



Ril

Revista de Informação Legislativa

nº 214

Brasília | abril – junho/2017

Ano 54

SENADO FEDERAL





SENADO FEDERAL

Mesa

Biênio 2017 – 2018

Senador Eunício Oliveira

PRESIDENTE

Senador Cássio Cunha Lima

PRIMEIRO-VICE-PRESIDENTE

Senador João Alberto Souza

SEGUNDO-VICE-PRESIDENTE

Senador José Pimentel

PRIMEIRO-SECRETÁRIO

Senador Gladson Cameli

SEGUNDO-SECRETÁRIO

Senador Antonio Carlos Valadares

TERCEIRO-SECRETÁRIO

Senador Zeze Perrella

QUARTO-SECRETÁRIO

SUPLENTE DE SECRETÁRIO

Senador Eduardo Amorim

Senador Sérgio Petecão

Senador Davi Alcolumbre

Senador Cidinho Santos



Brasília | ano 54 | nº 214
abril/junho – 2017



MISSÃO

A *Revista de Informação Legislativa* (RIL) é uma publicação trimestral, produzida pela Coordenação de Edições Técnicas do Senado Federal. Publicada desde 1964, a *Revista* tem divulgado artigos inéditos, predominantemente nas áreas de Direito, Ciência Política e Relações Internacionais. Sua missão é contribuir para a análise dos grandes temas em discussão na sociedade brasileira e, consequentemente, em debate no Congresso Nacional.

FUNDADORES

Senador Auro Moura Andrade, Presidente do Senado Federal – 1961-1967

Isaac Brown, Secretário-Geral da Presidência – 1946-1967

Leyla Castello Branco Rangel, Diretora – 1964-1988

DIRETORA-GERAL: Ilana Trombka

SECRETÁRIO-GERAL DA MESA: Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho

IMPRESSA NA SECRETARIA DE EDITORAÇÃO E PUBLICAÇÕES

DIRETOR: Fabrício Ferrão Araújo

PRODUZIDA NA COORDENAÇÃO DE EDIÇÕES TÉCNICAS

COORDENADOR: Aloysio de Brito Vieira

EDITOR RESPONSÁVEL: Aloysio de Brito Vieira. CHEFIA DE PRODUÇÃO EDITORIAL: Raphael Melleiro. GESTÃO DE ARTIGOS: Leticia Costa. REVISÃO DE ORIGINAIS: Thiago Adjuto, Vilma de Sousa e Walfrido Vianna. EDITORAÇÃO ELETRÔNICA: Candylena Cordeiro e Rejane Campos. CAPA: Angelina Almeida.

Revista de Informação Legislativa / Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas – Ano 1, n. 1 (mar. 1964). – Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1964. Trimestral.

Ano 1-3, n. 1-10, publicada pelo Serviço de Informação Legislativa; ano 3-9, n. 11-33, publicada pela Diretoria de Informação Legislativa; ano 9-50, n. 34-198, publicada pela Subsecretaria de Edições Técnicas; ano 50-, n. 199-, publicada pela Coordenação de Edições Técnicas.

ISSN 0034-835x

1. Direito – Periódico. I. Brasil. Congresso. Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas.

CDD 340.05
CDU 34(05)

Publicação trimestral da Coordenação de Edições Técnicas
Senado Federal, Bloco 08, Mezanino, Setor 011
CEP: 70.165-900 – Brasília, DF
Telefones: (61) 3303-3575 e 3303-3576
E-mail: ril@senado.leg.br

© Todos os direitos reservados. A reprodução ou a tradução de qualquer parte desta publicação serão permitidas com a prévia permissão escrita do Editor.

Solicita-se permuta. / Pídesse canje. / On demande l'échange. / Si richiede lo scambio. / We ask for exchange. / Wir bitten um Austausch.

CONSELHO

Dr. Bruno Dantas Nascimento, Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília, DF, Brasil / Dr. Bruno Leonardo Câmara Carrá, Faculdade 7 de Setembro – FA7, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Carlos Blanco de Moraes, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal / Dr. Florivaldo Dutra Araújo, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Gilmar Ferreira Mendes, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. José Levi Mello do Amaral Júnior, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Luis Fernando Barzotto, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Luiz Fux, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Marcelo Dias Varella, Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília, DF, Brasil / Dr. Marco Bruno Miranda Clementino, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Maria Tereza Fonseca Dias, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Octavio Campos Fischer, Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Roger Stiefelmann Leal, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Sérgio Antônio Ferreira Victor, Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília, DF, Brasil / Dr. Wremyr Scliar, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil

