mazzei. 2 série. Salvador: Editora Juspodivam, 2012.

ZAVASCKI, Teori. **Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OS DIREITOS SOCIAIS E A EQUIDADE INTERGERACIONAL

Douglas Antônio Rocha Pinheiro

Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB), professor de graduação e pós-graduação do Centro Universitário IESB e do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Federal de Goiás (UFG).

Resumo: O presente texto é fruto de uma pesquisa interdisciplinar maior que investiga se (e como) os direitos das gerações futuras podem ser efetivados no tempo presente. Este artigo, em particular, objetiva analisar de que maneira o endividamento contraído pela geração atual pode comprometer o gozo de direitos sociais pelas gerações futuras. Para atingir tal objetivo, o artigo faz uma pesquisa bibliográfica sobre o conceito de equidade intergeracional, surgido inicialmente nos debates sobre desenvolvimento e sustentabilidade, e sobre o conceito de dívida odiosa que, no direito internacional público, legitimou a recusa de pagamentos de dívidas contraídas por gerações anteriores. Combinando ambos os conceitos, o texto analisa como a dívida soberana precisa ser pensada na lógica do custo/benefício para cada geração, a fim de que o gozo de direitos não seja negado futuramente apenas por falta de planejamento orçamentário. Por fim, o texto defende a necessidade de uma *accountability* intergeracional constitucionalmente legitimada pelo princípio da solidariedade.

Palavras-chave: políticas públicas; direitos sociais; equidade intergeracional.

Resumen: Este texto es el resultado de una investigación interdisciplinaria más grande que investiga si (y cómo) los derechos de las generaciones futuras pueden hacerse efectivos en el presente. Este artículo, en particular, pretende analizar cómo la deuda contraída por la generación actual puede poner en peligro el disfrute de los derechos sociales por las generaciones futuras. Para lograr este objetivo, el artículo hace una revisión de la literatura sobre el concepto de equidad intergeneracional, que ha surgido inicialmente en las discusiones sobre desarrollo y sostenibilidad, y sobre el concepto de deuda odiosa que, en el derecho internacional público, ha legitimado la negativa de pago de las deudas contraídas por las generaciones anteriores. Uniendo los dos conceptos, el texto analiza cómo la deuda soberana debe ser considerada en la lógica de costo/beneficio para cada generación, a fin de que el disfrute de los derechos no sea negado en el futuro sólo por la falta de planificación del presupuesto. Por último, el texto hace hincapié en la necesidad de una rendición de cuentas entre las generaciones, lo que es constitucionalmente legitimado por el principio de la solidaridad.

Palabras clave: políticas públicas; derechos sociales; equidad intergeneracional.

Introdução

A Lei n. 13.249, de 13 de janeiro de 2016, referente ao Plano Plurianual (PPA) para o interstício 2016-2019, ao elencar as suas diretrizes apontou, em seu art. 4º, inciso III, a pretensão de "garantia dos direitos humanos com redução das desigualdades sociais, regionais, étnico-raciais, geracionais e de gênero". Inciso bastante semelhante já existia no Plano Plurianual anterior, no art. 4º, inciso I da Lei n. 12.593, de 18 de janeiro de 2012.

Semelhante, porém, não idêntico. Afinal, apenas no PPA atual, de modo inovador, é que o Poder Executivo decidiu indicar como meta do Estado a redução das desigualdades geracionais. Mas, afinal, o que representa tal pretensão?

Em alguns casos, pode significar a tentativa de superação das assimetrias entre pessoas com distintas idades que convivem simultaneamente em um mesmo intervalo histórico. Neste sentido, podem ser adequados tanto os levantamentos acerca das específicas dificuldades de acesso a políticas públicas que jovens e idosos enfrentam, o que pode levar o Estado a repensar as ações identificadas como prioritárias para cada faixa etária da população, quanto a promoção de programas intergeracionais (PI) por meio dos quais crianças, adolescentes, jovens e idosos compartilham habilidades, conhecimentos e experiências, proporcionando sistemas de apoio positivo que ajudam a manter o bem-estar e a segurança de diferentes gerações (NEWMAN *et al.*, 1998).

Em outra perspectiva, porém, pode representar a responsabilidade que uma geração tem em relação a gerações não simultâneas passadas ou futuras. Tal análise ganhou força em face das políticas de restrição de direitos sociais levadas a cabo pelos países europeus em decorrência das recentes crises por que passou o sistema econômico mundial. Em tais casos, ficou evidente que a gestão não razoável das finanças feita por gerações passadas que, aliás, gozaram de amplos direitos sociais, fez com que a geração presente tivesse que arcar com os custos do ajuste fiscal de um déficit que não gerou, além de acumular perdas em termos de quantidade ou amplitude de direitos sociais constitucional ou legalmente garantidos.

O presente texto, embora leve em conta a primeira perspectiva, centra sua análise na segunda, a fim de questionar qual a relação existente entre a garantia de direitos sociais e a equidade intergeracional. Para tanto, seguirá o seguinte percurso: primeiramente, apontará como se deu o surgimento do conceito de equidade intergeracional e as consequências filosóficas, políticas e jurídicas dele decorrentes; em seguida, será demonstrado que, mesmo intuitivamente, o direito internacional já havia tratado de questão semelhante aplicada à questão econômica quando refletiu sobre a ilegitimidade das dívidas odiosas; em seguida, será propriamente analisada a relação existente entre os direitos sociais e a responsabilidade intergeracional; por fim, serão apresentadas as considerações conclusivas.

1. A responsabilidade intergeracional

Em 1993, quarenta e quatro crianças filipinas, invocando o direito ao meio-ambiente saudável e equilibrado, requereram judicialmente que a Suprema Corte de seu país determinasse o cancelamento de todas as licenças para derrubada de árvores concedidas pelo Departamento de Meio-Ambiente e Recursos Naturais. Baseadas em dados de satélite de 1987, apontavam que a cobertura florestal das Filipinas fora reduzida a 1,2 milhões de hectares, ou seja, a apenas 4% do território e que, mantido o ritmo de desmatamento existente, o Estado seria privado de suas florestas em menos de uma década.

O caso conhecido como *Oposa vs. Factoran*, embora aparentemente comum, acabou se tornando uma referência em matéria de justiça intergeracional. Primeiro, porque as crianças, representadas por seus pais, não agiam apenas em nome próprio, mas alegavam legitimidade de agir em nome de sua geração e de gerações ainda não nascidas – o que foi admitido pelo Tribunal. Por fim, pela decisão favorável proferida pelo Juiz Relator Davide Jr. que reconheceu o conceito de responsabilidade intergeracional em matéria ambiental, definindo-o como o dever de preservação do "ritmo e [da] harmonia da natureza" que cada geração tem em relação à geração subsequente[109] (PHILIPPINES, 1993).

Seguindo as trilhas do precedente filipino, a defesa das gerações futuras pode, então, se apoiar em, pelo menos, três fundamentos: necessidade, legitimidade e legalidade. No plano político, o modelo clássico do regime democrático reforça uma lógica de exaltação do presente. A submissão do governante a um escrutínio periódico, a cada quatro ou cinco anos, faz com que suas ações objetivem a satisfação das prioridades de seu eleitorado, os cidadãos existentes, negligenciando o interesse do cidadão-devir da geração futura que sequer vota (TREMMEL, 2006, p. 32). A título de exercício mental, Tremmel (2006, p. 34) sugere uma projeção do princípio majoritário: caso as gerações futuras votassem, as fontes renováveis de energia não mereceriam uma atenção política

[109] Para uma análise do caso e da atuação da Suprema Corte como reguladora de política ambiental, segundo a perspectiva do então Secretário do Departamento de Meio-Ambiente e Recursos Naturais das Filipinas, cf. Factoran, 1994. Em síntese, ao citar o caso também filipino Hoechst, em que uma juíza singular condenou o governo por proibir, sem o devido processo legal, o uso de um pesticida que já se mostrara tóxico, Factoran (1994: 158-159) define a atuação judicial como pendular e menos confiável que um processo político de decisão social ampliada.

maior que os combustíveis fósseis? E a dívida pública não seria consideravelmente menor?

A necessidade de abertura do modelo tradicional a novas perspectivas não se restringe ao campo da política. Na economia, os custos projetados a curto prazo interferem nas tomadas de decisão de modo bem mais enfático que os custos esperados a longo prazo, indicando que a esfera econômica também é orientada pelo presente (FRISCHMANN, 2005, p. 459). Por isso, na análise de custos e benefícios o tempo é um valor: uma moeda hoje vale mais que a mesma moeda no futuro (FARBER *et al*., 1993, p. 277), razão por que um título público com valor nominal a ser pago futuramente costuma ser comercializado no presente por uma quantia inferior ao valor de face. A presentificação da economia acaba gerando uma distribuição desigual de custos e benefícios entre as gerações, diminuindo o poder de barganha do consumidor-futuro no mercado atual.

No plano da legitimidade, as gerações futuras começam a ser percebidas como titulares de direitos. Tal postura, porém, não é unânime. Segundo Beckerman (2006, p. 55), por exemplo, indivíduos ainda não nascidos não podem ter direitos, porque a possibilidade de ter algo pressupõe uma existência: se não podem ter duas pernas, cabelos longos ou, ainda, um gosto musical por Mozart igualmente não podem ter direitos. Nesse sentido, nem seria possível dizer que eles têm interesses passíveis de preservação no presente: mesmo porque identificar tais interesses e outorgar poderes a algum grupo ou instituição como legítimo defensor dos mesmos seria negar às gerações futuras o direito de escolha. Por isso, enfatizar as obrigações da geração presente, especialmente em relação às consequências duradouras de suas ações, seria bem mais produtivo e menos retórico que defender pretensos direitos das gerações futuras (BECKERMAN, 2006, p. 60-61).

Para Edith Weiss (1996, p. 611), em contrapartida, a titularidade de direitos das gerações futuras é plenamente justificável, mas requer, como pressuposto, a superação do paradigma liberal clássico ocidental que pensa tal titularidade como a expressão de direitos de um indivíduo identificado ou identificável no presente. Afinal, outras tradições já costumam perceber direitos humanos numa perspectiva coletiva que pode, inclusive, extrapolar os limites do Estado – segundo a concepção islâmica, por exemplo, a titularidade de tais direitos pertence à comunidade de crentes como um todo. Quanto à ênfase nas obrigações da geração presente, Weiss (1996, p. 613) entende ser este um

argumento atraente; porém, perigoso. Obrigações tem menor força moral que direitos. Assim, a desvinculação entre as obrigações da geração atual e os direitos das gerações futuras pode servir de incentivo a que a coletividade presente aja em benefício próprio e às expensas das coletividades ainda não nascidas.

Assim, seria preciso consolidar uma equidade intergeracional baseada em três princípios:

- diversidade, por meio do qual cada geração deveria conservar a maior quantidade possível de recursos naturais, econômicos e culturais, a fim de que as gerações subsequentes tivessem, à sua disposição, uma pluralidade de opções para satisfazer seus próprios interesses;
- qualidade, que exigiria de cada geração o compromisso de transmitir o planeta às gerações futuras em condição, pelo menos, idêntica a que tenha recebido da geração anterior – permitindo-se, porém, compensações, pois o uso maior de um recurso pode servir para o desenvolvimento de uma alternativa substitutiva viável;
- acesso, pelo qual cada geração deveria pôr ao alcance de seus membros o legado de gerações passadas, conservando-o igualmente para acesso das gerações futuras. Tais princípios efetivos mas abertos garantiriam às gerações futuras a flexibilidade de agir em seu próprio sistema de valores, resguardando, assim, sua liberdade de escolha (WEISS, 1996, p. 608-609).

No reforço teórico da pertinência dos direitos das gerações futuras, reiteradamente tem sido invocada a teoria da justiça de John Rawls. Rawls (1971, p. 137) propôs um esquema teórico em que um grupo de indivíduos, pretendendo constituir uma sociedade justa, partiria de uma posição original: cada indivíduo, embora tivesse conhecimentos de relações políticas e teoria econômica, não saberia seu lugar na sociedade a ser constituída, sequer seu *status*, sua riqueza, suas habilidades e sua inteligência. Esse véu da ignorância criaria uma situação de escolha racional baseada no interesse próprio, fazendo com que cada indivíduo preferisse constituir uma sociedade igualitária, considerados os riscos de ocupar a pior posição na mesma.

Por vezes, Rawls pensou tal posição original de modo intrageracional: embora os indivíduos não soubessem a que geração pertenceriam na história da humanidade, todos seriam contemporâneos entre si (RAWLS, 1991, p. 139). Em outros momentos,

esboçando uma percepção de vanguarda, a reestruturou de modo intergeracional: todas as gerações – passadas, presente e futuras – estariam representadas na posição original, fomentando uma igualdade temporalmente transversal (RAWLS, 1991, p. 288).

Apesar de tal teoria da justiça ter sofrido diversas críticas[110] – em termos intergeracionais, por exemplo, por Rawls considerar que as gerações subsequentes sempre estariam em situação melhor que as anteriores por conta da acumulação de capital e do avanço tecnológico, desconsiderando totalmente a questão ambiental –, há vários autores, tais como Tremmel (2009, p. 158-170) e Wallack (2006, p. 93-104), que tentam avançar no debate da justiça entre gerações partindo de algumas das intuições de Rawls, o que reforça sua pertinência.

Por fim, quanto à legalidade, vários Estados – como Estônia, Polônia, República Tcheca e Suíça – positivaram a equidade entre as gerações como um princípio geral e abstrato, incluindo-o no preâmbulo das Constituições. Outros, constitucionalizaram especificamente a equidade ecológica intergeracional, normalmente por meio de artigos que declaram o direito das gerações futuras a um meio-ambiente saudável e equilibrado. Porém, poucos Estados trataram, de modo expresso em suas leis fundamentais, da equidade econômico-financeira intergeracional (TREMMEL, 2006, p. 36-43).

Além disso, quando questões sobre equilíbrio orçamentário, vinculação da receita de empréstimos a despesas logísticas de interesse coletivo e limitação da dívida soberana constam do texto constitucional, são consideradas apenas como uma forma de *accountability*, não propriamente como requisito de justiça entre gerações. A postura atual dos Estados acerca da equidade econômico-financeira intergeracional parece, portanto, bastante acanhada, principalmente se for considerada a precedência, em quase um século, do instituto de direito internacional público conhecido como dívida odiosa – sobre o qual tratará o próximo item.

2. A equidade intergeracional em matéria econômica

Embora, em 1922, Gaston Jèze já esboçasse uma distinção entre dívidas de regime e dívidas de Estado, vinculando estas à manutenção de um complexo de serviços públicos de interesse geral e aquelas ao financiamento de guerras e de subjugação de outros povos

[110] Para um aprofundamento das revisões feitas por Rawls em sua própria teoria da justiça após as críticas recebidas, cf. Rawls, 1999 e Rawls, 2001.

(BEDJAOUI, 1978), o conceito moderno de dívida odiosa como utilizado pela doutrina internacional foi primeiramente formulado em 1927 por Alexander Sack. Para o jurista russo, a dívida seria considerada odiosa – sujeita, pois, à recusa de pagamento – quando concorressem três requisitos: fosse contraída por governo despótico, objetivasse fins outros que não os do próprio Estado e contasse com a conivência do credor, ciente dos dois dados anteriores (SACK, 1927).

Vários eventos históricos anteriores podem ter inspirado tal doutrina (HOWSE, 2007). Sack expressamente fez menção ao debate travado na Conferência de Paris de 1898 que pôs fim à Guerra Hispano-Americana. Na ocasião, após renunciar a soberania sobre Cuba, Porto Rico e Filipinas, a Espanha passou a exigir que as dívidas que contraíra perante credores internacionais dando como garantia a receita financeira cubana fosse assumida pelos Estados Unidos. A Comissão Estadunidense na Conferência, porém, recusou-se a admitir tal exigência sob os argumentos de que Cuba não consentira com tal débito, que o mesmo não atendera aos interesses dos cubanos, visto ter sido utilizado para reprimir suas lutas por independência, e que os credores, estando cientes de tal situação ao realizar o empréstimo, acabaram assumindo o risco da transação.

Um outro precedente, embora não abordado por Sack, também merece destaque. Em meados de 1919, pouco mais de dois anos após chegar ao governo da Costa Rica por meio de um golpe, Federico Tinoco fez um empréstimo junto ao Banco Real do Canadá dando como garantia diversas cartas de crédito emitidas por um banco estatal costarriquenho. Tal numerário, longe de servir ao interesse nacional, acabou permitindo que Tinoco e seu irmão conseguissem fugir do país em agosto daquele mesmo ano. Restaurada a democracia, a cartas que garantiram a operação financeira canadense foram canceladas, gerando um conflito entre Costa Rica e Grã Bretanha. Chamado a decidir a questão por arbitragem individual, o então Ministro Presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos, William Taft, entendeu que embora Tinoco tivesse legitimidade para firmar contratos internacionais tal empréstimo claramente objetivava seus interesses pessoais, fato de que tinha conhecimento do banco credor. Com isso, Taft decidiu favoravelmente à Costa Rica (BUCHHEIT *et al*, 2007).

Os dois casos, apesar de semelhantes, apresentam forte distinção. O questionamento da dívida cubana aconteceu em um contexto de sucessão entre Estados, conjuntura pressuposta pelos principais escritos que, logo após Sack, discutiram a validade da dívida odiosa (FEILCHENFELD, 1931; O'CONNELL, 1967). Mesmo

quando Bedjaoui, Relator especial da Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas, propôs a ampliação da noção de dívida odiosa para incluir os débitos contraídos em desacordo com os princípios de direito internacional, tais como os destinados à supressão de direitos humanos, tal debate se fez no processo de elaboração do projeto da Convenção de Viena sobre a Sucessão de Estados em Matéria de Propriedade, Arquivos e Dívidas (BEDJAOUI, 1978).

Em relação à Costa Rica, porém, a decisão sobre a inexigibilidade da dívida se deu numa conjuntura de sucessão entre governos. Aliás, após o processo de descolonização afro-asiática e de estabilização de fronteiras, a maioria dos questionamentos de empréstimos tem se dado nesta dimensão: a da justiça de transição entre regimes de exceção e regimes democráticos. Na África do Sul, por exemplo, com a posse do presidente Nelson Mandela em 1994, chegou-se a cogitar sobre o não pagamento da dívida contraída pelo governo do *apartheid*. Afinal, mesmo rechaçada pela comunidade das nações, a ditadura racial isolada economicamente conseguiu resistiu por algum tempo graças às linhas de crédito obtidas junto a instituições financeiras de países como Alemanha, Suíça, Reino Unido, Estados Unidos e França (HOWSE, 2007). Mandela, porém, temendo minar os investimentos estrangeiros diretos e a confiabilidade internacional da África do Sul, acabou pagando a dívida odiosa.

De qualquer modo, situações como essa permitiram recolocar o tema da responsabilidade do credor na agenda internacional. Se anteriormente um empréstimo concedido com má fé em relação ao povo que o suportaria só poderia ser questionado num caso de sucessão entre Estados, fato no mais das vezes esporádico, agora seria possível sujeitá-lo a um crivo mais periódico: a mudança de governo. Desta forma, não bastaria ao credor internacional ater-se às garantias de pagamento de um crédito concedido; deveria, igualmente, atentar-se para as circunstâncias em que tal contrato é pactuado – avaliando tal contexto, todavia, não mais apenas na perspectiva em que foi pensada a teoria da dívida odiosa há quase um século, e sim no modo como o Banco Mundial, por sua prática, a tem reconstruído nos últimos anos (WORLD BANK, 1989 e 1992).

De outra parte, a geração presente, por meio de uma auditoria que apontasse as causas e os usos relacionados à sua dívida pública, poderia se negar a pagá-la sob argumento legítimo de que não seria obrigado a arcar com o ônus de um contrato financeiro que não teria gerado, em contrapartida, qualquer benefício para a coletividade

respectiva. Desse modo, pode-se finalmente aproximar-se da questão objeto do presente artigo: afinal, pode uma geração onerar a outra a ponto de lhe privar do gozo de determinados direitos, especialmente os sociais?

3. Os direitos sociais em perspectiva intergeracional

Durante os anos 1990, o governo dos Estados Unidos enfrentou um forte questionamento acerca dos valores orçamentários gastos com políticas sociais de proteção à velhice. Na tentativa de intervir no debate então travado na esfera pública, o especialista em equidade intergeracional Steven Wisensale recorreu a três fábulas que, na sua perspectiva, condensavam de maneira alegórica as soluções projetadas para a questão. A primeira delas remetia ao livro *The fixed period*, uma narrativa futurista escrita em fins do século XIX por Anthony Trollope. No romance, que se passa em uma ilha, os jovens legalmente determinaram que todos os cidadãos com idade igual ou superior a 67 anos deveriam ser conduzidos a uma espécie de faculdade honorária chamada "necrópolis", local onde se hospedariam para refletir e meditar pelo prazo de um ano, findo o qual seriam mortos e cremados.

A segunda história, extraída de uma reflexão de Harry Moody, reproduzia um suposto diálogo travado entre um pássaro-filhote e sua mãe enquanto esta o transportava nas costas em busca de comida. A mãe pergunta ao filhote se ele também a carregaria, como ela o fazia, quando então se tornasse velha e fraca – ao que o filhote responde de modo negativo, pois, assim como a mãe fazia, ele carregaria apenas o seu próprio filhote.

A terceira fábula reporta-se a um conto dos irmãos Grimm que, no Brasil, já foi inclusive tema de música caipira. Um camponês, diante da velhice do pai, priva-o da refeição à mesa com toda a família e passa a alimentá-lo longe dos demais servindo-o durante o almoço em uma gamela de madeira. Um dia, surpreendendo seu próprio filho juntando tocos de madeira, pergunta-lhe o motivo da ação; o filho responde que já estava preparando a gamela do pai para quando este se tornasse idoso – resposta que lhe provoca remorços e o leva a reintegrar o avô da criança ao almoço compartilhado em família (WISENSALE, 1997).

As três narrativas enfatizam três soluções projetadas para os casos de conflito intergeracional: na primeira, os idosos são considerados um fardo e as políticas públicas devem claramente se voltar para os jovens ou para aqueles que detém o poder de decisão

no presente; na segunda, é colocada em xeque a viabilidade da reciprocidade geracional; na última, aponta-se que o idoso deve ser tratado segundo o mesmo rigor com que, quando jovem, tratou os seus próprios idosos. Embora pensadas na primeira perspectiva da equidade geracional, aquela que aborda as pessoas que partilham de um mesmo tempo histórico, tais alegorias servem à segunda perspectiva, desde que consideremos jovens e idosos como gerações distintas não contemporâneas.

Assim, a primeira narrativa apontaria para a irresponsabilidade da geração presente em relação às gerações passadas ou futuras – o que a desobrigaria de arcar com as dívidas contraídas pelas anteriores, bem como de usar com parcimônia os recursos naturais e orçamentários a fim de resguardá-los para as gerações futuras. A segunda revelaria a impossibilidade de reciprocidade com a geração passada, já que, no mais das vezes, não seria mais possível responsabilizá-los pela má gestão das políticas públicas; restaria, pois, à geração presente assumir os custos já existentes caso optasse por legar à geração subsequente um Estado com equidade fiscal. Por fim, a última narrativa apontaria um critério de gestão prospectiva: esta geração gostaria de ter sido tratada pela anterior do mesmo modo como parece estar tratando a que lhe seguirá?

De modo prático, tal debate aponta para a necessidade de um parâmetro baseado numa certa relação de custo/benefício geracional que, obviamente, precisa ser prévio à adoção de políticas públicas de grande impacto econômico-orçamentário. Por exemplo, para que um programa de habitação popular possa atender não só às populações presentes, mas igualmente às futuras, como ele deve ser gerido? Para que um sistema público de previdência atenda não só à população presente, mas igualmente às futuras, como deve ser estruturado? Para que investimentos no sistema único de saúde possam legar às gerações futuras não só uma dívida, mas também benefícios, como ele deve ser atualmente planejado? Para que um conjunto de obras extremamente onerosas, mas necessárias ao exercício do direito à mobilidade urbana, possam durar por um longo tempo, beneficiando mais de uma geração, qual deve ser o rigor de sua prospecção? Tais questões mostram que a questão da equidade intergeracional, longe de ser apenas teórica, é uma variável importante no processo de afirmação de direitos sociais, principalmente para que a sua incorporação na tradição jurídico-política de um povo não sofra o risco de futuros retrocessos.

Considerações finais

Em matéria ambiental, muitos países têm começado a refletir sobre a pertinência de se criar *ombudsperson* em sustentabilidade, órgãos que possam ter poder de veto sobre projetos que leguem às gerações futuras um ônus irrazoável. Nesta perspectiva, a energia nuclear tenderia à extinção, principalmente em face dos problemas de descarte e acúmulo do lixo radioativo. O presente texto mostra a necessidade de se avançar na proposta, já que a dimensão fiscal-orçamentária do Estado, quando mal gerida, pode significar a negativa de direitos sociais para as gerações futuras.

Assim como a geração presente exerce um controle social sobre a atuação do Estado, quer de modo horizontal pelo sistema de freios e contrapesos, quer de modo vertical pelas eleições, pela mídia e pelos movimentos sociais, é preciso construir um sistema de *accountability* intergeracional, que ponha freios à admissão de dívidas ou encargos que não gerem, no longo prazo, benefícios minimamente proporcionais aos custos respectivos.

Seguindo os parâmetros de Weiss, uma gestão intergeracionalmente responsável em matéria de direitos sociais garantiria uma quantidade suficiente de recursos para que as gerações subsequentes pudessem planejar suas próprias políticas públicas ou, ao menos, não fossem forçadas a arcar com o ônus de políticas que só se prezassem a gerações passadas; evitaria exponenciar a dívida recebida, reduzindo, se possível, o ônus financeiro ao longo do tempo; e garantiria futuro acesso a direitos sociais, tratando a supressão das desigualdades como um projeto permanente do Estado, inserido em cada gestão temporal como um compromisso de solidariedade com as demais gerações.

Desse modo, as políticas públicas de garantias de direitos sociais não deixarão de existir por questões de ajuste fiscal ou endividamento público indevido – mas apenas quando as assimetrias que pretendiam superar já o tivessem sido de modo responsável, eficiente e inclusivo.

Referências

BECKERMAN, Wilfred. The impossibility of a theory of intergenerational justice. In: TREMMEL, Joerg Chet (Ed.). **Handbook of Intergenerational Justice**. Cheltenham/Northampton: Edward Elgar, 2006, p. 53-71.

BEDJAOUI, Mohammed. Document A/CN.4/301 and Add.1: Ninth report on succession of States in respect of matters other than treaties. **Yearbook of the International Law Commission**: 1977, volume II, parte one. New York: United Nations, 1978.

BUCHHEIT, Lee C.; GULATI, G. Mitu; THOMPSON, Robert B. The dilemma of odious debts. **Duke Law Journal**, v. 56, p. 1201-1262, 2007.

FACTORAN, Fulgencio S. A reaction to the right to a balanced and healthful ecology: the odissey of a constitutional policy. **Philippine Law Journal**, v. 69, n. 2, p. 157-163, 1994.

FARBER, Daniel A.; HEMMERSBAUGH, Paul A. The shadow of the future: discount rates, later generations, and the environment. **Vanderbilt Law Review**, v. 46, n. 2, p. 267-304, mar. 1993.

FEILCHENFELD, Ernst Hermann. **Public debts and State succession**. New York: Macmillan, 1931.

FRISCHMANN, Brett M. Some thoughts on shortsightedness and intergenerational equity. **Loyola University Chicago Law Journal**, v. 36, p. 457-467, 2005.

HOWSE, Robert. **The concept of odious debt in Public International Law**: UNCTAD Discussion Paper 185. Geneva: United Nations, 2007.

O'CONNELL, Daniel Patrick. **State succession in Municipal and International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 1967.

NEWMAN, Sally; WARD, Christopher R.; SMITH, Thomas B.; WILSON, Janet O.; McCREA, James M. **Intergenerational Programs: Past, Present and Future**. Washington: Taylor and Francis, 1998.

REPUBLIC OF THE PHILIPPINES. **GR n. 101083** July 30, 1993 (Oposa vs. Factoran). Manila: Supreme Court, 1993.

RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge: Belknap Press, 1971.

____. **A theory of justice:** revised edition. Cambridge: Belknap Press, 1999.

____. **Justice as fairness:** a restatement. Cambridge: Belknap Press, 2001.

SACK, Alexander Nahun. **Les effets des transformations des États sur leurs dettes publiques et autres obligations financières**: traité juridique et financier. Paris: Société Anonyme du Recueil Sirey, 1927.

TREMMEL, Joerg Chet. How can future generations be protected by changing constitutions? In: JÁVOR, Benedek; RÁCZ, Judit (Ed.). **Do we owe them a future?** The opportunities of a representation for future generations in Europe. Budapest: Védegylet, 2006, p. 31-69.

____. **A theory of intergenerational justice**. London: Earthscan, 2009.

WALLACK, Michael. Justice between generations: the limits of procedural justice. In: TREMMEL, Joerg Chet (Ed.). **Handbook of Intergenerational Justice**. Cheltenham/Northampton: Edward Elgar, 2006, p. 86-105.

WEISS, Edith Brown. Intergenerational equity and rights of future generations. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (Ed.). **The Modern World of Human Rights: Essays in Honour of Thomas Buergenthal**. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, p. 601-616.

WISENSALE, Steven. World population ageing: the coming intergenerational equity debate. **UN Bulletin on ageing**. New York, n. 2/3, 1997, p. 2-7.

WORLD BANK. **Sub-Saharan Africa:** From Crisis to Sustainable Growth: A Long Term Perspective Study. Washington: World Bank, 1989.

_____. **Governance and Development**. Washington: World Bank, 1992.

OS NOVOS HORIZONTES DA AUTONOMIA NEGOCIAL COLETIVA: ANÁLISE CRÍTICA DA RECENTE DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOS AUTOS DO RE 590.415

Douglas Alencar Rodrigues

Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); professor do Curso de Direito do Centro Universitário IESB; ministro do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

Sumário**:** Introdução. 1. Breve história da evolução constitucional brasileira no capítulo alusivo à organização sindical. 2. A liberdade sindical como valor absoluto. 3. A pluralidade e a hierarquia das fontes do Direito do Trabalho: o princípio da proteção e o horizonte da melhoria da condição social do trabalhador. 4. A negociação coletiva na CLT: a consagração de um modelo vinculativo. 5. A negociação coletiva na visão do TST – Súmulas, Orientações Jurisprudenciais e Precedentes. 6. O julgamento do RE 590.415 - Um novo paradigma? Conclusão**.**

Introdução

A importância da negociação coletiva no universo das relações de produção tem sido reconhecida historicamente, diante de seu papel fundamental de criar e revisar normas e condições de trabalho, possibilitando a retomada do equilíbrio necessário às relações entre o capital e o trabalho. Essas relações, como se sabe, são marcadas por características e dinâmica próprias, pois sofrem os impactos diretos das oscilações e incertezas advindas do processo econômico.

A relevância da negociação coletiva, nesse cenário, confunde-se com a própria história e razão de ser das organizações sindicais, que foram idealizadas, fundamentalmente, para a mais ampla defesa dos interesses individuais e coletivos de categorias econômicas e profissionais.

Partindo da constatação de que as relações de trabalho estão diluídas em diversificados segmentos da economia, compostos por empresas de diferentes dimensões e características próprias, às quais se vinculam trabalhadores com graus diferenciados de concentração (que podem, inclusive, chegar à extrema dispersão em segmentos ou setores específicos da economia), compreendeu o legislador que a melhor forma de permitir a manutenção do equilíbrio seria possibilitar aos próprios interessados a disciplina rápida e

efetiva de seus interesses, mediante processos democráticos e transparentes de negociação coletiva.

É induvidoso que a edição de norma legal pelo Estado com esse mesmo objetivo de resgate e preservação do equilíbrio não se mostraria eficaz, diante das próprias lógicas e características que marcam o processo legislativo, com prazos dilatados, tramitação em duas casas e expressivo contingente de demandas de caráter universal a serem atendidas.

Diante dessa realidade, pode-se afirmar que a legislação estatal é caudatária da normatividade produzida pelos atores coletivos, ou seja, que o direito individual do trabalho ditado pelo Estado é fruto direto ou indireto, mediato ou imediato, mas sempre fruto da *ação coletiva* coordenada pelos sindicatos.

Mas, desvendar quais os limites desse poder de negociação coletiva, elevado ao patamar constitucional em 1988 (art. 7º., XXVI), representa um imenso e hercúleo desafio no atual estágio das relações entre o capital e o trabalho no Brasil, país marcado por profundas desigualdades regionais, elevada dívida pública e expressiva carga tributária, baixos níveis de ensino e qualificação profissional e alta rotatividade de mão de obra.

O debate sobre a autonomia negocial coletiva ganhou um novo alento, em razão da recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 590.415 (30.4.2015), no qual, embora se limitando a afastar a incidência da diretriz jurisprudencial posta na OJ 270 da SBDI-1 do TST -- reconhecendo a eficácia liberatória geral da quitação concedida por trabalhador ao extinto contrato de trabalho, em razão da adesão a Plano de Desligamento Incentivado --, foram apresentadas longas considerações a propósito do marco normativo nacional das relações de trabalho, com especial ênfase para o poder negocial conferido aos sindicatos.

Para bem examinar essas questões, o presente estudo se inicia com o resgate da história da evolução constitucional brasileira no capítulo alusivo à organização sindical, seguindo-se algumas considerações sobre o conteúdo do postulado da liberdade sindical.

Em seguida, buscando compreender o complexo de normas que são aplicadas às relações de trabalho, propõe-se uma breve análise das fontes no Direito do Trabalho, bem assim da hierarquia que existe entre elas, com especial ênfase para os valor-base da proteção.

Ainda para explicitar as bases da legislação laboral que se implantou no Brasil, sobretudo a partir de 1930, pretende-se demonstrar como a negociação coletiva foi idealizada pelo legislador consolidado, comprometido com o ideário fascista que presidiu

a concepção do modelo de relações do trabalho no Brasil e que se apoiava nas idéias-base de se criar as bases para o desenvolvimento nacional e da ausência de uma identidade nacional ou de espírito associativo legítimo do povo-brasileiro.

Na sequência, tentar-se-á justificar a corrente jurisprudencial construída no âmbito do TST, a propósito dos limites da autonomia negocial coletiva.

Por fim, serão examinados os motivos lançados pela Excelsa Corte no julgamento do RE 590.415 para afastar a aplicação da já referida OJ 270 da SBDI-1 do TST, com o detalhamento da *"ratio decidendi"* e dos *"obter dictum"*, esses últimos sugerindo, pelo menos de forma aparente, a derrogação do arcabouço teórico-doutrinária que inspira e fundamenta o Direito do Trabalho no campo da negociação coletiva, a partir da idéia, que parece subjacente, de que o negociado deve prevalecer sobre o legislado, com aparente ruptura do horizonte axiológico inscrito no art. 7º., *"caput"*, da CF, de melhoria da condição social dos trabalhadores.

1. Breve história da evolução constitucional brasileira no capítulo alusivo à organização sindical.

Nas palavras de Russomano[111], no período colonial brasileiro, cuja economia e populações estavam circunscritas ao meio rural e fundadas na mão-de-obra escrava, não existiu um ambiente favorável ao surgimento de organizações associativas destinadas a congregar pessoas com objetivos e ideais comuns.

Esse cenário de anomia e apatia associativa persistiu com a independência em 1822 e o posterior advento da Constituição de 1824. Muito embora tenha assegurado a liberdade de trabalho (art. 179, XXIV), o Texto Imperial de 1824, refletindo as concepções e os ventos iluministas oriundos da Revolução Francesa, baniu *"as corporações de ofício, seus juízes e mestres"* (art. 179, XXV), silenciando, contudo, sobre um eventual capítulo de direitos sociais.

No alvorecer do século XIX, registra a história que a associação sindical era considerada crime em diversos países.

Na França, a sindicalização foi proibida pela Lei Le Chapelier (1791), que proclamava a defesa da livre empresa e da autonomia privada, banindo quaisquer corpos

[111] RUSSOMANO, Mozart Victor. Princípios de Direito Sindical. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 29-30.

intermediários entre os cidadãos e o Estado. Também o Código Penal francês (1810) tipificou como crime a coalização de trabalhadores, o que apenas foi alterado muitos anos depois, com a alteração do Código de Napoleão, em 1864. Finalmente, com a Lei Waldech-Rousseau, de 1884, houve o reconhecimento do direito à sindicalização em solo francês.

Na Grã-Bretanha, segundo o escólio de Sussekind[112], a associação sindical foi considerada crime pelos "Combinations Acts" de 1799/1800, cenário apenas alterado no ano de 1824, quando houve a revogação dos citados atos. O reconhecimento da sindicalização como direito apenas foi proclamada com o "Trade Unions Act" obtido por Disraeli (1871).

Apenas com o advento do Tratado de Versailles, em 1919, o direito de associação sindical assumiu status de direito fundamental, sendo posteriormente alçado à categoria de um dos direitos humanos fundamentais, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

No Brasil, com a primeira Constituição republicana, em 24 de fevereiro de 1891, foi assegurado o amplo direito de associação e reunião - "a todos é licito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas, não podendo intervir a política senão para manter a ordem pública" (art. 72, § 8º) - , o que possibilitou o surgimento de algumas entidades sindicais, logo no alvorecer do século XX. Nessa época surgiram associações destinadas a congregar determinados profissionais, embora sem natureza sindical típica, entre as quais se destacam a Sociedade União dos Foguistas (1903), a União dos Operários Estivadores (1903), a Associação de Resistência dos Cocheiros, Carroceiros e Classes Anexas (1906) e a União dos Operários em Fábricas de Tecidos (1917)[113].

Diante da realidade que se descortinava, surgiram as primeiras disposições legais voltadas à organização dos sindicatos: em 6 de janeiro de 1903, foi editado o Decreto n° 979, dispondo sobre os sindicatos dos profissionais da agricultura e indústrias rurais (enquanto pessoas jurídicas de direito privado, o processo de criação era simplificado,

[112] SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. A OIT e o princípio da liberdade sindical. In: FRANCO FILHO, Georgenor de Souza (coord.). Curso de Direito Coletivo do Trabalho. Estudos em homenagem ao ministro Orlando Teixeira da Costa. São Paulo: LTr., 1998, p. 51.

[113] SUSSEKIND, Arnaldo Lopes et al. Instituições de Direito do Trabalho. v. 2. 18 ed. São Paulo: LTr., 1999, p. 1086-1087.

sendo suficiente o registro no cartório do local em que sediado o sindicato); posteriormente, 05 de janeiro de 1907, veio a lume o Decreto n° 1.637, com o objetivo de regular os sindicatos urbanos.

Em razão de fenômenos econômicos e políticos de origem externa, tais como o primeiro conflito bélico em escala mundial (1914-1918) e o processo imigratório europeu -- sobretudo de italianos, que difundiram a experiência sindical da Europa, especialmente o anarco-sindicalismo --, as organizações sindicais nacionais experimentaram alguma evolução.

Mas o alvorecer do século XX testemunhou no Brasil inúmeros movimentos grevistas, que eclodiram nas cidades de São Paulo e Rio de Janeiro, assumindo posteriormente grandes dimensões. Tais eventos levaram o Presidente Washington Luís a afirmar que a greve era caso de polícia e como tal deveria ser tratada.

Com a chegada de Getúlio Vargas ao poder, após a Revolução de 1930, inaugura-se uma nova era de forte intervenção estatal nas relações de trabalho e na organização sindical.

O país começava a dar os primeiros passos no processo de mudança da matriz econômica agrícola para a industrial. Paralelamente, o cenário mundial indicava a consagração de um modelo político excessivamente centralizador na Espanha, em Portugal, na Itália e na Alemanha.

Os Decretos 19.770, de 19.03.31, e 24.694, de 12.07.34, deram início a esse modelo intervencionista, com a supressão da autonomia sindical e a completa sujeição dos sindicatos ao Estado, além da imposição do sindicato único.

A propósito do Decreto 19.770, de 1931, vale conferir a análise precisa de Amauri Mascaro Nascimento[114]:

> Lei dos Sindicatos, o decreto nº 19.770 (1.931) introduz na ordem jurídica uma linha sindical marcadamente intervencionista de um sindicalismo apolítico e voltado para a integração das classes produtoras. Antes, os sindicatos eram pessoas jurídicas de direito privado, depois, a publicização foi manifesta. Antes, os sindicatos eram livremente criados pelos interessados com administração e estatutos próprios, Depois, sob a custódia do Ministério do Trabalho Indústria e Comércio, concebidos como órgãos de colaboração do governo e com estatutos padronizados, perderam sua autonomia, dependendo do reconhecimento do Estado, que deles exigia a apresentação de relatórios da sua atividade. Para melhor consecução desses fins, adotou-se a estrutura do sindicato único em cada base territorial, de mo0do que ficou comprometida a liberdade de constituição

[114].

> de sindicatos. O critério de agrupamento foi o de profissões idênticas, similares e conexas em bases territoriais municipais (NASCIMENTO, 1998, p. 85).

Ainda no ano de 1932, em 23 de agosto, foi editado o Decreto nº 21.761, lançando uma série de conceitos e requisitos para a negociação coletiva, os quais seriam posteriormente integrados à Consolidação das Leis do Trabalho, em 1943.