PARECERISTAS

Dr. Adalberto de Souza Pasqualotto, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Adualdo de Lima Catão, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Dr. Alan Daniel Freire de Lacerda, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Alexandre Luiz Pereira da Silva, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dra. Aline Sueli de Salles Santos, Universidade Federal de Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dra. Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Ana Carla Bliacheriene, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Ma. Ana Carolina da Motta Perin Schmitz Kohlitz, Da Motta & Borges Sociedade de Advogados, São Paulo, SP, Brasil / Dra. Ana Lucia Romero Novelli, Instituto Legislativo Brasileiro, Brasília, DF, Brasil / Dra. Ana Virginia Moreira Gomes, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. André Fernandes Estevez, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. André Karam Trindade, Faculdade Guanambi, Guanambi, BA, Brasil / Dr. André Saddy, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. André Studart Leitão, Centro Universitário Christus, Fortaleza, CE, Brasil / Dra. Andrea Flores, Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dra. Angela Araujo da Silveira Espindola, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil / Dra. Ângela Issa Haonat, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. Antonio Celso Baeta Minhoto, Universidade Cruzeiro do Sul, São Paulo, SP, Brasil / Me. Antonio de Holanda Cavalcante Segundo, Leandro Vasques Advogados Associados, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Antônio Flávio Testa, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Antonio José Maristrello Porto, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Antonio Sergio Cordeiro Piedade, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Arlindo Fernandes de Oliveira, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Artur Stamford da Silva, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Augusto Jobim do Amaral, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Bárbara Gomes Lupetti Baptista, Universidade Veiga Almeida, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Ma. Beatriz Schettini, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Benjamin Miranda Tabak, Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dra. Betania de Moraes Alfonsin, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Betina Treiger Gruppenmacher, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Bruno Camilloto Arantes, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Me. Bruno Cavalcanti Angelin Mendes, Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Bruno César Machado Torres Galindo, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Bruno Meneses Lorenzetto, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Caio Gracco Pinheiro Dias, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dr. Camilo Zufelato, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dra. Carla Reita Faria Leal, Universidade Federal do Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Me. Carlos Alexandre Amorim Rocha, Instituto Legislativo Brasileiro, Brasília, DF, Brasil / Dr. Carlos Eduardo Silva e Souza, Universidade Federal do Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Me. Carlos Henrique Rubens Tomé Silva, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Carlos Luiz Strapazzon, Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, SC, Brasil / Dr. Carlos Magno Spricigo Venerio, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. Carlos Pianovski, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Celso de Barros Correia Neto, Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Cesar Rodrigues van der Laan, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Cláudia Ribeiro Pereira Nunes, Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Cláudio Araújo Reis, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Claudio Ferreira Pazini, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Clayton de Albuquerque Maranhão, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Cristiano Gomes de Brito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Cristiano Heineck Schmitt, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Cynthia Soares Carneiro, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Ma. Daniela de Melo Crosara, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Danielle Annoni, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil / Dra. Danielle Souza de Andrade e Silva Cavalcanti, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Danilo Fontenele

Sampaio Cunha, Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, CE, Brasil / Me. Davi Augusto Santana de Lelis, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Me. Devanildo Braz da Silva, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dr. Diego Werneck Arguelhos, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Dunja Duic, Josip Juraj Strossmayer University of Osijek, Osijek, Croácia / Dr. Edson Alvisi Neves, Universidade do Vigo, Ourense, Espanha / Dr. Eduardo Biao Gomes, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Eduardo Ramalho Rabenhorst, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil / Dr. Eduardo Rocha Dias, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Eduardo Saad-Diniz, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dra. Elaine Harzheim Macedo, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Emilio Peluso Neder Meyer, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Eriberto Francisco Bevilacqua Marin, Universidade Federal de Goiás, Goiânia, GO, Brasil / Dra. Érika Mendes de Carvalho, Universidade Estadual de Maringá, Maringá, PR, Brasil / Dr. Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho, Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, AM, Brasil / Dra. Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro Barza, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Eugênio Facchini Neto, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Fabiana Santos Dantas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Me. Fabiano César Rebutuzi Guzzo, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Fabio Queiroz Pereira, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Fábio Túlio Barroso, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dra. Fabíola Albuquerque Lobo, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Fabricio Ricardo de Limas Tomio, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Me. Federico Nunes de Matos, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Felipe de Melo Fonte, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Felipe Lima Gomes, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil / Dra. Fernanda Sola, Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, SP, Brasil / Dr. Fernando Angelo Ribeiro Leal, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Fernando César Costa Xavier, Universidade Federal de Roraima, Boa Vista, RR, Brasil / Dr. Fernando de Brito Alves, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Fernando Gaburri de Souza Lima, Universidade Estadual do Rio Grande do Norte, Mossoró, RN, Brasil / Me. Fernando Laércio Alves da Silva, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Filipe Lôbo Gomes, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Me. Flávia Orsi Leme Borges, Da Motta & Borges Sociedade de Advogados, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Francisco Antônio de Barros e Silva Neto, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Francisco Humberto Cunha Filho, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Me. Frederico Augusto Leopoldino Koehler, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Me. Guilherme Brenner Lucchesi, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Guilherme Tanger Jardim, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Gustavo César Machado Cabral, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Gustavo Saad Diniz, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Me. Gustavo Silva Calçado, Universidade Tiradentes, Aracaju, SE, Brasil / Dr. Handel Martins Dias, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Heron José de Santana Gordilho, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dra. Iara Antunes de Souza, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Ilzver Matos de Oliveira, Universidade Tiradentes, Aracaju, SE, Brasil / Me. Ivar Alberto Martins Hartmann, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Jacopo Paffarini, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. Jahyr-Philippe Bichara, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Jailton Macena de Araújo, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil / Dra. Jaqueline Mielke Silva, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. João Aparecido Bazolli, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. João Henrique Pederiva, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. João Paulo Fernandes de Souza Allain Teixeira, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Me. Jorge Luis Ribeiro dos Santos, Universidade Federal do Pará, Belém, PA, Brasil / Dr. José Augusto Fontoura Costa, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. José Carlos Evangelista Araújo, Faculdade de Campinas, Campinas, SP, Brasil / Dr. José Diniz de Moraes, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. José Tadeu Neves Xavier, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Josué Alfredo Pellegrini, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dra. Juliana Teixeira Esteves, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Me. Lavinia Cavalcanti Lima Cunha, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Dr. Leandro Novais e Silva, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Leila Giandoni Ollaik, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Brasília, DF, Brasil / Dra. Leila Maria da Juda Bijos, Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Leonardo Martins, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Leonardo Silva Nunes, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dra. Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas, Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dra. Lidia Patricia Castillo Amaya, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil / Dra. Livia Gaigher Bósio Campello, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dra. Luciana Cordeiro de Souza Fernandes, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, SP, Brasil / Me. Luciano Carlos Ferreira, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Luciano Santos Lopes, Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, MG, Brasil / Dr. Luis Alexandre Carta Winter, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Luís Fernando Sgarbossa, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dr. Luiz Caetano de Salles, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Luiz Carlos Goiabeira Rosa, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Luiz Felipe Monteiro Seixas, Universidade Federal Rural do Semi-Árido, Mossoró, RN, Brasil / Dr. Luiz Fernando Afonso, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Luiz Guilherme Arcaro Conci, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte,

MG, Brasil / Dr. Marcelo Antonio Theodoro, Universidade Federal do Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dr. Marcelo Maciel Ramos, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Márcio Alexandre da Silva Pinto, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Marco Aurélio Gumieri Valério, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dr. Marco Aurélio Nogueira, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Marco Bruno Miranda Clementino, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Marco Félix Jobim, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Marcos Jorge Catalan, Centro Universitário La Salle Canoas, Canoas, RS, Brasil / Dr. Marcos Prado de Albuquerque, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dra. Maria Auxiliadora Minahim, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dra. Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dra. Mariah Brochado Ferreira, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Marília Miranda de Souza, Universidade Federal de Rondônia, Porto Velho, RO, Brasil / Mario Spangenberg Bolívar, Pontifícia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina / Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Mauricio Martins Reis, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Mauro Fonseca Andrade, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Max Möller, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, SC, Brasil / Me. Maximiliano Vieira Franco de Godoy, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dra. Melina de Souza Rocha Lukic, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dra. Melina Girardi Fachin, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Me. Michael Freitas Mohalleh, University College London, Londres, Reino Unido / Ma. Mônica Alves Costa Ribeiro, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Monica Paraguassu Correia da Silva, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. Morton Luiz Faria de Medeiros, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Natalia Gaspar Pérez, Benèmerita Universidad Autónoma de Puebla, Puebla, México / Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Neuro José Zambam, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. Nilson Tadeu Reis Campos Silva, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Otavio Luiz Rodrigues Junior, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Me. Pablo Georges Cicero Fraga Leurquin, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Patrícia Borba Vilar Guimarães, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Patrícia Regina Pinheiro Sampaio, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dra. Patrícia Tuma Martins Bertolin, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Patryck de Araujo Ayala, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dr. Paul Hugo Weberbauer, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Paulo César Busato, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Me. Paulo César Pinto de Oliveira, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Me. Paulo Henrique da Silveira Chaves, Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Me. Paulo Henrique Soares, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Paulo Lopo Saraiva, Faculdade Maurício de Nassau, Natal, RN, Brasil / Dr. Paulo Roberto Nalin, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Me. Pedro Augustin Adamy, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Heidelberg, Alemanha / Dr. Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Me. Pérsio Henrique Barroso, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Ma. Priscilla Cardoso Rodrigues, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal / Dr. Rabah Belaidi, Universidade Federal de Goiás, Goiânia, GO, Brasil / Dr. Rafael Fonseca Ferreira, Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande, RS, Brasil / Dr. Rafael Lamera Giesta Cabral, Universidade Federal Rural do Semiárido, Mossoró, RN, Brasil / Me. Rafael Reis Ferreira, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal / Dr. Rafael Silveira e Silva, Instituto Legislativo Brasileiro, Brasília, DF, Brasil / Dr. Raoni Macedo Bielschowsky, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Rejane Alves de Arruda, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dra. Renata Christiana Vieira Maia, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Ma. Renata Queiroz Dutra, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dra. Renata Rodrigues de Castro Rocha, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. Ricardo Maurício Freire Soares, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Me. Ricardo Rocha Viola, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Ricardo Sontag, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dra. Roberta Correa de Araujo, Faculdade de Olinda, Olinda, PE, Brasil / Dr. Roberto da Silva Fragale Filho, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. Roberto Henrique Pôrto Nogueira, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Rodrigo Grazinoli Garrido, Universidade Católica de Petrópolis, Petrópolis, RJ, Brasil / Dr. Rodrigo Luís Kanayama, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Me. Rodrigo Vitorino Souza Alves, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal / Dr. Rogério Mayer, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dra. Roxana Cardoso Brasileiro Borges, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dr. Rubens Beçak, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Rubens Valtecídes Alves, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Salete Maria da Silva, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dra. Salete Oro Boff, Instituição Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. Sandro Marcelo Kozikoski, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Saulo Nunes de Carvalho Almeida, Unicatólica de Quixadá, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Sérgio Augustin, Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, RS, Brasil / Dr. Sérgio Cruz Arenhart, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Sergio Torres Teixeira, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dra. Shirlei Sílmar de Freitas Mello, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Silviana Lucia Henkes, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Sônia Letícia de Mello Cardoso, Universidade Estadual de Maringá, Maringá, PR, Brasil / Dr. Tarsis Barreto Oliveira, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Ma. Tatiana Emília Dias Gomes, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dra. Taysa Schiocchet,

Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Thiago Bottino do Amaral, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Me. Thiago Chaves Gaspar Bretas Lage, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Me. Thiago Cortez Costa, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Tunjica Petrusevic, Josip Juraj Strossmayer University of Osijek, Osijek, Croácia / Me. Valter Moura do Carmo, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil / Dra. Vânia Siciliano Aieta, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Venceslau Tavares Costa Filho, Fundação Universidade de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Vicente de Paula Ataíde Junior, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Wagner Silveira Feloniuk, Instituto de Desenvolvimento Cultural, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Wálber Araujo Carneiro, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dr. Walter Claudius Rothenburg, Instituição Toledo de Ensino, Bauru, SP, Brasil / Dr. Walter Guandalini Junior, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Welton Roberto, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Me. William Soares Pugliese, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Me. Wladimir Paes de Lira, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal

AUTORES

Bradson Camelo é mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB), João Pessoa, PB, Brasil; professor de Direito do Instituto de Educação Superior da Paraíba (IESP), Cabedelo, PB, Brasil; procurador do Ministério Público de Contas da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil. / Bruno Leonardo Carrá é doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; estágio pós-doutoral pela Scuola di Giurisprudenza della Università degli Studi di Bologna, Itália; professor e orientador da Faculdade Sete de Setembro, Fortaleza, CE, Brasil; juiz federal, Fortaleza, CE, Brasil. / Elda Coelho de Azevedo Bussinguer é livre docente pela Universidade do Rio de Janeiro (UniRio), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; doutora em Bioética pela Universidade de Brasília (UnB), Brasília, DF, Brasil; coordenadora de Pesquisa e do Programa de Pós Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), Vitória, ES, Brasil; docente do programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória (FDV) Vitória, ES, Brasil; professora associada aposentada da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), Vitória, ES, Brasil. / Flávio Quinaud Pedron é doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, MG, Brasil; professor adjunto do mestrado em Direito da Faculdade Guanambi, Guanambi, BA, Brasil; professor adjunto da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas), Belo Horizonte, MG, Brasil; advogado. / Itamar de Ávila Ramos é mestrando em Direitos e Garantias Fundamentais na Faculdade de Direito de Vitória (FDV), Vitória, ES, Brasil; promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Espírito Santo, Vitória, ES, Brasil. / Jorge O. Bercholz é doutor em Direito Político pela Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina; doutor internacional em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad de Castilla-La Mancha, Espanha; Professor Catedrático de Teoria do Estado e de pós-graduação e doutorado da Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina; e Professor Catedrático de Sociologia Jurídica e de Metodologia da Investigação da Universidad Abierta Interamericana, Buenos Aires, Argentina. / Marcílio Toscano Franca Filho é pós-doutor em Direito pelo Instituto Universitário Europeu (EUI), Florença, Itália; doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal; professor do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (UFPB), João Pessoa, PB, Brasil; procurador do Ministério Público de Contas da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil. / Marcus Vinícius Barreto Serra Júnior é mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), Salvador, BA, Brasil; especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Baiana de Direito, Salvador, BA, Brasil; graduado em Direito pela mesma instituição; advogado. / Maria Clara Mendonça Perim é mestre em Saúde Coletiva pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), Vitória, ES, Brasil; promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Espírito Santo, Vitória, ES, Brasil. / Mariana Barsaglia Pimentel é mestranda em Direito das Relações Sociais pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, PR, Brasil; advogada atuante no escritório Medina & Guimarães Advogados Associados, Curitiba, PR, Brasil. / Natalia Lacerda Macedo Costa é graduada em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Recife, PE, Brasil; vinculada, na condição de aluna especial, ao programa de mestrado do Centro de Estudos de Brasília, Brasília, DF, Brasil; procuradora federal, com atuação na Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, Brasília, DF, Brasil. / Rafael Diogo Diógenes Lemos é mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), Natal, RN, Brasil; professor de Direito na instituição DeVry-Fanor, Fortaleza, CE, Brasil. / Raquel Lima Scalcon é doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, RS, Brasil; mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Porto Alegre, RS, Brasil; professora na graduação em Direito do Centro Universitário Ritter dos Reis (Uniritter), Porto Alegre, RS, Brasil. / Thomas Vesting é professor doutor na Universidade Johann Wolfgang Goethe, Frankfurt, Alemanha. / Vinícius Silva Bonfim é doutor e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas), Belo Horizonte, MG, Brasil; professor adjunto da Faculdade Arquidiocesana de Curvelo (FAC), Curvelo, MG, Brasil.