A Constituição brasileira de 1934, promulgada em 16.7.1934, estabeleceu que os sindicatos e as associações profissionais seriam reconhecidos de conformidade com a lei, garantindo a pluralidade sindical e a completa autonomia dos sindicatos (art. 120 e seu parágrafo único). No entanto, no curto período de sua vigência, o comando constitucional de 1934 não logrou alcançar eficácia ou aplicação prática concreta, em parte porque a própria legislação (Decreto 24.694, de 12.7.1934), editada dias antes da novel Carta Magna, acabou por inviabilizar, na prática, que se constituísse mais de uma organização sindical, em razão da exigência de que seria necessário contar, com, no mínimo, um terço dos integrantes da categoria. Como relembra a doutrina[115]:

> A exigência de que o sindicato deveria reunir no mínimo 1/3 dos empregados da mesma profissão no mesmo local fez com que em cada localidade só pudesse existir um número limitado e não um número ilimitado de sindicatos, como seria cabível em um sistema genuinamente pluralista. (...). Observe-se, ainda, que não é possível aceitar que foi respeitada a plena autonomia sindical. Houve restrições à liberdade de administração do sindicato, tanto assim que nas assembleias sindicais havia presença permanente de um delegado do Ministério do Trabalho, indústria e Comércio. Não é possível, também, concluir que havia autonomia de organização sindical, quando se sabe que foi elaborado um plano de confederações, segundo o setor de atividade econômica correspondente, especificando o número de confederações e respectivas áreas (NASCIMENTO, 1998, p. 88)

Diante desse cenário normativo, foi sepultada a possibilidade de "livre concorrência" entre sindicatos.

Com o advento da Constituição de 1937, introduziu-se, finalmente, o modelo do sindicato único, pois o art. 138 do referido Diploma estabeleceu que:

> A associação profissional ou sindical é livre. Somente, porém, o sindicato regularmente reconhecido pelo Estado tem o direito de representação legal dos que participarem da categoria de produção para que foi constituído, e de defender-lhes os direitos perante o Estado e as outras associações profissionais, estipular contratos coletivos de trabalho obrigatórios para todos os seus

[115] Cfr. NASCIMENTO, Amauri Mascaro, ob. cit., p. 88.

> associados, impor-lhes contribuições e exercer em relação a eles funções delegadas de Poder Público.

Em seguida, sobreveio o Decreto 1.402/39 que, de forma clara e inequívoca, assentou a impossibilidade de reconhecimento de mais de uma associação sindical para cada categoria, diretriz posteriormente reprisada na Consolidação das Leis do Trabalho.

Com a Constituição de 1946, reafirmou-se a idéia genérica da liberdade de associação sindical, embora o constituinte tenha reservado à lei a disciplina a propósito da "forma de sua constituição, a sua representação legal nas convenções coletivas de trabalho e o exercício de funções delegadas pelo Poder Público" (art. 159).

Sem qualquer alteração substancial prática, entretanto, o modelo sindical corporativo sobreviveu incólume sob a égide do Texto Fundamental de 1946, subsistindo também após o advento da nova Constituição de 1967 e da superveniente Emenda Constitucional n° 1, de 1969, que mantiveram o critério restritivo da unicidade sindical e fixaram a atribuição de arrecadar, na forma da lei, contribuições para o custeio da atividade dos órgãos sindicais e profissionais e para a execução de programas de interesse das categorias por eles representadas (artigo 159 e § 1º da CF de 1967 e art. 166 e § 1º da EC 1, de 1969).

Nos anos seguintes, eclodiram greves no ABC paulista, em cujas pautas já figurava o ideal da Democracia.

A Carta Constitucional de 1988 enunciou o princípio da liberdade sindical de forma ampla (art. 8º), ao mesmo tempo em que ressalvou o postulado restritivo da unicidade sindical (art. 8º, II) e consagrou a previsão de contribuição para custeio do sistema confederativo, independentemente da contribuição prevista em lei (art. 8º, IV). Ainda em consonância com o espírito libertário e democratizante que presidiu sua edição, a Carta Política de 1988 vedou ao Poder Público qualquer espécie de interferência ou intervenção na organização sindical, ressalvado o registro dessas organizações "no órgão competente" (art. 8º, I).

Em breves linhas, esse o retrato da evolução do modelo sindical brasileiro.

2. A liberdade sindical como valor absoluto.

A liberdade sindical tem sido proclamada historicamente como um dos direitos fundamentais do homem e tem sido igualmente referida em todos os documentos

internacionais editados desde a Constituição da Organização Internacional do Trabalho – OIT (1948), entre os quais merecem destaque a Declaração dos Direitos do Homem da Organização das Nações Unidas (1948), o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966, também ratificado pelo Brasil) e o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador – em vigor desde 30.12.1999).

A relevância dessa enunciação deriva da própria noção, inscrita no preâmbulo da Constituição da OIT, segundo a qual a realização do ideal da Justiça Social representa pressuposto essencial para a paz universal e duradoura, sendo absolutamente necessário, por isso, construir ou melhorar as condições de trabalho, garantindo a regulamentação das horas de trabalho, a fixação de uma duração máxima do dia e da semana de trabalho, o recrutamento da mão-de-obra, a luta contra o desemprego, à garantia de um salário que assegure condições de subsistência adequadas, a proteção dos trabalhadores contra doenças gerais ou profissionais e contra acidentes de trabalho, a proteção das crianças, dos jovens e das mulheres, as pensões de velhice e de invalidez, a defesa dos interesses dos trabalhadores no estrangeiro, a afirmação do princípio "a trabalho igual, salário igual", *a afirmação do princípio da liberdade sindical*, a organização do ensino profissional e técnico e outras medidas análogas.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, assegura o direito de reunião e de associação pacíficas, sem vinculação compulsória a qualquer associação (art. 20), também garantindo a todos o "derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus interesses" (item 4 do art. 23)".

Posteriormente, em 16 de dezembro de 1966, foi aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, com o escopo de assegurar-lhes efetividade, pois "não se pode realizar o ideal de um ser humano livre, liberado do temor e da miséria, a menos que se criem condições que permitam a cada pessoa gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, tanto como de seus direitos civis e políticos (...)" (Preâmbulo do referido Pacto).

No art. 8º. do mencionado Pacto Internacional consagrou-se uma vez mais o ideal da liberdade sindical:

> 1. Os Estados Partes no presente pacto se comprometem a garantir: a) O direito de toda pessoa a fundar sindicatos e a filiar-se àquele de sua escolha, com sujeição unicamente aos estatutos da organização correspondente, para promover e proteger os seus interesses econômicos e sociais. Não poderão

> impor-se outras restrições ao exercício deste direito do que as prescritas pela lei e que sejam necessárias em uma sociedade democrática em interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para a proteção dos direitos e liberdades alheios; b) O direito dos sindicatos a formar federações ou confederações nacionais e destas a fundar organizações sindicais internacionais ou a filiar-se às mesmas; c) O direito dos sindicatos a funcionar sem obstáculos e sem outras limitações do que as prescritas em lei e que sejam necessárias em uma sociedade democrática em interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para a proteção dos direitos e liberdades alheios; d) O direito de greve, exercido em conformidade com as leis de cada país;
> 2. O presente artigo não impedirá de submeter a restrições legais o exercício de tais direitos pelos membros das forças armadas, da polícia ou da Administração Pública.
> 3. Nada que esteja disposto neste artigo autorizará aos Estados Partes na Convenção da Organização Internacional do Trabalho de 1948, sobre a liberdade sindical e a proteção ao direito de sindicalização, a adotar medidas legislativas que menosprezem as garantias previstas na referida Convenção ou a aplicar a lei de forma a menosprezar ditas garantias.

Portanto, a liberdade sindical constitui pressuposto essencial para o surgimento do espaço necessário ao respeito, proteção e promoção da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1°, III), também traduzindo a principal via para a realização do trabalho decente, compreendido como aquele em que respeitados, protegidos e promovidos os direitos fundamentais consagrados na Constituição da República de 1988, assim como os direitos humanos reconhecidos nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil (CF, art. 5º, §§ 2° e 3°), inclusive os referentes à remuneração justa e aqueles alusivos à segurança e saúde do trabalhador.

Realmente, se de um lado a liberdade sindical desempenha papel determinante para a evolução das condições de trabalho por meio do alcance e redistribuição solidária dos novos espaços conquistados pelo desenvolvimento econômico[116], de outro, revela-se instrumento democrático vital para garantir a função social do trabalho (CF, art. 1°, IV) nos momentos de recessão econômica, em que se aumentam as pressões de retrocesso das condições de trabalho[117].

[116] BRAVO FERRER, Miguel Rodríguez-Piñero y; VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. La Libertad Sindical en las Constituciones Latinoamericanas. In: ERMIRA URIARTE, Oscar; OJEDA AVILES, Antonio (coord.). El Derecho Sindical en America Latina. Montevideo: Fundacion de Cultura Universitaria, p. 8.

[117] Cfr. ROMITA, Arion Sayão. A (des)organização sindical brasileira, Editora LTr, Revista LTr, Volume 71, n. 6, São Paulo, junho de 2007, p. 673.

A liberdade sindical busca compensar a distribuição desigual de poder nas relações de trabalho e figura como condição para a construção do diálogo legítimo, do consenso possível e da administração democrática das relações de trabalho.[118]

Como foi antes demonstrado, desde o seu alvorecer, a legislação brasileira consagrou um modelo rígido de organização sindical atrelado ao Estado e fundado nos postulados da unicidade e do imposto sindical, modelo organizado com base no critério de categorias econômicas e profissionais específicas, fixadas no Quadro Anexo ao art. 577 da CLT ou por ato do Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio (segundo a literalidade da CLT), mediante proposta da Comissão do Enquadramento Sindical.

Passadas várias décadas, com o advento da Constituição de 1988, alterações expressivas foram impostas, entre as quais a consagração do princípio da liberdade sindical e a vedação de qualquer espécie de interferência pelo Poder Público. Foram, contudo, mantidas a unicidade sindical e a contribuição sindical compulsória.

Como adverte a boa doutrina, toda legislação é fruto de seu tempo e deve ser interpretada de forma crítica em relação a ele. Por essa razão, não se pode desconsiderar a nova semântica da unicidade sindical inaugurada em 1988, inteiramente distinta, em termos qualitativos, do regime a que sucedeu.

Como antes demonstrado, a Carta Constitucional de 1988 enunciou o princípio da liberdade sindical de forma ampla (art. 8º), ao mesmo tempo em que ressalvou o postulado restritivo da unicidade sindical (art. 8º, II) e consagrou a previsão de contribuição para custeio do sistema confederativo, independentemente da contribuição prevista em lei (art. 8º, IV). Ainda em consonância com o espírito libertário e democratizante que presidiu sua edição, a Carta Política de 1988 vedou ao Poder Público qualquer espécie de interferência ou intervenção na organização sindical, ressalvado o registro dessas organizações "no órgão competente" (art. 8º, I).

Discorrendo acerca dos sentidos da liberdade sindical, expressiva lição de José Francisco Siqueira Neto[119] deve ser reprisada:

---

[118] Cfr. SIQUEIRA NETO, José Francisco. Liberdade sindical e representação dos trabalhadores nos locais de trabalho no Brasil: obstáculos e desafios. Policy Paper n° 25, Fundação Friedrich Ebert Stiftung, São Paulo, dezembro de 1999, pp. 7/11.

[119] NETO, José Francisco Siqueira. Autonomia Sindical, in PRADO, Ney (coord.). Direito Sindical Brasileiro. Estudos em Homenagem ao Prof. Arion Sayão Romita. São Paulo: LTr, 1998, p. 219/220 e 233.

> Giuliano Mazzoni (Manuale di Diritto Del Lavoro. Vol. II. Milano: Giuffré Editore, 1990: 240-244-245-247-249-250), preferiu classificar e dividir a autonomia sindical em quatro seguimentos, a saber: - autonomia organizativa (estatutária e de enquadramento); - autonomia negocial (...); - autonomia administrativa (...); autogoverno (...); - autotutela direta (...) e indireta (...). Autonomia organizativa é o poder das associações de autodeterminar as suas próprias regras fundamentais, cujo exercício se processa basicamente por intermédio dos atos constitutivos e dos estatutos. No rol dos assuntos concernentes a esse tipo de autonomia, situam-se, dentre tantos outros menos relevantes, a escolha do nome e da sede da entidade, a esfera (enquadramento) de representação, o tipo de organização, o âmbito territorial das entidades, a consagração do princípio eletivo e da maioria (Carinci, Franco; Tamajo, Raffaele De Luca; Tosi, Paolo; Treu, Tiziano. 'Il Diritto Sindacale', Torino, UTET, 1994, pág. 108), o número de representantes, a eleição dos representantes, o processo eleitoral, a articulação em níveis superiores (federações e confederações nacionais e estrangeiras), e a fiscalização por parte dos associados das finanças do sindicato. (...) Ao proibir a interferência e a intervenção dos poderes públicos na organização sindical, a constituição desconstituiu o enquadramento sindical e o processo de determinação da base territorial feitos pelo Estado (...).

No âmbito da atuação concreta dos sindicatos, o legislador fundamental realçou a relevância da negociação coletiva, concebida como direito social fundamental dos trabalhadores (art. 7º, XXVI), também possibilitando a adoção de medidas de flexibilização – admissíveis em situações de exceção ou retração econômica - por meio da ação sindical (art. 7º, VI, XIII e XIV).

Em outras palavras, o Texto Maior reconheceu a autonomia sindical de forma ampla, disso resultando, por inferência lógica, a prevalência da autodeterminação das vontades coletivas, segundo a qual, em determinadas circunstâncias e contextos, o interesse coletivo deve prevalecer sobre as vontades individuais (art. 7º, XXVI, da CF e art. 622 da CLT).

Por imposição do próprio significado da liberdade sindical, portanto, não há como afastar a conclusão de que todas as regras inscritas na legislação anterior ao advento da Carta Política de 1988 e que fixavam limites ou parâmetros para a fundação, estruturação, eleições e gestão das organizações sindicais não foram recepcionadas.

Muito embora essa concepção enfrente forte resistência de parte da doutrina e da jurisprudência brasileira, a condução autônoma dos interesses coletivos, sem qualquer espécie de ingerência pública ou privada, resulta da própria noção essencial da liberdade sindical como direito fundamental, insista-se, cabendo às próprias categorias, no exercício legítimo e discricionário de sua liberdade, definir o modelo de associação sindical que almejam, bem como as respectivas regras de seu funcionamento.

3. A pluralidade e a hierarquia das fontes do Direito do Trabalho: o princípio da proteção e o horizonte da melhoria da condição social do trabalhador.

A partir dos critérios de taxionomia adotados pela doutrina jurídica tradicional, as fontes do direito podem ser classificadas em formais e materiais, autônomas ou heterônomas, diretas ou indiretas. Com distinção substancial apenas em relação ao primeiro critério, todos os demais aglutinam as mesmas formas de expressão do direito, diferenciando-se apenas por razões de ordem didático-pedagógica.

As fontes formais seriam, então, as diversas espécies de exteriorização formal ou positiva do direito, que deve ser compreendido, numa breve síntese, como um sistema de regras e princípios jurídicos destinados a regular o convívio social. São, portanto, fontes formais a Constituição, as leis, os atos do Poder Executivo (no exercício da competência própria), as sentenças normativas, a convenção e o acordo coletivos de trabalho, o regulamento de empresa, os tratados e convenções internacionais, além dos usos e costumes, da analogia, da equidade e dos princípios gerais do direito.

Ainda uma palavra breve deve ser dita sobre os princípios jurídicos, de matiz constitucional ou legal, que alcançaram no Estado Democrático de Direito o reconhecimento de que são normas jurídicas providas de eficácia normativa direta, e não apenas meros parâmetros gerais destinados a orientar a atividade primária do legislador, vinculada à positivação de novas normas. Compreendidos como verdades fundantes de uma sistema de conhecimento, como tais admitidas porque são auto-evidentes ou porque foram empiricamente comprovadas, na dicção de Miguel Reale[120], os princípios jurídicos têm sido invocados para a solução de inúmeras questões, independentemente ou para além das disposições legais, num fenômeno já referido como "pan-principiologismo", que coloca em crise o sistema de equilíbrio, de contenção e distribuição da soberania entre os poderes do Estado.

Mas, retomando o debate proposto, ao lado da legislação editada pelo Estado, a ordem jurídica reconhece várias outras formas de exteriorização do fenômeno jurídico, formas essas que não podem dispor em sentido contrário às disposição legais mínimas de

[120] Cfr. REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 19. ed., São Paulo: Saraiva.1991. p. 299.

proteção ao trabalho, às normas inscritas em contratos coletivos e às decisões das autoridades administrativas (CLT, art. 444).

As fontes materiais, por sua vez, são anteriores às próprias fontes formais e correspondem aos próprios fatos, necessidades sociais ou situações objetivas concretas que reclamam a positivação de novas normas jurídicas, como condição necessária para a pacificação social.

Como assevera Délio Maranhão[121], "vários serão os fatores sociais que em cada momento histórico contribuirão para fornecer a matéria, a substância de determinada norma ou de determinado sistema de normas de direito".

No mesmo sentido, a lição de Miguel Reale[122], para quem "o que se costuma indicar com a expressão 'fonte material' não é outra coisa senão o estudo filosófico ou sociológico dos motivos éticos ou dos fatos que condicionam o aparecimento e as transformações das regras de direito.

No que concerne ao debate vinculado à hierarquia entre essas fontes do direito, algumas considerações adicionais se fazem necessárias.

No âmbito do Direito do Trabalho, diferentemente do que se observa em outros ramos da ciência jurídica, prepondera a noção essencial da proteção ao trabalhador, que é reputado hipossuficiente, quando menos do ponto de vista econômico, pela ordem jurídica. Dessa constatação decorre a restrição ao exercício pleno e absoluto da liberdade de contratar no âmbito da relação de emprego. A expressão de vontade do trabalhador, portanto, sofre a interdição prévia e parcial da ordem jurídica. Nesse sentido, dispõem, respectivamente, os artigos 9º. e 468 da CLT que são nulos de pleno direito quaisquer atos que impeçam, desvirtuem ou fraudem a aplicação dos preceitos inscritos na legislação social e ainda que as alterações dos contratos de trabalho apenas são válidas quando decorram de expressa concordância dos empregados e quando não lhes causem prejuízos diretos ou indiretos, sob pena de nulidade.

Ainda o art. 7º., "caput", da CF anuncia que a melhoria da condição social do trabalhador representa o horizonte axiológico a ser buscado, a partir dos direitos que enuncia em seus vários incisos, entre os quais o direito à negociação coletiva (XXVI),

---

[121] Cfr. MARANHÃO, Délio. Fontes do Direito do Trabalho. *in* SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA Filho, João de Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. S.P., LTr., 2005, vol. I, p. 149.

[122] Cfr. REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 3. ed. S.P.: Saraiva, 1976, p. 140.

cujo objeto pode alcançar, em situações de exceção e para a salvaguarda de empregos, a redução de salários (VI) e a alteração dos limites horários máximos fixados (XIII e XIV).

Precisamente por essas circunstâncias de ordem histórica, filosófica e jurídica, havendo concurso de normas jurídicas de diferentes fontes ou origens, deve prevalecer, no Direito do Trabalho, aquela que melhores vantagens consagre ao trabalhador. Não se aplica, nesse segmento jurídico, o critério estático da supremacia da Constituição e da hierarquia das demais normas, tal como dispostas no art. 59 da CF. Como expressão do ideal protetivo que inspira e fundamenta o Direito do Trabalho, reza a boa doutrina que:

> De um modo geral é possível dizer que, ao contrário do direito comum, em nosso direito, a pirâmide que entre as normas se forma terá como vértice não a Constituição Federal ou a lei federal ou as convenções coletivas de modo imutável. O vértice da pirâmide da hierarquia das normas trabalhistas será ocupado pela norma vantajosa ao trabalhador, dentre as diferentes em vigor. [123]

No mesmo sentido:

> Aplica-se a disposição mais favorável ao trabalhador, desde que compatível com o respectivo sistema e com as normas hierarquicamente superiores, porque estas estabelecem limites imperativos, acima dos quais será lícito melhorar o nível de proteção.[124]

Refletindo as diretrizes legais e princípios próprios do Direito do Trabalho, a doutrina consagra a noção de que o poder conferido aos sindicatos[125] para celebrar novas normas e condições de trabalho apenas se legitima na exata medida em que ampliam as normas de proteção já consagradas pelo direito estatal vigente[126]. Ressalvadas as situações de flexibilização com resultados negativos expressamente referidas no Texto

---

[123] Cf. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 20.ed. SP: Saraiva, 200, pp. 291-292.

[124] Cfr. SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. R.J.: Renovar, 2002, p. 128.

[125] Nas palavras de Orlando Gomes, a negociação coletiva "(...) evita a legislação oficial, que teria de ser excessivamente profusa nas atuais condições do trabalho, e serve como precursora da lei, indicando ao Estado normas que o constante uso há de transformar, inelutavelmente, em leis oficiais". (GOMES, Orlando. A Convenção Coletiva de Trabalho. São Paulo: LTr, 1995, p. 46).

[126] Como afirma o Professor José Augusto Rodrigues Pinto, "*do sindicato se espera uma relevante contribuição para o robustecimento do espírito conciliador de interesses entre capital e trabalho, cujo estuário natural será sempre a negociação coletiva.*" (*Direito Sindical e Coletivo do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 195).

Maior (art. 7º., VI, XIII e XIV), não haveria espaço para a introdução de novas normas que implicassem a redução dos padrões de proteção já inscritos na legislação vigente.

Em outras palavras, o postulado da proteção, presente na idéia central da melhoria da condição social do trabalhador, impõe limites objetivos ao poder negocial coletivo, limites que estão materializados nos padrões mínimos legalmente consagrados. Daí porque as normas coletivas não produzem efeitos jurídicos válidos quando reduzem padrões de proteção consagrados ou são contrárias à lei, não sendo lícito aos sindicatos, por meio da negociação coletiva, com o objetivo de alcançar vantagens determinadas para as categorias que representam ou mesmo para si próprios, renunciar a direitos individuais dos trabalhadores, sejam ou não associados[127].

Na visão tradicional da doutrina, não receberam os sindicatos um verdadeiro "cheque em branco" para transacionar todos os direitos dos trabalhadores, como adverte Júlio Bernardo do Carmo[128]:

> o fato de a Constituição Federal de 1988 conter dispositivo expresso determinando a validade das convenções e acordos coletivos do trabalho não significa outorga de carta branca para vilipendiar a torto e a direito conquistas sociais trabalhistas históricas, sob pena de consagrar-se de vez a vitória do capitalismo selvagem a apropriar-se indebitamente da "mais-valia" do trabalhador, servindo a negociação coletiva como fermento para a proliferação dos abusos capitalistas em detrimento das classes trabalhadoras cada vez mais solapadas em seus direitos."

Nessa mesma direção, Segadas Vianna[129], mesmo antes da promulgação da Constituição de 1988, defendia que os ajustes coletivos apenas derrogavam as condições dos contratos individuais apenas nos capítulos que representem vantagens para o trabalhador, sendo igualmente lícito ao empregado e à empresa pactuar condições individuais apenas se forem mais favoráveis ao trabalhador.

Ainda nas palavras de Maurício Godinho Delgado, Godinho Delgado[130]:

---

[127] Cfr. RUSSOMANO, Mozart Victor. Direito do Trabalho: pronunciamentos inéditos. Curitiba: Juruá, 2009, p. 69.

[128] Cfr. CARMO. Júlio Bernardo do. "A negociação coletiva e o respeito aos direitos sociais mínimos". Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, v. 43, n. 73 p. 39-46, jan./jun. 2006, p. 04.

[129] VIANNA, Segadas. Direito Coletivo do Trabalho. São Paulo: LTr., 1972, p. 161.

[130] DELGADO, Maurício Godinho. Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho. São Paulo: LTr., 2001, p. 111.

> (...) as cláusulas são imantadas por uma tutela de interesse público, por constituírem um patamar civilizatório mínimo que a sociedade democrática não concebe ver reduzido em qualquer segmento econômico-profissional, sob pena de se afrontarem a própria dignidade da pessoa humana e a valorização mínima deferível ao trabalho (DELGADO, 2001, p. 111).

Buscando identificar esse "núcleo duro" de direitos sociais infensos à negociação coletiva, o mesmo autor sugere três grupos com patamares mínimos de proteção: (i) garantias constitucionais em geral, respeitadas as ressalvas do art. 7º, VI, XIII, e XIV; (ii) as normas de tratados e convenções internacionais vigente no plano interno; (iii) as normas infraconstitucionais relativas à saúde e segurança no trabalho, normas concernentes a bases salariais mínimas, normas de identificação profissional, dispositivos anti-discriminatórios e outros.[131]

É ainda relevante anotar que a própria Constituição da OIT, em seu art. 19, inciso 8, impõe limites à transação negocial coletiva, dispondo que

> Em nenhum caso poderá considerar-se que a adoção de uma convenção ou de uma recomendação pela Conferência, ou a ratificação de uma convenção por qualquer dos membros afetará qualquer lei, sentença, costume ou acordo que garanta aos trabalhadores condições mais favoráveis do que as que figuram na convenção ou na recomendação.[132]

No plano internacional, merecem destaques as Convenções 98 da OIT (1949)[133] e 154 (1981)[134], em cujas disposições foram previstas medidas de valorização e fomento à negociação coletiva:

Convenção n. 98/1949:

> Art. 4º — Deverão ser tomadas, se necessário for, medidas apropriadas às condições nacionais, para fomentar e promover o pleno desenvolvimento e utilização dos meios de negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores com o objetivo

[131] Ob. cit., p. 111.

[132] Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf>. Acesso em: 02.11.2015.

[133] Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/node/465>. Acesso em: 02.11.2015.

[134] Cfr. http://www.oitbrasil.org.br/node/503. Acesso em: 02.11.2015.

de regular, por meio de convenções, os termos e condições de emprego." (Grifou-se)

Convenção n. 154/1981:

Art. 2 — Para efeito da presente Convenção, a expressão 'negociação coletiva' compreende todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores, e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores, com fim de: a) fixar as condições de trabalho e emprego; ou b) regular as relações entre empregadores e trabalhadores; ou c) regular as relações entre os empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores, ou alcançar todos estes objetivos de uma só vez." (Grifou-se)

Art. 5 — 1. Deverão ser adotadas medidas adequadas às condições nacionais no estímulo à negociação coletiva.

2. As medidas a que se refere o parágrafo 1 deste artigo devem prover que: a) a negociação coletiva seja possibilitada a todos os empregadores e a todas as categorias de trabalhadores dos ramos de atividade a que aplique a presente Convenção; b) a negociação coletiva seja progressivamente estendida a todas as matérias a que se referem as alíneas a, b e c do artigo 2º da presente Convenção; c) seja estimulado o estabelecimento de normas de procedimentos acordadas entre as organizações de empregadores e as organizações de trabalhadores; d) a negociação coletiva não seja impedida devido à inexistência ou ao caráter impróprio de tais normas.

Importante ressalvar, no entanto, que a questão relativa ao papel e objetivos da negociação coletiva não é objeto de consenso na esfera doutrinária. O próprio mestre Arnaldo Sussekind, em artigo doutrinário, já remarcava a complexidade do tema e anunciava a sua direta vinculação a questões de ordem históricas, sociológicas ou mesmo geográficas, que devem ser levadas em consideração nesse debate:

EFRÉN CÓRDOBA, depois de recordar que "todo o sistema de relações do trabalho é uma mescla de autonomia e intervenção estatal, de cooperação e conflito", reconhece que o Brasil constitui uma categoria especial no quadro das relações de trabalho latino-americanas, porque "a Consolidação das Leis do Trabalho e os tribunais do trabalho desempenham um papel proeminente que talvez não encontre paralelo em outros países" ("Las relaciones de trabajo en América Latina", Genebra, OIT, 1981, págs. 1 e 2). Essa posição brasileira não foi inventada pelo legislador. A intervenção estatal pode ser reduzida, a negociação coletiva deve ser fomentada e prestigiada, inclusive, com a possibilidade de flexibilização; mas a verdade é que o caráter de intervencionismo básico da nossa legislação trabalhista decorreu de condições histórico-sociológicas e até geográficas. Não devemos esquecer que o nosso país contou com o trabalho escravo até 1888 e que, até metade do século em curso, nossa economia era fundamentalmente rural, com uma indústria bastante incipiente. Ora, o espírito sindical é fator que emana espontaneamente das grandes concentrações operárias, próprias das cidades altamente industrializadas.

A indústria de porte que hoje possui o Brasil está localizada em alguns pontos de um território de dimensões continentais. Neles surgiram sindicatos bastante expressivos, que, pouco a pouco, conquistaram a autonomia agora consagrada pelo art. 8o. da Carta Magna. E, por via, de conseqüência, tem aumentado, significativamente, o número de convenções e acordos coletivos de trabalho. Contudo, é inegável que o nosso país ainda está desigualmente desenvolvido. Essa circunstância fundamenta o intervencionismo básico da legislação

> trabalhista, assim como o poder arbitral atribuído, em diversos países, a tribunais ou conselhos de conciliação e arbitragem. Aliás, o poder normativo da Justiça do Trabalho brasileira nada mais é do que uma espécie de poder arbitral institucionalizado nos tribunais do trabalho."[135]

4. A negociação coletiva na CLT: a consagração de um modelo vinculativo.

Com o advento da Consolidação das Leis do Trabalho, em 1943, a organização sindical brasileira foi objeto de detalhada disciplina, em todos os aspectos possíveis, o que refletia a concepção fascista prevalecente à época e que fora definitivamente abraçada pelo Estado Novo implantado em 1937.

Compreendida como o "acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho" (art. 611), a prerrogativa da celebração de negócios coletivos foi estendida às federações e confederações, relativamente às categorias a elas vinculadas e inorganizadas em Sindicatos, no âmbito de suas representações (art. 611, par. 2º., da CLT).

Buscando assegurar a legitimidade da negociação coletiva, dispôs a CLT que:

> Os Sindicatos só poderão celebrar Convenções ou Acordos Coletivos de Trabalho, por deliberação de Assembléia Geral especialmente convocada para esse fim, consoante o disposto nos respectivos Estatutos, dependendo a validade da mesma do comparecimento e votação, em primeira convocação, de 2/3 (dois terços) dos associados da entidade, se se tratar de Convenção, e dos interessados, no caso de Acordo, e, em segunda, de 1/3 (um terço) dos mesmos." (art. 612 da CLT).

Ressalvou, no entanto, que, nas entidades sindicais que tenham mais de 5.000 (cinco mil) associados, o "quorum" de comparecimento e votação seria de 1/8 (um oitavo) dos associados em segunda convocação (art. 612, parágrafo único, da CLT.

Em relação aos requisitos obrigatórios dos instrumentos negociais coletivos, dispôs o legislador, objetivamente, que deveriam ser celebrados por escrito, sem emendas nem rasuras, em tantas vias quantos forem os Sindicatos convenentes ou as empresas

[135] Disponível em: <http://www.trt9.jus.br/internet_base/arquivo_download.do?evento=Baixar&idArquivoAnexadoPlc=1468227>. Acesso em: 2.11.2015.

acordantes, além de uma destinada a registro, observando-se, ainda, a necessidade de: a) designação dos Sindicatos convenentes ou dos Sindicatos e empresas acordantes; b) fixação do prazo de vigência; c) indicação das categorias ou classes de trabalhadores abrangidas pelos respectivos dispositivos; d) indicação das condições ajustadas para reger as relações individuais de trabalho durante sua vigência; e) indicação das normas para a conciliação das divergências sugeridas entre os convenentes por motivos da aplicação de seus dispositivos; f) indicação das disposições sobre o processo de sua prorrogação e de revisão total ou parcial de seus dispositivos; g) definição dos direitos e deveres dos empregados e empresas; e h) indicação das penalidades para os Sindicatos convenentes, os empregados e as empresas em caso de violação de seus dispositivos.

Ainda refletindo a concepção autoritária e de controle dessas organizações, exigiu o legislador celetista, no art. 614 e parágrafos da CLT, que os signatários - ou um deles isoladamente - efetuassem o depósito da norma coletiva ajustada no prazo de oito dias contados de sua assinatura, pois a vigência correspondente apenas teria início três dias após o referido depósito. Fixou, mais, no mesmo preceito que os atores coletivos deveriam conferir ampla publicidade ao instrumento negociado, fixando-o na sede da organização sindical e das empresas, no prazo de cinco dias contados do depósito perante o Ministério do Trabalho, ainda dispondo acerca da impossibilidade de fixação de prazo de validade da norma coletiva por período superior a dois anos.

Entre as disposições legais inscritas na CLT acerca da negociação coletiva, merece especial destaque a regra inserta no art. 616 e respectivos parágrafos da CLT, na qual consagrado o dever de negociação coletiva e fixado o procedimento para a hipótese de recusa, que envolvia, inicialmente, a convocação do(s) recalcitrante(s) perante o Ministério do Trabalho e, em seguida, persistindo o impasse, franqueando-se o acesso ao dissídio coletivo perante a Justiça do Trabalho. Nesse mesmo preceito o legislador dispôs que o dissídio coletivo apenas seria admissível depois de esgotadas todas as possibilidades de transação, também apontando a necessidade de propositura do dissídio coletivo em até 60 dias antes do termo final de eventual norma coletiva vigente, a fim de que a sentença normativa pudesse vigorar imediatamente após o referido termo, com isso afastando-se o risco de anomia ou de solução de continuidade na vigência do complexo normativo adicional que deveria ser aplicado às categorias envolvidas.

Ainda fixando a negociação coletiva como um direito social fundamental, o legislador indicou a necessidade de participação das organizações sindicais na negociação

coletiva, muito embora tenha ressalvado a possibilidade de os próprios trabalhadores conduzirem esse processo, caso manifestada a recusa do sindicato e, sucessivamente, verificada a recusa da federação e da confederação a que vinculados (art. 617 da CLT).

Reafirmando os postulados da proteção e da irrenunciabilidade, o legislador de 1943 gravou com a pecha da nulidade absoluta qualquer cláusula de contrato individual de trabalho que contrariasse norma inscrita em acordo ou convenção coletiva de trabalho (art. 619), também assentando, em estrita conformidade com o princípio da norma mais favorável, que as disposições insertas em Convenções Coletivas, quando mais favoráveis, deveriam prevalecer sobre as previstas em Acordos Coletivos de Trabalho, ficando sujeitos às multas previstas nesses instrumentos os empregados e empresas que transgredirem suas disposições (art. 622).

A relevância da negociação coletiva no processo de democratização das relações de trabalho foi ainda reconhecida expressamente no art. 621 da CLT, quando assentado que as:

> Convenções e os Acordos poderão incluir entre suas cláusulas disposição sobre a constituição e funcionamento de comissões mistas de consulta e colaboração, no plano da empresa e sobre participação, nos lucros. Estas disposições mencionarão a forma de constituição, o modo de funcionamento e as atribuições das comissões, assim como o plano de participação, quando for o caso.

Embora refletindo concepção atualmente já superada e que traduzia a intervenção do Estado na economia, o legislador consolidado fixou a nulidade absoluta de disposição coletiva que, direta ou indiretamente, viesse a contrariar proibição ou norma disciplinadora da política econômico-financeira do Governo ou concernente à política salarial vigente (art. 623).

5. A negociação coletiva na visão do TST – Súmulas, Orientações Jurisprudenciais e Precedentes.

A discussão em torno da validade das normas coletivas de trabalho, no aspecto alusivo à introdução de regras que alteram os parâmetros de proteção já assegurados pela legislação, tem suscitado intensos debates perante a Justiça do Trabalho, debates que se desdobram em ações anulatórias, ações civis coletivas e ações civis públicas movidas pelo Ministério Público do Trabalho, bem assim em reclamações trabalhistas ajuizadas por

trabalhadores ou mesmo pelos próprios sindicatos (curiosamente, subscritores dos negócios jurídicos questionados).

Fundamentalmente, esse debate transita em torno do alcance da autonomia negocial coletiva, com a referência ao postulado da adequação setorial negociada, segundo o qual as normas coletivas prevalecerão sobre as normas estatais: a) quando implementam um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável; b) quando transacionam setorialmente parcelas trabalhistas de indisponibilidade apenas relativa (e não de indisponibilidade absoluta).

Apesar do elogiável propósito de oferecer parâmetros, sabe-se que a complexidade das relações de trabalho e a multiplicidade de negociações coletivas processadas dificultam, sobremaneira, a delimitação precisa dos objetos negociais possíveis em acordos e convenções coletivos de trabalho.

O recurso à jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho mostra-se, pois, conveniente e necessário para tentar aclarar essa questão.

Numa rápida pesquisa, encontramos várias súmulas, orientações jurisprudenciais e inúmeros acórdãos em que é tematizado o alcance da autonomia negocial coletiva.

O mais emblemático exemplo, objeto de intensa disputa doutrinária, diz respeito ao prazo de vigência das normas coletivas de trabalho ou, mais especificamente, à possibilidade de incorporação do conteúdo de negociações coletivas aos contratos de trabalho após o prazo de vigência inicialmente ajustado.

Como se sabe, a Súmula 277 sofreu alteração substancial, em 2012, fixando-se a tese de que as normas ajustadas em acordos e convenções coletivas de trabalho vigoram indefinidamente até que outra norma coletiva as suprima ou modifique.[136]

Para além da discussão acerca da adequação do procedimento adotado para a alteração da referida diretriz jurisprudencial[137], fato é que a introdução da cláusula do

[136] Súmula nº 277 do TST: "CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho."

[137] As críticas ao procedimento adotado (alteração da Súmula 277 após em uma semana de discussão interna do TST) e mesmo à ausência de precedentes anteriores que autorizassem a modificação foram largamente rebatidas em artigo publicado pelos Ministros Augusto César Leite de Carvalho, Kátia Magalhães Arruda e Mauricio Godinho Delgado. Disponível em: <

comum acordo pela EC 45, de 2004, como condição para a admissão de dissídios coletivos perante a Justiça do Trabalho, parece ter representado indisfarçável retrocesso, na medida em que sugeriu a possibilidade de recusa, injustificada e objetiva, à negociação coletiva ou à arbitragem estatal de conflitos coletivos, vulnerando a garantia fundamental de negociação coletiva (art. 7º., XXVI) e de evolução da condição social dos trabalhadores (art. 7º., "caput", da CF).

Ainda que a intenção da Corte Superior Trabalhista tenha sido a de estimular a negociação coletiva, nem sempre esse efeito tem sido alcançado, pois a mera subsistência das condições de trabalho já incorporadas aos custos da produção tem, igualmente, fomentado recusas empresariais injustificadas à negociação coletiva, inviabilizando, também pela mera recusa à instauração da instância coletiva, a revisão necessária do equilíbrio das obrigações e direitos dos titulares das relações de emprego.

Nesse sentido, a jurisprudência tem avançado para analisar, concretamente, a licitude da recusa apresentada à negociação coletiva ou mesmo ao ajuizamento de dissídios coletivos, com base nos postulados da lealdade e boa-fé, informativos da teoria geral dos contratos, notadamente em razão de que a própria ordem jurídica – tendo presente a concepção de que a negociação coletiva integra o conjunto de obrigações recíprocas das categoriais profissionais e econômicas - repudia as condições puramente potestativas, que inviabilizam o exercício de direitos que dependem da manifestação de vontade exclusiva de uma das partes (CC, art. 122), vontades que podem ser supridas judicialmente.[138]

Outro tema digno de menção envolve a previsão em norma coletiva da jornada cumprida em turnos ininterruptos de revezamento.

http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/28036/2012_sumula_277_aclc_kma_mgd.pdf ?sequence=1 >. Acesso em 2.11.2015.

[138] Excelente decisão nesse sentido foi proferida pelo TRT da 5ª. Região, nos autos do Dissídio Coletivo nº 0001103-91.2014.5.05.0000, relator o Desembargador Edilton Meireles. Disponível em: < http://www.trt5.jus.br/jurisprudencia/modelo/AcordaoConsultaBlobTexto.asp?v_id=687151&texto=comum%20and%20acordo%20and%20diss%EDdio%20and%20coletivo%20and%20suprimento.>. Acesso em 2.11.2015.

A Súmula 423 do TST[139] reconhece a possibilidade da contratação coletiva com tal objeto, na linha da previsão inserta no art. 7º., XIV, da CF, mas fixa o limite máximo em oito horas por turno. Seguramente, a linha jurisprudencial que se consolidou no âmbito do TST busca assegurar a proteção à saúde e segurança no trabalho, até porque são conhecidos os efeitos negativos sobre a saúde do trabalhador, em razão da alternância contínua dos turnos de trabalho.[140]

Nessa mesma linha de proteção à saúde e segurança no trabalho, a Súmula 437 do TST[141] impede a celebração de norma coletiva que suprima ou reduza os limites de intervalo para refeição e descanso, que são essenciais para a recuperação das forças físicas e mentais necessárias ao exercício seguro do trabalho. Deve ser realçado que a possibilidade de redução, não de supressão, do intervalo está prevista em lei (art. 71, § 3º, da CLT)[142], mediante o atendimento de duas condições específicas que devem ser comprovadas perante o Ministério do trabalho, razão pela qual não se mostra possível a

[139] Súmula nº 423 do TST. "TURNO ININTERRUPTO DE REVEZAMENTO. FIXAÇÃO DE JORNADA DE TRABALHO MEDIANTE NEGOCIAÇÃO COLETIVA. VALIDADE. Estabelecida jornada superior a seis horas e limitada a oito horas por meio de regular negociação coletiva, os empregados submetidos a turnos ininterruptos de revezamento não têm direito ao pagamento da 7ª e 8ª horas como extras."

[140] Sebastião Geraldo de Oliveira relembra que: "O trabalho noturno fixo ou em turnos de revezamento é sempre agressivo, já que o pleno ajustamento dos ritmos circadianos é praticamente impossível. Na realidade, o ritmo de trabalho durante o dia e sono à noite funcionam como um centro de gravidade, que tende a restabelecer a sincronia dos ritmos circadianos nas folgas semanais e nos períodos de férias. Basta dormir uma ou algumas noites no ciclo normal da sociedade para perder todo o período de relativa adaptação ao ritmo invertido. Isso agrava o problema e deixa o trabalhador em angustiante conflito durante tais folgas: seguir o ritmo de trabalho e distanciar da família e da sociedade ou fazer a opção inversa? Qualquer uma das alternativas traz prejuízos, porém, a 'marginalização' familiar e social do trabalhador provoca vários desajustamentos. Os relatos dos turnistas têm demonstrado que os pontos de contato com a família e o cônjuge, nos cruzamentos de horários dos fusos confusos, caracterizam-se mais pelo atrito e menos pelo afeto, sendo freqüentes os rompimentos e a desagregação familiar" ('in' Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador. São Paulo: Ltr Editora, , 2010, p.161).

[141] Súmula nº 437 do TST: "INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT (...)II - É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva."

[142] Art. 71, § 3º, da CLT: "O limite mínimo de uma hora para repouso ou refeição poderá ser reduzido por ato do Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, quando ouvido o Serviço de Alimentação de Previdência Social, se verificar que o estabelecimento atende integralmente às exigências concernentes à organização dos refeitórios, e quando os respectivos empregados não estiverem sob regime de trabalho prorrogado a horas suplementares."

disciplina autônoma em relação aos intervalos intrajornadas por parte dos atores coletivos.

Talvez o mais eloquente exemplo de que a jurisprudência não está fechada às demandas legítimas da sociedade seja a admissão da jornada em regime de doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso, fixada por meio de acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Embora em aparente afronta aos marcos legais que disciplinam a duração da jornada – máximo de oito horas diárias e duas extras, no total de dez horas diárias (artigos 58 e 59 da CLT) -, o TST reconheceu legítima a prestação de serviços no aludido regime de prorrogação e compensação horária, desde que eventuais feriados laborados sejam remunerados em dobro.[143]

Como a negociação coletiva tem alcançado com larga frequência o tema jornada de trabalho, duas outras diretrizes jurisprudenciais foram editadas pelo TST: a primeira, tratando da validade de normas coletivas que introduzem o regime horário conhecido como jornada espanhola e outra dispondo acerca da impossibilidade de se ajustar, com efeito retroativo, regime horário de oito horas para turnos ininterruptos de revezamento.[144]

Por fim, cabe reprisar tema polêmico que tem sido tratado com frequência preocupante em normas coletivas de trabalho: o custeio das entidades sindicais de trabalhadores, mediante o repasse de valores por sindicatos patronais ou empresas. Em alguns casos, há a indicação expressa da vinculação do valor repassado ao custeio de

[143] Súmula nº 444 do TST: "Jornada de trabalho. NORMA COLETIVA. LEI. Escala de 12 por 36. Validade. - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 - republicada em decorrência do despacho proferido no processo TST-PA-504.280/2012.2 - DEJT divulgado em 26.11.2012 É valida, em caráter excepcional, a jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso, prevista em lei ou ajustada exclusivamente mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho, assegurada a remuneração em dobro dos feriados trabalhados. O empregado não tem direito ao pagamento de adicional referente ao labor prestado na décima primeira e décima segunda horas."

[144] "OJ 323. ACORDO DE COMPENSAÇÃO DE JORNADA. "SEMANA ESPANHOLA". VALIDADE. É válido o sistema de compensação de horário quando a jornada adotada é a denominada "semana espanhola", que alterna a prestação de 48 horas em uma semana e 40 horas em outra, não violando os arts. 59, § 2º, da CLT e 7º, XIII, da CF/88 o seu ajuste mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho." "OJ 420. TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO. ELASTECIMENTO DA JORNADA DE TRABALHO. NORMA COLETIVA COM EFICÁCIA RETROATIVA. INVALIDADE. É inválido o instrumento normativo que, regularizando situações pretéritas, estabelece jornada de oito horas para o trabalho em turnos ininterruptos de revezamento."

serviços odontológicos ou de assistência à saúde ou ainda a um fundo de qualificação e educação profissional.

Tais práticas têm sido sistematicamente invalidadas pela Justiça do Trabalho, com esteio no postulado da autonomia sindical, assegurado em diversos instrumentos jurídicos internacionais e na própria Constituição de 1988. Trata-se de impedir qualquer forma que possa comprometer, direta ou indiretamente, a ampla possibilidade de condução livre, autônoma e independente dos interesses das categorias profissionais representadas.[145]

Existem, ainda, inusitadas situações submetidas ao exame do Poder Judiciário do Trabalho, envolvendo ações civis coletivas ou reclamações trabalhistas nas quais figuram como autores sindicatos profissionais, com o objetivo de invalidar, de forma tópica, pontual ou isolada, fração específica de norma coletiva de trabalho.

O dado inusitado referido se faz presente na circunstância de que a própria parte que celebrou o acordo pretende, em juízo, a sua anulação parcial, desconsiderando não apenas a noção de conglobamento que se faz presente nessas negociações e impede a

[145] Entre tantos precedentes, vale conferir o seguinte: "EMBARGOS INTERPOSTOS ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/2007 - TAXA DE CONTRIBUIÇÃO PERMANENTE - PREVISÃO EM NORMA COLETIVA - COBRANÇA DE EMPREGADORES POR PARTE DO SINDICATO PROFISSIONAL - IMPOSSIBILIDADE - LIBERDADE E AUTONOMIA SINDICAIS - ART. 8º DA CONSTITUIÇÃO - VEDAÇÃO MÚTUA DE INGERÊNCIA NOS SINDICATOS PROFISSIONAIS E ECONÔMICOS - CONVENÇÃO Nº 98 DA OIT 1. Discute-se, na espécie, a validade de cláusula de Convenção Coletiva que estipula taxa de contribuição permanente, a cargo da categoria econômica, para o custeio da entidade sindical profissional. 2. As entidades sindicais têm a tarefa de agregar os trabalhadores em torno de interesses e necessidades comuns. De forma mais específica, devem os sindicatos atuar na construção de uma identidade entre os trabalhadores, na mesma medida em que essa identidade é, simultaneamente, pressuposta por essas organizações coletivas. E a construção dessa identidade coletiva ocorre no cotidiano dos sindicatos e de suas respectivas bases de representação, nas decisões e deliberações internas, nas pautas de reivindicação, nas opções políticas e econômicas. 3. Os princípios da liberdade e da autonomia - art. 8º, caput e I, da Constituição - são garantias fundamentais à representação e à organização sindicais, não apenas perante o Estado, mas também em relação a terceiros. Não se trata de uma proteção apenas dos sindicatos per se, mas, sobretudo, da categoria representada. 4. A liberdade e a autonomia sindicais (acompanhadas, em nosso ordenamento, do princípio da democracia interna, igualmente previsto no art. 8º, I, da Constituição) representam verdadeiras condições de possibilidade da construção de uma identidade coletiva entre os trabalhadores. 5. Por esse motivo, devem ser rechaçadas atitudes e práticas que ponham em risco aqueles princípios, bem como o que eles possibilitam. É nesse sentido que a Convenção nº 98 da OIT (ratificada pelo Brasil em 1952, com o Decreto Legislativo nº 49) contém diversas proteções ao exercício da liberdade sindical, inclusive relativamente a atos de ingerência de organizações de empregadores em organizações de trabalhadores, e vice-versa. 6. Dessa forma, in casu, não há como reputar válido o instrumento normativo que estabelece taxa de contribuição permanente, a cargo da categoria econômica, para o custeio do sindicato profissional. Isso porque a cláusula contempla modalidade de ingerência da categoria econômica na categoria profissional, o que, ofende o princípio da liberdade sindical, previsto em nosso ordenamento jurídico (art. 8º da Constituição), bem como na ordem internacional (art. 2º da Convenção nº 98 da OIT). 7. Em face do evidente prejuízo à liberdade sindical, sequer é possível afirmar que a referida cláusula contribui para o fortalecimento seja do sindicato profissional, seja da categoria representada. Embargos não conhecidos." (E-ED-RR - 9103100-84.2003.5.09.0663 , Redatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Julgamento: 19/11/2009, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 05/02/2010)

análise cindida ou fracionada do negócio ajustado, mas sobretudo a própria razão essencial de probidade, lealdade e boa-fé, que devem ser observadas tanto na celebração, quanto na execução e ainda mesmo após o fim da vigência de qualquer negócio jurídico contratual.

Em tais casos, há precedentes que censuram a conduta desses sindicatos profissionais, revelando ao ator coletivo contrário – seja a empresa, seja o sindicato patronal – falta de seriedade, de ética ou compromisso com a palavra empenhada, desestimulando ou inviabilizando futuras negociações coletivas.

6. Um novo paradigma? O julgamento do RE 590.415 - as premissas postas e a conclusão alcançada.

Diante da relevância do precedente editado pelo STF nos autos do RE 590.415, é preciso destacar suas principais premissas e analisa-as de forma singularizada.

A partir do voto proferido pelo Ministro Luiz Roberto Barroso, relator do referido recurso, podem ser apontadas as principais questões que conduziram de seu raciocínio: a) paralelo entre a autonomia de vontade nos âmbitos individual e coletiva das relações de trabalho; b) o postulado democrático e a negociação coletiva; c) o modelo sindical da CF de 1988, a representatividade dos sindicatos e a equivalência dos atores coletivos.

O primeiro aspecto realçado, e ponto de partida do instigante raciocínio desenvolvido, envolveu a forma como deve ser compreendida a autonomia negocial dos atores da relação de trabalho, nos âmbitos individual e coletivo. Ponderou o relator que:

> No âmbito do direito coletivo do trabalho não se verifica a mesma situação de assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho. Como consequência, a autonomia coletiva da vontade não se encontra sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual. Diferentemente do que ocorre com o direito individual do trabalho, o direito coletivo do trabalho, que emerge com nova força após a Constituição de 1988, tem nas relações grupais a sua categoria básica. O empregador, ente coletivo provido de poder econômico, contrapõe-se à categoria dos empregados, ente também coletivo, representado pelo respectivo sindicato e **munido de considerável poder de barganha**, assegurado, exemplificativamente, pelas **prerrogativas de atuação sindical, pelo direito de mobilização, pelo poder social de pressão e de greve**.
>
> No âmbito do direito coletivo, não se verifica, portanto, a mesma assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho. Por consequência, a autonomia coletiva da vontade não se encontra sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual.
>
> Ao contrário, o direito coletivo do trabalho, em virtude de suas particularidades, é regido por princípios próprios, entre os quais se destaca o **princípio da equivalência dos contratantes coletivos**, que impõe o tratamento

> semelhante a ambos os sujeitos coletivos – empregador e categoria de empregados.

Ainda que do ponto de vista teórico ou dogmático as considerações expostas sejam irrepreensíveis, não se pode negar que a realidade nem sempre confirma a tese de que os sindicatos possuem, de fato, "considerável poder de barganha", forjado a partir dos direitos de mobilização e de greve. Lamentavelmente, os baixos índices de representatividade de expressivo contingente de sindicatos (que já suplantam a casa dos 16.000), não autorizam que se reconheça, objetivamente, *a equivalência dos atores coletivos* como pressuposto ou premissa apodítica para a análise da validade de toda e qualquer negociação. Por essa mesma razão, não parece possível afirmar que o pactuado coletivamente deve prevalecer sobre o direito estatal mais benéfico, apenas porque a Carta Política confere aos sindicatos a representação das categorias.

Ainda que se possa admitir que o prestígio à vontade coletiva seja o objetivo ideal a ser alcançado em um ambiente verdadeiramente democrático, no qual os trabalhadores, coletivamente articulados, alcancem a sonhada emancipação do Estado, não se pode negar que o sistema sindical brasileiro, fundado nas amarras da unicidade e do imposto compulsório, impede o nascimento do espirito associativo legítimo, cenário que se reflete nos inexpressivos índices de filiação sindical, maculando a representatividade e tisnando a legitimidade dos sindicatos.

Também não se pode cerrar os olhos para o conjunto sistêmico da legislação social trabalhista ou mesmo para a realidade das relações de trabalho no Brasil, caracterizadas, entre outros aspectos, pela ausência de proteção genérica contra dispensas arbitrárias ou sem justa causa – o que inviabiliza o exercício pleno do direito de participação na vida coletiva da categoria por parte dos trabalhadores – e ainda por elevados índices de rotatividade de mão-de-obra – que atingem a incrível cifra de 80% de trabalhadores cujos vínculos não vigoram por mais de um ano de duração.

Parece inquestionável que em um sistema sem garantias contra dispensas abusivas, os trabalhadores não são estimulados a participar da vida sindical, debatendo democraticamente no local de trabalho ou em assembleias as condições de trabalho a que submetidos.

No entanto, enquanto não se logra avançar no marco regulatório da legislação social no Brasil, faz-se necessário que os atores coletivos defendam a validade das normas coletivas que celebram, quando questionadas em ações anulatórias ou ações coletivas

movidas pelo Ministério Público do Trabalho ou mesmo em ações individuais propostas por trabalhadores, para as quais deveriam, no mínimo, ser notificados para eventual assistência litisconsorcial.

Nesse sentido, com vistas ao fortalecimento da negociação coletiva, seria conveniente que os atores coletivos demonstrassem os procedimentos que precederam a celebração das normas coletivas censuradas, com a apresentação de dados que poderiam, inclusive, compor o próprio conteúdo introdutório dessas normas, permitindo a aferição de sua legitimidade, a partir da indicação das formas de convocação das categorias, das pautas, do número de assembleias realizadas e das deliberações alcançadas, além dos quóruns de votação e outros aspectos relevantes.

A partir das informações prestadas pelos atores coletivos, seria possível ao Poder Judiciário aferir, concreta e objetivamente, se a norma coletiva pode ou não ser reputada validade frente a ordem jurídica.

Também conveniente, na perspectiva de proteção ao equilíbrio da negociação coletiva, que sejam indicadas as cláusulas com restrições ou vantagens que, na visão dos signatários, se compensaram reciprocamente. Com isso, o trabalhador saberá, de antemão, quais direitos poderá ver excluídos ou compensados de seu patrimônio caso insista na discussão judicial em torno da validade de cláusula convencional determinada que lhe teria criado, aparentemente, um ônus ou lhe causado um inaceitável prejuízo.

Desse modo, eventual anulação parcial da avença poderá se processar sem quebra do necessário equilíbrio do conteúdo negocial remanescente.

Essa solução - de exame da legitimidade da manifestação de vontade das categorias pactuantes e de defesa do equilíbrio do negócio firmado - parece harmonizar tanto o prestígio que deve ser creditado à negociação coletiva, quanto o direito dos trabalhadores urbanos e rurais à melhoria de sua condição social, afastando o risco de ônus excessivos e indesejáveis aos titulares das relações de emprego.

Ainda na sequência de seus motivos, o d. Ministro Relator assentou:

> A transição do modelo corporativo-autoritário, essencialmente heterônomo, para um modelo justrabalhista mais democrático e autônomo tem por marco a Carta de 1988. A Constituição reconheceu as convenções e os acordos coletivos como instrumentos legítimos de prevenção e de autocomposição de conflitos trabalhistas; *tornou explícita a possibilidade de utilização desses instrumentos, inclusive para a redução de direitos trabalhistas*; atribuiu ao sindicato a representação da categoria; impôs a participação dos sindicatos nas negociações coletivas; e assegurou, em alguma medida, a liberdade sindical, vedando a prévia autorização do Estado para a fundação do sindicato, proibindo a intervenção do Poder Público em tal agremiação, estabelecendo a liberdade de

> filiação e vedando a dispensa do diretor, do representante sindical ou do candidato a tais cargos. Nota-se, assim, que a Constituição prestigiou a negociação coletiva, bem como a autocomposição dos conflitos trabalhistas, através dos sindicatos.

Neste ponto, o registro genérico de que a Constituição teria legitimado a redução de direitos pela via negocial coletiva mostra-se preocupante, pois não parece ter sido considerada a evolução histórica, doutrinária e jurisprudencial vinculada aos limites da autonomia negocial coletiva, como se o debate estivesse circunscrito apenas à mutação – altamente discutível e não pretendida pelo legislador fundamental de 1988 - do modelo brasileiro de regulação das relações de trabalho.

Ainda que se possa admitir que alguns sinais nessa direção tenham sido emitidos a partir da própria proclamação da liberdade sindical em 1988 e da alteração do Poder Normativo da Justiça do Trabalho, nesse último caso por ocasião da edição da EC 45, de 2004, é fato que os pressupostos para a consagração de um modelo de regulação autônomo das relações de trabalho possui, como pressuposto lógico inafastável, a reformulação do sistema normativo de relações de trabalho, com a revisão de temas sensíveis como a proteção do emprego contra dispensas arbitrárias ou sem justa causa, a unicidade sindical e as fontes de custeio das associações sindicais.

Nesse exato sentido, aliás, o d. Ministro Relator inseriu os seguintes registros em seu voto:

> Um último esclarecimento deve ser feito sobre a liberdade sindical e, consequentemente, sobre o exercício legítimo da autonomia coletiva pelas categorias dos trabalhadores. Muito embora a Constituição de 1988 tenha iniciado a transição para um regime de maior valorização da liberdade sindical, entende-se que, contraditoriamente, ela manteve alguns relevantes institutos do antigo sistema corporativista do país, institutos que comprometeriam, em medida relevante, a plena liberdade sindical.
> Nessa linha, a Carta de 1988 manteve o sistema de *unicidade sindical obrigatória* dentro de uma mesma base territorial, determinou que a representatividade do sindicato se daria de acordo com a ***c****ategoria profissional* e estabeleceu o financiamento compulsório e genérico do sindicato, através da cobrança da *contribuição sindical* de todo e qualquer membro da categoria profissional, ainda que não seja associado.
> Impediu, portanto, a formação espontânea dos sindicatos.
> Com base territorial, representatividade e recursos garantidos, os *sindicatos ficam menos jungidos à vontade de seus associados e, sem a possibilidade de concorrência* com outros sindicatos, não são motivados a melhorar seu desempenho ou a se bater por maiores ganhos para a categoria.
> Em virtude desses aspectos, entende-se que a liberdade sindical não foi plenamente garantida pela Constituição de 1988, circunstância que, inclusive, inviabilizou a ratificação da Convenção n. 87/1948 da OIT pelo Brasil. E afirma-se que o não reconhecimento da plena liberdade sindical impacta negativamente

> sobre a representatividade do sindicato, podendo comprometer a ideia de equivalência entre os entes coletivos e justificar a incidência do princípio da proteção sobre o direito coletivo do trabalho nos mesmos termos das relações individuais trabalhistas

Curiosamente, porém, esses questionamentos não foram respondidos, pois se limitou o d. Ministro Relator, em seguida, a examinar o caso concreto, no qual houve grande mobilização dos trabalhadores, inclusive contra a orientação do sindicato envolvido.

Ainda um outro registro merece ser reprisado:

> Não socorre a causa dos trabalhadores a afirmação, constante do acórdão do TST que uniformizou o entendimento sobre a matéria, de que "o empregado merece proteção, inclusive, contra a sua própria necessidade ou ganância". Não se pode tratar como absolutamente incapaz e inimputável para a vida civil toda uma categoria profissional, em detrimento do explícito reconhecimento constitucional de sua autonomia coletiva (art. 7º, XXVI, CF). As normas paternalistas, que podem ter seu valor no âmbito do direito individual, são as mesmas que atrofiam a capacidade participativa do trabalhador no âmbito coletivo e que amesquinham a sua contribuição para a solução dos problemas que o afligem. É através do respeito aos acordos negociados coletivamente que os trabalhadores poderão compreender e aperfeiçoar a sua capacidade de mobilização e de conquista, inclusive de forma a defender a plena liberdade sindical. Para isso é preciso, antes de tudo, respeitar a sua voz.

Muito embora a argumentação exposta parta, obviamente, do pressuposto de que se está diante de uma negociação coletiva conduzida por um ente sindical verdadeiramente representativo, não se pode desconsiderar, insista-se, situações distintas, nas quais não se faça presente esse mesmo pressuposto, que parecem ser a regra diante dos inexpressivos índices de representatividade dos sindicatos no Brasil.

Mostra-se, portanto, impositiva a conclusão de que remanesce aberta aos órgãos do Poder Judiciário a possibilidade de examinar, em cada caso concreto, a licitude de norma coletiva em que processadas alterações em direitos trabalhistas.

Por fim, também dignos de destaques os seguintes excertos do r. Voto condutor:

> A negociação coletiva é uma forma de superação de conflito que desempenha função política e social de grande relevância. De fato, ao incentivar o diálogo, ela tem uma atuação terapêutica sobre o conflito entre capital e trabalho e possibilita que as próprias categorias econômicas e profissionais disponham sobre as regras às quais se submeterão, garantindo aos empregados um sentimento de valor e de participação. É importante como experiência de autogoverno, como processo de autocompreensão e como exercício da habilidade e do poder de influenciar a vida no trabalho e fora do trabalho. É, portanto, um mecanismo de consolidação da democracia e de consecução autônoma da paz social.

> O reverso também parece ser procedente. A concepção paternalista que recusa à categoria dos trabalhadores a possibilidade de tomar as suas próprias decisões, de aprender com seus próprios erros, contribui para a permanente atrofia de suas capacidades cívicas e, por consequência, para a exclusão de parcela considerável da população do debate público.
> Nessa linha, não deve ser vista com bons olhos a sistemática invalidação dos acordos coletivos de trabalho com base em uma lógica de limitação da autonomia da vontade exclusivamente aplicável às relações individuais de trabalho. Tal ingerência viola os diversos dispositivos constitucionais que prestigiam as negociações coletivas como instrumento de solução de conflitos coletivos, além de recusar aos empregados a possibilidade de participarem da formulação de normas que regulam as suas próprias vidas. Trata-se de postura que, de certa forma, compromete o direito de serem tratados como cidadãos livres e iguais.
> Além disso, o voluntário cumprimento dos acordos coletivos e, sobretudo, a atuação das partes com lealdade e transparência em sua interpretação e execução são fundamentais para a preservação de um ambiente de confiança essencial ao diálogo e à negociação. O reiterado descumprimento dos acordos provoca seu descrédito como instrumento de solução de conflitos coletivos e faz com que a perspectiva do descumprimento seja incluída na avaliação dos custos e dos benefícios de se optar por essa forma de solução de conflito, podendo conduzir à sua não utilização ou à sua oneração, em prejuízo dos próprios trabalhadores.

À margem a questão relativa à necessidade de comprovação da representatividade, os argumentos lançados parecem sugerir a prevalência absoluta do negociado sobre o legislado, abrindo-se as portas para a flexibilização sem limites, com riscos concretos de retrocesso social.

Conclusão

Os cenários que se apresentam para o futuro das relações de trabalho no Brasil e no mundo são, sem dúvida, preocupantes, não apenas pelos impactos sociais negativos, e cada vez mais fortes, gerados pelas crises cíclicas do sistema capitalista, mas pela própria realidade gerada pela economia globalizada, em que a busca por competitividade faz elevar a pressão por novas formas e modelos de produção, as quais, muito além da mera incorporação de novas tecnologias, alcançam a ampliação da terceirização e a precarização de direitos sociais, especialmente em países ainda em estágios iniciais de desenvolvimento social, econômico e político.

A relevância da atuação dos sindicatos, nesse contexto, é inequívoca, razão pela qual mostra-se imperativo fortalece-los em todos os âmbitos, reafirmando não apenas a ampla legitimidade para a defesa judicial de direitos e interesses, individuais e coletivos,

mas repensando, com urgência e transparência, os marcos da unicidade sindical e do sistema de custeio das organizações sindicais.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Título original: Theorie der Grundrechte.

ALEXY, Robert. The nature of legal philosophy. **Ratio Juris**, Oxford, v. 17, n. 2, p. 156-167, 2004.

ARAUJO, Francisco Fernandes. **A parcialidade dos juízes**. Campinas: Edicamp, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: Aragão, Alexandre Santos de & Marques Neto, Floriano de Azevedo (Coordenadores). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Forum, 2008.

BRAVO FERRER, Miguel Rodríguez-Piñero y; VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. La Libertad Sindical en las Constituciones Latinoamericanas. In: ERMIRA URIARTE, Oscar; OJEDA AVILES, Antonio (coord.). **El Derecho Sindical en America Latina**. Montevideo: Fundacion de Cultura Universitaria.

CARMO. Júlio Bernardo do. A negociação coletiva e o respeito aos direitos sociais mínimos. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 43, n. 73 jan./jun. 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. São Paulo: LTr., 2001.

GOMES, Orlando. **A Convenção Coletiva de Trabalho**. São Paulo: LTr, 1995.

MARANHÃO, Délio. Fontes do Direito do Trabalho. in SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA Filho, João de Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr., 2005, vol. I.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 20. ed.. São Paulo: Saraiva, 2000.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. História do direito do trabalho no Brasil. In: NASCIMENTO, Amauri Mascaro; FERRARI, Irany; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Org.). H**istória do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho**. Homenagem a Armando Casemiro Costa. São Paulo: LTr, 1998.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1976.

_____. **Lições Preliminares de Direito**. 19. ed., São Paulo: Saraiva.1991.

RODRIGUES PINTO, José Augusto. **Direito Sindical e Coletivo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2002, 2. ed.

ROMITA, Arion Sayão. **A (des)organização sindical brasileira.** São Paulo: LTr, Revista LTr, Volume 71, n. 6, junho de 2007.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Direito do Trabalho**: pronunciamentos inéditos. Curitiba: Juruá, 2009.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Princípios de Direito Sindical**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SIQUEIRA NETO, José Francisco. Autonomia Sindical, in PRADO, Ney (coord.). **Direito Sindical Brasileiro. Estudos em Homenagem ao Prof. Arion Sayão Romita**. São Paulo: LTr, 1998.

SIQUEIRA NETO, José Francisco. **Liberdade sindical e representação dos trabalhadores nos locais de trabalho no Brasil:** obstáculos e desafios. Policy Paper n° 25, Fundação Friedrich Ebert Stiftung, São Paulo: dezembro de 1999.

SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. A OIT e o princípio da liberdade sindical. In: FRANCO FILHO, Georgenor de Souza (coord.). **Curso de Direito Coletivo do Trabalho**. Estudos em homenagem ao ministro Orlando Teixeira da Costa. São Paulo: LTr., 1998.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SUSSEKIND, Arnaldo Lopes et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. v. 2. 18 ed. São Paulo: LTr., 1999.

VIANNA, Segadas. **Direito Coletivo do Trabalho**. São Paulo: LTr., 1972.

NEURODIREITO E HIPOSSUFICIÊNCIA: O JUÍZO TRABALHISTA ENTRE A IMPARCIALIDADE, A EMPATIA E O INCONSCIENTE

Douglas Henrique Marin dos Santos

Doutor pela Universidade Federal de São Paulo (Unifesp)
Procurador Federal da Advocacia-Geral da União
Professor do Centro Universitário IESB

Resumo: O presente artigo discute e demonstra que a abertura sistêmica do direito não tem sido influenciado pelas recentes descobertas da neurociência. Destaca que são poucas ou inexistentes as investigações acerca da influência da neurociência nas teorias do direito e da decisão judicial ou, tampouco, sobre os estados mentais inconscientes dos juízes na formação de sua convicção. Nada obstante a limitada produção doutrinária, o artigo investiga os impactos dessas descobertas científicas na teoria da tomada de decisão, ressaltando que os fatores inconscientes e subliminares, relatados pela neurociência, devam ser prioridade indeclinável na construção de uma teoria da decisão judicial hodierna. Ressalta, ademais, que a neurociência aplicada ao direito (ou neurodireito), a despeito da inclinação ideológica e política adotada pelo operador do direito (mais ou menos realista ou formalista), admite que fatores externos e incontroláveis podem implicar variações sensíveis na forma como a prestação jurisdicional é alfim consubstanciada. Sugere, alfim, que a teoria da decisão judicial, em especial na justiça trabalhista, deva reconhecer e amoldar-se, de modo inescapável, às premissas da neurociência.

Abstract: This paper discusses and demonstrates that the systemic opening of law has not received any influence of the recent findings in neuroscience. It highlights that only a few studies have stressed the impacts of neuroscience within legal theory and jurisprudence. It describes, in addition, the potential impacts of these scientific discoveries within decision-making theories. It also notes that unconscious and subliminal factors should be an unwavering priority of legal decision-making theories. It highlights that neurolaw admits that external and uncontrollable factors may entail substantial changes in the way law is substantiated. It also suggests that legal decision theories, especially within the labor courts, must recognize and conform to neuroscience premises.

Palavras-chave: Neurociência, teoria da decisão judicial, neurodireito, inconsciente

INTRODUÇÃO

A doutrina clássica do direito sugere que as decisões judiciais são – ou deveriam ser – imparciais. O juiz deve conhecer os fatos do processo, por intermédio da instrução probatória (juízo de fato), para em seguida decidir sistematicamente, com fundamento no ordenamento jurídico vigente (Ferraz Jr., 2010, p. 13).

É esse o alicerce do formalismo e do positivismo jurídico, que se sustentam na premissa de que os juízes aplicam o direito de forma racional e mecânica. Nesse regime, a decisão judicial decorre do uso de uma lógica dedutiva voltada à resolução do processo. Conforme sugere Posner (1986), o formalismo reduz a decisão judicial a uma perspectiva quase binária: a solução encontrada pelo juiz é correta ou incorreta[146]. O direito é um sistema fechado e não comunicativo.

Em contraste, o realismo jurídico e os movimentos de constitucionalização do direito admitem a influência de sistemas externos (sociais, políticos e ideológicos) na formatação do direito. Isto é, as decisões judiciais seriam precipuamente políticas e não jurídicas (*nonlegalistic terms*). Logo, uma decisão realista, permeada por valores constitucionais, poderia ser classificada como adequada ou inadequada (*sound or unsound*) e não como como certa ou errada[147].

Apesar de reconhecer essas influências externas, a recente abertura do direito não tem sido permeada pelas descobertas da neurociência. São poucas ou inexistentes as investigações acerca da influência da neurociência nas teorias do direito e da decisão judicial ou, tampouco, sobre os estados mentais inconscientes dos juízes na formação de sua convicção.

A maior parte dos estudos que enfrentam o tema foi conduzida nos Estados Unidos e, como regra, reconhecem e destacam a influência das condições mentais e psicológicas dos operadores do direito na formação das decisões judiciais (Goodenough, 2001, *passim*; Rachlinski et al., 2009, *passim*).

A neurociência aplicada ao direito (ou *neurodireito*) prega que, a despeito da inclinação ideológica e política adotada pelo operador do direito (mais ou menos realista ou formalista), outros fatores externos e internos ao julgador - e ao direito - implicam variações sensíveis na forma como a prestação jurisdicional é alfim consubstanciada. Como bem demonstraram Danizger, Levav e Avnaim-Pesso (2011, *passim*), o conteúdo

---

[146] "*I want it to mean the use of deductive logic to derive the outcome of a case from premises accepted as authoritative. Formalism enables a commentator to pronounce the outcome of the case as being correct or incorrect, inapproximately the same way that the solution to a mathematical problem can be pronounced correct or incorrect*" (Posner, 1986).

[147] "*By 'realism' I mean deciding a case so that its outcome best promotes public welfare in nonlegalistic terms; it is policy analysis. A 'realist' decision is more likely to be judged sound or unsound than correct or incorrect - the latter pair suggests a more demonstrable, verifiable mode of analysis than will usually be possible in weighing considerations of policy*" (Posner, 1986).

das decisões judiciais pode variar, com significância estatística, conforme o horário, a disposição física e, até mesmo, a alimentação dos juízes[148].

Quantos destes fatores, antes tidos por irrelevantes à prestação jurisdicional, são conhecidos do juiz? Quão podem ser controlados? Há um mundo desconhecido de percepções mentais inconscientes (ou subliminares) que poderia impactar no resultado das decisões?[149]

Tudo indica que sim. Ainda que a doutrina pouco tenha avançado nas investigações sobre o tema, os alicerces da neurociência evidenciam que o comportamento humano é produto de um interminável fluxo de percepções, sentimentos, pensamentos conscientes e decisões inconscientes. Muito além do que previra Freud[150], influências subliminares definem a forma como o ser humano se relaciona com o ambiente e em sociedade (Mlodinow, 2013, p 23).

De fato, diferentemente das lições *freudianas*, a intangibilidade desse novo inconsciente não é classificada como um mecanismo de defesa ou como um fenômeno não saudável ou patológico. É, simplesmente, um processo neuronal corriqueiro, decorrente da arquitetura cerebral humana (Mlodinow, 2013, p 23).

Os seres humanos fazem escolhas, criam convicções e acreditam balizar-se pelo racional e acessível mas, na realidade, são guiados pelo imperscrutável. Logo, muito além das perspectivas clássicas ou realistas do direito, os novos ventos da neurociência evidenciam que a tomada de decisão agrega fatores externos e estranhos à compreensão

---

148 "*Are judicial rulings based solely on laws and facts? Legal formalism holds that judges apply legal reasons to the facts of a case in a rational, mechanical, and deliberative manner. In contrast, legal realists argue that the rational application of legal reasons does not sufficiently explain the decisions of judges and that psychological, political, and social factors influence judicial rulings. We test the common caricature of realism that justice is 'what the judge ate for breakfast' in sequential parole decisions made by experienced judges. (...) We record the judges' two daily food breaks, which result in segmenting the deliberations of the day into three distinct 'decision sessions'. We find that the percentage of favorable rulings drops gradually from ≈65% to nearly zero within each decision session and returns abruptly to ≈65% after a break. Our findings suggest that judicial rulings can be swayed by extraneous variables that should have no bearing on legal decisions* (Danzigera, Levab & Avnaim-Pessoa, 2011).

149 *What the judge ate for breakfast* é uma expressão recorrentemente usada, nos Estados Unidos, como caricatura do movimento realista (Kozinski, 1993, *passim*).

150 "O inconsciente divisado por Freud, nas palavras de um grupo de neurocientistas, era 'quente e úmido; fervilhava de ira e luxúria; era alucinatório, primitivo e irracional', enquanto o novo inconsciente é 'mais delicado e gentil que isso, e está mais ligado à realidade" (Mlodinow, 2013, p. 24).

e processamento mental consciente, afetando intensamente a forma como as decisões humanas (e as decisões judiciais) são alfim resolvidas.

No âmbito da justiça do trabalho, é possível que os impactos de elementos inconscientes e, portanto, imponderáveis, sejam ainda mais intensos. Afinal, no ambiente das lides laborais sempre haverá uma parte sabidamente mais 'fraca', hipossuficiente, que enfrenta interesses representados pelo empregador, parte potencialmente mais 'forte'. Esse desiquilíbrio, do qual tem ciência prévia o julgador, poderá enviesar, imponderavelmente, uma decisão que, em um olhar superficial, foi prolatada de modo imparcial. A decisão é prolatada sob a égide clássica da imparcialidade e nisso acreditam as partes, o juízo e o direito. O neurociência, no entanto, questiona tais premissas.

O impacto da neurociência no direito – classicamente um sistema fechado e, mais tarde, comunicativo ou autopoiético[151] –, portanto, resulta no reconhecimento que os fenômenos jurídicos, além representarem ecos sociais, também se perfazem enquanto atividade mental solitária sujeita a interferências pouco ou nada controláveis.

A decisão jurídica[152] descola-se da teoria da escolha racional para aproximar-se, inexoravelmente, do modelo de julgamento heurístico, operado sobre as bases da racionalidade limitada. Sob essa perspectiva, o romantismo idílico de decisões técnicas e imparciais é sepultado pela evolução da neurociência e dos avanços das ciências psicológicas e cognitivas[153] [154].

---

[151] Conforme a proposição biológica-cognitiva proposta por Maturana & Varela (2001, *passim*) e a leitura sociológica posteriormente reivindicada por Niklas Luhmann (2009, *passim*).

[152] Aqui consideradas quaisquer decisões de operadores do direito: a decisão judicial, o ajuizamento da ação judicial pelo advogado, o parecer opinativo do Ministério Público, a regulamentação de determinada política pública pela respectiva agência reguladora, etc.

[153] Do mesmo modo, as teorias propostas por juristas que em nada se relacionam com o formalismo ou com as propostas de cientificidade do direito, tais como Ronald Dworkin ou Robert Alexy, precisam ser revisitadas. Ambos invocam métodos essencialmente dedutivos para a tomada de decisão, mas ignoram que os estados mentais intuitivos podem afetar sensivelmente o desfecho decisório. O juiz Hércules, por exemplo, admite a integridade do direito e associa-se, atemporal e sociologicamente, à sua comunidade, mas nunca se preocupa com os fenômenos ínsitos à sua própria mente, que podem desconstituir ou inviabilizar todo o processo de tomada de decisão (Guthrie, Wistrich & Rachlinski, tradução livre, *sem data*).

[154] A busca pelo fundamento e pela prevalência absoluta da técnica, a despeito do inquérito racional, teria o condão de enriquecer ou esvaziar a decisão judicial? De, fato, parece que a obviedade do princípio do fundamento, calcado na expressão "nada é sem razão", não se revela tão verdadeiro neste ponto. A tentativa de se levantar as causas ou fundamentos em cada aspecto que compõe o campo decisório pode resultar em infinitas séries de argumentos, impossíveis à perscrutação da mente humana, regredindo-se ao infinito. O inquérito, deste modo, deter-se-ia em um ponto qualquer, potencialmente arbitrário. Como

É neste cenário que emerge a neurociência aplicada ao direito, ramo de investigação indispensável à compreensão de todos os fenômenos jurídicos (Fernandez & Fernandez, 2014).

São marcantes os impactos deste novel *neurodireito* na teoria do direito e da decisão judicial, bem como no próprio entendimento acerca da natureza do pensamento e das conduta humanas, com consequências profundas no domínio (ontológico e metodológico) do fenômeno jurídico (Fernandez & Fernandez, 2014).

Logo, há justificativa e fundamento para as investigações em torno do impacto da neurociência e das ciências cognitivas enquanto elementos indispensáveis à compreensão do direito e dos fenômenos jurídicos.

2. OS INEVITÁVEIS IMPACTOS DAS RECENTES DESCOBERTAS DA NEUROCIÊNCIA NO DIREITO

Ao admitir que o direito seja um conjunto de normas integrantes de um sistema fechado, que condiciona a experiência jurídica àqueles fenômenos que ocorrem em seu espaço exclusivo, juristas como Hans Kelsen (2009, *passim*) e Christopher Langdell (1991, *passim*) afirmaram a cientificidade de direito, um sistema autônomo e coerente[155].

Deste modo, as decisões judiciais decorreriam de uma lógica interna, separada e imune à sociologia, à economia, à política, à moral e à ideologia dos tomadores de decisão. A sistematicidade, portanto, era um argumento para a cientificidade (Ferraz Jr., 2010, p. 13).

---

destaca Casanova (2006, p. 4), toda "tentativa de dizer o em-si em sua realidade desprovida de todo contato com o mundo reinsere em outra palavras, sub-repticiamente, a perspectiva mundana. Com isso, a diferenciação entre ser e aparência, fenômeno e coisa-em-si, movimento e repouso vai paulatinamente se dissipando, pois toda a tentativa de uma determinação do ser acaba por trazê-lo para o interior do fenômeno, e, com isso, necessariamente fracassa".

[155] "Nada de externo, vindo do mundo impuro da economia, da sociologia ou, pior, da política, deveria desarrumar a neutralidade da Ciência do Direito. O jurista seria então o aplicador desses axiomas, e o Direito dali derivado seria aplicável nos USA, na Inglaterra ou qualquer outro lugar. Um Direito puro. Nos USA, essa ideia de Direito ou forma de compreensão do jurídico foi batizada de Pensamento Clássico – *Classical Legal Thought* – e apelidada de 'langdellianismo'. O Direito deveria ser encarado como ciência. Ciência pura. Um "sistema autônomo e coerente", sendo a decisão judicial produto de uma lógica interna, separada da e imune à sociologia, à economia, à política, à moral. Exatamente, sem tirar nem por, como Hans Kelsen um pouco mais tarde (em 1911) sustentou, montando um sistema positivista sob o qual nós juristas continentais ainda vivemos, por mais que o rejeitemos e juremos de pés juntos que não" (Giacomuzzi, 2005).

No entanto, a partir da metade do século XX, com a eclosão do realismo jurídico[156], das teorias críticas[157] e da constitucionalização[158] do direito, a ideia de um sistema hermético, puro e científico começa a perder força.

A oposição entre norma e realidade aproximou o direito dos sistemas antes dito externos, tais como a política, a economia e a sociologia. A deontologia dos princípios, decorrente da constitucionalização e da inserção do direito como fenômeno social, abriu espaço para a superação da hermenêutica clássica, com a consequente ampliação dos valores constitucionais (Canotilho, 2003, p. 26-27; Sarmento, 2009, p. 271; Comanducci, 2009, p. 87-88).

Recentemente, no entanto, as dificuldades relacionadas ao controle das decisões judiciais e à racionalidade desse 'direito aberto' têm sido investigadas sob a luz das descobertas da neurociência, abrindo espaço para que o debate seja conduzido, também, sob o prisma dos estados mentais dos tomadores de decisão (Pardo & Patterson, 2010, *passim*).

De fato, a integração do direito aos demais sistemas sociais, ainda que sob uma perspectiva autopoiética, atribui ao juiz-intérprete o dever de enfrentar - e decidir - um complexo

[156] "O realismo jurídico norte-americano desenvolveu-se a partir de professores que lecionavam em Johns Hopkins, Columbia e Yale. Surgiu na academia, revolucionando tribunais e bancas de advocacia. Potencializou-se no período entre-guerras, captou material conceitual no intervencionismo do governo Franklyn Delano Roosevelt, matizando o plano governamental, o New Deal, perdendo fôlego durante os anos mais problemáticos da luta contra o perigo vermelho, na década de 1950. Karl Llewellyn, Thurman Arnold e Felix Cohen estavam entre esses professores revolucionários" (Godoy, 2013, p. 9).

[157] As *Teorias Críticas* emergem do movimento que surgiu no âmbito da chamada Escola de Frankfurt, capitaneadas por filósofos como Adorno, Horkheimer e, mais recentemente, Habermas (Freitag, 1990, p.10-15). "[O] processo de pensar criticamente o Direito implica refletir e questionar a legalidade tradicional mitificada, atinente à época ou a determinado momento da cultura de um país. O imaginário jurídico crítico tenta redefinir os horizontes, constituído da linguagem normativa repressora e ritualizada, objetivando propiciar meios instrumentais para a conscientização e a emancipação dos sujeitos históricos na sua condição de dominados e excluídos. Ao configurar-se o "pensamento crítico" como repensar, redefinir e renovar os padrões culturais de uma época ou momento histórico, melhor se compreende a necessidade de tentar examinar, ainda que pareça demasiado pretensioso, as possibilidades do discurso crítico no âmbito da presente cultura jurídica brasileira" (Wolkmer, 2006, p. 87).