Sumário

Autores convidados em língua estrangeira

- 11 *Modern law and the crisis of common knowledge*
Thomas Vesting
- 31 *Las sentencias interpretativas y el control de constitucionalidad
Su utilización por el Tribunal Constitucional de España*
Jorge O. Bercholc

Artigos

- 49 **Sanção jurídica e prevenção**
Qual o lugar das medidas preventivas na Teoria Geral do Direito?
Bruno Leonardo Câmara Carrá
- 73 **Direito laboral a planos de saúde**
Vedação do retrocesso no Sistema Único de Saúde e a PEC nº 451/2014
Itamar de Ávila Ramos
Maria Clara Mendonça Perim
Elda Coelho de Azevedo Bussinguer
- 91 **“Nudge” como abordagem regulatória de prevenção à corrupção pública no Brasil**
Natalia Lacerda Macedo Costa
- 113 **Avaliação de impacto legislativo**
A prática europeia e suas lições para o Brasil
Raquel Lima Scalcon
- 131 **A vinculação do precedente judicial e a segurança jurídica**
Marcus Vinícius Barreto Serra Júnior
- 153 **Direito ao trabalho como elemento de inclusão social da pessoa com deficiência**
Análise da Lei nº 13.146/2015
Rafael Diogo Diógenes Lemos

Os conceitos emitidos em artigos de colaboração são de responsabilidade de seus autores.

- 175 **A eficiência dos Tribunais de Contas no Brasil**
Uma abordagem teórica
Bradson Camelo
Marcílio Toscano Franca Filho
- 189 ***Backlash* às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre união homoafetiva**
Mariana Barsaglia Pimentel
- 203 **A razão pública conforme John Rawls e a construção legítima do provimento**
jurisdicional no STF
Vinícius Silva Bonfim
Flávio Quinaud Pedron

Modern law and the crisis of common knowledge

THOMAS VESTING

Abstract: The relation between law and practical knowledge plays no negligible role in the practice of law. But precise observations of this network of references have been neglected – probably owing to the printing press and the legal codes of nineteenth- and twentieth-century nation-states. In any case, the notion is now widespread that modern law must be described as an autonomous, “positive” law: this is, after all, how the post-1800 legal regime broke with earlier normative orders such as etiquette, morals, convention, and custom (French *coutume*, German *Brauchtum*), and thenceforward exercised its authority by means of a jurisprudence anchored in the institutions of the nation-state – written constitutions, law books, courts, and faculties of law. In contrast to such notions of a normatively closed order of law and a legitimacy secured through state authority, my remarks proceed from the theoretical realization that the codifying successes of modern law cannot be evaluated in isolation from the law’s situatedness in a “cultural and discursive space” of a higher order.

Keywords: Modern law. Common knowledge.

1. Example: business law and business custom

Modern law makes constant reference to practical knowledge. As an example, let us take commercial law. Just as the medieval *lex mercatoria* was formed from the habits and customs of seafaring trade, everyday business in the cities, and so forth,¹ modern commercial law takes as given a set of instituted practices among businesspeople.² Thus the

Autor convidado.
Traduzido do alemão
por Stephen Haswell
Todd.

¹ See Berman (1983, p. 340).

² See Baumbach and Hopt (2014).

codified laws of commerce are, to this day, intimately connected with business conventions, most of which are unwritten: with business-specific etiquette, forms of interaction, or usages, such as the handshake as a means of concluding business; specific forms of measurement, as in the lumber trade; or the (increasingly obsolete) sign language of the trading floor. This dependence of the written law of commerce upon unwritten conventional ways of doing business often means that such conventions take on the character of binding law, so long as consistent use and practice is joined to a consensus view of their lawful character. In the German commercial code, the dependence of codified law upon instituted business practice comes most prominently to the fore in paragraph 346. There it reads: “Concerning the meaning and effect of actions or the lack thereof among business people, the prevailing habits and customs in commercial relations are to be taken into account”.

The first thing we notice in this formulation – “the prevailing habits and customs in commercial relations are to be taken into account” – is that it makes explicit reference to a practical knowledge shared among people of business but not centrally accumulated or centrally available. Whereas the medieval *lex mercatoria* still battled for legitimacy *against* unwritten local laws and customs – for instance the practice, common in England, of arresting foreigners for the debts owed by natives of a fellow citizen, which was abolished by the thirteenth-century Statute of Westminster³ – the codification of large swaths of commercial law in the nineteenth century gave rise to a commerce-specific conglomerate of written and unwritten norms: the direction of reference is *from* the legal code *to* a distributed local knowledge, which points further to an “open system” that constantly restructures itself independently of any higher-order intention. Granted, quotidian usages can themselves be codified into statutes, as in the domestic lumber trade in Germany, where, since 1950, a written set of norms – the so-called “Tegernsee Custom” – has been in force. As a rule, though, the customs to which commercial law refers are marked by their uncoded, unwritten, and at times not even verbally formulated character.

The structure of the conglomerate of written and unwritten commercial law can be further exemplified by the so-called “commercial letter of confirmation”, which concerns the concluding of contracts. While the institution of contract law normally requires two compatible *declarations* of intent, which together manifest a binding intent (in some types of contract, this must be present in writing), in commercial law an imaginary validity is sufficient for the conclusion of a binding contract,

³See Berman (1983, p. 342).

an implication in the sense of the *iura imaginaria* that Giambattista Vico already discerned as typical of Roman law.⁴ The parties to the contract need not even be consciously aware of this implication or fiction: in the case that preceding negotiations – either in fact or in the view of the author of a letter of confirmation – have brought about a contractual relation, and these negotiations are preserved in the letter of confirmation, then the receiver of the letter, if she or he does not react, must yield to the validity of its contents. The declaration of intent is in this case “derived” from the party’s tacit acceptance. This applies even to an individual who is taking part in the relevant sort of contractual relations for the first time and is unaware of the conventions attached.