[158] "A ideia de constitucionalização do direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. (...) Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares. Veja-se como este processo, combinado com outras noções tradicionais, interfere com as esferas anteriormente referidas" (Barroso, 2008).

feixe de fatos com repercussões políticas, sociológicas, econômicas e culturais[159]. Neste ambiente de intensas influências, a decisão judicial eflui como resultado de processos mentais solitários e, naturalmente, influenciáveis por elementos externos, internos e potencialmente inconscientes[160] [161] (Goodenough, 2001, *passim*; Danziger, Levav & Avnaim-Pesso, 2011, *passim*; Damásio, 2013, p. 29; Damásio, 2014, p. 157).

Trata-se uma mudança de paradigma: mais do que conhecer a forma como o direito se relaciona com outros sistemas sociais, importa saber como o direito funciona nas mentes humanas (Goodenough, 2001, p. 429).

Afinal, o direito *é* uma atividade mental e, justamente por isso, sua prática exige que seja reconhecido como produto do cérebro humano. Por conseguinte, as teorias da mente e da tomada de decisão devem ser consideradas como teorias ínsitas ao próprio direito, de forma a suplantar o dualismo cartesiano que estabelece distinções entre cérebro e mente (ou seja, entre o cérebro como órgão físico e a mente como um fenômeno

[159] De fato, a magistratura vai além da função social ou técnica. Associa-se à aspiração pela sabedoria e pela absoluta idoneidade de caráter, colocando-se acima de qualquer suspeita. O mito do arminho (*ermine*, em inglês), de origem britânica, bem ilustra as expectativas sociais em torno da magistratura: "*According to a Renaissance myth, the ermine would rather die than soil its pristine, white coat. English and later American judges would adopt the ermine as a symbol of the judiciary's purity and commitment to the rule of law. This 'ermine myth' remains central to the legal establishment's conception of the judicial role: independent judges, the argument goes, disregard extralegal influences and instead follow the law strictly. In contrast, political scientists had long theorized that judicial independence liberates judges to disregard the law and substitute their extralegal policy preferences. A recent spate of interdisciplinary research, however, has led to an emerging consensus among law professors and political scientists that judges are subject to a complex array of legal and extralegal influences*" (Geyh, 2010).

[160] Os juízes podem ter suas decisões inconscientemente afetadas por meros eventos cotidianos, tais como alterações em seu estado de humor, bem ou mau estar físico momentâneo, sede ou fome. Do mesmo modo, decisões inconscientes – ou subliminares - emergem como decorrência da origem, do sexo ou, até mesmo, da cor da pele do autor ou do réu. Como bem destacam Jeffrey Rachlinski e colegas (2009), *"(a)s expected, we found that judges, like the rest of us, possess implicit biases. We also found that these biases have the potential to influence judgments in criminal cases, at least in those circumstances where judges are not guarding against them. On the other hand, we found that the judges managed, for the most part, to avoid the influence of unconscious biases when they were told of the defendant's race*".

[161] O alicerce teórico do *neurodireito* realça, para além da influência do inconsciente nas decisões humanas, que o processamento de diferentes tipos de decisão ocorre em diferentes partes do cérebro. Assim, por exemplo, as percepções sobre justiça, regras e moral ocorreriam em áreas neuronais diversas, de modo que alterações cerebrais individuais relacionadas à idade, história de vida ou doenças poderiam alterar sensivelmente a forma como as decisões são tomadas, considerando diferentes pessoas ou, até mesmo, a mesma pessoa em épocas distintas (Goodenough, 2001, *passim*; Damásio, 2013, p. 29 e ss.; Damásio, 2014, 157 e ss.).

etéreo no qual se perfaz a consciência humana)[162] (Goodenough, 2001, *passim*).

Deste modo, a investigação sobre o funcionamento neuronal do cérebro humano, com o auxílio de técnicas de imagem sofisticadas – tais como a ressonância magnética funcional (fMRI) – teria o impacto de mudar completamente a prática e o substrato teórico de quase todas as áreas do direito[163] (Chorvat & McCabe, 2006, *passim*).

Sob a óptica da neurociência, a argumentação e o raciocínio jurídico não podem ser elaborados sem a devida atenção e compreensão do papel do cérebro nesse processo (Goodenough, 2001, *passim*). Afinal, as decisões judiciais são fruto de opções firmadas por tomadores de decisão humanos, que agem e decidem com fulcro em argumentos pré-constituídos ou em novas constatações que emergem ao longo da instrução processual.

Isto é, os esforços argumentativos e hermenêuticos dos juízes – e dos demais operadores do direito - também se classificam como comportamentos compreendidos sob o prisma do neurodireito **(**Pardo & Patterson, 2010, p. 1212-13).

Logo, supor uma decisão judicial que seja puramente racional e técnica, alheia a todos os influxos químicos e biológico ínsitos aos estados mentais, seria um equívoco incompatível com os atuais níveis de conhecimento científico acerca do funcionamento do cérebro.

Os desafios da neurodireito, portanto, passam pelo reconhecimento de que as decisões jurídicas – as decisões judiciais, a decisão do advogado e do cliente em ajuizar ou não uma ação, as estratégias de defesa, etc. – não são puramente racionais, tampouco integralmente conscientes. Decisões judiciais são decisões humanas, e como tal, ignoram ou confundem os verdadeiros fundamentos que orientaram a opção alfim tomada (Nisbett & Wilson, 1977, *passim*).

Diversas são as propostas para enfrentamento e absorção do conhecimento neurocientífico no direito. Guthrie, Rachlinski & Witrich (2007) sugerem a adoção de

[162] O dualismo de Descartes, reconhecido pela expressão "penso, logo existo" (*cogito ergo sum*) propunha que a mente e o cérebro – ou o corpo - são duas substâncias diferentes. De fato, é possível duvidar de tudo, uma vez que a relação humana com o mundo externo é delimitada pelos cinco sentidos. Só não se pode duvidar de que há dúvida, consubstanciada no pensamento daquele que duvida. Daí a premissa cartesiana. De outro lado, os chamados monistas (ou fisicalistas ou materialistas) defendem que mente e cérebro integram um único sistema ou realidade, ligados exclusivamente à matéria (Teixeira, 2011, p. 29 e ss.).

[163] As proposições atuais da confluência entre direito e neurociência (*neurodireito*) têm focado, em regra, na valoração das provas pelos juízes singulares e pelo tribunal do júri (Eagleman & Flores, 2012) e nos impactos da neurociência nos conceitos e concepção de justiça, moral, liberdade e racionalidade (Pardo & Patterson, 2010, p. 1212-13).

mecanismos que aumentem a probabilidade de que as decisões judiciais sejam formuladas de forma predominantemente deliberativa e menos intuitiva.[164]

Há quem defenda – ou preveja – que sistemas não humanos, baseados em algoritmos[165], seriam capazes de atingir a neutralidade supostamente inatingível pelos juízes (Susskind, 2010; Rutkin, 2014). Estaríamos ingressando na era dos juízes robôs, orientados por uma suposta inteligência artificial.[166]

É fato, portanto, que não há como escapar desta nova realidade. A compreensão dos juízos morais e dos universos ético e jurídico exigem, necessariamente, que se mergulhe na mente (cérebro) dos tomadores de decisão. É ali que serão encontrados os substratos inconscientes e responsáveis por parcela relevante das opções e juízos dos operadores do direito[167].

[164] Os autores propõem a realização de treinamentos, *checklists*, testes multifatorais, realocação da autoridade julgadora, etc. Em outro estudo, Chris Guthrie, Andrew Wistrich e Jeffrey Rachlinski (*Judicial Intuition*, sem data) esclarecem que "We derive our intuitive-override model from theoretical developments in psychology, which suggest that people possess two decision-making systems: an automatic and intuitive system and a calculating and deliberative system. We then present two bodies of experimental data showing that judges, like the rest of us, commonly rely on the automatic, intuitive system, but also sometimes override this system with the product of deductive thought".

[165] "Robots being inanimate mechanical devices would be inherently immune to most of the problems and perils endured by human judges and their families. Freed from any fear, favour, sympathy, prejudice, personal interests, gains, ambitions or any other feelings, they would also be strictly impartial like the most idolised judges. A sharp, smart and crisp intelligence to grasp, process and analyse actual crime scenes, including the arguments of the prosecutors and the defence teams, in a lucid and transparent manner can be meticulously embedded in them" (Habib, 2015).

[166] Além dos juízes robôs, a inteligência artificial tem modificado o modo como os negócios são conduzidos e concretizados, como as guerras são enfrentadas e como a ciência médica (e a bioética) é ultimada. Atento para as possíveis repercussões da inteligência artificial na substituição das decisões humanas, Guilherme Simari *apud* Cué & Rebossio (2015) destaca que "as máquinas podem tomar decisões com as quais o ser humano não está de acordo. Os homens têm filtros éticos. É possível programar um filtro ético para a máquina, mas é muito fácil removê-lo". A Carta Aberta "*Research priorities for robust and beneficial artificial intelligence*", de iniciativa do *Future of Life Institute* (2015) e subscrita por intelectuais de todo o planeta, de forma pertinente questiona: "How should an autonomous vehicle trade off, say, a small probability of injury to a human against the near-certainty of a large material cost? How should lawyers, ethicists, and policymakers engage the public on these issues? Should such trade-offs be the subject of national standards?"

[167] Ainda que não enfrentando a relação entre neurociência e a tomada de decisão no direito, Tércio Sampaio Ferraz Júnior descreve a decisão humana como um processo sistemático de aprendizagem: "Modernamente, o conceito de decisão tem sido visto como o ato culminante de um processo que, num sentido amplo, pode ser chamado de aprendizagem. Em que pesem divergências teoréticas importantes, costuma-se dizer que ao processo de aprendizagem pertencem 'impulso', 'motivação', 'reação' e 'recompensa'. 'Impulso' pode ser entendido como uma questão com conflitiva, isto é, um conjunto de proposições incompatíveis numa situação que exigem uma resposta. A 'motivação' corresponde ao conjunto de expectativas que nos força a encarar as incompatibilidade como um conflito, isto é, como

3. NEUROCIÊNCIA, TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL E O JUÍZO TRABALHISTA: DESAFIOS INADIÁVEIS

O principal argumento dos defensores da existência de uma relação intrínseca e indispensável entre direito e neurociência alicerça-se na premissa de que qualquer tomada de decisão decorre de processos e estados mentais sempre muito semelhantes. As decisões dos consumidores, dos médicos, dos policiais, dos políticos, dos economistas, dos advogados e dos juízes envolvem estímulos externos e internos, conscientes e inconscientes, frutos da arquitetura cerebral.

Sendo certo que esses processos decisórios decorrem de estados mentais, parece impossível supor a imparcialidade, a correção e a justiça de determinada decisão sem que se conheça, ainda que teoricamente, a mente daqueles que julgam.

Logo, existe um mundo de percepções mentais inconscientes (ou subliminares) que podem impactar, em maior ou menor grau, no processo intelectual de formação das decisões judiciais.

Se tais desafios são claramente relevantes na formação da decisão jurídica e judicial em processos cíveis, no quais há um provável equilíbrio entre as partes, o que dizer, por exemplo, dos processos penais e trabalhistas?

Nos primeiros, há um verdadeiro embate teatral entre acusação e defesa na busca da verdade *beyond any reasonable doubt* , que deverá ser definida pelo julgador em meio a paixões de todo gênero.

Da mesma forma, nas lides trabalhistas existe, quase sempre, um fosso econômico entre as partes, de modo que a hipossuficiência e o desequilíbrio sempre são testemunhados pelo juízo.

Como permanecer imparcial?

É cediço que o direito processual oferece mecanismos para obtenção da esperada neutralidade, mas nada assegura que tais instrumentos jurídicos sejam suficientes à sua

---

exigindo uma resposta. A 'reação' é propriamente a resposta exigida. A 'recompensa' é o objetivo, a situação final na qual se alcança uma relação definitiva em função do ponto de partida. Neste quadro, a decisão judicial é um procedimento, cujo momento culminante é um ato de resposta. Com ela, podemos pretender uma satisfação imediata para o conflito, no sentido de que propostas incompatíveis são acomodadas ou superadas" (2010, p. 88-89).

obtenção, ainda que o julgador, como regra, acredite sinceramente na imparcialidade de suas decisões. Acreditar, no entanto, não é suficiente.

Basta recordar que que Danziger, Levavb e Avnaim-Pessoa (2001) comprovaram, empiricamente, que até mesmo os horários em que as decisões são tomadas têm o condão de afetar o resultado alfim produzido.

Parece indispensável, portanto, reconhecer a insuficiência da teoria da escolha racional aplicada à teoria da decisão judicial, revisitando tais conceitos para reconhecer que os operadores do direito, entre eles os juízes, não têm pleno domínio da racionalidade.

Impõe reconhecer, com efeito, que as fontes da razão e da racionalidade devam ser perscrutadas sob a óptica das antes ignoradas influências externas, inconscientes e subliminares, como prioridade indeclinável dos debates acerca da teoria da decisão judicial, ora indissociavelmente ligada às premissas da neurociência.

CONCLUSÃO

O avanço científico da neurociência, desbravando e esclarecendo os processos neuronais e químicos relacionados à tomada de decisão e desvendando as formas como o inconsciente rege as opções humanas, inexoravelmente afeta o modo como a decisão jurídica, em especial a decisão judicial, tem sido concebida.

A imparcialidade dos atores envolvidos na tomada de decisão judicial – especialmente naquelas decisões tidas por *abertas* à política – é mitigada pela conclusão de que quaisquer decisões – judiciais ou não – são resultado de estados e processos mentais fortemente influenciados por fatores *internos* e *externos* imperceptíveis e difíceis de serem controlados (Jones et al., 2013, *passim*).

A *abertura* do direito e sua aproximação com os valores constitucionais - sociais e políticos - intensificam esse *descontrole* das decisões judiciais, uma vez que transferem ao juízo o poder-dever de decidir conflitos que, em última instância, evidenciam a realização – ou não – de direitos sociais.

O Poder Judiciário, portanto, é acionado como *última esperança*[168] daqueles

[168] "A história da humanidade é plena de conflitos. O Judiciário foi imaginado e criado exatamente para dirimi-los. Sobre ele repousa a última esperança dos violentados, dos oprimidos, dos desrespeitados, das vítimas de abusos, arbitrariedades, violências e ilegalidades de toda ordem. É no Judiciário que buscam Justiça" (Carvalho & Nina, 2015). No mesmo sentido, o discurso de Álvaro Couri Antunes Sousa, na cerimonia de titularização dos juízes do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), em Brasília (2013): "Logo que fomos empossados, fiquei um pouco apreensivo. Lembro que, após meu

que supõem violados seus direitos fundamentais. O impacto inconsciente e subliminar desse novel 'papel social' desempenhado pelos juízes teria o condão de enviesar as decisões judiciais. A repercussão mental desse 'altruísmo' pré-determinado pela sociedade - e possivelmente pelos próprios julgadores - torna a decisão judicial, como regra, potencialmente imprevisível.

O juiz, como ser humano, é influenciado, consciente e inconscientemente, pelas provas dos autos. Mas não só por elas. Fenômenos completamente ignorados pelo direito também impactam - ou podem impactar - na formação da convicção: emoções, frustrações pessoais, cansaço físico e mental, preconceitos de raça e sexo, auto imagem, imagem social, lembranças e ideologias. Ainda que conscientemente não perceba ou reconheça esses fatores, a neurociência tem demonstrado que todos eles podem ser fundamentais na orientação do ato decisório, judicial ou não.

Logo, é possível afirmar que os estados mentais dos julgadores, conscientes e inconscientes, podem afetar o processo decisório *ab ovo* e, como consequência, a essência da teoria da decisão judicial. Com baldrame nessa conclusão, o direito deve reconhecer a neurociência como elemento indispensável de releitura prática e teorética.

---

discurso em que falei da importância de nunca desistirmos de nossos sonhos, uma colega se aproximou, me cumprimentou e disse: 'Seu entusiasmo não vai durar 6 meses'. Felizmente, passados 8 anos, posso dizer que ela se enganou. Continuo com o mesmo entusiasmo e motivação do dia em que fui empossado como juiz substituto do TJDF. Aliás, eles estão maiores, pois agora tenho minha equipe, e posso desenvolver na titularidade da 2ª Vara de Família, órfãos e sucessões de Samambaia, um trabalho mais duradouro, fazer planos, desenvolver projetos para atender cada vez melhor a população. Creio que sem entusiasmo e motivação, perdemos um elemento que reputo essencial em nossa atividade: a sensibilidade. Sem sensibilidade para julgar esquecemos que estamos cuidando de interesses de pessoas, que muitas vezes depositam no judiciário, a última esperança". Do mesmo modo, o Desembargador Ronnie Herbert, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, concedeu a seguinte entrevista: "*O senhor já comentou numa reportagem que a Justiça se tornou um serviço de atendimento ao consumidor dos planos de saúde. O consumidor, quando vai para a Justiça...* É a última esperança dele. O que nós deveríamos ter é uma agência reguladora dos planos de saúde que tivesse uma atuação mais eficaz. Nós deveríamos ter a possibilidade de os Procons imporem multas a essas operadoras, deveríamos ter uma fiscalização administrativa que fosse eficiente. Como raramente esses órgãos administrativos conseguem resolver o problema, a regulação do atendimento acabou sendo transferida para o Poder Judiciário. Isso não deveria ser assim. As agências reguladoras, ao invés de atenderem ao interesse da coletividade, acabam sendo utilizada como escudo pelas próprias operadoras, porque essas agências, e isso eu falo de uma forma geral, baixam regulamentações que, ao invés de servirem a coletividade são utilizadas para excluir direitos. Se tivéssemos uma ação efetiva dessas agência com força, certamente o número de demandas envolvendo essas questões não seria expressivo como é" (Sorano, 2013). Destaco que, em uma busca não sistematizada no Google, utilizando-me das expressões de busca judiciário e "última esperança", foram encontrados 26.600 resultados.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Título original: Theorie der Grundrechte.

ALEXY, Robert. The nature of legal philosophy. **Ratio Juris**, Oxford, v. 17, n. 2, p. 156-167, 2004.

ARAUJO, Francisco Fernandes. **A parcialidade dos juízes**. Campinas: Edicamp, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: Aragão, Alexandre Santos de & Marques Neto, Floriano de Azevedo (Coordenadores). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Forum, 2008.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. 7ª Reimpressão. Coimbra: Coimbra, 2003

CARVALHO, Carlos Magno Galvão & NINA, Carlos. Para onde vai o Judiciário? **Consensual.** 05 Abr 2015. Disponível em http://www.consensual.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=243:para-onde-vai-o-judiciario&catid=34:carlos-nina&Itemid=53

CASANOVA, Marco Antônio. **Nada a caminho. Impessoalidade, niilismo e técnica na obra de Martin Heidegger**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CUÉ, Carlos E. & REBOSSIO, A. **Cientistas contra robôs armados**: Cerca de 1.000 especialistas em inteligência artificial criticam as armas autônomas porque estas não possuem critérios éticos. El País Brasil, 28 de julho de 2015. Disponível em http://brasil.elpais.com/brasil/2015/07/28/internacional/1438078885_287962.html

CHORVAT, Terrence & MCCABE, Kevin. The Brain and the Law. In: Semir Zeki & Oliver Goodenough (Coord). **Law and the Brain**. Oxford: Oxford University Press, 2006

COMANDUCCI, Paolo. Constitucionalización y neoconstitucionalismo. In: CAMANDUCCI, Paolo;

DAMASIO, Antonio R. **E o cérebro criou o homem.** São Paulo: Companhia das Letras, 2013

DAMASIO, Antonio R. **O erro de Descartes.** São Paulo: Companhia das Letras, 2014

DAMASIO, Antonio R. **O mistério da consciência.** São Paulo: Companhia das Letras, 2013

DANZIGER, Shai; LEVAVB, Jonathan e AVNAIM-PESSOA, Liora. Extraneous factors in judicial decisions. **Proceedings of the National Academy of Science of the United States**. 2011. vol. 108 n. 17

DESCARTES, René. **As Paixões da Alma.** 2ª Ed. Martins Fontes: São Paulo, 2005

DESCARTES, René. **Meditações Metafísicas**. Martins Fontes: São Paulo, 2000

DESCARTES, René. **O Discurso do Método**. Martins Fontes: São Paulo, 2001

EAGLEMAN, David M. & CORRERO, Mark A. Why Neuroscience Matters for a Rational Drug Policy. **Minnesota Journal of Law, Science & Technology** 2010. Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=1375495

EAGLEMAN, David M. & FLORES, Sarah Isgur. Defining A Neurocompatibility Index for Criminal Justice Systems: A Framework to Align Social Policy with Modern Brain Science. **Law of the Future Series** 1,160-172, 2012.

EAGLEMAN, David M. Turning our minds to the law. **The Telegraph**. Apr 5, 2011. Disponível em http://www.telegraph.co.uk/news/science/science-news/8428793/The-human-brain-turning-our-minds-to-the-law.html

FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. Neonaturalismo, "neurodireito" e interdisciplinaridade: limites e possibilidades. **Jus Navigandi** 19 (4014), 2014.

FERRAZ JÚNIOR . Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. São Paulo: Atlas, 2010.

FREITAG, Bárbara. **A Teoria Crítica**: Ontem e Hoje. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990.

FUTURE OF LIFE INSTITUTE. Open Letter: **Research priorities for robust and beneficial artificial intelligence.** 2015. Disponível em http://futureoflife.org/AI/open_letter

GARRETT, Brandon. **Convicting the Innocent**: Where Criminal Prosecutors Go Wrong. Cambridge: Harvard University Press, 2011

GEYH, Charles G. **Judicial Politics, the Rule of Law and the Future of an Ermine Myth**. 2010. Disponível em http://works.bepress.com/charles_geyh/1/.

GIACOMUZZI, José Guilherme. As Raízes do Realismo Americano: breve esboço acerca de dicotomias, ideologia, e pureza no Direito dos USA. **Direito & Justiça** 2005 31 (2) 155-190

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano.** Brasília: edição do autor, 2013

GOÉS, Guilherme Sandoval. Neoconstitucionalismo e dogmática pós-positivista. *In*: BARROSO, Luís Roberto. (Org.) **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.113-150.

GOODENOUGH, Oliver R. Mapping cortical áreas associated with legal reasoning ans moral intuition. **Jurimetrics** 2001, 41(4) 429-442

GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7 ed. São Paulo: Malheiros,

2008.

GUTHRIE, Chris, RACHLINSKI, Jeffrey J. & WISTRICH, Andrew J. Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases. **Cornell Law Review**, Forthcoming; Vanderbilt Public Law Research Paper No. 07-25; Vanderbilt Law and Economics Research Paper No. 07-32. Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=1026414

GUTHRIE, Chris, RACHLINSKI, Jeffrey J. & WISTRICH, Andrew J. Inside the Judicial Mind. **Cornell Law Review** 86(4) May 2001

GUTHRIE, Chris, WISTRICH, Andrew J. & RACHLINSKI, Jeffrey J. *Judicial Intuition*, sem data. Disponível em https://law.vanderbilt.edu/files/archive/Judicial_Intuition.pdf

HABIB, Elf. Creating robot judges. **Daily Times** 13 Jun 2015. Disponível em http://www.dailytimes.com.pk/opinion/13-Jun-2015/creating-robot-judges.

JONES, Owen; MAROIS, René; FARAH, Martha; & GREELY, Henry. Law and Neuroscience. **J. Neurosci**. 33(17624), 2013

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009

KOZINSKI, A. What I ate for breakfast and other mysteries of judicial decision making. **Loyola LA L Rev** 26:993, 1993

LANGDELL, Christopher Columbus. A Selection of Cases on the Law of Contracts (1871). In: **American Legal History**. New York: Oxford University Press, 1991, p. 338.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2009

MATURANA, Humberto R. e VARELA, Francisco J. **A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana**. São Paulo: Palas Athenas, 2001

MLODINOW, Leonard. **Subliminar: como o inconsciente influencia nossas vidas**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013

MONTEIRO, Cláudia Servilha. A racionalidade da decisão judicial política. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. 2007. v 96 (191-218).

MUNSTERBERG, Hugo. **On the Witness Stand**: Essays on Psychology and Crime. Whitefish: Kessinger Publishing, 2010

NISBETT, R. E. & WILSON, T. D. Telling more than we can know: Verbal reports on mental processes. **Psychological Review** 84(3):231–59, 1977

PARDO, Michael S. & PATTERSON, Dennis. *Philosophical Foundations of Law and Neuroscience*. **University of Illinois Law Review**, 2010; U of Alabama Public Law Research Paper No. 1338763. Disponível em http://ssrn.com/abstract=1338763

PENROSE, Roger. Shadows of the Mind: A Search for the Missing Science of Consciousness. Nova Iorque: Oxford University Press, 1996

PERLIN, Michael L. Considering Pathological Altruism in the Law from Therapeutic Jurisprudence and Neuroscience Perspectives. *In* Barbara Oakley, Ariel Knafo, Guruprasad Madhavan e David Sloan Wilson (Editores). **Pathological Altruims**. Oxford: Oxford University Press, 2011

POPPER, Karl R. **O conhecimento e o problema corpo-mente**. Lisboa: Edições 70, 2002

POPPER, Karl R. & ECCLES, John C. **O Eu e seu cérebro**. Brasília: Ed. UnB, 1975

POSNER, Richard A. Legal Formalism, Legal Realism, and the Interpretation of Statutes and the Constitution. **Case Western Reserve Law Review** 37(179) 1986

POSNER, Richard A. **How Judges Think.** Cambridge (MA): Harvard University Press, 2010

PUTNAM, H. Mind, language and reality. Cambridge (MA): Cambridge University Press, 1975, v. 2

RACHLINSKI, Jeffrey; JOHNSON, Sheri Lynn; WISTRICH, Andrew; GUTHRIE, Chris. Does Unconscious Racial Bias Affect Trial Judges? **Notre Dame Law Review**, Vol. 84, No. 3, 2009. Disponível em http://ssrn.com/abstract=1374497

RUTKIN, Aviva. Law by algorithm: Are computers fairer than humans? ***New Scientist***, 2973, 2014

SEARLE, John R. **A redescoberta da mente**. São Paulo: Martins Fontes, 1997

SORANO, Vitor. Plano de saúde: Justiça é "última esperança" de cliente, diz juiz. ***IG*** 14 Dez 2013. Disponível em http://economia.ig.com.br/2013-12-14/plano-de-saude-justica-e-ultima-esperanca-de-cliente-diz-desembargador.html

SOUSA, Álvaro Couri Antunes. **Discurso na Cerimônia de titularização de juízes do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, em 03 de Maio de 2013**. Disponível em http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/discursos/2013/juiz-alvaro-couri-antunes-sousa-cerimonia-de-titularizacao-de-juizes-3-5-2013

SPIEGEL, Thaís & CAULLIRAUX, Heitor Mansur. A tomada de decisão diante da racionalidade limitada: revisão da literatura. **Ciências & Cognição** 18(2) 186-207, 2013

SUSSKIND, Richard. **The End of the Lawyers**: Rethinking the Nature of Legal Services. Oxford: Oxford University Press, 2010

TEIXEIRA, João de Fernandes. **Mente, Cérebro & Cognição.** 4ª Ed. Petrópolis: Vozes, 2011

TOLEDO, Gustavo Leal. **As Críticas a Filosofia Dualista da Mente**. Monografia. UERJ, 2003

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico.** São Paulo: Saraiva, 2006

TRABALHO, CIDADANIA E PARTICIPAÇÃO: MINHAS MEMÓRIAS DE IGNÁCIO RANGEL, UM CLÁSSICO DO PENSAMENTO ECONÔMICO BRASILEIRO

José Rossini Campos de Couto Correa

Pós-Doutor em Direito Internacional, professor de Filosofia do Direito. Pertence à Academia Brasiliense de Letras e à Associação Nacional de Escritores.

Resumo: Resgata uma multiplicidade de momentos de convívio com Ignácio Rangel, que é considerado o mais original dos economistas brasileiros de todos os tempos e expressão aguda do pensamento autônomo em matéria de teoria econômica, enquanto autor dos clássicos: A dualidade básica da economia brasileira e A inflação brasileira.

Palavras-chave: Ignácio Rangel, Pensamento Autônomo, Originalidade Teórica, Teoria Econômica, Interpretação do Brasil.

Sauvetages une multitude de moments conviviaux avec Ignacio Rangel , qui est considéré comme les économistes brésiliens les plus originaux de tous les temps et de l'expression aiguë de pensée autonome dans la théorie économique , comme l'auteur du classique : La dualité fondamentale de l'économie brésilienne et inflation brésilien.

Mots-clés: Ignacio Rangel, Pensée Autonome,Théorie Originalité, Théorie Économique, Interprétation du Brésil.

Já havia começado a festa de cores e de luzes do alvorecer brasiliense. A móvel manhã quente e derretida varava as persianas do pequeno apartamento, avisando-me o horário dos inflexíveis compromissos burocráticos. Acordar acordei, pois, mesmo estando em Pasárgada, não sou amigo do Rei, sabendo novamente ser a República, por fora, bela viola; por dentro, pão bolorento.

Não só acordei, como me pus de pé. Tanto quanto possível, rítmico, comecei a marcha diária contra o relógio: pasta, escova, dentes; creme, lâmina, barba. Uma pausa: liguei a televisão para ouvir, mais do que ver, o jornal político, não recordo se na Globo ou na Manchete, coisa, aliás, desimportante, desde que os homens entrevistados nos dois canais são os mesmos, com a sua linguagem trêfega, falando sobre o permanente baile de máscaras nacional - e de máscaras feias – com uma desenvoltura de tríduo momesmo.

Mais depressa, prossegui, disputando com o ponteiro dos segundos: água, sabonete, toalha; cueca, calça, camisa. Quase pronto e pensando no trânsito, dispensei a fatia de pão e esqueci o café quentinho. Estava de saída, a chave girando na porta, quando escutei o alarido do telefone.

Voltei para atendê-lo, carregando comigo, e sentindo-o mais pesado neste dia 27 de janeiro de 1988, às fatais 7 horas e quarenta e cinco minutos, um morto querido – meu tio, a completar seis anos do dia em que foi, tragicamente, esmagado em desastre automobilístico – cujo nome aqui escrevo com saudade: Wilson do Couto Corrêa. Mal toquei o aparelho, aquela voz inconfundível, trazendo o seu cortejo de surpresas, disparou:

-"Alô, Rossini, como vais? Quem está falando é Rangel. Eu estou aqui em Brasília..."

- Rangel!? Que surpresa agradável! – disse-lhe – esquecendo o habitual Professor...

- "Vim" – ele continuou - "fazer uma conferência em um colóquio promovido pela Federação das Associações Comerciais do Brasil. Volto hoje mesmo, de tarde, às 15h00.

- Sempre a trabalho – retruquei – invocando o nosso deus comum e perguntando pelas novidades.

- "Tu já tens o meu livro novo? Eu trouxe um para ti, que está comigo, aqui no Hotel"

- ...No Hotel Nacional? Não, ainda não tenho. Muito obrigado! Quais são as novas?

- "As novidades são muitas. A bem da verdade, algumas tristes. Perdi o meu genro domingo...

- Perdeu? Que pena...

-"...E tive que parar um pouco e ficar, junto com Aliette, dando assistência para a minha filha Liudmila..."

- Que pena, Professor!

-"Porém, no mais, tudo bem. Vai-se levando... Tenho trabalhado muito, em companhia de uma moça formada em Direito e extraordinariamente dotada de competência, no BNDES."

- O senhor está envolvido em algum projeto específico? Se está, que projeto é este?

- "É um trabalho de proposta de retificação do setor público no Brasil. Mal eu digo de que velho decreto eu preciso, e ela, prontamente, o encontra".

- Sei, é uma espécie de banco legal. Prestes a responder com eficácia de quando é e onde está a legislação de que o senhor necessita.

- "É isto mesmo. É uma grande alegria para mim, saber que eu estou velho, mas não estou largado. Vi este pessoal todo entrar no Banco. Muitos foram meus estagiários, que eu ajudei a formar, e hoje há gente ocupando altos postos, cargos de direção etc."

- Que bom, Professor! É uma dimensão gratificante deste balanço de trajetória. Mas a que horas o senhor vai estar no Hotel Nacional, nosso ponto de encontro de sempre, aqui em Brasília?

- "Creio que na metade do dia, quando vence a diária. É que eu vou viajar ás 15h00 e não tem sentido pagar outra....Então, eu deixo o Hotel."

- Claro. Olhe, eu vou para o serviço agora. Como não suspeitava que o senhor fosse estar aqui, não sei se vai ser possível a minha passagem no Hotel Nacional neste horário. De qualquer maneira, contudo, eu vou ao seu encontro no...

- "... No aeroporto? Bem, que lamentável, pois eu pensei que nós pudéssemos, quem sabe, nos encontrar e ..."

-...Almoçar juntos?

- "Sim. É isto mesmo!"

- Pois bem: eu vou a seu encontro, de qualquer jeito, no Hotel Nacional, e almoçamos juntos.

- "Até mais, então, Rossini. Um abraço para ti."

- Até mais, Professor. Um grande abraço para o senhor.

- "Ah, tem uma coisa: conheci o Jesus Gomes. Eu gostava muito dele, que era um burguês diferente do burguês brasileiro, ao qual não basta desgostar do comunismo,

pois ele tem de ser é anticomunista. E Jesus não era nenhuma coisa nem outra. Ele realmente merece uma pesquisa."

- Sem dúvida...

-"Vai trabalhar."

- Vou. Até mais.

Fui trabalhar e cheguei ao Ministério da Cultura e comecei a desatar os nós do cotidiano. Do Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas de Natureza Cultural, onde experimentei a ventura de dirigir uma excelente equipe de trabalho no setor público, telefonei para uma convidada minha, transferindo o nosso almoço para ensejo mais propício. Ela, gentil, compreendeu.

Em seguida, passei pela Secretaria Geral do MinC, comandada pelo maranhense ilustre Joaquim Itapary e, rapidamente, conversei com Flávia Gomes de Galiza, neta de Jesus Norberto Gomes , comunicando-lhe o juízo do grande economista brasileiro sobre a nossa proposta de pesquisa, em torno das idéias sociais e políticas do seu avô.

Fascinada com o que Ignácio Rangel dissera a respeito de Jesus Gomes, Flávia Galiza, boa amiga e parceira compenetrada de pesquisa, ficou vibrando. Tanto quanto, ou até mais do que eu, ela estava interessada em resgatar a figura do industrial maranhense, preso em novembro de 1935, na chamada Intentona Comunista.

Daí que logo houve a concordância com a minha proposta de almoçarmos os três: Mestre Rangel, Flávia Galiza e eu. Decidida a documentar o encontro, a terceira convidada solicitou ao motorista da Secretaria Geral do MinC - e assim foi feito – que passasse em sua residência e trouxesse a providencial máquina fotográfica.

No horário combinado para a saída, recebi saudável e repentino telefonema de minha prima Sônia Corrêa, também dos quadros superiores do MinC, com a gentil convocação de que almoçássemos juntos. Aplaquei-lhe os justos reclames, explicando que a motivação do surpreendente almoço era Ignácio Rangel. Chamei-a. Aceito o convite, a pequena comitiva partiu.

No breve trajeto entre o Setor Bancário Norte e o Setor Hoteleiro Sul, realizei uma dissertação sobre Ignácio Rangel, a economia, a política e a história do Brasil.

Necessitado de um paradigma, fui objetivo: trata-se de um economista mais original e, no mínimo, da mesma dimensão do Ministro da Cultura, Celso Furtado.

Chegamos. Realizava-se ainda o colóquio, no auditório do Hotel Nacional. À beira da piscina, o aguardamos. Sem demora, o evento foi encerrado. Fui buscá-lo à entrada do auditório, de onde marchamos para a beira da piscina. No intervalo, foi inevitável a conversa sobre o seu genro morto, neto de Demétrio Ribeiro, que integrou o primeiro Ministério da República, e os cuidados dispensados à sua filha Liudmila e ao seu neto, em companhia de Dona Aliette. Vi olhos marejados...

Feitas as apresentações e mal chegando a se acomodar à mesa, Ignácio Rangel sugeriu, premido pelo horário, que fôssemos almoçar no aeroporto, onde evitaria contratempos, como o de perder avião. Descida a sua pequena bagagem e fechada a conta no Hotel Nacional, em animada conversa, logo tomamos a direção desejada.

Eu o provoquei, no caminho, sobre a sua produtiva atitude intelectual, com a alegria de haver recebido, autografado, o livro *Economia Brasileira Contemporânea*. E o velho Rangel, reagindo bem, discorreu a respeito de projetos de livros, reunindo textos esparsos e inéditos, e confessou, em contrapartida, a necessidade de trabalhar em marcha mais vagarosa.

Fora o primeiro a entregar os originais – reportava-se a seu livro *Economia: Milagre e Anti-Milagre* – para a coleção "Brasil: Os Anos do Autoritarismo", editada por Jorge Zahar. A marcha batida deste, e de outros afazeres literários, provocou grave crise cardíaca no Mestre dos Mestres. Objeto de cirurgia cardíaca em São Paulo, o médico recomendou ao economista maranhense prudência, em substituição à afoiteza que lhe é característica, uma vez desafiado pelo trabalho criativo.

Provoquei o autor de *Dualidade Básica da Economia Brasileira*, a propósito da necessidade da reedição da obra, tornada um clássico das ciências humanas no País. Passando recibo ao meu desafio, com vivaz prosápia, o pensador da formação econômica brasileira foi definitivo:

- "Não admito trocar uma vírgula daquele livro."

- Entendo. Mas o senhor pode reeditá-lo, o que é uma necessidade, com uma introdução atualizadora.

- "Esta é uma boa idéia. Rossini, o diabo é que eu tenho projetos mais urgentes."

- A redação de sua autobiografia, por exemplo? Quando o senhor vai abrir o seu baú de ossos?

- “Talvez. Tenho dúvidas se se justifica a concentração de esforços, agora, em uma autobiografia. O testamento vai ficando para depois...”

-Chegamos. Conseguido um lugar no estacionamento, logo rumamos em direção ao restaurante do aeroporto. Ao chegarmos no amplo ambiente, deparamos, ao centro, com Isabel e Epitácio Cafeteira, a Primeira Dama e o Governador do Estado do Maranhão. Trocamos apenas olhares, sobre a pouca discrição de áulicos e de ajudantes de ordens. Afinal, somos maranhenses desobrigados da reverência e agradecidos pelo silêncio do transitório magistrado estadual.

Sentamos. Ignácio Rangel, à frente de Flávia Galiza, começou a recordar passagens de Jesus Gomes, a sua ligação com os comunistas, a prisão política em 1935, o propalado ateísmo, caracteres da mentalidade empresarial e todo um mundo de coisas interessantes à história das idéias no Brasil. A facúndia do visitante, que não é habitual, determinou a decida de um facho de luz sobre o nosso encontro.

Tempo houve, ainda, para o velho Rangel declarar que aquele almoço salvara a sua vinda a Brasília, em razão da brevidade com que cada expositor fora forçado a discorrer no colóquio, referente á crise nacional. Depois de considerar que não participaria mais de simpósios, onde a possibilidade de argumentar não contasse com o tempo favorável, declinou nomes, endereços e telefones de pessoas presas com Jesus Gomes em 1935, as quais, tanto quanto ele, seriam depoentes abalizados a seu respeito. E confirmou, enfim, que muitos intelectuais de sua geração maranhense – Franklin de Oliveira à frente - saíram do Maranhão para a aventura do Brasil, com a ajuda material de Jesus Gomes.

Chegada a sobremesa, o viajante, voltando-se para mim, mergulhou em um mundo de lembranças. A começar pela fresca recordação das solenidades comemorativas do centenário de nascimento de seu Pai, o Juiz e Professor Mourão Rangel. Os festejos transcorreram entre São Luís e Imperatriz, sem o esquecimento do Rio de Janeiro, desaguando na divulgação do seu opúsculo, intitulado *Dr. Mourão Rangel*, que constituiu uma memória de família das mais interessantes para a reconstituição histórica da vida social e das idéias jurídicas e políticas no Brasil.

O principal evento em Imperatriz, foi a inauguração do retrato do Juiz e Professor no Grupo Escolar Mourão Rangel. Neste, em época pretérita, funcionou uma escola particular, fundada por Mourão Rangel, o velho, que nela, em companhia de sua esposa, educava os seus e os filhos de terceiros, em um serviço público para a vitória do

direito à educação sobre os privilégios da barbárie. A despeito da nova e moderna construção, Ignácio Rangel identificou a localidade, logo acusando a lembrança em seu discurso.

Como um sopro, regressou á memória ignaciana o dia 07 de setembro de 1922, episódio de há muito esmaecido. Aos oito anos, no Dia da Pátria, de acordo com ensinamento de véspera, feito por sua mãe, o menino declamou longo poema – um hino ao trabalho – na solenidade municipal. A rememória não ficou subordinada ao sucesso, estendendo-se a texto poético, de plano reconstruído e de declamado, verso por verso.

Tomado por violenta emoção, concluída a sua palavra, o filho varão do homenageado foi conduzido às pressas para um hospital, pois não passava bem. Chegando ao Rio de Janeiro, relatou os acontecimentos ao escritor Antônio de Oliveira, o qual garantiu ser de autoria do poeta português João de Deus, o hino ao trabalho declamado pelo menino Rangel, no longínquo 07 de setembro de 1922. A . de O. é lusófilo. Como se não bastasse, o velho Rangel, com a metralhadora da memória ligada, começou a declamar João de Deus:

“MISÉRIA
Era já noite cerrada,
Diz o filho: "Oh minha mãe,
Debaixo d'aquella arcada
Passava-se a noite bem!"

A cega, que todo o dia
Tinha levado a anadar,
A taes palavras do guia
Sentiu-se reanimar.

Mas saltam dois cães de gado,
Que eram como dois leões:
Tinha-os à porta o morgado
Para o guardar dos ladrões.

Tornam os pobres à estrada,
E aonde haviam de ir dar?
Ao palácio da tapada
Onde el-rei ia caçar.

À ceguinha meia morta
Torna o filho: "Oh minha mãe,
Ali no vão de uma porta

Passava-se a noite bem!"

- Se os cães deixarem... (diz ella,
A triste n'um riso amargo),
Com effeito a sentinela:
- "Quem vem lá?... Passe de largo!"

Então ceguinha e filhinho,
Vendo a sua esperança vã,
Deitaram-se no caminho
Até romper a manhã!..."

"BOAS NOITES
Estava uma lavadeira
a lavar numa ribeira
Quando chega um caçador:
- Boas tardes, lavadeira!
- Boas tardes, caçador!
- Sumiu-se a perdigueira
Ali naquela ladeira;
Não me fazeis o favor
De me dizer se a brejeira
Passou aqui a ribeira?
- Olhai que, dessa maneira,
Até um dia, senhor,
Perdereis a caçadeira,
Que ainda é perda maior.
- Que importa, lavadeira!
Aqui na minha algibeira
Trago dobrado valor...
Assim eu fora senhor
De levar a vida inteira
Só a ver o meu amor
Lavar roupa na ribeira!
- Talvez que fosse melhor...
Ver coser a costureira!
Vir de ladeira em ladeira
Apanhar esta canseira,
E tudo só por amor
De ver uma lavadeira
Lavar roupa na ribeira...
É escusado, senhor!
- Boas noites... lavadeira!
- Boas noites... caçador!"

"A ENJEITADINHA

— De que choras tu, anjinho?
"Tenho fome e tenho frio!"
— E só por este caminho
Como a ave que caiu
Ainda implume do ninho!...
A tua mãe já não vive?

"Nunca a vi em minha vida;
Andei sempre assim perdida,
E mãe por certo não tive!"
— És mais feliz do que eu,
Que tive mãe e... morreu!”

Provoquei Ignácio Rangel, cobrando detalhes do texto do poema. Ele, não se fazendo de rogado, declamou verso a verso a extensa peça literária, por suposto, de João de Deus, provando que a havia recomposto de um fôlego e fixado para sempre, como se tivesse acabado de lê-la. Estava vagando no ar a chamada para a ponte aérea Brasília - Rio de Janeiro.

Divididas democraticamente as despesas, partimos em direção ao setor de embarque. Conseguimos ainda, a caminho, parar, no intuito da feitura da reportagem fotográfica do nosso encontro. Depois, foram passos rápidos, abraços, beijos e despedidas. Ignácio Rangel desceu a rampa de embarque, deixando em todos, com a sua passagem, o doce vestígio de uma presença, para sempre, repleta de inefável encantamento.

2

O mês era o de junho ou de julho, a cidade, o Recife, e 1991, o ano. Em um restaurante da Avenida Boa Viagem, entre outros, eu aguardava Francisco Sales Gaudêncio e Manoel Marcos Maciel Formiga, os quais, retidos em Itamaracá, tardaram, mas chegaram. Almoçamos sem que Roberto Viana, Secretário de Governo, aparecesse, pois este só despontaria em meados da tarde, antecedendo em poucos minutos o escritor e historiador Armando Souto Maior.

Inteligente, porém, fugaz, o nosso encontro ficou prejudicado pela urgência de Marcos Formiga em chegar ao Aeroporto dos Guararapes, de onde viajaria com destino a Brasília. Foi possível, entretanto, por sobre jogos de espírito e reflexões substantivas, a

passagem do fio de espada pelo lamento da frustração do título de cidadania, que Brejo de Areia prometera a Armando Souto Maior, mas suspenderá, em seguida, em virtude de pequenas refregas políticas municipais.

Só? Não. Roberto Viana foi explícito, ao recusar a oferta de Sales Gaudêncio e de Marcos Formiga, para que fosse painelista privilegiado no seminário "Teoria e Política no Pensamento de Celso Furtado", em processo de organização pelos dois, em consórcio do Governo da Paraíba com o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq. Motivei Viana sutilmente, sob a observação de que a desimportância por ele atribuída à economia de Celso Furtado, era, à sua maneira, valiosa, podendo, ao ser comunicada, tonificar e entusiasmar os debates no colóquio.

- "Desde que seja colocada de forma respeitosa" – ponderaram os dois paraibanos - . E acrescentaram: "Não queremos um seminário tedioso, feito de pura louvação de Celso Furtado".

- "Eu não escondo o temor" – argumentou o convidado – "de ser muito contundente. Sobretudo com Arraes como coordenador do painel."

Sales e Formiga foram afirmativos:

"Com Miguel ou sem Miguel, você não pode deixar de participar. É o lançamento do seu nome no Brasil."

Eu já havia conversado com Marcos Formiga, cobrando a feitura do convite a Ignácio Rangel, por seu relevo pessoal, relacionamento com o homenageado e forte presença no contexto dos dois primeiros desempenhos de Celso Furtado: o da fantasia organizada e o da fantasia desfeita. Responde-me Formiga de que não agendara o nome do economista maranhense, de sua admiração, motivado por informes advindos de Cristovam Buarque, de que a velhice o alcançara, de forma irremediável e comprometedora. Rebatendo-as, demonstrei serem malévolas, ressalvadas a fonte, as infundadas notícias, levando Formiga telefone e endereços anotados, bem como o compromisso de convidar para o evento o lúcido e vigoroso Rangel.

Assim foi feito. Sucede que o seminário ficou de ser realizado em João Pessoa, em 8 e 9 de agosto, e o painelista maranhense, de texto concluído, chegou a pensar em remetê-lo por via postal, considerando a ausência da chegada da passagem aérea e da confirmação da reserva do hotel, quase que à antevéspera do simpósio. Soube do imbróglio por meio da competente socióloga Maureli Costa, sua amiga e biógrafa no Maranhão e testemunha do seu relativo desapontamento flagrado em contacto telefônico.

Comuniquei-me, de imediato, com Sales, em João Pessoa, e esse, com Formiga, em Brasília, e a demanda foi resolvida. Manifestava Rangel interesse em reencontrar-me, trazendo do Rio de Janeiro o meu endereço de residência e também o telefone do trabalho, e antecipando, em contrapartida, o telefone do seu sobrinho, em cujo domicílio ficaria no Recife, ao regressar de João Pessoa. Fiz-lhe chegar ao conhecimento que estaria na capital paraibana, por intermédio da zelosa fonte que, desde o Maranhão, garantira a sua presença ali...

Viajei na madrugada do dia 08 de agosto. Ao desembarcar, em companhia de Armando Mendes e de Milton Santos, logo identifiquei no aeroporto Sales e Formiga, à procura de Aspásia Camargo. Constatada a ausência da entrevistadora de José Américo, que chegaria em vôo matinal, partimos em vagaroso e confortável ônibus, para o Tambaú Tropical Hotel. Ao chegarmos em Tambaú, Sales e Formiga, bêbados de cansaço, avisaram que, às 8:00 hs da manhã, no Espaço Cultural José Lins do Rego, começaria a solenidade oficial.

Ficou combinado que a saída do ônibus seria, sem mínimo retardo possível, às 7:30 hs. Como ninguém queria perder a abertura do seminário, a solução foi dormirmos. Antecipando-se ao horário combinado, Sales, da portaria, contatou painelistas, homenageado e convidados, pedindo a todos brevidade no café, pois o Governador Ronaldo da Cunha Lima seria de uma pontualidade britânica, quanto ao cumprimento do cronograma. O motivo da rigidez era Ulysses Guimarães, a quem o poeta Cunha Lima acompanharia a Campina Grande, onde uma agenda numerosa deveria ser satisfeita.

Encontrei na portaria Sales Gaudêncio, Milton Santos e Fernando Cardoso Pedrão. Estávamos nos primeiros momentos da conversa quando, elegante, cadenciado e de pasta executiva à mão, sorrindo, apareceu no corredor Ignácio Rangel. Foi fraterno e afetuoso o nosso reencontro. Mal terminamos o abraço, Pedrão e Santos, em uníssono, festejaram-no:

-“Chegou o Mestre dos Mestres!”

Fomos descendo a rampa do Tambaú Tropical Hotel em direção ao ônibus. À luz do dia, o grupo foi ganhando corpo: Celso Furtado, Rosa Freire D’Aguiar, Hélio Jaguaribe, Paulo Bonavides e Armando Mendes. Ao conjunto viriam a juntar-se ainda, entre outros, Armando Souto Maior, Clóvis Cavalcanti, Luciano Coutinho, Aspásia Camargo e Maria da Conceição Tavares. O também paraibano Paulo Bonavides, próximo

à sua esposa, exultou com a chegada do homenageado – um lorde inglês vagando nos trópicos - buscando confraternizar:

- "Celso, parabéns!"

A resposta foi glacial. Virando-se levemente, o paraibano Celso Furtado, cujos setent'anos recebiam tardia, mas bela homenagem de sua terra natal, perguntou:

-"Pedrão, onde você está?".

E Pedrão, retraído:

- "Eu estou na Universidade da minha terra, a Bahia, como coordenador do Mestrado em Economia".

- "Bom"...

Quase metediço, Milton Santos, figura sempre simpática, convocou o economista baiano para uma resposta mais enfática:

- "Diga assim, conterrâneo, com ar no peito e muito orgulho: eu estou na Universidade!".

Santos sentenciou:

E Pedrão, nada expansivo:

-"E dá para ter orgulho...?"

-"Um dia melhora, rapaz!"

Sorrindo em face da tragédia, para esconder, decerto, a tristeza, entramos no ônibus e partimos. Sentado em poltrona contígua à minha, como ficaríamos, aliás, todo o seminário, o velho Rangel foi conversando. Avisou–me que tivera problema de saúde, que não os cardíacos, estando em processo de recuperação de um acidente cerebral sofrido em São Paulo. Explicou-me ainda que, evitando viajar só, por causa dos problemas de saúde, trouxera consigo Dona Aliette Martins Rangel, sua esposa, a qual tinha todo um programa de família a cumprir, substituindo-o nas visitas aos parentes Souzas, Guedelhas, Mourões e Rangéis da Paraíba.

Desembarcamos. A caminho do teatro do seminário, que estava repleto, Pedrão juntou-se a nós e, galhofeiro, passou a mão sobre o ombro do pensador maranhense, comentando para mim:

- "Este homem é perigoso e engana a muita gente com essa voz mansa. Já agitou muito: como agitou! Quando passava na Bahia era para não deixar nada, não deixar ninguém em pé: criticava todo mundo!"

E o Mestre dos Mestres :

- “E tu continuas o mesmo de sempre, combinando capoeira, retórica baiana e dialética de Hegel.”

Gargalhamos...

A solenidade começou pontualmente. O homenageado foi introduzido no recinto sob aplausos e a cerimônia transcorreu com grande relevo. O Governador Ronaldo Cunha Lima e o Secretário de Governo Gleryston Holanda de Lucena, casado, este, com uma sobrinha de José Américo de Almeida, retiraram-se, cumprimentando-me da passagem. Marcos Formiga discursou na abertura, assim como Sales Gaudêncio, emocionado, o faria no encerramento do colóquio antológico, vivido em estilo elogiável, sem ser suntuoso, como sequer São Paulo realiza no momento de crise nacional.

Quinta-feira, 8; sexta-feira, 9: dois dias de um agosto inscrito em definitivo na cultura paraibana. Estudantes, professores, intelectuais, painelistas e homenageado desfilaram as suas dúvidas, inquietações, problemas e dificuldades, valendo-se o evento da riqueza dos testemunhos de Celso Furtado. Surgiu a idéia da criação, à maneira isebiana, do Instituto Superior de Estudos Paraibanos – ISEP – a ser dirigido, segundo convite do Governador Cunha Lima, pelo notável economista paraibano. Admitida a aceitação, o Governador formulou qualquer coisa como:

- “Eu era sabedor de que esta excelsa figura não se furtaria, sem nenhuma intenção de trocadilho.”

A participação de Ignácio Rangel, elevada e corajosa, foi constituída por um confronto do seu, com o pensamento de Celso Furtado, na década de 50. A audição da platéia ficou um pouco prejudicada, em razão do microfone utilizado para a leitura do texto ser de lapela. Contudo, a dicção ignaciana, não chegando a ter a ressonância cavernosa da voz de Miguel Arraes, não foi elemento impeditivo dos aplausos que recebeu.

Tomado por um constante espírito crítico, a postura do velho Rangel foi de insatisfação com a precária síntese conseguida, ponderando:

- “Rossini, eu estou preocupado. Como as pessoas estão pensando mal o Brasil! E gente de responsabilidade! Vou solicitar quinze minutos a Arraes, para desfazer estes equívocos e virar a mesa”.

E foi. O mito negou três vezes ao Mestre o tempo requisitado. Formiga explicou ao velho populista que, a qualquer instante, o Governador Cunha Lima chegaria, trazendo consigo o Deputado Ulysses Guimarães, para a solenidade de encerramento do seminário, determinando a recusa da concessão da palavra a Ignácio Rangel. Lamentando a frustração do seu propósito, sentando-se de novo junto a mim, o sábio maranhense deixou escapar a frase.

- "Afinal, quem é que é, Rossini, este Ulysses Guimarães de quem eles tanto falam!?"

Findo o painel, coordenado mais por Formiga do que pelo mito, Arraes dirigiu-se a Rangel, a quem auxiliei a levantar-se, e o festejou, entre sorrisos, abraçando-o:

- "Salve, grande Mestre!"

Concluído o simpósio, houve a ruidosa entrega de certificados, com estudantes querendo que o economista maranhense autografasse os pequenos atestados de participação ali recebidos. O pedido foi aceito, sob a estudantil condição de que os requisitantes também assinassem o certificado do mestre brasileiro. Partimos para o Tambaú Tropical Hotel, onde recusei, cansado do seleto encontro no Palácio do Governo na noite passada, convite para jantar. Fiquei plantado à beira da churrascaria, degustando uma boa conversa com Manoel Marcos Maciel Formiga e com Guido Gaioso Castelo Branco.

Armando Souto Maior, com o estilo inteligente e cortante de sempre, apareceu em companhia da esposa e amigas, em busca de um lugar para jantar. Não obtendo sucesso, deixou conosco uma pérola:

- "Esta Maria da Conceição Tavares é doutora na arte de repetir as coisas mais batidas, como se fossem novidades."

Fiquei, de minha parte, recordando o sorriso de plena satisfação de Hélio Jaguaribe, quando, no jantar palaciano oferecido pelo casal Cunha Lima, Sales Gaudêncio mo apresentou como um seu constante leitor. Falei-lhe, em abono do testemunho salesiano, do seu conceito de colonial-fascismo e da utilização que dele fizera, ao longo da gesta da resistência democrática à ditadura militar. O velho Jaguararibe confidenciou ao pequeno grupo que o cercava, que a sua morte civil chegou a ser decretada pelos coloniais-fascistas, em demonstração perversa de que o seu conceito era uma realidade.

No sábado pela manhã, findo o café, comecei a providenciar o regresso. A minha expectativa era, como sói acontecer, que fosse possível chegar ao Recife vindo, ou com

o carro da Casa Civil ou com o carro da Fundação Casa de José Américo. O excesso de demanda prejudicou a pretensão esboçada, levando a que eu aguardasse em vão, automóvel oficial pernambucano nunca chegado, cuja tarefa consistia em transportar o velho Rangel e a sua esposa à cidade maurícia.

A solução encontrada foi a de fretarmos um táxi, e descermos juntos para o Recife. Tratou-se de uma viagem maravilhosa. O motorista, atencioso, parou, permitindo ao interessante casal descansar um pouco, matar a sede e tomar café. Rangel e eu fomos os mais silenciosos, pois as mulheres falaram a contentos, Dona Aliette, particularmente, a qual estava com o brilho da verve feliz e diligente.

Apontei, entre léguas de cana de açúcar, o burgo de Goiana aos Rangéis, dizendo-lhes que era o berço da gente de Manuel Corrêa de Andrade. E, mais à frente, indiquei a entrada de Itamaracá e discorri sobre o significado de Igarassu. Ignácio, que me declamara em João Pessoa vigoroso fragmento de um dos poemas de amor, de sua lavra, ditado pelas musas da juventude, entusiasmando-se, resgatou versos de Gregório de Mattos, de ácida critica aos poderes de uma certa Igaraçu:

"Se trata a Deus por tu,
e chamam a El-Rei por vós
como chamaremos nós
ao Juiz de Igaraçú?
Tu, e vós, e vós, e tu".

E logo em seguida, para não perder o fio da meada, prestigiando a lira gregoriana e recordando que o poeta nascera em Salvador, mas terminara a vida no Recife, Ignácio Rangel, revelando a sua intima conexão com a poesia, declamou com voz de cristal resoluto, vencendo o cansaço do tempo, ao resgatar o sentido critico do canto contraposto à corrupção reinante no aparelho judicial do Estado:

"Senhor Doutor: muito bem-vinda seja
A essa mofina, e mísera cidade
Sua justiça agora, e eqüidade,
E Letras, com que a todos causam inveja.

Seja muito bem-vindo: porque veja
O maior desbarate, e iniqüidade,
Que se tem feito em uma, e outra idade
Desde que há tribunais, e quem os reja.

Que há de suceder nestas Montanhas
Com um Ministro em Leis tão pouco visto,

Como previsto em trampas, e maranhas?

É Ministro do império, mero, e misto,
Tão Pilatos no corpo, e nas entranhas,
Que solta um Barrabás, e prende um Cristo".

Desfilaram na conversa figuras como Domar Campos, Guerreiro Ramos, Ewaldo Corrêa Lima e Jesus Soares Pereira, sem o esquecimento de Rômulo Almeida. Perguntei a Dona Aliette, e o fiz sem reticências, qual fora o relacionamento do casal com os maranhenses da década de 30, cujo cenário de carreira predileto foi o Rio de Janeiro.

A resposta foi objetiva. Nunca tiveram relacionamento com o poeta, novelista e jornalista Odylo Costa, filho; consideravam-se amigos fraternos do ensaísta Antônio de Oliveira; mantinham relacionamento cordial com o critico Oswaldino Marques; tinham afinidades eletivas profundas com o ensaísta Franklin de Oliveira; apostavam na quente simpatia humana do poeta Manoel Caetano Bandeira de Melo; sempre condenaram as as mágicas estatísticas de Jessé Montello, flagradas por Ignácio Rangel desde o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico - BNDE, onde o habilidoso matemático não ficou; que, finalmente, ela, em particular, nunca gostara da figura do fecundo escritor Josué Montello.

Por quê? Dona Aliette, que mencionou a recente polêmica travada entre Oswaldino Marques e Josué Montello, nos jornais de Brasília, preferiu colocar à mesa episódio imediato, no qual a sua filha, encontrando o romancista maranhense em uma festa, foi apresentada a Josué Montello, que, sabendo-a filha de Ignácio Rangel, no ato, disparou:

- "Minha filha, se o seu Pai não tivesse se metido com esse negócio das esquerdas, ele poderia ter sido muita coisa neste Pais."

Confessou-me Dona Aliette:

- "Não gostei."

Dona Aliette, segura de si, garantiu-me que, da competência e da probidade do seu marido, de boa-fé, ninguém duvidava no Brasil. Sequer os adversários ideológicos. Sentenciou ainda que sua obra, de fôlego e duradoura, não precisa do amparo artificial e sempre transitório dos espaços de poder, para sobreviver. Tomando a palavra, Ignácio Rangel relatou-me que remeteu carta ao Presidente José Sarney, explicando umas coisas e sugerindo outras tantas, para a economia do seu quatriênio administrativo, sem que recebesse resposta. Perguntou –me se eu sabia a razão da tamanha desatenção. Disse-lhe

que não. Ele prometeu publicar o documento. Palavras ao vento, eu redefini o curso da conversa.

Chegamos ao Recife. À noite, fui buscá-los no Engenho do Meio, onde o casal estava hospedado com um sobrinho, para que, juntos, tomássemos café em minha residência na Praia do Setúbal. Roberto Viana esteve presente. Esse amigo fraterno felicitou Ignácio Rangel, afirmando que o estudara em Oxford, sob elogio dos seus mestres, louvando-o pela densa originalidade do seu pensamento. Daí a pouco, o Secretário de Governo de Joaquim Francisco de Freitas Cavalcanti confessou, sem rebuços, que, estivera ausente, poupando o seminário de um possível espetáculo nada construtivo, com um confronto estéril com Maria da Conceição Tavares, a qual, em Londres, lançara um sapato no rosto de um estudante, seu amigo, que dela ousara discordar.

Os Rangéis testemunharam a favor da boa figura humana existente na economista portuguesa. Em seguida, o prato servido foi Celso Furtado, a quem Roberto Viana considerou melhor escritor do que economista. O velho Rangel, cauteloso, mas sincero, admitiu que muito do atribuído por ele à rubrica celsiana, em termos de construção original, procede do pensamento de Raúl Prebisch, economista da Argentina, muito prestigiado no ciclo cepalino. O mérito cerebral do ensaísta paraibano foi, de toda maneira, resguardado.

Comentei com o pensador maranhense que Hélio Jaguaribe, em **Alternativas do Brasil,** utilizou o seu esquema sobre as quatro dualidades, sonegando, entretanto, a referência original. O economista foi lacônico:

- "Isto costuma acontecer..."

Terminado o café com muita prosa, quase madrugada, fui deixá-los, conversando da Praia do Setúbal ao Engenho do Meio. Antes de partirem com destino a São Luis, os Rangéis, movidos a cortesia, ligaram para agradecer, sem necessidade. Mantivemos posteriores contatos telefônicos, com os dois já no Maranhão, no qual lhes passei endereços e tudo mais, de José Márcio Rego, editor da Bienal.

Soube que o casal ilustre esteve com Anna Raphaela, minha filha, que entregou rosas em nome do Instituto de Pesquisas Econômicas e Sociais, para a Dona Aliette. E mais: que Phaela a nada faltou, do programa lítero-recreativo cumprido pelo homenageado Ignácio Rangel. De onde Anna Raphaela ter protestado contra a decisão do

pensador maranhense, comunicada à Academia Maranhense de Letras, de escrever a sua autobiografia (o testamento pelo qual muito pelejei):

- "Não e uma boa idéia, vovô Rangel. Se tu fores escrever um livro contando a tua vida, desde ratinho até agora, vai ficar deste tamanhão. E um livrão grande assim ninguém vai ler".

Disse-me Ignácio Rangel: estive com Anna Raphaela, tua filha, aqui em São Luis. Ela está maravilhosa e é a inteligência em pessoa. Aliette e eu ficamos impressionados com a extraordinária capacidade dela, que conversa como gente grande. Parabéns!

Fiquei prosa. Muito prosa. Prosa e verso, lembrando da menina que, com menos de um ano e meio, cantava toda a música "Carinhoso", de Pixinguinha (Alfredo da Rocha Viana) e de João de Barro (Carlos Alberto Ferreira Braga):

"Meu coração, não sei por que
Bate feliz quando te vê
E os meus olhos ficam sorrindo
E pelas ruas vão te seguindo
Mas mesmo assim
Foges de mim

Ah se tu soubesses como sou tão carinhosa
E o muito, muito que te quero
E como é sincero o meu amor
Eu sei que tu não fugirias mais de mim

Vem, vem, vem, vem
Vem sentir o calor dos lábios meus a procura dos teus
Vem matar essa paixão que me devora o coração
E só assim então serei feliz
Bem feliz

Ah se tu soubesses como sou tão carinhosa
E o muito, muito que te quero
E como é sincero o meu amor
Eu sei que tu não fugirias mais de mim

Vem, vem, vem, vem
Vem sentir o calor dos lábios meus a procura dos teus
Vem matar essa paixão que me devora o coração
E só assim então serei feliz
Bem feliz"

Articulado com o economista e professor Carlos Osório, trouxe Ignácio Rangel ao Recife, convidado pela Secretaria de Planejamento do Estado de Pernambuco, para proferir a palestra "Privatização no Brasil: Avaliação e Perspectivas." Consciente do conteúdo polêmico da onda liberal em ascensão no mundo, Mestre Rangel, defensor de distinta privatização para a realidade brasileira, observou-me:

-"Arranjaste-me um tema difícil. Não podia ser mais complicado!"

Fui buscá-lo no Aeroporto das Guararapes, onde estavam familiares, com destaque para dois sobrinhos engenheiros, filhos de Sólon Sylvio e de Evandro Lucas de Mourão Rangel, respectivamente. E também Carlos Osório. O velho Mestre dispensou o hotel, e, seguindo recomendações de Dona Aliette, que, por exceção, o deixou viajar sozinho, ficou hospedado comigo;

Conversamos à vontade. Percorrendo as livrarias, trocamos idéias, conferimos quem tinha o quê, em matéria de bibliofilia, e, não satisfeitos, fomos à Livraria Brandão, conhecida como o sebo mais careiro do mundo, onde adquirimos alguns volumes, inclusive o seu **A Questão Agrária**, publicado aqui no Recife, nos antigos tempos do Instituto de Planejamento de Pernambuco-CONDEPE, com o qual lhe presenteei.

A conferência, realizada na sede da Secretaria de Planejamento, situada no Bairro do Recife, foi um sucesso. Concorrido e qualificado público o aguardava no recinto, enquanto Mestre Rangel respondia a perguntas para programa de rádio e a entrevista para a televisão, posando para fotógrafos dos jornais recifenses.

A explanação da temática foi meridiana, facilitada pelo concurso de duplos microfones, os quais tornaram audível aquela voz desgastada pela vida irrequieta e pelos problemas de saúde dela decorrentes. Antecipando-a, houve emocionada saudação de Carlos Osório, substitutiva da placa e do diploma que o atual Instituto de Planejamento de Pernambuco-CONDEPE, não pode conceder–lhe, por não ser da tradição do organismo homenagem desta natureza.

Saber, lição de vida e humildade não faltaram à aula magna do conferencista, aplaudida ao final, sobretudo quando revelou que, findo o Governo Juscelino Kubitschek, o construtor de Brasília o convidou para um almoço reservado, indagando-lhe, em seguida, frente à crise econômica enfrentada por Jânio Quadros:

-"Doutor Ignácio Rangel, onde foi que nós erramos? Diga –me!"

E puseram-se os dois a discutir e rediscutir a economia brasileira.

Crítico da privatização patrocinada pelo Governo Fernando Collor, todavia, defensor do recurso em si mesmo, com diversa óptica, Mestre Rangel não aprofundou a sua discordância, como gostaria, muito embora eu o deixasse à vontade, por minha causa. Sabendo-me Assessor Especial do Governador Joaquim Francisco de Freitas Cavalcante, e havendo tomado conhecimento de processo pernambucano de privatização, similar ao do Governo Federal, mas temendo, de maneira generosa, por minha posição, ficou com algumas reservas mentais, só depois, em círculo restrito, confessadas.

Retruquei-o, ponderando ser do conhecimento do Senhor Governador a minha fidelidade às causas do humanismo, da democracia e do progresso social, não devendo ambos, ele e eu, explicações menores ao entorno conservador do bloco de poder pernambucano.

À noite fomos em companhia de um grupo seleto para um restaurante de massas. Na tratoria, chopes e uísques antecederam os pratos principais. Mestre Rangel, livre da cuidadosa vigilância de Dona Aliette, navegou em céu de brigadeiro, comendo de tudo um pouco. Na saída, os seus sobrinhos recomendaram-no a mim:

-"Todo cuidado é pouco, Rossini. Ele é o patrimônio da nossa família."

E assim foi feito. Nada obstante, na manhã seguinte, bastante cedo, o grande economista estava lívido, e, com a palidez da angústia, prontamente sugeriu:

-"Vamos telefonar para Carlos Osório. Considero melhor cancelar o compromisso de logo mais na Universidade Federal de Pernambuco-UFPE, pois o meu estado de saúde não me permitiu dormir e não me deixará trocar idéias".

Convidei-o para uma caminhada quase à beira do mar de Nossa Senhora da Piedade. Quando do retorno, a aerofogia estava vencida. Ao término do café, havendo chegado a boa figura humana que é Carlos Osório, dialogamos um pouco, quase um vintém de prosa, e rumamos para o Departamento de Economia da Universidade Federal de Pernambuco-UFPE, onde a elite do professorado aguardava o economista maranhense..

Foi uma manhã iluminada. Ignácio Rangel revelou a razão por que ficou conhecido como o Mestre dos Mestres. Do quadro teórico à formação social, e, nesta, da estrutura à conjuntura, o pensador maranhense, com o fio de espada da dialética, esclareceu fundamentos e circunstâncias, limites e possibilidades, desvãos e perspectivas. E sustentou o debate: respondeu a inquéritos e alimentou polêmicas. De tudo, ficou a sensação de que ali houve uma festa do espírito.

Quando quase todos já tinham partido, escutei-o mergulhado nas águas profundas do passado, a revelar a conexão íntima do homem com o mistério. Estava Ignácio Rangel em Barra do Corda, em 1º de janeiro de 1930, com o Pai e seu irmão caçula, nascido em 14 de abril de 1928. Era Dirceu Carmelo de Mourão Rangel, portanto, infante ainda, voltando do banho de rio e chegando em casa para o descanso comum. Fechada a porta da frente, não perceberam os dois que o menino escapuliu pela saída dos fundos, ao encontro repentino do rio e da morte. O retorno do restante da família foi para o sepultamento de Dirceu Carmelo, a criança desventurada. E ficaram ambos, o Pai e ele, carregando na alma o mortal sentimento de culpa. O Pai, retirando dele o peso do cadáver, chamando para si a responsabilidade pela tragédia; e ele, desculpando o Pai e sentindo-se, ainda ali, o responsável pela frustração de todo um projeto existencial. Vi-o lívido e compreendi o sentido trágico da vida, pois um morto, já volátil, nunca pára de pesar e constitui uma dor eterna.

Desde Barra do Corda que o Juiz de Direito Mourão Rangel lutara, segundo o seu filho, a favor da Revolução de 30, pregando-a em campanha jornalística e defendendo-a de armas em punho, como comandante de um destacamento cívico favorável à sua vigorosa sustentação. A chegada do 03 de Outubro, porém, significou a surpreendente colocação, naquele vendaval de estremecimentos, do magistrado revolucionário em disponibilidade. Estudante de Medicina no Rio de Janeiro, Ignácio Rangel retornou a São Luis, retirando da família o gravame de ter de sustentá-lo na antiga Capital Federal. Em viagem de navio para o Maranhão, recebeu proposta de uma rica senhora, sua conterrânea, muito direta e objetiva:

-“Case-se com a minha filha e diga-me onde quer concluir os estudos de Medicina, se em Paris , em Londres ou em Nova York.”

Resistindo ao Pai, que desejava vê-lo matriculado na Faculdade de Direito do Maranhão, o jovem Rangel foi estudar Agronomia, em tentativa de curso improvisada no Maranhão.Nada obstante, o jurista Mourão Rangel o admoestou:

-“Tu criticas os professores da Faculdade de Direito, com o seu saber velho e desatualizado. Não poderás negar, porém, que estes mestres conhecem em profundidade a fundo a sua ciência. Quanto aos professores da Faculdade de Agronomia, logo vais descobrir que conheces mais Agronomia do que eles têm para te ensinar.”

Realizado o vaticínio paterno, o jovem Rangel foi para a Faculdade de Direito, começada no Maranhão - para alegria de Dr. Mourão Rangel, bem como de sua esposa

Maria do Carmo - concluída no Rio de Janeiro, entre faltas e segundas chamadas, sob a determinação de sua esposa, Dona Aliette Martins Rangel, que é mais do que a sombra protetora, por ser presença explícita em sua laboriosa vida de economista original, com desenvolvidos senso de lógica jurídica e gosto pela Filosofia do Direito.

Na antiga Capital Federal, de que o velho Rangel tornar-se-ia ainda Cidadão Honorário – o bacharel noviço, que aos quinze anos passava a limpo, em máquina de escrever, as sentenças do Pai magistrado, aprendendo pavloveanamente a fumar datilografando, a datilografar fumando, não experimentou nenhuma dedicação exclusiva às atividades jurídicas. Não se fizera o médico do seu desejo primeiro e não fora o engenheiro do sonho materno básico. O interesse agronômico, fruto de acidente de percurso, passara, como passariam, de resto, o cigarro e a máquina de escrever. Por recomendação médica, escrita, só à mão.

A tradução e a política estavam no caminho profissional do jovem Rangel, que preparava o seu terremoto clandestino, aplicando-se em Economia e buscando conhecer, histórica e sociologicamente, o Brasil. Militante do Partido Comunista do Brasil-PCB, à força pessoal, exigente e discrepante de pensar com as próprias idéias, por reclamar, primeiro, tê-las e segundo, manejá-las, Ignácio Rangel apresentou tese sobre a questão agrária, em congresso de sua agremiação política, despertando a atenção de Luiz Carlos Prestes, que solicitou ao polêmico camarada:

-"Professor Ignácio Rangel, não deixe este congresso sem conversar comigo, pois tenho particular interesse em debater as idéias ora apresentadas".

Aceita a sedutora provocação, esbarrando no círculo de ferro de Diógenes de Arruda Câmara e sequazes, os quais cercavam o Cavaleiro da Esperança, isolando-o de todos, o pensador maranhense procurou seguidamente, sempre em vão, Luiz Carlos Prestes. Até que escutou a negativa raivosa e autoritária do pernambucano Arruda Câmara:

-"Camarada Rangel, para as nossas necessidades teóricas, o Comandante Prestes nos basta!"

Ignácio Rangel, defendendo o direito de pensar, rompeu com o Partido Comunista do Brasil-PCB. E partiu, sem que tivesse acesso a Luiz Carlos Prestes, o qual tinha manifestado indisfarçável interesse em conhecer os fundamentos da tese critica sobre a questão agrária brasileira, construída sob a perspectiva singular do jovem militante, que argüira os dois grandes equívocos de 1935. Eram: um, internacional, da

União das Repúblicas Socialistas Soviéticas-URSS, de que se estava em perante a crise geral do capitalismo, a qual o sepultaria, eterna e definitivamente, para a história; e o outro, nacional, de que o processo de industrialização brasileira só seria possível, se e somente, se aqui houvesse, como produto acabado, uma reforma agrária que o sustentasse.

Na semana seguinte ao seu rompimento com o Partido Comunista do Brasil-PCB, em evidente sinal de que os seus caminhos políticos tinham vigilantes seguidores, recebeu Ignácio Rangel o convite para integrar a Assessoria Econômica do Presidente da República, Marechal Eurico Gaspar Dutra. Convite feito, convite aceito? Não. Convite recusado. Defendendo-se pela razão e pelo equilíbrio, o economista em ascensão não foi presa fácil do chamamento técnico do bloco de poder estabelecido, que poderia querê-lo como troféu da Guerra Fria, já desembarcada no Brasil, e sequer permitiu que o segmento político que o abrigara pudesse tê-lo como um agente trêfego, mudando de visão de mundo a troco de tudo e a troco de nada. Depois de muita ponderação, a Assessoria Econômica do Presidente da Republica foi aceita, já vigente a segunda Era Vargas, distanciada das práticas policialescas do Estado Novo, reinantes desde 10 de novembro de 1937. Frente a frente, argumentou o Presidente Vargas:

- “Dr. Rangel, eu conheço o seu curriculum. Eu preciso de homens que tenham coragem de dizer que eu estou errado”.

Este universo, chamado Ignácio de Mourão Rangel, é o homem em estado de ebulição. Avançar, avançar e avançar são os seus três propósitos na vida. Esteve aqui ainda agorinha, folheando com prazer o seu texto da década de 50, para o encontro de Garanhuns, e plantando confidências no chão de nosso convívio:

-“Quem, a meu ver, não avançou nada, foi Hélio Jaguaribe”.

Estava aqui e viajou para São Luis do Maranhão, onde o aguardava a solenidade de posse na Academia Maranhense de Letras, em sucessão ao historiador teatral e defensor do patrimônio histórico e artístico brasileiro, José Jansen. Despachei o seguinte telegrama para o acadêmico Ignácio Rangel:

-“Afazeres extraordinários relacionados viagem, Governador a Portugal, impedem-me comparecer grande festa inteligência maranhense. Em espírito, estou

presente na sua posse Casa Antônio Lobo, justíssimo reconhecimento a quem projetou o Maranhão no Brasil. Seu de sempre, JOSÉ ROSSINI CAMPOS DO COUTO CORRÊA".

Uma semana passada, estávamos juntos, Ignácio Rangel, Maureli Costa, Pedro Braga,Raimundo Palhano e eu, lançando no Maranhão, no auditório do Serviço da Imprensa e Obras Gráficas do Estado - SIOGE, o livro *Um Fio de Prosa Autobiográfica com Ignácio Rangel***,** ensejo em que aquela pesquisadora e socióloga autografou a pioneira e premiada monografia, intitulada *A Marcha dos Revoltosos (Passagem da Coluna Prestes pelo Maranhão),* bafejada pelas citações de Anita Leocádia Prestes, em ensaio também laureado, de revisão histórica do significado da Coluna Prestes para o Brasil.

Despedimo-nos. Por ora são cartas, telefonemas, projetos e saudades de Ignácio Rangel, que será para sempre uma presença pulsante e ardente ns lembrança dos que tiveram, como eu, o privilégio do seu confiante convívio, ora breve e fragmentariamente retratado, sob o clarão que irradia: relâmpago, vulcão, fogueira, aurora, luz do sol ao meio dia, ao som do mar e sob o céu profundo. Sempre fulgurante. Sempre esplendente. Ponto.

Brasília - Recife, 13 de junho de 1988, 29 de outubro de 1991 e 25 de novembro de 1992.

EXPECTATIVAS DO MERCADO, GARANTIAS SOCIAIS E SEGURANÇA JURÍDICA

Neide Teresinha Malard

Doutora em Direito Econômico, UFMG. Advogada, Professora do Centro Universitário IESB.

Resumo
Na economia juridicizada, o mercado é segmento da sociedade e se submete ao direito. A politização da economia confirma a inexistência de uma ciência econômica neutra, o que se constata na própria ordem econômica constitucional. A manutenção da paz social é tarefa complexa em uma sociedade desigual, porém a Constituição estabeleceu diretrizes econômicas e políticas que permitem a atuação do Estado e do mercado de forma integrada, para juntos atingirem a finalidade da ordem econômica, que é a justiça social, não se admitindo a predominância do capital sobre o trabalho. As políticas econômicas se destinam a equacionar problemas que a sociedade entende prioritários ao eleger seus governantes. Por isso, a globalização da economia não pode ser pretexto para retrocesso dos direitos sociais, ameaçando a coesão social. As reivindicações sociais devem ser analisadas pelo judiciário segundo princípios de justiça, e não com base em critérios de eficiência econômica. A segurança jurídica que o Estado deve proporcionar ao mercado se traduz em leis cujo descumprimento seja eficientemente sancionado pelo judiciário. A certeza do direito torna previsível a decisão, nisso residindo a segurança jurídica. Não pode o Estado submeter-se à ideologia dos mercados apenas para suprir-lhes as expectativas de maiores lucros.

Abstract
In an economy ruled by law, the market is a segment of society and has to abide by the rules. The politicization of the economy confirms that it is not a neutral science, as portrayed in the constitutional economic order. The maintenance of social peace is a complex task in an unequal society, but the Constitution established economic and political guidelines that allow the performance of the State and the market in an integrated manner, to jointly achieve the purpose of the economic order, which is social justice, not assuming the predominance of capital over labor. Economic policies are intended to equate problems that society understands as its priority when people elect their representatives. Therefore, the globalization of the economy cannot be an excuse to fall back social rights, threatening social cohesion. Social demands should be examined by the judiciary in accordance with principles of justice, and not based on economic efficiency criteria. Legal certainty means that the state should provide laws that can be effectively enforced the judiciary. Certainty of law makes predictable decisions, in that residing legal certainty. The State cannot submit to the ideology of markets to meet their mere expectations of higher profits.

Palavras-chave: Mercado. Ordem econômica. Justiça social.

1. O mercado: conceito econômico e conceito jurídico

Visto apenas sob o seu aspecto econômico, o mercado é o local de transações que compreende os fatores de produção relacionados ao produto final, caracterizado pela impessoalidade e pelo anonimato, onde cada indivíduo busca realizar seus próprios

interesses e maximizar suas vantagens, sem preocupações com o bem-estar de outrem. No entanto, aqueles que atuam no mercado reconhecem reciprocamente seus direitos e têm consciência de que, na grande maioria das vezes, realizam transações regidas por normas positivadas ou consuetudinárias, às quais estão submetidos.

O mercado é a expressão mais plena do individualismo econômico, pois aqueles que dele participam visam apenas à maximização de suas próprias vantagens, sem considerações outras que não sejam econômicas. Por isso que a atuação do Estado nas relações que ali se desenvolvem é vista pelo liberalismo econômico como um enfraquecimento das ações individuais, um intervencionismo impróprio e artificial do poder estatal. Nessa linha, o Estado só deve interferir nas relações entre os indivíduos para apaziguar conflitos, pois sua principal atribuição é preservar a autonomia da vontade individual e garantir a cada um segurança e liberdade de buscar a felicidade, conforme a idéia que cada qual faça dela.[169]

Ainda na concepção liberal, o mercado seria o único local possível para se tomar decisões econômicas, das quais resultaria, automaticamente, o bem-estar de todos. Ao Estado caberia apenas promover o ambiente favorável à livre concorrência, assegurar a transparência das decisões dos agentes de produção e garantir a todos a escolha livre e racional dos bens e serviços que queiram consumir, além de defender os indivíduos contra todo e qualquer abuso de poder.