2. The legal-historical context

The example of commercial law demonstrates that the relation between law and practical knowledge plays no negligible role in the practice of law. But precise observations of this network of references have been neglected – probably owing to the printing press and the legal codes of nineteenth- and twentieth-century nation-states. In any case, the notion is now widespread that modern law must be described as an autonomous, “positive” law: this is, after all, how the post-1800 legal regime broke with earlier normative orders such as etiquette, morals, convention, and custom (French *coutume*, German *Brauchstum*), and thenceforward exercised its authority by means of a jurisprudence anchored in the institutions of the nation-state – written constitutions, law books, courts, and faculties of law. Kant already distinguishes legality from morality, and links this distinction to a difference between inner and outer, associating the authority of law with an externally binding force. In the early twentieth century, with Hans Kelsen’s pure theory of law, this inner-outer split gives rise to the notion of a normatively closed legal order supported by an internal hierarchy (the *Stufenbau* of the legal order), whose validity is theoretically taken for granted (as *Grundnorm* – “Basic Norm”) and must be concretely secured through state power. Even in Luhmann’s systems theory, this positivist legacy remains active. It is true that Luhmann insists that the normatively (that is, operatively) *closed* system of law, which is no longer to be analyzed primarily on the basis of its normative structure but rather on that of the juridical “production of decisions”, must be “cognitively open”. But with the notion of a cognitively open system of law, the activity of practical knowledge

⁴ See Vico (1976, p. 389).

within the legal order is nonetheless reduced to the status of “factual knowledge.” Moreover, according to Luhmann’s basic assumption, this “factual knowledge” is absorbed into law in a manner that follows from and conforms to the internal rules of the legal system.⁵

In contrast to such notions of a normatively closed order of law and a legitimacy secured through state authority, my remarks proceed from the theoretical realization that the codifying successes of modern law cannot be evaluated in isolation from the law’s situatedness in a “cultural and discursive space” of a higher order.⁶ My point of departure, however, is not a critique of legal positivism from the side of natural law, as was undertaken by Gustav Radbruch, for instance, after the end of the Nazi regime in Germany. This and similar debates remain too fixated on the idea of an autonomous “positive” law. My aim is rather to ground a cultural-historical (media-theoretical) perspective on modern law, one that accentuates the way in which the normativity of law depends upon a common knowledge permeating the subject of law like a “second nature.” Modern law always already maneuvers inside the framework of cultural orientations that transcend it, “cultural texts” in the sense of Aleida and Jan Assmann,⁷ a framework of intensified “binding nature” or “binding authority” (*gesteigerte Verbindlichkeit*); e.g. rules of social behavior or narratives about a common concern, which belong to the self-image of a group and hence also to the “expressive

potential” of individuals.⁸ Another component of this framework of cultural orientations is a common practical knowledge, without which the legal coordination of actions cannot be thought. – Against this backdrop I will unfold the argument in three steps. Under the heading “social epistemology” I will introduce a few thoughts about the grounding of knowledge in social practices and forms of life. Then I will give a historical dimension to these considerations, under the heading “historical epistemology.” Finally, I will sketch a three-phase model of the changing structure of reference between law and practical knowledge in the history of modern law.

3. Social epistemology

In contrast both to the modern theory of knowledge since Descartes and to the tradition of analytic philosophy, “social epistemology” sees all practices of knowledge as embedded in society.⁹ Knowledge is not generated on the inside of an insular subject, through the sense-perception of objects in the outside world and on the basis of pure logical thinking. Rather, social epistemology departs from the premise – which it shares with the common-sense philosophy of the Scottish Enlightenment – that the generation of knowledge is tied to a social activity of reasoning and is always dependent on the knowledge of others.¹⁰ If we bring together this “neighborly” model of

⁵See Luhmann (2004, p. 117). For a critique see Ladeur (2010a, p. 131) (In contrast to Luhmann, Ladeur conceptualizes experience as a hybrid concept. For him experience is a process which integrates cognitive, practical and normative elements).

⁶This term is used by Bender and Wellbery (1996, p. 79).

⁷See Assmann, J. (2005, p. 104).

⁸See Descombes (2013, p. 231), who – following Cornelius Castoriadis – speaks of institution-giving power in contrast to the constituent power and who subordinates the latter to the first.

⁹For an overview see Wilholt (2007, p. 46), Krämer (2015, p. 223) and the contributions in Loenhoff (2012).

¹⁰See Reid (1786); for the connection of moral judgements and social relations in Adam Smith’s work (Reid’s predecessor) see Raphael (2007).

knowledge production with the processes of the transfer of knowledge between persons and the problem of credibility, then we can say, with Sybille Krämer: any production of knowledge presupposes “a circulation of acts of witnessing at the societal level.” Such “attested” knowledge then provides “the soil and the reservoir” for all practices of knowing; this certifies that *all* epistemology is “a thoroughly social epistemology”.¹¹

Social epistemology pictures knowledge as distributed within societal reference networks, not as centralized inside a meaning-endowing subject. Knowledge can thus also not simply be appropriated (by a single subject), let alone “constituted”, as it is highly dependent on practical abilities and personal aptitude. All knowledge, from preparing food to building a house, rules of conduct in the family, the formulating of norms for the interpretation of legal texts, or the activities of scientific discovery in the lab, includes a component that cannot be fully articulated or that must be covered over from the start. This not immediately knowable or perhaps never knowable component of knowledge is nowadays most often designated by the concept of “implicit” or “tacit knowledge”, a concept that can be traced to Michael Polanyi, who was active first in Germany as a physicist and chemist, and later in England as a theoretician of science.¹² Polanyi’s idea of tacit knowledge goes together with a style of thinking that is fundamentally critical of subjectivity, one according to which the production of knowledge always already occurs within a “cultural machinery of language and writing” that “rids us of the absurdity of absolute self-determination” (POLANYI, 1983, p. 91).