Tal concepção, porém, perdeu força com a juridicização da economia, tendo sido retirados do mercado os atributos de neutralidade e impessoalidade, eis que transformado em categoria jurídica, submetida a princípios e regras, o que impede a preponderância do elemento econômico sobre o jurídico. Com efeito, cabe ao Direito captar a explicação científica dos fenômenos econômicos do mercado, a fim de regulá-los, para que possam ser objeto de relações jurídicas. E, sob essa perspectiva, a atividade econômica não é, no âmbito do ordenamento jurídico, um fenômeno meramente econômico, mas fato social regulado pelo Direito, segundo uma ordem econômica juridicizada, que estabelece fins, princípios e regras para o seu funcionamento.

2. O Direito e as expectativas do mercado

[169] MANENT, Pierre. História Intelectual do liberalismo: dez lições. Rio de Janeiro: Imago, 1990, p.102.

Argumenta-se que a humanização da economia e, portanto, a sua juridicização, conduz à perda das possibilidades dos indivíduos de empreenderem, razão por que a atuação do Estado no domínio econômico deveria conformar-se com os ensinamentos das ciências econômicas,[170] que é capaz de analisar a conduta econômica de forma isenta. Contudo, não seria correto pressupor que a economia seja "uma espécie de máquina calculadora, na qual os problemas ingressam em uma extremidade e as soluções saem na outra".[171] O grande problema dessa conformação decorre da falta de homogeneidade no meio social, vale dizer, não existe igualdade de condições, *ceteri paribus*, o que compromete a aplicação dos modelos econômicos ao ambiente social, o qual se caracteriza pela pluralidade de indivíduos cujas reações, hábitos e ideias são as mais diversas possíveis.

Com efeito, as leis da economia concebem o mercado como uma entidade abstrata, constituída de pessoas que, supostamente, teriam as mesmas reações diante de determinadas circunstâncias, ao pressuposto de que todas elas estariam racionalmente maximizando suas escolhas. Contudo, no fundo fático não é bem assim que se apresentam as diversas situações em que se envolvem os indivíduos, devendo-se considerar, sobretudo, que só pode maximizar alguma coisa aquele que a tem sob seu domínio. A mera observação das transações que ocorrem no mercado permite concluir que não se trata de espaço onde se colocam demandas sociais, pois cada um que dele participa busca maximizar suas próprias vantagens, e não o bem estar social. Esse talvez seja o principal motivo pelo qual a análise econômica do comportamento social dos indivíduos que se defrontam com escolhas infinitas e recursos escassos não tem qualquer serventia para o direito, se não for capaz de apontar uma solução que conduza a uma distribuição equitativa desses recursos, de sorte a promover a justiça social. Se a economia, como uma ciência social, não se tornar uma ciência "humanizada", não será de utilidade para a sociedade e, consequentemente, para o Direito.

A economia, ao estudar as decisões dos indivíduos em face de recursos finitos não contempla um ambiente de objetividade, despido de considerações acerca de valores éticos. Uma teoria econômica, elaborada a partir de um conjunto de juízos de fato,

---

[170] Louis Baudin, op.cit., p. 200.

[171] Donald Watson, *apud* ROSSETTI, José Paschoal. Política e programação econômicas. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1987, p. 23.

formados em uma realidade determinada, com função meramente informativa, não se presta para avaliações generalizadas do ambiente social.[172] Os postulados econômicos de pretensa aplicação universal constituem mera doutrina econômica, impregnada de elementos morais, filosóficos, políticos e psicológicos. Não é por outra razão que os marxistas veem na concorrência certa autofagia, enquanto os apoiadores de Keynes apresentam várias justificativas para as intervenções do Estado no domínio econômico e os liberais defendem a eficiência dos mercados com louvores ao *laissez-faire*.

A politização do elemento econômico no âmbito social e sua consequente juridicização confirmam a inexistência de uma ciência econômica neutra, o que se constata na própria ordem econômica constitucional. Com efeito, a Constituição vigente não se manteve imparcial diante do leque de alternativas que se lhe abriram durante seu processo de elaboração, época em que se discutia no mundo inteiro a globalização econômica, a formação da Organização Mundial do Comércio e a adoção de um novo padrão de gestão da economia, baseado em princípios neoliberais que sublimam o mercado e as organizações privadas, posicionando-se nessas discussões ao incorporar em seu texto elementos do neoliberalismo e do intervencionismo.

Ao se politizar o econômico, o grande desafio que se apresenta para o Estado e para o mercado é a manutenção da paz social, tarefa que se torna bastante complexa em um quadro de desagregação social caracterizado pela desigualdade extrema. Diz-se "extrema" porque a desigualdade, em algum grau, é inerente à própria natureza humana, sendo impossível eliminá-la por completo. Não é por outra razão que a Constituição utiliza o termo "redução", e não "eliminação" das desigualdades, diferentemente do que ocorre quando trata da pobreza, ao determinar a sua erradicação.

A literatura, em geral, quando trata da desigualdade extrema, está a se referenciar a uma desigualdade estrutural, produto da falta de oportunidades que deveriam ser asseguradas aos indivíduos pelo Estado, a fim de, ao longo do tempo, torná-los capazes de superarem suas dificuldades. Trata-se de uma desigualdade quantitativa – muitas pessoas excluídas – e de uma desigualdade qualitativa – acentuado grau de pobreza, que impede o acesso dos indivíduos a bens que satisfaçam as suas mais básicas necessidades.

Sabe-se que não é tarefa trivial promover a redução das desigualdades em sociedade alguma. Contudo, quis a Constituição que a República se desincumbisse desse

[172] BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 223.

dramático encargo político, para tanto construindo espaços de participação democrática e estabelecendo diretrizes econômicas e políticas que permitam ao Estado e ao mercado atuar de forma integrada, a fim de, juntos, enfrentarem esse desafio. A tarefa do Estado nesse tocante, porém, mais do que um mero desafio econômico, é missão que lhe atribuiu a Constituição, por ser a única instituição capaz de agregar as pessoas e lhes assegurar a cidadania, proteger a sua propriedade e prover a segurança social. Há uma ligação natural do indivíduo ao Estado, na medida em que aquele participa ativamente da formação dos governos e contribui com os impostos necessários ao sustento do aparelho estatal e à manutenção da coesão social.

Apesar de a ideologia liberal dotar o mercado de atribuições muito importantes, como a alocação dos recursos, o nível de confiança nele depositado não é muito alto. Em geral, investidores e consumidores percebem o mercado mais como um espaço sujeito a instabilidades do que como uma ordem natural harmônica; um espaço de competição, e não de cooperação; um local em que cada um empurra o outro para apropriar-se de um produto ou serviço por considerá-lo um bom negócio.[173]

3. Estado e mercado: coexistência harmônica

Não existe um antagonismo entre o Estado e a economia de mercado, o que se percebe da harmonização que o direito tem promovido no âmbito das relações econômicas, em busca do bem estar geral. Com efeito, não se vislumbram ganhos para a sociedade democrática nem com o enfraquecimento do Estado nem com a debilidade do mercado. Em uma economia de mercado ou fora dela, o Estado subsistiria, não sendo verdadeira a recíproca, pois a configuração do mercado irá depender sempre do regime jurídico que lhe impuser o Estado. O fato é que historicamente o Estado tem-se apresentado como o grande coordenador do processo social, atribuição que o mercado não teria condições de desempenhar, até por não ser o espaço do qual possa participar a totalidade dos membros de uma sociedade extremamente desigual, como a brasileira.

A questão, então, que se coloca para o Direito é saber como o Estado e o mercado podem promover a transformação social para que se concretizem os objetivos constitucionais de se alcançar uma sociedade livre, justa e solidária. Seria possível ao

[173] TOURAINE, Alain. Um nuevo paradigma: para comprender el mundo de hoy. Buenos Aires: Paidós, 2006, p.111.

Estado, por meio do Direito, realizar as necessárias condições para se alcançar a justiça social, moldando o comportamento humano no exercício da atividade econômica? De um lado tem-se os modelos econômicos e os pressupostos específicos que predeterminam as consequências de determinado cálculo econômico; de outro, o Direito busca no fato social a razão de ser da regulação, e o regula de acordo com valores aceitos no meio social do qual emerge. A percepção que se tem da atuação do Direito e da Economia sobre a ordem social e sobre a forma como se relacionam entre si é fundamental para a compreensão e a definição das atribuições do Estado e do mercado no processo do desenvolvimento econômico-social.

A ideologia constitucional deve inspirar as atuações do Estado no domínio econômico, havendo limites constitucionais para a imposição de privações ao povo. Por essa razão, na escolha da política econômica a ser adotada, não deve o Estado privilegiar determinados setores econômicos, em detrimento de outros, nem promover o distanciamento entre as classes sociais, porquanto a Constituição sinaliza um sentido diverso, voltado para a erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais e regionais.

O Estado democrático de direito concebido pela Constituição alinha-se com os princípios da democracia real. Trata-se de um Estado onde se pratica uma democracia pluralista, baseada na cidadania e fundamentada na dignidade da pessoa humana, e que adere ao sistema capitalista, mas a um regime que não admite a predominância do capital sobre o trabalho, pois ambos são considerados valores sociais.

Os valores supremos do liberalismo econômico – o direito de propriedade e as liberdades contratual e de iniciativa - foram reconhecidos pela Constituição, que, no entanto, os relativiza à medida que aponta a dignidade da pessoa humana conforme os ditames da justiça social como finalidade da ordem econômica. Há de se convir que tal finalidade não se alcança pelo mero reconhecimento de uma igualdade formal entre os indivíduos, mas pela efetiva disponibilização por parte do Estado de oportunidades a todos os cidadãos, para que possam desenvolver suas aptidões e, com isso, prover o seu próprio sustento, independentemente de favores públicos. Trata-se, portanto, de assumir o Estado uma função muito mais complexa do que aquela desempenhada pelo mercado, pois é sua a incumbência de capacitar os indivíduos para que possam deste participar como ofertantes de mão-de-obra, capitalistas ou consumidores. Com efeito, o mercado só acolhe indivíduos capacitados e os trata de acordo com a suas capacidades individuais,

sendo, portanto, um espaço de incluídos, e não de inclusão, pois como assevera Habermas, os mercados são surdos a qualquer língua que não seja a dos preços.[174]

Na ordem econômica constitucional não se vislumbra qualquer antagonismo entre Estado e mercado; ao contrário, percebe-se ali uma inter-relação entre as duas instituições, cada qual cumprindo a sua função, ambos limitados por princípios e regras. Por outro lado, as noções de liberdade, justiça e solidariedade acham-se intrinsecamente relacionadas entre si, como elementos indissociáveis do projeto sócio-econômico referido no artigo 3º da Constituição, que há de ser implementado segundo as diretrizes traçadas na ordem econômica constitucional. Optou a Constituição por atenuar o individualismo da economia de mercado contrapondo-se-lhe a solidariedade social. Não se acolhe, pois, em nosso ordenamento jurídico a noção de bem-estar adotada pelo mercado, que traduz apenas o resultado da soma de todas as ações maximizadoras de todos os indivíduos. Tal noção não admite repartição, pois não é função do mercado repartir.

Um dificuldade encontrável na noção de bem estar propugnada pelo mercado está na qualificação das ações maximizadoras individuais. Isto porque toda ação humana no ambiente social apresenta um conteúdo ético e produz efeitos positivos ou negativos na sociedade. Não é trivial, contudo, apontar aquelas que seriam ações maximizadoras individuais a serem somadas para se obter o bem estar geral, porquanto umas produzem efeitos positivos e outras não. Há de se considerar, então, o conteúdo ético de cada ação individual para efeito daquela soma. Como exemplo, poder-se-ia examinar a situação de uma pessoa que maximiza suas oportunidades no jogo de azar, enquanto sua família sofre privações e se socorre de auxílios públicos para sobreviver. Percebe-se o conteúdo ético do exemplo de maximização individual que produz efeitos negativos sobre o bem estar geral, precisamente porque não incorpora os valores aceitos e cultivados na sociedade.

Um outro exemplo ilustraria o antagonismo existente entre a noção de uma ação maximizadora que não gera qualquer bem estar coletivo, ainda que somada a outras tantas. Reflita-se sobre a situação de uma pessoa que adquire um livro para desfrutar do prazer de sua leitura, em um espaço público qualquer, sem incomodar ninguém. Essa pessoa poderia até mesmo reproduzir o conhecimento adquirido com a leitura em benefício de outrem. Uma outra pessoa, também maximizando suas vantagens, adquire,

[174] HABERMAS, Jürgen. Après l´État-nation: une nouvelle constellation politique. Paris: Fayard, 2000, p. 98.

pelo mesmo preço do livro, uma garrafa de bebida e a ingere por inteiro, no exato espaço público, após o que, embriagado, dirige o seu veículo e provoca um acidente ferindo gravemente um pai de família, que, sem poder trabalhar, vive durante seis meses às expensas da previdência social.

Verifica-se, nas situações exemplificadas, que há no mercado formas diversas de maximização de escolhas, nem todas conduzindo ao bem estar; ao contrário, escolhas existem que perturbam a sociedade e comprometem a paz social. De fato, o somatório de maximizações não apenas engloba diversos tipos de satisfação pessoal que não geram bem-estar social, pelo menos na acepção contemplada no ordenamento jurídico, eis que não incorporam os valores éticos necessários à coesão social que o Estado de Direito busca maximizar. [175]

4. A política econômica em face da Constituição

Diante das considerações feitas até aqui, percebe-se a necessidade de que a ordem natural do mercado seja conformada à ordem social, além de submetida ao Direito, pois este incorpora os valores éticos da sociedade e impede que a maximização do bem estar de uns se transforme no mal estar de outros.

Nessa linha de raciocínio, as políticas econômicas dos governos não podem voltar-se para os interesses egoísticos do mercado, onde prevalecem interesses individuais e de onde se extrai toda a lógica individualista do lucro ilimitado. Há uma finalidade social estabelecida pela ordem econômica constitucional, que não admite sejam perseguidos apenas objetivos de natureza econômica, ditados pelo mercado.

A eficácia da Constituição, sobretudo no que diz respeito aos direitos sociais, não pode depender do sucesso ou do fracasso de políticas econômicas de interesse do mercado, nem pode ser banalizada a Carta a ponto de ter o seu conteúdo alterado por sugestão de instituições internacionais de financiamento como "condicionante" de empréstimos, como ocorreu no passado.[176] No que foi politicamente possível reformou-

[175] Uma abordagem ética da eficiência é encontrável em SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. Ética e Economia. Rio de Janeiro : Elsevier, 2007, p. 113 e segs.

[176] BRASIL. Emenda Constitucional 6, de 1995. Altera o inciso IX do art.170, o art.171 e o § 1º do art.176 da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16 ago. 1998. BRASIL. Emenda Constitucional 8, de 1995. Altera o inciso XI e alínea "a" do inciso XII do art. 21 da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16 ago. 1998. A necessidade de tais reformas decorreria da presença expressiva do

se a Constituição em nome da modernidade, sem se considerar que "[...] a freqüência das reformas constitucionais abala a confiança na sua inquebrantabilidade, debilitando a sua força normativa".[177]

Ressalte-se que as políticas econômicas, antes de serem econômicas, devem ser políticas, pois se destinam a equacionar problemas que a sociedade entende prioritários ao eleger seus governantes. Por essa razão, a política econômica não pode ser um fim em si mesma, mas um instrumento para a realização de um fim político, e não deve ser concebida, de forma separada, das demais políticas públicas do governo, pois com elas se inter-relacionam, influenciando-se reciprocamente. Por isso que não se compatibiliza com a ideologia constitucional a crítica que se faz ao voluntarismo da política econômica, ao se defender a supremacia do mercado.

Toda política econômica é ideológica, pois é política que busca a técnica mais adequada à realização de determinados fins. Não é por acaso que os economistas se dividem ideologicamente entre liberais e progressistas. Os primeiros defendem a preponderância de alguns "fundamentos da economia" sobre qualquer escolha política, sem os quais o crescimento econômico não será sustentável. Os objetivos prioritários são o equilíbrio do orçamento público, o controle da dívida pública, o equilíbrio do balanço

Estado na economia, característica de uma era já superada, e responsável pela crise financeira que afetava o País. Os investimentos privados supririam a falta de investimentos públicos nos setores de telecomunicações e energia, os mesmos que o Estado, nas décadas de 60 e 70, resgatara de empresas privadas estrangeiras cuja atuação ineficiente era incapaz de atender aos projetos de ampliação e melhoria de qualidade dos serviços. A privatização das telecomunicações e de outros serviços públicos vinha no bojo das recomendações do Consenso de Washington, que obtiveram elevada receptividade pelo governo brasileiro e pela mídia em geral. Poucos foram os que alertaram sobre a falácia das expectativas quanto à futura concorrência e aos baixos preços. No tocante aos investimentos, para modernizar o setor, entre 1995 e 1998, o governo federal investiu US$ 23,4 bilhões nas 28 empresas do Sistema Telebrás, tendo a privatização ocorrido em junho de 1998. (REVISTA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. Balanço das Telecomunicações 1995-1998: quatro anos de revolução setorial. São Paulo: Advanstar, n. 230, p.21-28, 1998,p.23.) No entanto, o preço mínimo fixado pelo governo foi de US$ 11,584 bilhões, tendo sido o Sistema afinal vendido com um ágio de 64%, por US$ 18,968 bilhões (ANATEL. A nova era das comunicações no Brasil. Edição Especial, 1998, p. 5). Duas questões chamam a atenção: o valor do ágio, que deixa transparecer certa imperícia dos avaliadores quanto ao preço de mercado; e o preço de venda, que, mesmo com o ágio, foi inferior aos investimentos realizados nos quatro anos que antecederam a privatização. Por mais que se esforce, é difícil compreender os cálculos oficiais que afirmavam ter sido bastante lucrativo o leilão.

[177] HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 199, p. 22.

de pagamentos, a redução do déficit em conta corrente e, sobretudo, a estabilização dos preços. Somente o conjunto dessas medidas permitiria um crescimento sustentável, apoiado no equilíbrio das contas públicas e na estabilidade do valor da moeda. Já os economistas progressistas argumentam que o crescimento econômico deve ser uma meta, pois dele advirão os efeitos benéficos do equilíbrio das contas e da estabilização dos preços. Ademais, o crescimento da renda nacional também aumentaria a receita fiscal do Estado, propiciando a redução dos gastos sociais, na medida em que seria diminuída a demanda por assistência social, serviços de saúde, seguro-desemprego e segurança pública. Uma tal política econômica, contudo, reclama uma taxa de juros menor, a fim de reduzir os gastos com o serviço da dívida pública.

As divergências entre liberais e progressistas vão mais além. Enquanto os liberais argumentam que o câmbio flutuante e a liberalização das contas de capital permitem a determinação das taxas de juros e do próprio câmbio, reciprocamente pela oferta e demanda de crédito em moeda nacional e pela oferta e demanda de moeda forte, os progressistas entendem que é função do Estado implementar políticas monetárias e cambiais que conduzam ao crescimento, sendo possível tornar os mercados de ativos financeiros, onde se formam o câmbio e as taxas de juros, menos especulativos e voláteis, amoldando-os aos interesses da sociedade, ao invés de deixá-los à mercê da especulação do mercado.

Enfim, defendem os progressistas o crescimento do consumo, da produção e do mercado formal de trabalho visando ao fortalecimento do equilíbrio das contas públicas e externas, ao argumento de que uma política rigorosa de estabilização não é seguida de crescimento sustentável, como proposto pelos liberais, pois a abertura indiscriminada às finanças e ao comércio internacional subordina a economia nacional aos humores dos capitais especulativos globalizados.[178]

Feita essa distinção entre as ideologias que influenciam as políticas econômicas, ao se examinarem os elementos ideológicos que compõem a ordem econômica, bem como aqueles outros que perpassam a Constituição, não se constata ali o livre jogo do mercado, que, ao contrário, como elemento essencial da ordem econômica, está submetido aos interesses da sociedade, e deve ser o instrumento de realização dos objetivos constitucionais.

[178] SINGER, Paul. O tempo importa. **Jornal Valor Econômico**, Brasília, 26 mai. 2003, Caderno A, p.13

5. A liberalização dos mercados

As ações desenvolvidas no mercado impactam a todos, atingindo os mais diversos povos, de culturas as mais diferentes, porquanto são os mesmos investidores, alguns poucos, que especulam aqui e acolá, movidos sempre pelo interesse egoístico de maximizar seus lucros. Justifica-se o trânsito livre dos especuladores pelo mercado global pela necessidade de um maior entrosamento entre as economias, para que se produza uma riqueza tal que a todos os países beneficiaria. Contudo, esse não tem sido o cenário no mercado global, desde a crise de 2008, que devastou economias de países ditos desenvolvidos, as quais vem caminhando tropegamente, provocando, inclusive, retrocesso em direitos sociais. De fato, a riqueza construída sobre a especulação é fugaz e não cria as necessárias condições econômicas para se construir uma sociedade estável e justa.

Os defensores da liberalização dos mercados financeiros, no entanto, mesmo diante das sucessivas crises por que vêm passando os países integrantes da economia global, mantêm-se firmes no entendimento de que não se deve controlar o fluxo de capitais, pois ataques especulativos ações de mercado, que podem ser coibidos por meio de uma política macroeconômica ortodoxa. Nesse sentido, John Williamson, o formulador do Consenso de Washington, ao ser indagado sobre a necessidade de uma "blindagem" para as economias emergentes, a fim de protegê-las contra a volatilidade, afirmou que "depois de globalizar a economia, é preciso aprender a viver com uma conta de capitais mais ou menos aberta", não se devendo proibir os movimentos de capitais de curto prazo, pois a solução para eventuais crises está em reduzir o endividamento do governo e tornar o país menos vulnerável às saídas bruscas desses capitais.[179] Percebe-se que a receita para a solução do problema é a mesma que o gerou, estando os países que a adotaram sujeitos a um círculo vicioso, pois o remédio passou a ser a causa da própria doença.

Outros economistas, porém, como Dani Rodrik, por exemplo, já não têm certeza quanto aos benefícios de uma abertura total dos mercados financeiros, pois, enquanto nos países emergentes várias crises resultaram da liberalização desses mercados, não há

[179] WILLIAMSON, John. Robin Hood liberal. **Jornal Valor Econômico.** Rio de Janeiro, 21, 23 mar. 2003. Caderno Valor & , p.6-7. Entrevista concedida a Catherine Vieira.

evidência de que o crescimento econômico ali obtido esteja a ela associado. Desta feita, conclui Rodrik que uma tal liberalização pode até trazer efeitos benéficos, mas não é necessariamente a maneira mais eficiente de se promover o desenvolvimento econômico.[180]

A globalização retoma a questão fundamental do desenvolvimento econômico sob o sistema capitalista, posicionando-se, de um lado, os que enfatizam a dinâmica dos mercados, defendendo a sua supremacia, e, de outro, aqueles que se sensibilizam com as conseqüências sociais adversas de um do mercado sem limites geográficos e jurídicos, sujeito aos movimentos de capitais improdutivos.

Contudo, à exceção de algumas organizações mais radicais que se posicionam contrariamente à internacionalização e globalização dos mercados, chegando mesmo a propor a sua reversibilidade, a maioria moderada de políticos e doutrinadores defende a expansão dos mercados além das fronteiras dos Estados nacionais e blocos regionais, sugerindo, no entanto, fórmulas economicamente mais justas para que tal processo se desenvolva sem prejudicar a autonomia e a dignidade dos Estados nacionais, para que estes possam dedicar-se à realização dos interesses de seus cidadãos e, sobretudo, à justiça social. De fato, o mercado global tem-se mostrado incapaz de reduzir a desigualdade real entre os países, pois as nações pobres continuam a ostentar elevados níveis de pobreza.

A globalização da economia tem proporcionado, sem dúvida, a expansão do poder econômico, para o que tem contribuído a concentração empresarial. Toda a dinâmica do poder econômico é função dos mercados, cuja necessidade de expansão é inerente ao próprio sistema capitalista voltado para a acumulação. Todavia, a dificuldade da acumulação, nesse contexto, não pode servir de pretexto para se retirar do trabalhador direitos sociais, alegando-se ser necessário à empresa global aumentar seus índices de competitividade. Sabe-se que a função do mercado é gerar oportunidades de lucro para os investidores, e não o bem estar geral ou a segurança do trabalho. Trata-se de tarefa exclusiva de cada Estado nacional, que depende do compromisso firmado com seus cidadãos e dos valores predominantes na sociedade. Por essa razão, não é possível conceber um modelo único de inserção dos países na economia global, baseado em

[180] RODRIK, Dani. **Can Integration into the World Economy Substitute for a Development Strategy**? Disponível em: <http:www.ksg.Harvard.edu/rodrik/ABCDE-Paris.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2003.

elevada competitividade, às expensas de retrocessos sociais. Tal modelo não teria acolhida em nosso ordenamento jurídico.

O formulador de políticas econômicas não pode ignorar a realidade social à qual serão aplicadas, pois é no meio social que se avalia o modelo concebido para mudar aquela realidade, devendo os resultados ser explicados a partir dados objetivos, e não justificados com meras hipóteses. Contudo, é comum nas avaliações dos maus resultados da economia global criticar aquilo não foi feito, ao invés de se examinarem os efeitos das políticas implementadas, que não apresentaram os resultados esperados. No campo dos direitos sociais, por exemplo, os modelos quase sempre sugerem a flexibilização de regras e benefícios, como fator determinante da competitividade. Não se apresenta, contudo, qualquer resultado concreto que tenha decorrido de uma tal política, nem mesmo a curto prazo. Ao contrário, propõem-se outras tantas restrições sempre em detrimento do fator trabalho, mas nunca do capital. Trata-se mais de uma avaliação ideológica das razões por que os resultados previstos não foram alcançados, do que de um controle científico dos resultados das políticas implementadas, que permitisse orientar a globalização para o fim tão almejado por aqueles que nela vêem a possibilidade de realização de um mundo melhor.

6. O sentido da coesão social

A coesão social de uma sociedade está associada à sua capacidade de, efetivamente, garantir direitos e oportunidades iguais aos seus membros. Pressupõe-se que uma sociedade coesa tenha como vetor político um regime democrático, que assegure a todos participação na vida pública, sendo ademais caracterizada por uma justa repartição dos recursos econômicos e pelo reconhecimento dos valores sócio-culturais de seus membros. Por outro lado, é de fundamental importância para se alcançar a coesão social que os membros da sociedade reconheçam como legítimas as suas instituições e nelas depositem a sua confiança, sobretudo no Poder Judiciário, o único reduto a que pode recorrer individualmente o cidadão que se sente lesado em seus direitos.

Para se alcançar a coesão social, o Estado deve buscar atender as necessidades genuínas de seu povo, ao invés de ser utilizado como instrumento de realização dos interesses das elites econômicas. O empoderamento político das elites econômicas é, sem dúvida, uma das causas da injustiça econômica e da desagregação social. A construção

de um Estado democrático que atenda aos direitos econômico-sociais dos indivíduos é condição indispensável à paz social e à segurança jurídica, capaz de permitir uma melhor convivência entre os membros da sociedade, mediada pelo Direito. O Estado democrático, que ao logo de sua evolução assumiu múltiplas obrigações prestacionais, e a sociedade que, em constante transformação, vem depositando cada vez mais no Estado mais expectativas e reivindicações, não podem estar dissociados, razão pela qual as políticas econômicas devem buscar atender as necessidades econômico-financeiras do povo, em sua maioria, e não apenas os interesses de determinadas classes ou grupos sociais.

O atendimento dessas inúmeras reivindicações sociais se demonstra no trabalho legislativo, cujo objetivo é a coesão social e a promoção das mais diversas formas de sociabilidade. Contudo, essa capacidade de autolegislação só pode ser exercida em um ambiente democrático, interno da nação. É essa capacidade que permite ao Estado politizar a economia, para que ela sirva de instrumento útil na formatação do desenvolvimento econômico e no combate à desigualdade, de tal forma que cada indivíduo possa exercer efetivamente seus direitos políticos e sociais. É por meio do fortalecimento dos vínculos entre o Estado e os cidadãos que se obtém a coesão social, pois cada qual se sente uma peça indispensável ao funcionamento da engrenagem estatal.

Por outro lado, essa capacidade de autolegislação é capaz de fortalecer o Estado nas relações que se desenvolvem no mercado global, permitindo-lhe adotar as políticas econômicas que visam alcançar os valores consagrados em sua ordem política, jurídica e social, ao invés de se deixar seduzir pela lógica do mercado, que se orienta tão só pelo valor econômico, sem qualquer preocupação com um mínimo ético. A autolegislação, sobretudo no tocante aos direitos sociais, é o instrumento mais poderoso à disposição do Estado para agregar pessoas em torno de valores culturais e tradições, promovendo-lhes a coesão social.

Uma grande ameaça à coesão social é a deficiência do Estado em suas prestações: inerte na efetivação dos direitos sociais; corrompido nas três esferas de poder; descomprometido com a efetividade da justiça. É esse cenário desestimulador que fomenta a desobediência às leis, a sonegação fiscal, a evasão de divisas e outras tantas condutas desagregadoras no ambiente social. Os indivíduos não veem mais razão de contribuírem para a manutenção de um Estado desgastado, corrompido e que não consegue promover a paz social. Essa desordem institucional mina as possibilidades de

coesão social, frustrando as expectativas dos cidadãos em relação ao objetivo constitucional de se construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Outra grave ameaça à coesão social é a informalidade do trabalho, na medida em que, ao renunciarem à sua condição de contribuintes, os indivíduos acabam renunciando ao *status* de cidadãos, não conseguindo perceber a vinculação deste àquela. O Estado é visto como o expropriador de sua renda, pois não oferece qualquer compensação pelos impostos pagos. Aqueles que integram a estrutura do Estado passam a ser vistos como privilegiados que, sob o manto de um suposto interesse público, servem-se dos recursos da sociedade para se assegurarem cargos, funções, auxílios, benefícios e benesses, aos quais o trabalhador comum não tem acesso. O Estado, de protetor, passa a ser espoliador. O resultado último da informalidade é a desvalorização social do trabalho, que ao invés de conferir o *status* de dignidade aos indivíduos, lhes permite a mera sobrevivência, sem as garantias que a Constituição cuidou de assegurar aos trabalhadores, em capítulo inteiro dedicado aos direitos sociais.

7. O judiciário: garantia das expectativas sociais e segurança jurídica

O direito, na ordem democrática, é por excelência o instrumento de realização da coesão social. Tanto os interesses particulares quanto as relações em sociedade são objeto de regulação pelo direito. A necessidade de se construir uma sólida coesão social levou as sociedades de capitalismo avançado a construírem sistemas de direitos sociais, sob os auspícios do Estado Social de Direito. No Brasil, boa parte desses direitos sociais só veio garantida tardiamente, com a Constituição de 1988. Nunca houve no Brasil, em período anterior à Constituição vigente, um compromisso do Estado e da sociedade com a erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais. Para assumir esse compromisso, criou-se uma vasta estrutura jurídica, de matriz constitucional, com o objetivo de assegurar dignidade à pessoa humana segundo os ditames da justiça social, além de conferir aos indivíduos mecanismos para o exercício do poder de reivindicação de direitos sociais. Nessa linha, a ordem econômica constitucional acha-se configurada de tal modo que não se permite uma interpretação que afaste as responsabilidades nem do Estado nem do mercado na promoção do desenvolvimento, da justiça social e do bem comum.

Não se desconhece que o respeito ao direito posto seja o pressuposto de sua própria autoridade, o que, porém, não importa dizer que o direito posto não possa admitir a adaptação de seu conteúdo para se adequar à dinâmica da realidade social. E o mais importante mecanismo dessa adaptação é a jurisprudência, que sem afrontar a norma vai-lhe dando uma vida adequada ao tempo em que é aplicada. Enquanto o legislador se depara com uma pluralidade de fatos, sobre os quais deve refletir e ouvir a sociedade para promover a respectiva regulação, o juiz tem à sua frente um caso concreto, uma peculiaridade da vida social, que, por mais complexos que sejam, serão apreciados segundo critérios de justiça.

Nesse seu mister, não raro o juiz se depara com um texto legal que não apresenta um único sentido. Todavia, não pode escapar da controvérsia, cabendo-lhe apontar o sentido da norma, de forma sistemática, segundo princípios e regras que se apresentam estruturadas hierarquicamente no ordenamento jurídico. A interpretação que fará para o caso submetido à sua apreciação ensejará o encontro da lei com os princípios de justiça que nela se contêm. Nessa missão interpretativa não se espera que o juiz busque a solução que, para os mercados, seja a mais eficiente, pois uma tal medida de eficiência está relacionada com os custos econômicos da transação sob a perspectiva do investidor, e não com os critérios de justiça presentes no ordenamento, que ao juiz cabe aplicar. Nos critérios de eficiência dos mercados não há considerações de natureza moral nem de justiça.

No Estado democrático de direito, o poder judiciário é o porto seguro da sociedade, que tem a justiça, e não a eficiência econômica, como pilar de sustentação de sua coesão. Não cabe ao poder judiciário, em suas decisões, contemplar eventos incertos e futuros, como o fazem os investidores, eventos esses que, muitas vezes, não são condizentes com a justiça social a qual deve almejar a ordem econômica. Uma decisão judicial não pode, portanto, ser baseada em elementos outros senão aqueles que possam ser conhecidos, compreendidos e assimilados pelo corpo social, no âmbito do ordenamento jurídico, em sua constante busca por justiça social. A escolha de critérios econômicos é de competência do legislador, e não do juiz. E, mesmo assim, aqueles critérios hão de se conformar com a ordem econômica preconizada na Constituição, cabendo a juiz rechaçá-los, quando incompatíveis com a justiça social.

Ao longo do processo de financeirização da economia nas últimas décadas, a política econômica tem favorecido as demandas do sistema financeiro, que constitui o

grande poderio econômico global das últimas três décadas do capitalismo. No Brasil, manifesta-se tal poder na política econômica de controle da inflação baseada em altas taxas de juros e a abertura do mercado de capitais, política esta de que decorre uma transferência substancial dos recursos dos setores produtivo e de consumo para o setor financeiro.

Com efeito, um estudo realizado pela Federação das Indústrias do Rio de Janeiro – FIRJAN mostra que a dívida do setor produtivo junto às instituições financeiras dobrou durante o período de 1995 a 2001. No ano de 2001, de cada real de capital próprio da indústria de transformação, 40 centavos correspondiam à parcela da dívida daquela indústria junto ao sistema financeiro, enquanto que, em 1995, essa relação era de 18 centavos para cada real. Por outro lado, a rentabilidade das 100 maiores empresas de transformação situou-se em torno de 6% ao ano, enquanto os bancos obtinham uma rentabilidade de 15% ao ano. Essa diferença significativa demonstra o quanto da renda do setor produtivo foi transferido para o setor financeiro, em virtude das elevadas taxas de juros.[181]

O elevado lucro dos bancos, segundo o referido estudo, deu-se em razão dos altos *spreads* cobrados nos empréstimos para pessoas físicas, que era de 56%, e para pessoas jurídicas, que era de 25%, juros estes qualificados no estudo como dos mais altos do mundo. Fonte, também, dessa alta rentabilidade do setor bancário são os financiamentos feitos ao Estado pelos bancos, que à época detinham um terço da dívida pública[182], tendo-se transformado o setor financeiro no grande financiador do Estado e no grande defensor da política dos juros altos.

Na década subsequente, manteve-se o mesmo quadro de elevada lucratividade dos bancos brasileiros, conforme se verifica dos dados trazidos em decisão da Suprema Corte, denegatória de pedido de medida liminar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 165-0, proposta pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro CONSIF. Nesse caso questionou-se o direito dos poupadores de receberem a diferença relativa à correção monetária dos saldos de caderneta de poupança existente à época da edição dos Planos Cruzado, Bresser, Verão, Collor I e II.

[181] CONCEIÇÃO, C. R. G. Estudo da Firjan mostra peso do endividamento crescente. **Gazeta Mercantil,** 10 set. 2002. p. A6.

[182] MANSO, L.F. Retorno dos bancos dobrou na era FHC. **Gazeta Mercantil**, 02 jan. 2003, p. B1.

Ao enfrentar a questão do *periculum in mora* alegado pela Confederação, o ministro relator argumentou que o setor bancário teria obtido índices de lucratividade bem superiores à média da economia brasileira. Menciona, em respaldo ao seu argumento, pesquisa de empresa especializada, que mostra a lucratividade de 15 instituições financeiras, no terceiro trimestre de 2008, R$6,92 bilhões, maior do que a soma dos resultados de 201 empresas de outros setores econômicos.[183]

Os elevados lucros do setor financeiro, em detrimento do setor produtivo e do bem-estar dos consumidores, bem como os elevados níveis de concentração econômica do mercado financeiro demonstram o quanto a política econômica é destoante da ideologia constitucional, que se orienta para um sistema financeiro voltado para o desenvolvimento equilibrado do País e para os interesses da coletividade (art.192, CF). Isto porque, o elevado custo do crédito inibe investimentos no setor produtivo e desestimula o consumo, dificultando o crescimento econômico, sem o qual não é possível falar em pleno emprego nem em uma maior arrecadação de tributos para se investir na concretização de direitos sociais, sobretudo na educação, saúde, reforma agrária e estimulo à pesquisa tecnológica, políticas estas capazes de conduzir o País ao desenvolvimento. Dentre os efeitos nocivos desse modelo de política econômica, os mais perversos têm sido a concentração de renda e o aumento da desigualdade.

A incompatibilidade entre a ideologia dos governos e a da Constituição pode resultar em desestabilização da democracia, principalmente em regimes de frágil participação da sociedade nas questões fundamentais de um país, em que o Executivo legisla por meio de medidas provisórias, com o aval de um Congresso que lhe é servil e distante de seus representados.[184]

---

[183] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Descumprimento de Preceito Fundamental nº 165-0 /DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowiski. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF165.pdf. Acesso em: 04/04/2012.

[184] MONTEIRO, Jorge Vianna. **Economia & Política**: instituições de estabilização econômica no Brasil. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998. Monteiro é especialista em economia constitucional e descreve em sua obra o ambiente institucional em que são concebidas as políticas econômicas, no qual o Congresso Nacional é colocado à margem pela pletora de medidas provisórias, descaracterizando-se a democracia representativa, tendo em vista que as decisões político-econômicas são tomadas, não pelo Legislativo, mas pela burocracia do Poder Executivo.

Em síntese, pode-se afirmar que políticas econômicas destoantes dos objetivos republicanos de erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais afrontam a Constituição, que em disposição alguma de seu denso conteúdo regulador dos direitos sociais e econômicos privilegia o capital em detrimento do trabalho ou a competitividade das empresas em prejuízo dos direitos dos trabalhadores. O Estado, em sua missão constitucional, não pode submeter-se à ideologia dos mercados, apenas para suprir-lhes as expectativas de maiores lucros, pois são eles "surdos a qualquer língua que não seja a dos preços" e não têm qualquer compromisso com o bem estar social.

É certo que ao juiz, em nosso sistema jurídico, não compete legislar. Cabe ao legislador atender aos anseios da sociedade, propondo e aprovando a legislação necessária à realização dos objetivos constitucionais. A lei é o espelho da vontade social, o instrumento de concretização dos anseios da sociedade, embora essa vontade não se mantenha rígida ao longo do tempo. A lei, contudo, muitas vezes não acompanha a dinâmica dos fatos sociais, cujas mudanças ocorrem lentamente ou de forma abrupta, deixando o legislador inerte. A inércia do legislativo, contudo, não pode afetar os direitos fundamentais assegurados pela Constituição. Já se reconheceu que a discricionariedade do legislador para legislar não é absoluta, justificando-se, assim, a intervenção do judiciário quando os poderes do Estado "agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais".

Cabe, assim, ao juiz dar vida ao texto constitucional diante da inércia do legislador. E, nessa tarefa, não hão de preponderar interesses econômicos de determinados grupos ou setores da economia sobre os direitos sociais. É tarefa do judiciário dar efetividade a esses direitos, ao invés de mitigá-los em favor daqueles que são economicamente mais fortes.

O grande desafio das democracias e, sobretudo do poder judiciário, é encontrar o ponto de equilíbrio entre o poder político e o poder econômico. O mercado deve ser visto como um segmento da sociedade, e não como uma entidade abstrata, desconectada dos valores sociais. Deve submete-se ao direito, até porque sua missão é atender aos interesses gerais e às necessidades do povo e da nação. Nesse sentido, nas poucas vezes que foi mencionado na Constituição fez-se referência ao mercado interno, como objeto de proteção, para viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País (art.219). Ao mercado externo, refere-se a

Constituição apenas como objeto de comercialização da safra agrícola, eis que a agricultura é uma das maiores fontes da riqueza nacional.

No cenário constitucional não há supedâneo para atender expectativas do mercado em relação à mitigação de direitos sociais. A segurança jurídica almejada pelos mercados, seja nas atividades produtivas seja na especulação, não pode ser diversa daquela percebida e aspirada pelos membros da sociedade, o que já desautorizaria decidir o juiz com base em pressupostos teóricos da economia ou fenômenos econômicos futuros e incertos. O próprio mercado é local do risco, despido, portanto, de certeza e segurança. A segurança jurídica que deve favorecer o mercado é a existência de leis, cujo descumprimento seja eficientemente sancionado pelo judiciário, pouco importando se essas leis sejam ou não do agrado de investidores. A segurança jurídica reside mais na efetividade da lei e na interpretação consistente e criteriosa que lhe dá o judiciário, do que no fato de ser a lei considerada boa ou ruim por quem a ela terá de se submeter. Afinal, ao conhecer a lei, faz-se a opção de investir ou contratar, passando-se a confiar em que aquelas regras serão respeitadas. É a certeza do direito que torna previsível a decisão, nisso residindo a segurança jurídica.

Referências

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES – ANATEL. **Revista Nacional de Telecomunicações.** Balanço das Telecomunicações 1995-1998: quatro anos de revolução setorial. São Paulo: Advanstar, n. 230, p.21-28, 1998.