¹¹ See Krämer (2015, p. 254-257) and Augsberg (2014, p. 80).

¹² See Polanyi (1969, p. 142-161), Schützeichel (2012, p. 108-112) and Rheinberger (2005, p. 62).

For Polanyi, implicit knowledge is a kind of acquired intuition, as manifest prototypically in the master craftsman (SCHÜTZEICHEL, 2012, p. 115).¹³ The skills of, say, a carpenter, the individual “handiness” he has, the level both of design and of workmanship at which his wares are produced – these are as dependent on implicit knowledge as is his ability to pass on his craft to colleagues and apprentices. Implicit knowledge, in this view, is always bound up with everyday practices; it cannot be made explicit – at least, not without some loss – and can only be taught and passed on from person to person.¹⁴ Similar considerations had already underpinned the scientific philosophy of Ludwig Fleck in the interwar years. Especially pertinent in our context is the distinction Fleck draws between “experience” (*Erfahrung*) and “expertise” (*Erfahrenheit*). “Experience” makes reference to a cognitive dimension, the ability to correctly judge and evaluate an everyday situation, a work, or an object. By contrast, “expertise” enables one “to embody to an extent estimations and judgments in the process of gaining knowledge, in other words, to think with tools and hands” (RHEINBERGER, 2005, p. 62). Converting skill and practical ability to a kind of natural capacity, however, is a process that resists all forms of rationally formulable control. “Expertise *must* be learned – this is inherent to it – and yet at the same time it exceeds what *can* be learned in an explicit sense” (RHEINBERGER, 2005, p. 62).

Both Polanyi’s “tacit knowledge” and Fleck’s “expertise” privilege practical over scientific knowledge. Like later scientific theorists such as Ian Hacking and Bruno Latour, Polanyi and

¹³ See Kogge (2012, p. 31) and Rheinberger (2005, p. 61-62).

¹⁴ See Ladeur (2014, p. 103-111). Quotes Collins (2010, p.161): “We do not know how it works, nor the mechanisms by which individuals draw on it”.

Fleck attempt to prove that our knowledge rests upon concrete forms of life and activity, which do the work of opening up the world to our knowledge in a fundamental sense. Only with this opening-up, say these theorists, is that trust in the world established that is essential for social action, and only thus do encounters between the self and everyday things become possible (SCHÜTZEICHEL, 2012, p. 114).¹⁵ More generally, their insight is “that a knowing-*how* always takes precedence over a knowing-*that*. Pragmatic action enjoys epistemological priority over the sphere of theoretical reflection” (LOENHOFF, 2012, p. 16; SCHÜTZEICHEL, 2012, p. 108-113). Hans-Jörg Rheinberger expresses the same thought as follows: “In Polanyi’s view, tacit and explicit knowledge coexists not simply as two forms of knowledge on the same plane. He departs from the primacy of tacit knowledge and claims that all knowledge, from the everyday action of riding a bicycle all the way to acts of scientific discovery, either has a tacit component or is at least rooted in tacit knowledge. For Polanyi, fully articulated knowledge is one of great but doomed illusions of analytic philosophy” (RHEINBERGER, 2005, p. 63).¹⁶

The privilege that social epistemology gives to practical knowledge is further supported by the fact that explicit knowledge is coupled to a particular form of perception, namely “focal attention”, which for its part rests upon another, namely “subsidiary attention”. When one hammers a nail into the wall, one’s focal attention is on the nail; subsidiary attention, on the other hand, attends to the hammer, without whose action there would be no focal experience and no trustworthy objects (RHEINBERGER, 2005, p. 63).¹⁷ In other words: we understand things “by virtue of our familiarity with a whole interconnected network of ‘assignments’ (*Verweisungen*) and interrelated possibilities” (PIPPIN, 2014, p. 104). Hammer and nail are thus not mere things, lumps of matter onto which the acting subject as it were retroactively projects usefulness. The things are rather originally characterized by our own “being able to use them” (PIPPIN, 2014, p. 104). By the same token, explicit knowledge only becomes understandable against the backdrop of implicit practical abilities and always-already meaning-endowed “situational totalities”.

All explicit knowledge is woven into a network of implicit knowledge; it presumes, returning to the terminology of Sybille Krämer,

¹⁵ See Vattimo (1997, p. 108), who speaks about the Heideggerian idea of a “destiny of Being” “that is articulated as the concatenation of openings of the systems of metaphors that make possible and qualify our experiences of the world”.

¹⁶ See Ong (1977, p. 45) (“total explicitness is impossible”).

¹⁷ See Polanyi (1969, p. 138) and Schützeichel (2012, p. 116).

an “attested” or “witnessed” knowledge whose structure is for the most part oral or pre-linguistic and which can only be secured and passed on through listening, watching, imitating, experimenting, practicing, etc.