BAUDIN, Louis. **Estatização ou economia livre?**: a aurora de um novo liberalismo. Tradução: Maria Elizabeth de Carvalho. São Paulo: Tangará, 1978.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. Emenda Constitucional 6, de 1995. Altera o inciso IX do art.170, o art.171 e o § 1º do art.176 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 ago. 1995.

BRASIL. Emenda Constitucional 8, de 1995. Altera o inciso XI e alínea "a" do inciso XII do art. 21 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, 16 de ago. de 1995, p.12353.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 45-9 Distrito Federal. Argte.: Partido da Social Democracia

Brasileira – PSDB. Argdo.: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. **Diário da Justiça**. Brasília, 04/05/2004, p. 00021.

CONCEIÇÃO, C. R. G. Estudo da Firjan mostra peso do endividamento crescente. **Gazeta Mercantil,** 10 set. 2002. p. A6.

HABERMAS, Jürgen. **Après l´État-nation**: une nouvelle constellation politique. Paris: Fayard, 2000.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 199.

MANENT, Pierre. **História Intelectual do liberalismo**: dez lições. Rio de Janeiro: Imago, 1990.

MANSO, L.F. Retorno dos bancos dobrou na era FHC. **Gazeta Mercantil**, 02 jan. 2003, p. B1.

MONTEIRO, Jorge Vianna. **Economia & Política**: instituições de estabilização econômica no Brasil. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

ROSSETTI, José Paschoal. **Política e programação econômicas**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1987..

TOURAINE, Alain. **Um nuevo paradigma**: para comprender el mundo de hoy. Buenos Aires: Paidós, 2006.

RODRIK, Dani. **Can Integration into the World Economy Substitute for a Development Strategy**? Disponível em: <http:www.ksg.Harvard.edu/rodrik/ABCDE-Paris.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2003.

SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. **Ética e Economia**. Rio de Janeiro : Elsevier, 2007.

SINGER, Paul. O tempo importa. **Jornal Valor Econômico**, Brasília, 26 mai. 2003, Caderno A, p.13.

WILLIAMSON, John. Robin Hood liberal. **Jornal Valor Econômico.** Rio de Janeiro, 21, 23 mar. 2003. Caderno Valor & , p.6-7. Entrevista concedida a Catherine Vieira.

DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E MEIO AMBIENTE EM MUNDO GLOBALIZADO

Paulo José Leite Farias

Doutor em Direito pela UFPE. Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília. Promotor de Justiça de Defesa do Meio Ambiente no DF; professor do Centro Universitário IESB.

Resumo: A crescente regulação do processo econômico na Constituição Brasileira destaca a análise das limitações constitucionais ao exercício da atividade econômica. A proteção do meio ambiente tem uma grande importância na configuração da Constituição Econômica vigente. A correlação entre os sistemas econômicos e as diferentes dimensões de direitos fundamentais permite compreender que ambos vinculam-se a circunstâncias históricas comuns interagindo reciprocamente. A proteção ambiental brasileira, prevista na Constituição Federal de 1988 constitui expressão contemporânea das influências recíprocas entre o Direito e a Economia. Nesse aspecto, a proteção ambiental correlaciona-se ao sistema neoliberal que cada vez mais exige regulação estatal para harmonizar o conceito de propriedade e atividade econômica. Nesse aspecto, o Estado tem um papel fundamental de instrumentalizar o desenvolvimento sustentável como ética de desenvolvimento a ser seguida pelo sistema econômico brasileiro em um mundo globalizado.

Palavras-chave: Desenvolvimento sustentável. Atividade econômica. Regulação estatal. Proteção ambiental.

Abstract: The growing regulation of the economic process in the Brazilian Constitution emphasises the analysis of the constitutional limitations on the economic activity. Environmental protection plays an important role in the pattern of the current Constitution. The correlation between economic systems and the several dimensions of fundamental rights allows for an understanding that both relate to commom historical circumstances on a mutual interaction. The environmental protection under the Brazilian Constitution of 1988 represents a contemporary expression of the mutual influences between Law and Economy. Thus, environmental protection is correlated to the neo-liberal system, demanding more state regulation in order to harmonise the notion of property and economic activity. In this regard, the State plays a critical role in leveraging the sustainable development as an ethic of development to be followed by the Brazilian economic system in a globalized world.

Keywords: Sustainable development. Economic activity. State regulation. Environmental protection.

Introdução

Em um mundo globalizado, pode-se falar em proteção do meio ambiente? A crescente regulação do processo econômico em nível mundial ressalta a importância da análise das limitações do exercício da atividade econômica.

A implementação da ordem econômica na Constituição de 1988 protegendo o meio ambiente pode servir de modelo para a regulação do processo econômico em nível mundial como destaca o caso Tuna vs Dolphin apresentado no presente artigo.

A execução da ordem econômica de um país deve ser analisada no contexto dos princípios consagrados na Constituição Econômica.

A crescente regulação do processo econômico em nível constitucional ressalta a importância da análise das limitações constitucionais no exercício da atividade econômica.

Nesse aspecto, o respeito ao meio ambiente previsto no art. 170 da Constituição de 1988 tem uma grande importância na configuração da Constituição Econômica vigente, *verbis*:

> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
>
> (...) III - função social da propriedade;
>
> (...)VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;[185]

Assim, nesse trabalho, procura-se analisar a conformação que as atividades econômicas e os processos econômicos devem ter sob a perspectiva da proteção do meio ambiente. Também, tendo em vista a colocação em prática dos direitos ambientais no dia a dia da vida econômica, destaca-se o papel de tornar efetivo este direito que deve influenciar o mundo do ser e não ficar apenas no plano do dever ser.

Em um primeiro momento destaca-se a correlação entre os sistemas econômicos e as diferentes dimensões dos direitos fundamentais, com destaque a correlação do meio ambiente com o neoliberalismo. Nessa parte, destaca-se a íntima

[185] BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc42.htm>. Acesso em: 26 abr. 2016.

relação histórica entre Direito e Economia. O que destaca a colocação de AMARTYA SEN: [186]

> (...) uma concepção adequada de desenvolvimento deve ir muito além da acumulação de riqueza e do crescimento do Produto Nacional Bruto e de outras variáveis relacionadas à renda. Sem desconsiderar a importância do crescimento econômico, precisamos enxergar muito além dele.

Em seguida, analisa-se o papel do poder judiciário de harmonizar o conceito de propriedade (e sua função socioambiental) e atividade econômica (processos de elaboração de produtos e prestação de serviços) com o meio ambiente em face das características da ordem econômica brasileira.

Por fim, destaca-se o desenvolvimento sustentável como ética que deve subordinar as atividades econômicas no país. Entretanto, para compreensão deste conceito deve-se primeiro entender as características dos direitos fundamentais de terceira dimensão.

1 Desenvolvimento sustentável e sua proteção como direito fundamental de terceira dimensão

A concepção adequada de desenvolvimento unifica (e limita) a ordem econômica com a proteção dos direitos fundamentais. Ignacy Sachs[187] indica que igualdade, equidade e solidariedade estão embutidas no conceito de desenvolvimento. Assim, esses valores limitam a ordem econômica moldando o crescimento econômico.

Os direitos fundamentais estão marcados por autêntico devir, não obstante se vinculem ao núcleo unificador de proteção da dignidade da pessoa humana.

[186] SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Lucas Teixeira Motta. São Paulo: companhia das Letras, 2000, p. 28.

[187] SACHS, Ignacy. *Desenvolvimento includente, sustentável e sustentado*. Rio de Janeiro: Garamond, 2006. p. 14.

Desde que ocorreu a positivação dos direitos humanos nas Constituições, eles passaram por diversas transformações, tanto no que se refere ao *conteúdo*, quanto no que concerne à *titularidade* e à *efetivação*. Com relação ao conteúdo, os direitos fundamentais de terceira dimensão centram-se no fato de os homens estarem ligados entre si. Nesse aspecto, surge a noção de titularidade coletiva, a figura do homem-indivíduo fica em segundo-plano, ressaltando-se a humanidade (homens vistos como um todo). Tal enseja a forma de sua efetivação, devem ser realizados em benefício da coletividade, a fraternidade neles ganha um especial contorno intergeracional, razão por que são conhecidos como direitos de fraternidade e solidariedade. Como ensina Ingo Sarlet [188]

> Os direitos fundamentais da terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, consequentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa.

A doutrina qualifica-os como *direitos dos povos*. Esta classe de direitos tem por destinatário, mais do que o indivíduo, um grupo ou determinado Estado, mas o gênero humano mesmo, abrangendo o direito ao ambiente, o direito ao desenvolvimento, o direito à autodeterminação, o direito à participação no patrimônio da humanidade. *Observa-se que nesta geração encontram-se simultaneamente o direito ao ambiente e o direito ao desenvolvimento, ambos direitos dos povos.*[189]

Para Ingo Sarlete, *verbis*:

> A nota distintiva destes direitos da terceira dimensão reside basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável, o que se revela, a título de exemplo, especialmente no direito ao meio ambiente e qualidade de vida, o qual, em que pese ficar preservada sua dimensão individual, reclama novas técnicas de garantia e proteção. A atribuição da titularidade de direitos fundamentais ao próprio Estado e à Nação (direitos à autodeterminação, paz e

[188] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 52.

[189] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, São Paulo: Malheiros, p. 516 a 524: "Em termos apertados, os direitos de primeira geração relacionam-se com o liberalismo e correspondem aos direitos de liberdade, aos direitos individuais, aos direitos negativos; a segunda geração de direitos relaciona-se com a social-democracia do fim do século XIX, correspondendo aos direitos sociais, econômicos e culturais; direitos a prestações do Estado, direitos à igualdade social e direitos positivos; a terceira geração de direitos surge a partir da consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas, que exige a fraternidade, para a proteção do gênero humano, correspondendo ao meio-ambiente, ao desenvolvimento, à paz, ao patrimônio comum da humanidade".

> desenvolvimento) tem suscitado sérias dúvidas no que concerne à própria qualificação de grande parte destas reivindicações como autênticos direitos fundamentais. Compreende-se, portanto, por que os direitos da terceira dimensão são denominados usualmente como direitos de solidariedade ou fraternidade, de modo especial em face de sua implicação universal ou, no mínimo, transindividual, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação.[190]

Trata-se de direitos transindividuais, que não pertencem a uma pessoa determinada[191] nem a um grupo claramente delimitado, como ocorre, por exemplo, com os trabalhadores que são titulares de direitos coletivos, mas são direitos difundidos, esparramados por toda a sociedade como o direito ao ar puro. Direitos que, não sendo, isoladamente, de um único indivíduo, são de todos, de uma pluralidade de sujeitos.

Para Ricardo Lobo Torres podem ser caracterizados, também, pelo fato de possuírem tanto um *status negativus* como um *status positivus*.[192] Esta é outra característica própria dos direitos de terceira geração. Simultaneamente eles em determinado momento exigem um não agir estatal (*status negativus*) e em outros um agir estatal (*status positivus*).

Por estarem na fronteira mais próxima de novos direitos, há ainda certa dificuldade de bem caracterizá-los como indicava NORBERTO BOBBIO. O jusfilósofo italiano evita definir o que seja "direito de 3ª geração", na falta de elementos conceituais seguros que permitam formular uma teoria adequada para a compreensão:

> Ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender o de que efetivamente se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver em ambiente não poluído. [193]

---

[190] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 53.

[191] Como afirma JORGE MIRANDA: "Não pode dizer-se que quem quer que seja possua um único, genérico e indiscriminado direito à proteção do patrimônio monumental, ou ao controle da poluição ou da erosão, ou à salubridade pública, ou a uma rede de transportes, etc" (MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, volume IV, Coimbra: Coimbra, 1993, p. 66).

[192] TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo. (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 297.

[193] BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 6.

Por outro lado, Celso Lafer destaca a titularidade como principal elemento diferenciador desta dimensão de direitos, *verbis:*

> Os direitos reconhecidos como do homem na sua singularidade - sejam eles os de primeira ou de segunda geração - têm titularidade inequívoca: o indivíduo. Entretanto, na passagem de uma titularidade individual para uma coletiva, que caracteriza os direitos de terceira e quarta geração, podem surgir dilemas no relacionamento entre o indivíduo e a coletividade que exacerbam a contradição, ao invés de afirmar a complementaridade do todo e da parte. Estes dilemas provêm, em primeiro lugar, da multiplicidade infinita dos grupos que podem sobrepor-se uns aos outros, o que traz uma difusa e potencial imprecisão em matéria de titularidade coletiva - basta pensar na criança, na família, na mulher, nos trabalhadores, nas minorias étnicas, religiosas, linguísticas e sexuais. [194]

Associam-se, também, a esses direitos de terceira geração, novas facetas da proteção à vida, em sentido amplo de *qualidade de vida*, que se originam dos impactos da sociedade industrial e da tecnologia do final do século XX. Assim, Sarlet assinala:

> Cuida-se, na verdade, do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes consequências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais. [195]

Mafra Leal busca distinguir os direitos de terceira geração por meio do termo "qualidade de vida", o que comparativamente os afasta dos direitos sociais:

> Os movimentos sociais da classe trabalhadora visaram a garantir uma maior igualdade econômica ou pelo menos mitigar a desigualdade existente entre o proletariado e os proprietários. Ou seja, também a questão centra-se em aspectos econômicos (melhores salários, prestações gratuitas do Estado nos campos da saúde e educação, direito de aposentadoria, entre outros).
>
> Os conteúdos dos direitos difusos não garantem propriedade ou liberdade econômica, nem implicam mitigação de desigualdades nesse campo. Os direitos difusos têm conteúdo não patrimonial e tratam de dois aspectos fundamentais: qualidade de vida e uma concepção de igualdade vista como

[194] LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 132.

[195] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 53.

> direito à integração, baseada em aspectos participativos nas várias esferas da vida social. [196]

Apesar da colocação inicial de MAFRA de que tais direitos têm conteúdo não patrimonial, o próprio autor reconhece que *há um envolvimento desses direitos com o elemento econômico na tentativa de sacrificar vantagens econômicas imediatistas*, *verbis*:

> Assim, os conteúdos dos direitos difusos são de duas ordens:
>
> I) o direito à vida no seu aspecto qualitativo ou, sinteticamente, de um direito à qualidade de vida, expresso no sacrifício de vantagens econômicas imediatistas em nome da preservação de determinados valores, tais como o ambiente natural,"' espaços culturais (históricos, estéticos, etc), disponíveis para essas e futuras gerações, e
>
> II) o direito à integração social mediante o devido reconhecimento jurídico e político, referindo-se, a titularidade, a grupos de indivíduos dispersos ou organizados, unidos por alguma circunstância fática ou por afinidades étnicas, sociais, de gênero ou origem, entre outras, que reivindicam tratamento digno por parte da lei, ainda que isto signifique a afirmação de uma identidade especial não assimilável ao valor de igualdade universal. [197]

Logo, fica bem caracterizada nesses direitos, a presença marcante do elemento econômico na busca de evitar ganhos econômicos imediatistas. Assim, os ganhos econômicos deverão ser valorados com outros elementos, como ocorre, por exemplo, com a função social da propriedade e a preservação ambiental.

A característica de vinculação dos direitos de solidariedade à tecnologia e ao processo de descolonização, surgido após a segunda-guerra mundial, aproxima os direitos de terceira geração do neoliberalismo. Este sistema econômico se desenvolve graças aos avanços tecnológicos da informática e das telecomunicações, bem como em razão da ampliação de mercados surgida após a segunda-guerra mundial e consolidada com o fim da guerra fria.

Outro aspecto, relevante desses direitos, relaciona-se com a noção de solidariedade entre as gerações. Direitos dos povos como o direito à paz, ao desenvolvimento e ao meio ambiente sadio afetam não só as gerações de pessoas presentes, mas também as gerações futuras. Possuem, pois, dimensão temporal que os torna ainda mais "anônimos", no que se refere às suas titularidades.

---

[196] MAFRA LEAL, Márcio Flávio. *Ações coletivas*: história, teoria e prática. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998. p. 103.

[197] MAFRA LEAL, Márcio Flávio. *Ações coletivas*: história, teoria e prática. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998. p. 104-105.

Preocupam-se, tais direitos, com os que ainda não nasceram e cria-se liame entre seres humanos, o que transcende o tempo presente. Nesse conceito, encontra-se a noção de desenvolvimento sustentável que permeia a ordem econômica brasileira.

Assim, a noção da transindividualidade presente na proteção das gerações presentes e futuras caracteriza esta dimensão de direito fundamental e o conceito de desenvolvimento sustentável.

Por fim, o subsídio legal, corporificado na Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, alicerça outros caracteres de cunho material com reflexos processuais, bem resumidos na visão de Benjamin:

> 1. "a transindividualidade real ou essencial ampla", quando o número de pessoas ultrapassa a esfera de atuação dos indivíduos isoladamente considerados, para levá-la a uma dimensão coletiva. Outrossim; esta transindividualidade real significa dizer que a pluralidade de sujeitos chega ao ponto de se confundir, muitas vezes, com a comunidade;
>
> 2. "a indeterminabilidade de seus sujeitos", isto é, as pessoas envolvidas são substancialmente anônimas;
>
> 3. "a indivisibilidade ampla", ou seja, uma espécie de comunhão, tipificada pelo fato de que a satisfação de um só implica a satisfação de todos; assim como a lesão da inteira coletividade;
>
> 4. "a indisponibilidade no campo relacional jurídico", por não dispor de titulares determináveis, apresenta dificuldades em transigir de seu objeto no campo jurídico-relacional;
>
> 5. "ressarcibilidade indireta", quando não houver a reparabilidade direta aos sujeitos individualmente considerados, (levando em conta o caráter "anônimo" dos sujeitos) e, sim, ao fundo, para recuperação dos bens lesados.[198]

Em resumo, os direitos fundamentais de terceira geração podem ser caraterizados por quatro palavras-chaves, a saber: homem-humanidade, titularidade-coletiva, qualidade-de-vida e existência-transgeracional. O termo homem-humanidade ressalta a solidariedade mundial dos direitos de terceira geração, destacando o "homem" como parte de um todo (a humanidade); a titularidade-coletiva sublinha que "sendo de todos não é de ninguém particularmente"; a qualidade-de-vida vislumbra aspirações humanas que transcendem a existência mínima de subsistência e projetam o homem na infinita espiral de melhoria de seu padrão de existência e a existência-transgeracional mostra-se revolucionária para a ciência jurídica ao permitir a titularidade de seres ainda

[198] BENJAMIN, Antônio Herman V. "A insurreição da aldeia global *versus* o processo civil clássico". In *Textos*: ambiente e consumidor. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários. v.1, p. 70-151,1996, p. 92 a 96.

nem concebidos (que não são "pessoas" juridicamente falando, em dimensão temporal-prospetiva). Estas palavras chaves ajudam a compreender o conceito de sustentabilidade que deve caracterizar toda a atividade econômica no território brasileiro e no território global.

2 O fenômeno econômico e o papel da política de proteção dos direitos fundamentais.

2.1 *O fenômeno econômico no Estado Liberal e no Estado do Bem Estar Social*

Os fenômenos econômicos e a proteção dos direitos fundamentais vinculam-se a situações históricas comuns, influenciando-se reciprocamente não só atualmente mais também no passado. Para ARISTÓTELES, a Ética, a Economia e a Política tinham como objetivo comum a busca da felicidade do indivíduo. [199]

As revoluções burguesas propiciaram a emergência do Estado Liberal, cuja preocupação maior era dar àqueles que controlavam a economia (os burgueses) ampla liberdade de exercerem suas atividades, sem estarem ameaçados por qualquer outro poder. Os liberais pregavam o respeito aos direitos individuais, mas, quanto ao mercado, este deveria regular-se por si só.

Macridis,[200] cientista político, ensina-nos, *verbis*:

> O indivíduo – suas experiências e seus interesses – é o conceito básico associado à origem e crescimento do liberalismo e das sociedades liberais. O conhecimento e a verdade derivam do raciocínio do indivíduo que, por sua vez, é formado pelas associações que os seus sentidos fazem a respeito do mundo exterior, pela experiência (...)

---

[199] "Uma vez que a ciência política usa as ciências restantes e, mais ainda, legisla sobre o que devemos fazer e sobre aquilo de que devemos abster-nos, a finalidade desta ciência inclui necessariamente a finalidade das outras, e então esta finalidade deve ser o bem do homem" (ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, 1992, p. 18).

[200] No prefácio da obra *Ideologias Políticas Contemporâneas*, trad. de Luís Tupy Caldas de Moura e Maria Inês Caldas de Moura, Brasília: Universidade Brasília, l982, p. 13, ROY C. MACRIDIS assinala que "as ideologias moldam as nossas motivações, as nossas atitudes e os regimes políticos sob os quais vivemos. Elas dão formas a nossos valores". Assim, este autor ressalta algo importantíssimo que se procura demonstrar neste trabalho, qual seja a íntima relação entre "as ideologias" e os valores a serem por ela alcançados, seja na expressão da forma de Estado (unitário e federado), seja na expressão de ideologias políticas como o liberalismo.

> O liberalismo é uma ética individualista pura e simples. Nas suas fases iniciais, o individualismo se expressa em termos de direitos naturais: liberdade e igualdade. Ele está embebido no pensamento moral e religioso, mas já aparecem os primeiros sinais de uma psicologia que considera os interesses materiais e a sua satisfação como importantes na motivação do indivíduo. Em sua segunda fase, o liberalismo se baseia numa teoria psicológica segundo a qual a realização do interesse é a principal força que motiva os indivíduos.[201]

Nesse sentido, os liberais exaltavam como valores básicos a serem defendidos: *o individualismo* e *as liberdades individuais* como forma de desafio e limite ao poder político do Estado.

Assim assinala Fábio Nusdeo, *verbis*:

> Durante século e meio aproximadamente, predominou a doutrina liberal-utilitarista, muito embora nos últimos 50 anos sob forte assédio do socialismo coletivista. Entre os anos 20 e 30, ganha terreno a chamada social-democracia ou intervencionismo, no mundo ocidental, enquanto na Europa oriental e em algumas nações asiáticas ensaiava-se **o** *regime de índole coletivista-estatal.* Já a última década do século assiste a um refluir das soluções socializantes de diversas vertentes, com o remontar da maré liberalista, voltada a conter o Estado dentro de limites mais acanhados, ao que se tem chamado de ***Estado mínimo***. Privatização e desregulamentação têm-se constituído em balizas fundamentais no plano interno, com a globalização, querendo significar a livre circulação internacional de produtos e fatores, a complementá-las no plano internacional.[202] [grifo nosso].

Evidencia-se, pois, que, no plano econômico, se podem visualizar, claramente, dois sistemas econômicos que se contrapõem ao liberalismo com diferentes graus de intervenção estatal: *o intervencionismo em sentido estrito* (economia de mercado com ajustes) e o *socialismo* (economia em que o Estado é o proprietário exclusivo dos meios de produção).

Assim, ao Estado Social, Estado promotor do bem-estar, já analisado anteriormente, correlacionam-se os sistemas econômicos intervencionistas, enquanto que ao Estado Liberal, Estado não intervencionista, correlaciona-se o sistema econômico liberal.

Em resumo, nas duas formas, o Estado intervém na economia, seja direta ou indiretamente. Na época liberal, as poucas intervenções diretas dos Estados na

---

[201] MACRIDIS, Roy C. *Ideologias políticas contemporâneas*, trad. de Luís Tupy Caldas de Moura e Maria Inês Caldas de Moura, Brasília: Universidade Brasília, l982. p. 37.

[202] NUSDEO, Fábio. *Curso de economia*: introdução ao direito econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 208-209.

produção de bens e de serviços restringiam-se aos investimentos em infraestrutura.[203] Assim, as leis de mercado ocasionavam sérios efeitos negativos no campo social e econômico. Não haveria forças automáticas de mercado, aptas para ajudar a economia a sair do subemprego e voltar a aproximar-se do pleno emprego.

Ainda na década de 1930, Keynes lança a teoria revolucionária do déficit sistemático das contas públicas como mecanismo de estímulo à atividade econômica em períodos recessivos.

Conforme assinala Fábio Nusdeo, Keynes ilustrava a sua ideia com exemplo aparentemente estapafúrdio:

> (...) se o governo numa época de depressão contratar duas equipes de operários, incumbindo a primeira de abrir buracos e a segunda de fechá-los, isto parecerá inócuo e absurdo sob o ponto de vista físico, mas terá um sentido altamente salutar sob o ponto de vista econômico (macroeconômico). Por quê? Pela simples razão de tanto os trabalhadores do primeiro grupo, quanto os do segundo passarem a receber algum salário a ser gasto em compras. Estas, por sua vez, estimularão o comércio, que voltará a colocar encomendas junto à indústria, a qual contratará empregado (ou deixará de despedi-los) para atendê-las e, ainda, comprará matérias-primas a serem transportadas e assim, sucessivamente, as engrenagens da produção e do emprego irão se reativando.[204]

Keynes visualizou que o mercado de forma pura pode ocasionar momentos desconfortáveis para o sistema econômico e social, na noção de "pleno emprego", "subemprego" e da necessidade de intervenção estatal, inclusive sem lastro econômico ("déficit sistemático das contas públicas"). A ação estatal de combate à recessão significou a intervenção do Estado na economia, com ênfase, em primeiro momento, na função de Estado-produtor e, também, na de agente regulador (por exemplo: na edição de legislação social garantidora dos direitos trabalhistas e previdenciários). Nesse contexto, os direitos de segunda geração podem ser vistos como reflexo da intervenção estatal na economia. Também, os direitos de terceira geração, já vistos, destacam a importância do Estado regulador e presente na moldura do fenômeno econômico.

2.2 A Idolatria do mercado na globalização e a mitigação da proteção estatal ao meio ambiente: o caso Tuna-Dolphin

[203] SANTOS, Antônio Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito Econômico*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 165.

[204] NUSDEO, Fábio. *Curso de economia*: introdução ao direito econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 142.

David Ricardo formulou as bases do comércio internacional vigentes há cerca de duzentos anos. A maior contribuição de David Ricardo era a lei da vantagem comparativa. Todas as Nações poderiam ser favorecidas pelo comércio internacional, na medida em que todas as Nações teriam a habilidade de ter uma vantagem comparativa em relação às outras por produzir, com menor custo, determinados bens.[205]

Não se podem entender as relações internacionais da indústria sem ter como referência a questão da competitividade, já que essa resulta dos processos de concorrência entre empresas, hoje as grandes exportadoras, em seus mercados de atuação.

A competitividade pode ser inferida como a capacidade da empresa formular e programar estratégias concorrenciais, que lhe permitam ampliar ou conservar, de forma duradoura, uma posição sustentável no mercado.[206]

O rápido processo de globalização e regionalização da economia mundial acarreta a necessidade de compreensão do conceito de competitividade. Enquanto no nível de uma empresa a competitividade é caracterizada pela participação crescente no mercado dessa empresa às custas de outras empresas, a competitividade no nível das nações (e, consequentemente, das regiões) mede-se por outros fatores.

Conforme destaca Fischer (1998, p. 22), Diretor do Instituto de Pesquisas Econômicas de Hamburgo, o Fórum Internacional de Empresários de Davos (International Management Forum Davos) identificou fatores nacionais que, de acordo com a teoria econômica e com as evidências empíricas, conduzem à aferição da competitividade entre Países. Um desses fatores é o grau de participação do país no comércio internacional e nos fluxos de investimentos (internacionalização da economia nacional).

Nesse referencial, a competitividade depende da criação e da renovação das vantagens comparativas[207] por parte das empresas, em consonância com os padrões

[205] "Ricardo é autor da conhecida "Teoria das Vantagens Comparativas" que demonstra serem vantajosas as trocas internacionais mesmo numa situação em que determinado país tivesse maior produtividade que outro na produção de todas as mercadorias" (FEIJÓ, 2001, p. 176).

[206] "[...] O corpo predominante do pensamento econômico no século XX veio a definir a competição, não como uma atividade, mas como um estado de coisas existentes em um mercado idealizado – o modelo da concorrência perfeita" (BOETTKE, 1996, p. 106).

[207] "A teoria das vantagens comparativas fornece uma explicação para as trocas internacionais. Segundo ela, os diversos povos tendem a se expecializar na produção daqueles bens e serviços para os quais

de concorrência vigentes, idiossincráticos de cada setor da estrutura produtiva, valorizando sempre a internacionalização da economia nacional.

Por outro lado, decisões sobre o uso dos recursos naturais com consideração ou desconsideração ao impacto sobre o ambiente são determinantes básicos para a poluição e outras formas de degradação ambiental, bem como para o maior ou menor custo de produção do país e o consequente interesse de investimentos internacionais neste País.

As decisões sobre o uso dos recursos naturais, que são tomadas pelo mercado, sem a internalização do custo ambiental, mostram-se, conforme já vimos, distorcidas.

A internalização dos custos defronta-se, portanto, também, com a questão da competitividade internacional, com as vantagens comparativas e com o dumping ecológico (considerado vantagem comparativa reprovável).

A preocupação de segmentos da atividade econômica com relação às diferenças de padrões das normas ambientais nos diversos países é, extremamente, relevante em um mercado globalizado.

Agentes econômicos, que internalizam maior proporção dos custos ambientais da produção, pela implementação de normas ambientais rigorosas ou outras medidas atinentes à política ambiental, ficam em desvantagem em relação aos que seguem normas ambientais menos rigorosas.

Como expressão desse jogo das forças de mercado, pode-se visualizar a forte pressão exógena sofrida pelos Estados para uma homogeneização por baixo das normas protetivas ambientais.

Tal fato demonstra o reflexo deletério do fenômeno globalização para a proteção ambiental. Para evitar tal comportamento, demonstrativo da ineficiência protetiva do Estado pela perda de sua autonomia, conforme destaca Habermas (1999, p. 6), mecanismos internacionais devem ser utilizados.

Assim, sobre os limites para a utilização de instrumentos de mercado nas políticas ambientais, o princípio n. 16 da Declaração do Rio de Janeiro, de 1992 (ECO92), buscando harmonizar a proteção ambiental e a livre concorrência no Comércio Internacional, declara:

---

são melhor dotados em relação aos demais, não devendo, pois produzir internamente produtos outros" (NUSDEO, 2000, p. 324).

As autoridades nacionais devem esforçar-se para promover a internalização dos custos de proteção do meio ambiente e o uso dos instrumentos econômicos, levando-se em conta o conceito de que o poluidor deve, em princípio, assumir o custo da poluição, tendo em vista o interesse do público, sem desvirtuar o comércio e os investimentos internacionais (HESSEN, 1967, p. 42).

Uma padronização mínima, em nível internacional, da internação dos custos ambientais dos produtos comercializados no exterior, portanto, faz-se necessária.

Um exemplo de disputa comercial versus ambiental, no âmbito do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (General Agreement on Tariffs and Trade – GATT), envolvendo mecanismos internacionais de proteção do comércio internacional e do meio ambiente, podem esclarecer essa questão.

Trata-se de casos emblemáticos do debate ecológico entre comércio exterior e meio ambiente, relativos à existência de dumping ecológico, denominados tuna/dolphin disputes (atum e golfinhos), ocorridos em 1991/1992 (Tuna-Dolphin I) e em 1994 (Tuna-Dolphin II) .

O caso Tuna-Dolphin I foi levantado, pelo México, contra embargos de importação de atum, impostos pelos Estados Unidos, com a alegação de que a pesca mexicana com rede estava ocasionando a morte de cardumes de golfinhos.

Por outro lado, o caso Tuna-Dolphin II envolveu um embargo, também americano, só que, dessa vez, envolvendo outros países (União Europeia e Nova Zelândia) que reexportavam o atum comprado do México. Tratava-se, então, de um embargo de segundo grau.

Os Estados Unidos perderam os dois casos perante o GATT, havendo farta literatura sobre o tema.[208]

Na visão norte-americana, as restrições protecionistas impostas estavam corretas e surgiram de normas protetivas ambientais internas de proteção a mamíferos marinhos (golfinhos), o que acarretou significativa mudança tecnológica nas frotas pesqueiras norte-americanas com aumento no custo da pesca do atum.

Assim, o ingresso no país de atum pescado em desacordo com a legislação norte-americana era prejudicial ao mercado interno, que seguia as normas previstas, não podendo ser prejudicado por ser “ecologicamente correto”.

[208] Cf. PORTER (1992, p. 91-116).

O GATT decidiu que somente podem ser adotadas as medidas necessárias para a proteção do ambiente, ao invocar-se o artigo XX, alínea "b", quando atendidas determinadas circunstâncias que, excepcionalmente, legitimam o protecionismo do mercado interno necessário para a proteção da vida ou da saúde humana, da saúde animal ou da saúde vegetal.

Assim, a argumentação foi construída no sentido de que só pode ser invocada essa cláusula de proteção ambiental internacional, quando:

i) o componente relevante do ambiente requerer proteção imediata;

ii) de todas as medidas possíveis para a proteção do recurso ou do bem ambiental, a adotada for a menos distorcida do mercado; e

iii) a medida adotada for proporcional à proteção ambiental exigida. (PEPPER, 2000, p. 71).

Evidencia-se, pois, a mitigação da proteção ambiental estatal, mesmo de potências mundiais como os Estados Unidos da América, em face do comércio internacional em mundo globalizado ansioso por competitividade e "vantagens comparativas", expressão do utilitarismo de Bentham e Mill no Comércio Internacional.

2.3 O fenômeno econômico em um mundo globalizado e o favorecimento da proteção do meio ambiente

Na visão integradora finalística de Aristóteles, os fenômenos da ética individual (condutas do indivíduo na busca da felicidade), economia (conduta do administrador para a felicidade da família) e da política (conduta do Estado para a felicidade dos cidadãos da polis) devem ser visto como disciplinas voltadas para um mesmo objetivo: a felicidade do individual e do coletivo, embora possuam diferentes campos de atuação. Na Economia Doméstica, etimologicamente administração (*nomos*) da casa (*oikos*), Aristóteles tratará da ética do indivíduo na família. No Livro Primeiro desta obra, Aristóteles irá mostrar as semelhanças do Governo de uma casa e do Governo Estatal de uma nação indicando que o cabeça da família deve ter cuidado com a

propriedade no sentido de conservá-la. [209] Esta noção aristotélica deve ter uma nova leitura no contemporâneo para mostrar a relação entre a Economia e a Ecologia no Estado Regulador Neoliberal.

O período pós-guerra presenciou contínua expansão dos mercados mundiais. O comércio internacional, após longo período de retração, devido às duas guerras mundiais e à grande crise de 1929, inicia fase de rápida expansão, impulsionada pelo crescimento da renda mundial e pela liberalização comercial negociada no nível do GATT (Acordo Geral de Tarifas e Comércio). [210]Ao longo desse período, o crescimento do comércio mundial suplantou o crescimento da renda mundial, indicando que os países se estão, crescentemente, especializando, internacionalmente, e utilizando o mercado mundial para aumentar o nível de bem-estar e de crescimento econômico. Isto não significa que a ameaça protecionista tenha sido reduzida. Particularmente a partir da década de 1970, com o aumento da participação dos países em desenvolvimento no comércio internacional, os países ricos passaram a utilizar intensamente as "restrições não tarifárias" para proteger suas indústrias da concorrência com os países emergentes. Intensificou-se a utilização das quotas de importação, de normas (técnicas, fitossanitárias, de qualidade, *meio ambiente* e condições de trabalho), das restrições voluntárias à exportação e de leis comerciais para coibir a entrada de produtos importados. Com tal procedimento estavam indiretamente garantindo a proteção do meio ambiente em um mundo globalizado. [211]

[209] ARISTÓTELES. *Obras*. Tradução de Francisco de P. Samaranch. Madrid: Aguilar, 1973. p. 1377, 1381.

[210] Com o fim da segunda guerra mundial, os Estados Unidos, consolidando sua liderança nos países capitalistas, e os outros países vencedores do conflito realizam a Conferência Monetária e Financeira Internacional das Nações Unidas em *Bretton Woods*, no Estado de *New Hampshire*, com a finalidade de estruturar a ordem econômica internacional a vigorar no pós-guerra. Três entes foram criados, na ocasião, com a finalidade de implantar a nova ordem econômica internacional e dar-lhe sustentação e viabilidade: o Fundo Monetário Internacional (FMI), o Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD) e o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT). Ao GATT foi atribuída a responsabilidade de estabelecer as normas de controle do comércio mundial de mercadorias, com a função precípua de zelar pelo livre comércio entre as nações. Depois de vários anos de árduas negociações, chegou-se a decisão de extinguir o GATT e substituí-lo, a partir de 1º de Janeiro de 1995, pela Organização Mundial de Comércio (OMC).

[211] SILVA, César Augusto Silva da. *O direito econômico na perspectiva da globalização*: análise das reformas constitucionais e da legislação ordinária pertinente. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 11.

Além disso, a partir dos anos 70, houve rápida transformação do mercado financeiro internacional, em função da desregulamentação das transações financeiras internacionais e pelo aparecimento das tecnologias de informação. À medida que o tempo foi passando, a legislação tornou-se cada vez mais liberal com relação à entrada e saída de recursos financeiros, sendo que hoje praticamente não existem impedimentos legais à movimentação internacional de capitais nos principais mercados financeiros do mundo. O desenvolvimento das tecnologias de informação (telecomunicações e microeletrônica) possibilitaram rápida redução dos custos das transações financeiras internacionais; esses elementos contribuíram, decisivamente, para transformar o mercado financeiro no principal mercado internacional. Estima-se que atualmente o volume de transações cambiais se situe na marca de US$ 1.5 trilhões por dia, com parcela predominante de aplicações financeiras.[212]

A diversificação das aplicações financeiras em escala planetária mudou drasticamente o regime cambial mundial. Até 1973, vigorava o regime "Padrão Dólar" (ou regime de *Bretton Woods*[213]) de câmbio fixo, onde as principais moedas do mundo conviviam em regime de taxa de câmbio nominal fixo. Com o aparecimento de enorme mobilidade internacional, ficou, cada vez mais, difícil manter o regime de câmbio fixo e os principais países do mundo optaram por regime de taxa de câmbio flutuante (onde a taxa de câmbio é determinada pelo mercado, embora os bancos centrais também possam intervir nesse mercado). Dada a mobilidade de capital e a ausência de coordenação macroeconômica entre os países desenvolvidos, tem sido grande a flutuação da taxa de câmbio entre as principais moedas do mundo.[214]

Outra mudança (importante do mercado mundial) é a representada pelo aumento da participação das multinacionais na produção e no comércio internacional. Estima-se que pelo menos um terço da produção mundial seja controlada pelas multinacionais e essas entidades têm transferido parcelas crescentes da produção para os países

---

[212] PINHO, Diva Benevides et al. *Manual de economia*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 479.

[213] "O Brasil, ao aderir aos termos do Acordo de Bretton Woods, optou por adotar restrições à conversibilidade de sua moeda corrente, possibilitando assim um controle efetivo sobre os fluxos de capitais estrangeiros no País e de capitais brasileiros no exterior" (CADIER, Christophe Yvan François. "O Brasil e a globalização dos mercados financeiros." *In: Direito global*. Carlos Ari Sundfeld e Oscar Vilhena Vieira (organizadores). São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 281).

[214] SILVA, César Augusto Silva da. *O direito econômico na perspectiva da globalização*: análise das reformas constitucionais e da legislação ordinária pertinente. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 35.

emergentes. O baixo custo da mão-de-obra, as perspectivas de crescimento do mercado interno e o **acesso a recursos naturais** têm transformado esses países em atores cada vez mais importantes no cenário mundial. A internacionalização do comércio, das finanças e da produção é o fenômeno que hoje se conhece como globalização[215] da economia mundial.[216] O que paralelamente possibilitou a visão planetária e além das fronteiras do Estado Nacional da proteção do meio ambiente como um valor planetário do homem-humanidade.

Referências

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, 1992.

ARNAUD, André-Jean. **O direito entre a modernidade e a globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BENJAMIN, Antônio Herman V. A insurreição da aldeia global versus o processo civil clássico. In: **Textos:** ambiente e consumidor. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1996. v. 1.

BIDERDMAN, Rachel; MACEDO, Laura Silvia; MONZONI, Maria; MAZON, Rubens (Organizadores). **Guia de compras públicas sustentáveis**: uso do poder de compra do governo para a promoção do desenvolvimento sustentável. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1996.

[215] Globalização não é um conceito unívoco. Para JOSÉ EDUARDO FARIA é um conceito plurívoco associado, geralmente, a uma nova economia política das relações internacionais, caracterizada pela autonomia adquirida pela economia em relação à política; a emergência de novas estruturas decisórias operando em tempo real e de alcance planetário, a realocação geográfica dos investimentos especulativos, dentre outros (FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 59 a 60).

[216] ARNAUD afirma que com o fenômeno da globalização está ocorrendo uma expansão crescente das multinacionais. Tais empresas são capazes de fazer explodir sua produção graças à existência do fluxo livre de investimentos sem fronteiras e a mudança dos modelos de produção associado ao poder de transação e de barganha das empresas multinacionais em uma economia planetária (ARNAUD, André-Jean. *O direito entre a modernidade e a globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 13).

BRASIL. Constituição (1988). **Emenda constitucional nº 42**, de 19 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc42.htm>. Acesso em: 26 out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 4.029** Distrito Federal. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2227089>. Acesso em: 30 out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n. 134. 297-8–SP**, Rel. Min. Celso de Mello. Diário de Justiça. 22 set. 1995.

CADIER, Christophe Yvan François. O Brasil e a globalização dos mercados financeiros. In: **Direito global**. SUNFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena. (Org.). São Paulo: Max Limonad, 1999.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999.

GOULET, Denis A. **Ética do desenvolvimento**. Trad. Ainda Tavares Delorenzo. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1966.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**: (interpretação e crítica). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

GRAU, Eros Roberto. Proteção do Meio Ambiente (caso do Parque do Povo). In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 702, p. 249, 1994.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional** (Selección). Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

LAFER, Celso. A **reconstrução dos direitos humanos:** um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MAFRA LEAL, Márcio Flávio. **Ações coletivas:** história, teoria e prática. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

MARINHO, Josaphat. **Sociedade e estado no Brasil na transição do século**. Brasília: Senado Federal, 1995.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1993. v. 4.

MACRIDIS, Roy C. **Ideologias políticas contemporâneas**. trad. de Luís Tupy Caldas de Moura e Maria Inês Caldas de Moura. Brasília: Universidade Brasília, l982.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

9

PAGANO, Michael; BOWMAN, Ann . **The state of American federalism**, 1994-1995. In: Publius: the journal of federalism, Easton, v. 25, n. 3, p. 8, 1995.

PINHO, Diva Benevides et al. **Manual de economia**. São Paulo: Saraiva, 1998.

RÊGO, George Browne. Algumas considerações e inferências em torno do artigo do professor Denis Goulet acerca do tema ´Ética do desenvolvimento´, como uma nova disciplina filosófica. In: **Perspectiva filosófica**, v. 3, n. 6/7, p. 109-140, jan./jun., 1995.

SANTOS, Antônio Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito Econômico**. Coimbra: Almedina, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SEN, Amartya A. **Sobre ética e economia**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SEN, Amartya A. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Lucas Teixeira Mottra. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, César Augusto Silva da. **O direito econômico na perspectiva da globalização:** análise das reformas constitucionais e da legislação ordinária pertinente. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 11.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo. (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

UMA REFLEXÃO SOBRE DIREITOS HUMANOS E ECONÔMICOS NO BRASIL: DIGNIDADE, POLÍTICAS PÚBLICAS E FUNDAMENTOS

Rafael Seixas Santos

Mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitario UniCeub e especialista em Direito Público; professor do Curso de Direito do Centro Universitário IESB.

Sumário: I. Introdução; II. Dignidade e direitos humanos de cunho econômico: a tutela do reconhecimento; III. Normas de direitos humanos: textos e preceitos de direito econômico; IV. Direitos Humanos e Econômico: Uma ponte entre o Texto Constitucional e as Políticas Públicas; Considerações finais; Referências.

I. INTRODUÇÃO

Os direitos humanos, ao assumirem o *status* de direitos fundamentais, dispõem de aplicação imediata e possuem ampla relação com a dignidade da pessoa humana – um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e um elemento nuclear da cidadania.

Ocorre que as políticas públicas para o pleno o exercício destes direitos, por diversas vezes, não emanam voluntariamente do Poder Público, por questões de planejamento, de índole orçamentária, ou mesmo pela ausência do reconhecimento de efetivos e práticos fundamentos para uma completa elucidação do desenvolvimento dos direitos humanos, sobretudo porque encerram providências de natureza econômica.

É que a falta de adesão ou de harmonização quanto ao reconhecimento dos argumentos justificadores do conjunto de direitos humanos 'econômicos' (como sendo inerentes à dignidade humana) parece contribuir para a inércia na formulação e implementação das políticas públicas que lhes visem garantir aplicabilidade.

Dada esta hipótese – da dignidade como fundamento dos direitos humanos econômicos – se pode constatar que não há como assegurar cidadania sem dignidade, e não pode existir verdadeira dignidade sem as mínimas garantias econômicas individuais.

É pacífico que a promoção e o desenvolvimento dos direitos humanos produzem reflexos econômicos no processo assecuratório da dignidade humana e, neste sentido, são dela resultantes. Nota-se, também, que tais direitos vêm passando por um processo de elevação ou reinterpretação em razão dos avanços, ao menos teóricos, no social, e na denominada "qualidade de vida". De fato, direitos 'juseconômicos' não são mero instrumento de inserção social dos cidadãos, senão verdadeiro mecanismo efetivador da dignidade humana.

Em virtude da lacuna na justificação e aplicação dos direitos humanos econômicos – sobretudo quando sua efetivação, por diversas vezes, somente se torna possível na via judicial, em uma judicialização da justiça distributiva –, impende discutir como os direitos humanos podem encontrar fundamento na dignidade para que, portanto, componham de modo ordinário (e não judicial) a agenda de políticas públicas.

Assim, o texto cuida de avaliar a hipótese de como os direitos humanos econômicos encontram fundamento na dignidade, haja vista sua indissociabilidade. Neste diapasão, serão analisadas as interfaces e dicotomias entre políticas públicas e seus mecanismos de adoção na satisfação dos direitos pelos atores naturais (Poder Público) e pela via secundária (Poder Judiciário).

II. Dignidade e direitos humanos de cunho econômico: a tutela do reconhecimento

O contexto jurídico-social brasileiro mostra que ainda existe amplo campo para a efetivação de todos os direitos estabelecidos na Constituição Cidadã e um considerável desafio para os governos dos Entes Federados em viabilizá-los ao longo do tempo.

Verifica-se da história recente brasileira que a democracia política não conseguiu resolver os problemas econômicos mais sérios, como, por exemplo, a desigualdade de renda e o desemprego (CARVALHO, 2001, p.199).

O que se percebe, deveras, é a concretização de alguns direitos humanos de caráter econômico em detrimento de outros direitos ou, quando pior, o esquecimento do atendimento de certos direitos por carência de políticas públicas que assegurem sua efetividade – corroendo componentes da cidadania.

Num plano mais concretista, observa-se do desenho político-jurídico brasileiro que as políticas públicas são o elo primário entre o plano constitucional e a efetivação dos direitos humanos de caráter econômico.

De fato, as políticas públicas, enquanto mecanismos de aplicação dos direitos, são a sua própria garantia (MASSA-ARZABE, 2006) e destinam-se, deste modo, à racionalização das prestações coletivas do Estado, para atender anseios sociais e promover a justiça distributiva, inerente à própria natureza dos direitos humanos de caráter econômico em vista de sua jusfundamentalidade.

Ocorre, como já referido, que a formulação e a implementação das políticas públicas que visam satisfazer direitos humanos, por normas de direito econômico, nem sempre são plenas. Por vezes é necessário o reconhecimento por parte do Poder Judiciário do direito (por meio do provimento judicial) para que haja a coerção para a política pública.

Sob outro ângulo, mas na mesma vibração, a importância que o conceito de dignidade da pessoa humana vem elencando enquanto preceito político, filosófico e jurídico, tem reconhecido o princípio como um dos fundamentos dos direitos humanos. Não há, neste arcabouço, como olvidar da ideia kantiana, segundo a qual a dignidade diferencia o ser racional dos demais e, ao lhe conferir autonomia, torna o indivíduo capaz de se autodeterminar (Kant, 2004).

Para posicionar a dignidade como princípio e escopo de interpretação é preciso imaginar um sujeito dotado de valor intrínseco, que dispõe de garantias que o condecoram como um fim em si mesmo, em que pese as consequências que suas ações (ou omissões) possam trazer à sociedade de que faz parte, dado que a dignidade humana condecora um ser racional, que carrega um fim em si mesmo (COSTA NETO, 2014).

Com efeito, a dignidade, como princípio-âncora dos direitos humanos, deve repousar em uma visão política e abrangente, para que se construa uma conceituação comedida de que a dignidade é um instrumento de avaliação da dimensão normativa da Constituição, tendo a função de fundamentar a Ordem Jurídica dos direitos humanos e a Ordem Econômica, sendo, inclusive, fonte de observação e integração (BONAVIDES, 2011, p.105).

Assim, um dos campos de mais acidentado relevo na esfera da dignidade humana é o da sua conceituação e assimilação como fundamento para os direitos humanos.

III. Normas de direitos humanos: textos e preceitos de direito econômico

Como o titular da dignidade ostenta direitos humanos e reclama providências juseconômicas, a concepção expansionista daqueles direitos os erigiu à universalidade, superando o plano doméstico; de modo que o cenário se torna mais complexo a medida que o movimento da internacionalização se intensifica e por ele passam as torrentes de mecanismos e meios de promoção de direitos humanos pela desconstrução de valores individualistas.

Fato é que o ressoar das Declarações – sobretudo a Declaração Universal, de 1945 e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966 – acabou por ensejar uma nova agenda de reivindicações por liberdades e direitos notadamente políticos e econômicos. Em outras palavras, o universalismo abstrato das Declarações impõe as suas consequências: a ideia de anúncios gerais, de cuidar do geral e, por vezes, o sacrifício do particular, tem reverberado até os dias atuais e tem posto à prova, em diversos momentos, a autonomia e o campo de abrangência das liberdades individuais. Não se ignora, todavia, que, socialmente, e em um sentido oposto, valores privados passam a se sobressair em face de valores coletivos (VIEIRA, 2008).

Destarte, as vertentes positivas das generalizações das Declarações fizeram despertar a consciência dos direitos nas minorias, a saber, negros, mulheres, crianças, aldeões... O que impulsionou avanços no reconhecimento dos direitos humanos e, hodiernamente de sua vertente econômica, enquanto arcabouço de desenvolvimento dos "direitos dos cidadãos", eis que, ou nenhum indivíduo tem direitos verdadeiros ou todos tem os mesmos direitos e, "who votes against the rights of others, whatever their religion, color or sex, from that moment abjured their own rights" (HUNT, 2009, p.171).

Em busca dos elementos que informam a categoria "direitos humanos", é de se assumir que autonomia individual sustenta as noções de liberdade e de direitos. Por isso, se verifica que a liberdade é a força-motriz para a igualdade, de modo que, na mesma corrente, "everyone would have rights only if everyone could be seen, in an essential way, as similar" (HUNT, 2009, p.26).

Seguindo a abordagem sobre os direitos humanos de caráter econômico e sua importância político-jurídica memora-se de Alves (2003, p. 115), para quem "todos os

direitos humanos sempre tiveram, e continuam a ter, função reivindicatória, com vistas à alteração do status quo, tanto na esfera internacional, quanto na órbita interna dos Estados".

Emerge, ainda, a ideia de Herrera Flores, defensor de que "não podemos entender os direitos sem vê-los como parte da luta de grupos sociais empenhados em promover a emancipação humana" (2008, p.77), o que lhe põe em posição simétrica a Beitz (2009) e a Donnelly, que assevera:

> Human rights thus provide a moral standard of national political legitimacy. They are also emerging as an international political standard of legitimacy. More precisely, the full legitimacy of regimes that grossly and systematically violate human rights is widely seen as compromised. (…) We have human rights not to what we need for survival but to what we need for a life of dignity (2013, p.21/23).

Por isso, a mudança cultural veiculada no plano internacional, ainda que paulatinamente, assevera que as Instituições devem preconizar a garantia e a promoção dos direitos humanos, sobretudo de vertente econômica. Tal fato decorre da crescente pressão das organizações domésticas e internacionais para que se promovam e 'cumpram' direitos humanos: "domestic human rights organizations demanded that their governments respect human rights and allied with international human rights networks to publicize human rights violations and demand change" (LUTZ; SIKKINK, 2000, p.635).

Deste modo, uma perspectiva histórica do reconhecimento dos direitos humanos pela democracia brasileira é tecida a partir da necessária incorporação interna dos direitos econômicos, encampada por Trindade (1990), Bagnoli (2005) e Piovesan (2012).

IV. Direitos Humanos e Econômico: uma ponte entre o Texto Constitucional e as Políticas Públicas

A Carta de 1988 emprega a dignidade para repelir qualquer agressão ao ser humano, a fim de evitar prisões, torturas, maus tratos e qualquer outra forma de violação da autonomia individual inclusive em âmbito processual.

O argumento central do texto é a altivez do princípio veiculado no artigo 1º, inciso III da CF/88, como valor-fonte conformador de todo o ordenamento constitucional vigente no país, *verbis*: "art. 1º A República Federativa do Brasil, (...) constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana".

Deste contexto desponta a proposta de Bercovici (2005), para se compreender e aplicar a Constituição como uma sistematização da configuração jurídica da Ordem Econômica e dos mecanismos de atuação do Estado no domínio econômico, com a clara função de transformação social, por meio da previsão de tarefas e medidas a serem empreendidas. No mesmo sentido obtempera Cardozo (2011), e leciona Trindade (1997), segundo quem:

> (...) Só se pode conceber a promoção e proteção dos direitos humanos a partir de uma concepção integral dos mesmos, abrangendo todos em conjunto (os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais). (...) A prevalecer o atual quadro de deterioração das condições de vida da população, a afligir hoje tantos países, poderão ver-se ameaçadas inclusive as conquistas dos últimos anos no campo dos direitos civis e políticos. Impõe-se, pois, uma concepção necessariamente integral de todos os direitos humanos (CARDOZO, 2011, p.11).

A ideia é conferir a máxima efetividade à proteção da pessoa humana, por meio da sistematização da dignidade como fundamento. Assim, direitos humanos podem ser promovidos em virtude de condições pessoais de seu detentor porque, tal medida, conforme a interpretação sistemática do texto constitucional, promove a dignidade da pessoa humana.

Em seu turno, as normas de natureza juseconômica, por expressa disposição do texto da Carta Política, e por decorrerem de uma Ordem Econômica fundada em postulados notadamente humanísticos, persegue a justiça social, *verbis*: "art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (...)".

Com tal abordagem conceitual, se recorre à dignidade para fundamentar as mais diversas situações, por meio de um processo de "constitucionalização simbólica" (NEVES, 2012, p.87).

O emprego recorrente do fundamento "dignidade", tanto no texto constitucional, quanto no STF, quanto nas mais diversas arenas políticas, contribui para o seu crescente uso e para a sua invocação nas variadas esferas sociais, a exemplo do regime de preferências subjetivas para o percebimento de precatórios, estatuído pela EC nº 62/2009 (ADI 4425, da Relatoria do Ministro Ayres Britto, sendo Relator para Acórdão o Ministro Luiz Fux). No julgado, dignidade foi posta a ensejar a interpretação de uma norma de cunho econômico para fundar um processo de aquisição de direitos humanos, também de natureza econômica. A dignidade justifica preferir idosos e portadores de deficiência quando do pagamento das verbas, porque o pagamento prioritário promove, de modo razoável, a dignidade da pessoa humana.

Impende rememorar outro caso. Trata-se da aplicação em concreto do critério da renda familiar per capita estabelecido pela o caso da LOAS (Lei de Organização da Assistência Social), quando estabelece que considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.

O STF anotou, no julgamento do RE 567985 (Relator o Ministro Marco Aurélio) que o requisito financeiro estabelecido pela lei vem passando por um processo de inconstitucionalização "decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro)". O fundamento é que o estabelecimento de um valor fixo permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente.

Este é contexto em que os cidadãos devem ser considerados, em relação ao conjunto de posições desiguais que as pessoas e grupos ocupam nas camadas sociais (HERRERA FLORES, 2009, p.96).

Quando a autonomia do indivíduo sofrer ameaças de consideração que tenham o condão de lhe minorar as condições de sobrevivência, se apresenta uma quebra em sua esteira de dignidade, uma violação de seus direitos humanos econômicos. Isto demanda tecer um conceito valoroso e resguardado da dignidade fundamentadora:

> [...] They [the people] have a right to be treated with attitude that these debates presuppose and reflect – a right to be treated as human being whose dignity fundamentally matters. That more abstract right – the right to an attitude – is the basic human right. (DWORKIN, 2011, p. 335).

Ora, o cenário da defesa judicial dos direitos, inclusive com o reclamo para a edição de normas juseconômicas, ocorre porque as políticas públicas para a implementação e exercício destes direitos, por diversas vezes, não emanam voluntariamente do Poder Público (Executivo ou Legislativo): Invocam-se argumentos de planejamento, de reservas financeiras, ou mesmo a ausência de fundamentos pragmáticos para uma completa implementação dos direitos humanos no arcabouço de normas de natureza econômica.

Em virtude do ainda não reconhecimento da justificação e aplicação dos direitos humanos econômicos – sobretudo quando sua efetivação somente se torna possível na via judicial –, não se elucidou um mecanismo capaz de fazer com que os direitos humano-econômicos integrem de modo ordinário (e não judicial) a agenda de políticas públicas.

Dada a inação ou não-efetividade do Poder Público ao promover os direitos humano-econômicos, os indivíduos ou instituições que lhes representem recorrem ao Poder Judiciário que, como instância em que se depositam as esperanças finais e, em uma inflação de legitimidade, promove justiça distributiva, na determinação de políticas públicas.

Neste sentido, as políticas públicas devem ser conhecidas (se existentes) ou exigidas (se ausentes) pelo Poder Judiciário, para que se garantam efetivamente os direitos humanos e seus desdobramentos econômicos, porque somente assim seria possível conjugar os interesses individuais com os coletivos em vista da inação do Poder Público.

Por mais anticonvencional que possa soar, é pela formalização dos direitos humanos econômicos mediante a determinação da implementação de tais políticas através do provimento judicial que, muitas vezes, se obtém uma justiça que promova cidadania.

Por isso, ao Poder Judiciário se apresenta o pesado desafio de desmistificar e incorporar a carga semântica da política pública em suas decisões, no sentido de compatibilizar a justiça comutativa, dentro de cada caso concreto, com a justiça

distributiva, representada pela decisão coletiva formulada por meio dos atos promovidos (ou que deveriam ser promovidos) pelas Funções Legislativa e Executiva do Estado. Eis que emerge um elo secundário entre os direitos humanos de caráter econômico (constitucionais) e sua concretização: o provimento judicial.

É nesse contexto de efetividade das normas constitucionais "humano-econômicas" e da sua não realização fática, de priorização dos direitos e escassez de recursos, que se torna relevante a discussão em torno da invocação da dignidade como fundamento para os direitos econômicos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O texto evidencia o contexto das medidas políticas assecuratórias e desenvolvimentistas de direitos humanos de caráter econômico por meio do estabelecimento da dignidade como fundamento destes direitos.

Os direitos humanos, ao disporem de aplicação imediata, possuem ampla relação com a dignidade da pessoa humana e encerram providências de natureza econômica. Deste modo, a importância que o conceito de dignidade da pessoa humana vem elencando enquanto preceito político, filosófico e jurídico, tem reconhecido o princípio como um dos fundamentos dos direitos humanos.

Todavia, as políticas públicas para a implementação e exercício destes direitos, por diversas vezes, não emanam voluntariamente do Poder Público, por diversos motivos, como planejamento, orçamento, discursos vazios, etc.

O cenário brasileiro é, ainda que judicialmente, desafiador no tocante à viabilização dos direitos 'humano-econômicos': o fundamento da dignidade reclama providências, em virtude da concepção expansionista daqueles direitos, que os erigiu a categoria à universalidade, superando o plano doméstico.

A Carta de 1988 emprega a dignidade para repelir qualquer agressão ao ser humano, a fim de evitar prisões, torturas, maus tratos e qualquer outra forma de violação da autonomia individual. Como visto, tal abordagem conceitual promove um processo de constitucionalização simbólica – a inteligência é conferir a máxima efetividade à proteção da pessoa humana, por meio da sistematização da dignidade como fundamento.

Portanto, explorar os direitos humanos de caráter econômico no Brasil e sua importância político-jurídica por meio da investigação da possibilidade e eficácia da invocação da dignidade humana como fundamento, pode oferecer alternativa de suprimento para a crise de desenvolvimento desta categoria de direitos – notadamente pela dificuldade do estabelecimento de políticas públicas eficazes pelo Estado brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALVES, Lindgren. **Direitos humanos como tema global.** 2.ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

BEITZ, C. **The idea of human rights.** Oxford: OUP, 2009.

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

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional** – São Paulo. Malheiros. 26.ed 2011.

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

_____. STF. **ADI 4425**, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-251 DIVULG 18-12-2013 PUBLIC 19-12-2013).

_____. STF. **RE 567985.** Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 02-10-2013 PUBLIC 03-10-2013).

CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos (Coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Atlas, 2011.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

COSTA NETO, João. **Dignidade humana:** visão do Tribunal Federal Constitucional Alemão, do STF e do Tribunal Europeu**.** São Paulo: Saraiva, 2014.

DONNELLY, J. **International human rights.** Westview Press, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge, MA/London: Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

HERRERA FLORES, Joaquin. **La Reinvención de los Derechos Humanos.** Atrapasueños, Coleción Ensayando. Andalucía, España, 2008.

HUNT, L. **Inventing human rights.** A history. NY: Norton, 2007.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach – São Paulo: Martin Claret, 2004.

LUTZ, Ellen L.; SIKKINK, Kathryn. **International Human Rights Law and Practice in Latin America in International Organization.** v. 54, n.3, 2000, p.633-659.

MASSA-ARZABE, P. H**. Dimensão jurídica das políticas públicas.** In: BUCCI, M. P. D. (Org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. SP: Saraiva, 2006.

NEVES, Marcelo. Abuso de princípios no Supremo Tribunal Federal. *In:* **Revista Consultor Jurídico** (CONJUR), publicado em 27-10-2012.

PIOVESAN, F. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** Saraiva, 2012.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *"***A questão da implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais: evolução e tendências atuais***"*. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte: UFMG, n. 71, 1990.

_____, Antonio Augusto Cançado. *"***Dilemas e desafios da Proteção Internacional dos Direitos Humanos no limiar do século XXI***"*. Rev. bras. polít. int. vol.40 nº 1 Brasília Jan./June 1997.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **SUPREMOCRACIA**. REVISTA DIREITO GV, SÃO PAULO 4(2) | P. 441-464 | JUL-DEZ 2008.

DIREITOS SOCIAIS E O REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS - VÍNCULO JURÍDICO ENTRE OS ANISTIADOS DO GOVERNO COLLOR E A ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA E FUNDACIONAL

Ulisses Borges de Resende

Doutor em Direito pela Universidade de Brasília – Professor do Centro Universitário IESB

Resumo: 1. Análise do vínculo funcional que deve presidir a relação dos servidores públicos da administração federal direta, autárquica e fundacional demitidos, sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho– CLT, durante o governo Collor, que retornaram para os quadros da administração federal direta, autárquica e fundacional, em razão da anistia concedida pela Lei nº 8.878/94. 2. O retorno desses servidores tem obrigatoriamente que se dar sob o Regime Jurídico Único estabelecido pela Lei nº 8.112/90, no mesmo cargo, cujo emprego anteriormente ocupado foi transformado, como determina o artigo 2º da Lei nº 8.878/94. 3. O vínculo trabalhista no âmbito da administração federal direta, autárquica e fundacional é manifestamente inconstitucional. 4. Matéria julgada pelo Excelso STF em definitivo na ADI 449 e em sede liminar na ADI 2.135-4. 5. As contratações realizadas pela administração federal direta, autárquica e fundacional sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, no período de 04 de junho de 1998 até 07 de março de 2008, não são atingidas pelo efeito *ex nunc* da liminar deferida na ADI 2.135-4.

Este artigo tem por finalidade a análise da situação funcional dos servidores públicos da administração federal direta, autárquica e fundacional que foram demitidos no governo Collor de Mello ao tempo em que mantinham vínculo jurídico sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT e que,anistiados pela Lei nº 8.878/94, retornaram também para a administração federal direta, autárquica e fundacional sob o mesmo regime da Consolidação das Leis do Trabalho– CLT.

Há evidente ilegalidade e inconstitucionalidade na manutenção de vínculos trabalhistas no âmbito da administração federal direta, autárquica e fundacional, como se buscará demonstrar.

A Assembleia Nacional Constituinte deparou com estatísticas alarmantes que revelavam acentuado (estima-se mais de 80%) número de servidores contratados pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT no âmbito da administração federal direta e autárquica, em detrimento do vínculo estatutário da antiga Lei nº 1.711/52. Tal circunstância decorreu de práticas do regimemilitar cometidas com o propósito de tornar precária a relação do funcionário público com o Estado de modo a facilitar a demissão

daqueles que não se comportassem de forma dócil ou hostilizassem o regime, sob forte patrulhamento ideológico.

Tal circunstância fez com que o legislador constituinte, do alto de sua competência originária, optasse pela instituição de um único regime para os servidores públicos, por meio das disposições do artigo 39 da Constituição Federal, promulgada em 05 de outubro de 1988, com a seguinte redação original:

> Art. 39/CF – A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

Em obediência ao referido comando constitucional, o legislador ordinário fez editar a Lei nº 8.112/90, instituindo o Regime Jurídico Único – RJU, requerido pela Constituição Federal, no âmbito da administração federal direta, autárquica e fundacional, conforme dispõe o seu artigo 1º: "art. 1º – Esta Lei institui o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas federais".

O artigo 243 da referida Lei nº 8.112/90 submeteu todos os servidores ao Regime Jurídico Único – RJU por ela instituído, bem como, por meio de seu parágrafo 1º, transformou os empregos ocupados pelos servidores em cargos públicos. Vejamos:

> Art. 243 – Ficam submetidos ao regime jurídico instituído por esta Lei, na qualidade de servidores públicos, os servidores dos Poderes da União, dos ex-Territórios, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas, regidos pela Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 – Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, ou pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, exceto os contratados por prazo determinado, cujos contratos não poderão ser prorrogados após o vencimento do prazo de prorrogação.
>
> § 1º - Os empregos ocupados pelos servidores incluídos no regime instituído por esta Lei ficam transformados em cargos, na data de sua publicação.

Como se verifica, todos os empregos ocupados pelos servidores públicos, por ocasião da edição da Lei nº 8.112/90, foram transformados em cargos públicos, de forma que, a partir de 12 de dezembro de 1990, todos os servidores públicos da administração direta, autárquica e fundacional passaram a ocupar cargos públicos.

A única exceção à regra de transformação dos empregos públicos em cargos públicos, no âmbito da administração direta, autárquica e fundacional, determinada pelo acima transcrito art. 243 e seu § 1º, foi estabelecida pela própria Lei nº 8.112/90, em seu art. 251, com relação aos servidores do Banco Central do Brasil. Vejamos: "art. 251 – Enquanto não for editada a Lei Complementar de que trata o art. 192 da Constituição Federal, os servidores do Bando Central do Brasil continuarão regidos pela legislação em vigor à data da publicação desta lei".

Mesmo sendo o Banco Central do Brasil uma autarquia federal, o transcrito art. 251 da Lei nº 8.112/90, determinou que os seus servidores continuariam regidos pela antiga Lei nº 1.711/52, quando estatutários, e pela CLT os que mantinham vínculo trabalhista, estes últimos constituindo esmagadora maioria.

Provocado por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 449-2-DF, proposta pelo então Procurador-Geral da República ARISTIDES JUNQUEIRA DE ALVARENGA, o Excelso Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Excelentíssimo Ministro CARLOS VELLOSO, exercendo seu papel de Guardião da Constituição, declarou a inconstitucionalidade do referido art. 251 da Lei nº 8.112/96. Vejamos como o debate foi sintetizado na Ementa do respectivo v. Acórdão:

> **EMENTA**: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. BANCO CENTRAL DO BRASIL: AUTARQUIA: REGIME JURÍDICO DE SEU PESSOAL. LEI 8.112, DE 1990, ART. 251: INCONSTITUCIONALIDADE.
>
> I. – O Banco Central do Brasil é uma autarquia de direito público, que exerce serviço público, desempenhando parcela de poder de polícia da União, no setor financeiro. Aplicabilidade, ao seu pessoal, por força do disposto no art. 39 da Constituição Federal, do regime jurídico da Lei 8.112, de 1990.
>
> II. – As normas da Lei 4.595, de 1964, que dizem respeito ao pessoal do Banco Central do Brasil, foram recebidas, pela CF/88, como normas ordinárias e não como lei complementar. Inteligência do disposto no art. 192, V, da Constituição.
>
> III. – O art. 251 da Lei 8.112, de 1990, é incompatível com o art. 39 da Constituição Federal, pelo que é inconstitucional.
>
> IV. – ADIn julgada procedente.

A Ementa acima transcrita registra as razões pelas quais o Excelso Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, proclamou a inconstitucionalidade do art. 251 da Lei nº 8.112/90, em face da sua incompatibilidade com o art. 39, *caput*, da Constituição

Federal, transcrito acima. Chaga a ser franciscano argumento: se o regime jurídico é único, no âmbito da administração direta, autárquica e fundacional, não podem coexistir dois regimes.

Como pode ser constatado, portanto, o cerne do debate posto em discussão já foi apreciado pela Suprema Corte brasileira, qual seja, de que no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional somente poderia haver um único regime jurídico, de natureza estatutária, que é o estabelecido pela Lei nº 8.112/90.

Estando em pleno vigor a redação originária do art. 39 da Constituição Federal, foi editada a Lei nº 8.878/94, concedendo anistia aos servidores demitidos pelo governo Collor de Mello nas condições por ela estabelecida, como dispõe o seu artigo 1º:

> Art. 1º É concedida anistia aos servidores públicos civis e empregados da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, bem como aos empregados de empresas públicas e sociedade de economia mista sob o controle da União que, no período compreendido entre 16 de março de 1990 e 30 de setembro de 1992, tenham sido:
>
> I – exonerados ou demitidos com violação de dispositivo constitucional ou legal;
>
> II – despedidos ou dispensados dos seus empregos com violação de dispositivo constitucional, legal, regulamentar ou de cláusula constante de acordo, convenção ou sentença normativa;
>
> III – exonerados, demitidos ou dispensados por motivação política, devidamente caracterizado, ou por interrupção de atividade profissional em decorrência de movimento grevista.
>
> Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, exclusivamente, ao servidor titular de cargo de provimento efetivo ou de emprego permanente à época da exoneração, demissão ou dispensa.

Merecedestaque o fato de que a anistia concedida pelo transcrito art. 1º da Lei nº 8.878/94 abrange tanto servidores da administração direta, autárquica e fundacional quanto empregados de empresas públicas e sociedade de economia mista sob o controle da União.

As condições fixadas pelo transcrito art. 1º da Lei nº 8.878/94 não serão aqui analisadas na medida em que este estudo se limita a considerar a situação jurídica dos servidores públicos da administração direta, autárquica ou fundacional que foram demitidos no governo Collor de Mello, ao tempo em que eram regidos pelo regime jurídico da Consolidação das Leis do Trabalho, e que, uma vez anistiados pela Lei nº

8.878/94, retornaram para a administração direta, autárquica ou fundacional, mas sob o mesmo regime da Consolidação das Leis do Trabalho. Se tais servidores retornaram aos quadros da administração direta, autárquica ou fundacional, é de se presumir que atenderam a um dos requisitos elencados no artigo 1º acima transcrito.

O ponto nodal posto aqui em debate consiste em se saber se o retorno de servidores na administração direta, autárquica ou fundacional, anistiados pela Lei nº 8.878/94, sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho, é ilegal e/ou inconstitucional.

O retorno dos servidores anistiados pela Lei nº 8.878/94 foi regulamentado pelo seu art. 2º. Vejamos a parte da sua redação que interessa a este debate: "art. 2º O retorno ao serviço dar-se-á, exclusivamente, no cargo ou emprego anteriormente ocupado ou, quando for o caso, naquele resultante da respectiva transformaçãoe... (destacamos)"

Como já salientado anteriormente, a Lei nº 8.878/94 anistiou tanto servidores da administração direta, autárquica e fundacional quantoempregados de empresas públicas e sociedade de economia mista sob o controle da União, que são, estes últimos, necessariamente regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, por força do artigo 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal. Esta é a razão pela qual o transcrito dispositivo menciona que o retorno dar-se-á exclusivamente no cargo ou emprego anteriormente ocupado, uma vez que os servidores das empresas estatais são obrigatoriamente regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Entretanto, o Legislador Ordinário demonstrou ter plena ciência do comando contido no artigo 39 da Constituição Federal alusivo ao Regime Jurídico Único, assim como da transformação levada a efeito por meio do artigo 243 da Lei nº 8.112/90, ao dispor que o retorno do anistiado dar-se-á no cargo ou emprego anteriormente ocupado ou naquele resultante da sua respectiva transformação, fazendo nesta parte referência justamente aos servidores da administração direta, autárquica e fundacional.

Todos os cargos ou empregos existentes na administração direta, autárquica e fundacional, em obediência ao comando do *caput* do artigo 39 da Constituição Federal têm, obrigatoriamente, que estar submetidos ao regime jurídico da Lei nº 8.112/90, como determina o parcialmente transcrito art. 2º da Lei nº 8.878/94.

Portanto, não há dúvida de que o retorno de servidores aos quadros da administração direta, autárquica ou fundacional é ilegal na medida em que viola o art. 2º

da Lei nº 8.878/94 e inconstitucional por entrar em testilha com o *caput* do artigo 39 da Constituição Federal, na sua redação originária.

É certo, contudo, que o comando do *caput* do art. 39 da Constituição Federal sofreu alteração com a edição da Emenda Constitucional nº 19/98, que lhe conferiu nova redação. Vejamos: "art. 39 – A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes".

Como se vê, a redação que a Emenda Constitucional 19/98 tentou dar ao *cuput* do art. 39 da Constituição Federal fez desaparecer a expressão "Regime Jurídico Único", o que poderia levar à conclusão de que, a partir de 04 de junho de 1998, seria possível o estabelecimento de vínculo jurídico entre servidor e a administração pública federal direta, autárquica ou fundacional sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho. Tal conclusão seria perfeitamente válida para a admissão de concursados no serviço público, mas não para o retorno de anistiados, cujo regime jurídico já se encontrava determinado em nível infraconstitucional pelo art. 2º da Lei nº 8.878/94, de forma que os que ocupavam empregos públicos, quando das suas respectivas demissões no governo Collor de Mello, que foram transformados em cargos pelo artigo 243 da Lei nº 8.112/90, têm o seu retorno assegurado no cargo resultante da sua respectiva transformação.

Além da ilegalidade do retorno dos servidores anistiados aos quadros da administração direta, autárquica ou fundacional sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho, uma vez que o art. 2º da Lei nº 8.878/94, lhes assegura o retorno no cargo cujos empregos anteriormente ocupados foram transformados quando da edição da Lei nº 8.112, em 12 de dezembro de 1990, a questão também atinge o patamar constitucional.

Por meio da ADI nº 2.135-4/DF, o Excelso Supremo Tribunal Federal, em sede cautelar, declarou a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, no que diz respeito à alteração do *caput* do art. 39 da Constituição Federal, suspendendo os efeitos da pretensa nova redação, com efeito*ex nunc*, a partir de 07 de março de 2008, data da publicação do v. Acórdão, da Ilustre lavra da Excelentíssima Ministra ELLEN GRACIE. Vejamos o título da sua Ementa:

> MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PODER CONSTITUINTE REFORADOR. PROCESSO LEGISLATIVO. EMENDA CONSTITUCIONAL 19, DE 04.06.1998. ART. 39, *CAPUT*, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

> SERVIDORES PÚBLICOS. REGIME JURÍDICO ÚNICO. PROPOSTA DE IMPLEMENTAÇÃO, DURENTE A ATIVIDADE CONSTITUINTE DERIVADA, DA FIGURA DO CONTRATO DE EMPREGO PÚBLICO INOVAÇÃO QUE NÃO OBTEVE A APROVAÇÃO DA MAIORIA DE TRÊS QUINTOS DOS MEMBROS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS QUANDO DA APRECIAÇÃO, EM PRIMEIRO TURNO, DO DESTAQUE PARA VOTAÇÃO EM SEPARADO (DVS) Nº 9. SUBSTITUIÇÃO, NA ELABORAÇÃO DA PROPOSTA LEVADA A SEGUNDO TURNO, DA REDAÇÃO ORIGINAL DO *CAPUT* DO ART. 39 PELO TEXTO INICIALMENTE PREVISTO PARA O PARÁGRAFO 2ºDO MESMO DISPOSITIVO, NOS TERMOS DO SUBSTITUTIVO APROVADO. SUPRESSÃO, DO TEXTO CONSTITUCIONAL, DA EXPRESSA MENÇÃO AO SISTEMA DE REGIME JURÍDICO ÚNICO DOS SERVIDORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RECONHECIMENTO, PELA MAIORIA DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA PLAUSIBILIDADE DA ALEGAÇÃO DE VÍCIO FORMAL POR OFENSA AO ART. 60, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RELEVÂNCIA JURÍDICA DAS DEMAIS ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL REJETADA POR UNANIMIDADE. (destacamos)

Como pode ser observado no título da Emenda a pretensa inovação fazendo ressuscitar a figura do contrato de emprego público no âmbito da administração direta, autárquica e fundacional, não atendeu aos requisitos do art. 60, § 2º, da Constituição Federal, constituindo vício formal de inconstitucionalidade na medida em que a proposta não foi aprovada em dois turnos com aprovação de três quintos dos membros da Câmara dos Deputados.

Vejamos o conteúdo da referida Emenda, onde a matéria fica mais clara ainda, inclusive quanto aos efeitos *ex nunc* da declaração de inconstitucionalidade em sede cautelar, em seus itens 1, 2, 3 e 6:

> 1 A matéria votada em destaque na Câmara dos Deputados no DS nº 9 não foi aprovada em primeiro turno, pois obteve apenas 298 votos e não os 308 necessários. Manteve-se, assim, o então vigente *caput* do art. 39, que tratava de regime jurídico único, incompatível com a figura do emprego público.
>
> 2 O deslocamento do texto do § 2º do art. 39, nos termos do substitutivo aprovado, para o *caput* desse mesmo dispositivo representou, assim, uma tentativa de superar a não aprovação do DVS nº 9 e evitar a permanência do regime jurídico único previsto na redação original suprimida, circunstância que permitiu a implementação do contrato de emprego público ainda que à revelia da regra constitucional que exige o *quórum* de três quintos para aprovação de qualquer mudança constitucional.
>
> 3 Pedido de medida cautelar deferido, dessa forma, quanto ao *caput* do art. 39 da Constituição Federal, ressalvando-se, em decorrência dos efeitos *ex nunc* da decisão, a subsistência, até o julgamento definitivo da ação, da validade dos atos

> anteriormente praticados com base me legislação eventualmente editadas durante a vigência do dispositivo suspenso.
>
> ...
>
> 6 Pedido de medida cautelar parcialmente deferido." (o destaque encontra-se no original)

A Ementa acima transcrita é de claridade solar ao afirmar que em razão dos efeitos *ex nunc* da r. Decisão tomada, em sede cautelar, pelo Excelso Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da ADI 2.135-4-MC/DF, a partir da sua publicação, em 07 de março de 2008, restabeleceu-se o texto original do art. 39 da Constituição Federal.

A declaração de inconstitucionalidade, ainda que em sede cautelar, produz efeito *ex nunc* de natureza repristinatória em relação à redação originária da norma apenas aparentemente revogada, mas, em cuja essência, continuou existindo. Vejamos os termos do artigo 11 e seus parágrafos da Lei nº 9.868/99:

> Art. 11 Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo solicitar as informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido na Seção I desse Capítulo.
>
> § 1º A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito*ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa.
>
> § 2º A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário.

O dispositivo acima transcrito não carece de maiores interpretações ao imprimir efeito repristinatório à norma apenas aparentemente revogada, sendo facultado ao Excelso Supremo Tribunal Federal, como consta dos transcritos parágrafos, adotar outra solução, seja para conceder eficácia retroativa à declaração liminar de inconstitucionalidade, seja para fixar outra data futura de efetividade de sua decisão. A doutrina é uníssona a respeito da matéria, como bem aponta MARCELO NOVELINO (2013, Págs. 284/285). Vejamos:

> Por ser uma decisão precária que *suspende a validade* da norma impugnada, a concessão de liminar produz, em regra, *efeitos ex nunc*. Todavia, em situações

> excepcionais, o STF poderá expressamente conceder-lhe eficácia retroativa (*ex tunc*) (Lei 9.869/1999, art. 11, § 1º).
>
> Salvo expressa manifestação do Tribunal em sentido contrário, a legislação anteriormente revogada pela lei que foi suspensa com a concessão de liminar se torna novamente aplicável (Lei 9.868/1999, art. 11, § 2º). Ocorre, na hipótese, o denominado *efeito repristinatório tácito* (ou *repristinação tácita*).
>
> No tocante aos *efeitos*, a concessão da liminar para suspender o dispositivo impugnado produz eficácia contra todos (*erga omnes*) e *efeito vinculante*, podendo o Tribunal determinar, ainda, a suspensão do *julgamento dos processos* que envolvam sua aplicação. (os destaques constam do original)

No caso da ADI 2.135-4-MC/DF, como demonstrado acima, a Suprema Corte imprimiu efeito *ex nunc*, ressalvando a subsistência, até o julgamento definitivo da ação, da validade dos atos anteriormente praticados com base em legislação eventualmente editadas durante a vigência do dispositivo suspenso.

Portanto, tendo em vista o efeito *erga omnes* da ADI 2.135-4-MC/DF, qualquer ato praticado a partir de 07 de março de 2008, data da sua publicação, que estabeleça vínculo jurídico trabalhista no âmbito da administração pública direta, autárquica e fundacional é manifestamente inconstitucional, desafiando a força, eficácia e autoridade do Excelso Supremo Tribunal Federal.

Assim, nossa conclusão é no sentido de que os servidores demitidos no governo Collor de Mello que ocupavam empregos públicos federais no âmbito da administração direta, autárquica ou fundacional e que retornaram em decorrência da anistia concedida pela Lei nº 8.878/94 para os quadros da administração direta autárquica ou fundacional sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho, encontram-se em situação ilegal e/ou inconstitucional. A situação dos que retornaram sob o regime jurídico da CLT, até 06 de março de 2008, desafia o art. 2º da Lei nº 8.878/94 e os que retornaram após o dia 07 de março de 2008, além de desafiar o referido dispositivo legal, também entra em testilha com o art. 39, *caput*, da Constituição Federal, em sua redação original, restabelecida pelos efeitos *ex nunc* e repristinatórios da liminar concedida pelo Excelso Supremo Tribunal Federal na ADI 2.135-4-MC/DF.

Referências

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional.** 8. ed. São Paulo GEN/Método, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em < https://www.google.com.br/search?q=cf&rlz=1C1GCEA_enBR793BR793&oq=cf&aqs=chrome..69i57j0l5.955j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8>.

BRASIL. **Lei nº 8.112/90.** Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm

BRASIL. **Lei 8878.** Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8878.htm

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 449-2/DF**. Disponível em; www.stf.jus.br.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2.135-4-MC/DF**. Disponível em: www.stf.jus.br.