4. Historical epistemology

Social epistemology accentuates the societal constitutedness of knowledge. Cognition is conceived in the form of a societal process, which always already assumes a kind of knowledge that “runs alongside” and “can never be fully thematized and made explicit in communication” (LUHMANN, 1990, p. 122). This is true of knowledge on the whole: not just practical, everyday knowledge but also scientific knowledge contained in writing, printed books, and computer networks has to be understood as embedded in social and cultural structures. Even scientific knowledge incorporates elements of social context and cultural norms; it is never the result of a pure conceptual and methodical instrumentarium proceeding from a knowing subject’s conscious performances – as is still widely taken for granted in legal theory.¹⁸ Moreover, (juridical) concepts and methods must be understood more as experiences than as “object-constitutive” forms of thinking – as experiences that others have had and that, with the aid of writing, can make up a standing tradition that need not constantly be learned anew from fresh experience.¹⁹

The decisive point for social epistemology is hence the claim that epistemology does not find its object in the “connaissance” of a subject, but rather in a process of “savoir” bound up with “the structure of a practice” (RHEINBERGER, 2010a, p. 72). The individual subject “does not appear as titular” of this practice, but merely a “temporary participant” in it (RHEINBERGER, 2010a, p. 72). In place of the subject’s cognitive relation to the world, we find an understanding of knowledge “as an always technically and culturally implemented process” (RHEINBERGER, 2010b, p. 19). Social epistemology, precisely considered, must then be thought of as both social and historical. Beside the consideration of the social and cultural constitution of all knowledge, there must be a reflection “on the historical conditions *under* which, and the means *with* which, things are made into objects of knowledge. It focuses thus on the process of generating scientific knowledge and the ways in which it is initiated and maintained” (RHEINBERGER, 2010a, p. 19). With a certain concision, we could say that knowledge is

¹⁸ See Kelsen (2008, p. xi-xxxv).

¹⁹ See Rheinberger (2010a).

dependent on “styles of thought” and “habits of perception” that rely not on timeless laws but on a process of historical shifts and “in-built internal outbreaks” (Gaston Bachelard). And because such shifts and breaks must also be expected to occur in future, they keep all knowledge “in a state of permanent lack of closure” (RHEINBERGER, 2010a, p. 32).

5. Law and its referential context of instituted practices

Modern law and the practical knowledge accompanying it are dependent on instituted practices that are not fully susceptible to conscious knowledge and influence. Every formal legal operation refers us back to a world of obligations and conventions that are neither given in nature, nor assimilable to an autonomously conceived “positive” law. Laws (*Gesetz*) and the legal system (*Recht*) are always woven into “a whole interconnected network of ‘assignments’ (*Verweisungen*) and interrelated possibilities,” which in turn refers back to a “practical world of significance” and its “prepropositional familiarity” (PIPPIN, 2014, p. 104).²⁰ Just as the law of commerce always presumes commercial conventions to be actually in force, the judge must already speak a language and inhabit a semantic world before he can interpret a legal text or pronounce and justify a decision. And because instituted practices not only generate knowledge but also “commitments, attestations, and trust, without which knowledge is incapable of being

connected to anything” (LADEUR, 2012, p. 220-250), the authority of law, the binding force of law – what legal positivism terms “legitimacy” – cannot be generate only by formal legal operations on the part of systems that intervene in society, by judicial actions, by administrative decisions or university dogma.

Modern law is bound up with linguistic semantics and naturalized linguistic usage – and just this usage refers us back in turn to prior practical experience of a shared nature. Wittgenstein’s pragmatic philosophy of language rightly puts emphasis on the fact that no linguistic process of understanding is thinkable in the absence of a common knowledge underlying it. “There must be agreement not only in definitions but also (queer as this may sound) in judgments” for linguistic understanding (WITTGENSTEIN, 1953, p. 88e). This formulation carries much consequence. It implies no less than that participants in a linguistic community must proceed in a completely synchronized manner with regard to linguistic usage, must be “mutually *attuned* top to bottom” (CAVELL, 1999, p. 32). All capacity for judgment in language is dependent on a group of people being fundamentally, reciprocally attuned to each other; dependent on the customs, habits, and institutions that make up a form of life. This fundament of presuppositions can also be ascribed, as Hans Blumenberg does, to a “rationality” anchored in the “life-world”, a rationality that according to Blumenberg is distinguished precisely by its “lack of a foundation” (*Begründungslosigkeit*).²¹

²⁰See Pippin (2005, p. 145): “there are no original, natural oughts; there are always [...] results, commitments [...] This is the heart of the claim that there is no *prereflective* or natural human experience of the human; there is rather only the implicitly reflective, already ‘negative’, not yet fully explicitly reflective human experience, if it is to count as human”.

²¹See Blumenberg (2010, p. 90). Wittgenstein’s analysis of the authority of following rules also amounts to the image of a consolidated implicitness. Here, too, the focus is on practical ability, a rule-governed behaviour, of which the person following these rules is not aware. “When I obey a rule, I do not choose. I obey the rule blindly” (WITTGENSTEIN, 1953, p. 85e).

This means that all explicit knowledge of juridical rules – lawmaking, judging, and legal dogma – is attached to criteria that have to be presupposed as generally valid and that open themselves up to theorization only in retrospect. This is exemplified in juridical hermeneutics. Explicit juridical-hermeneutic knowledge can be written into a canon in the form of rules for interpretation and argumentation, with the purpose of establishing a communal professional orientation for the explication of legal texts. But the essence of legal hermeneutics is in no way bounded by a *juridical* methodology, the methodology transmitted via the professional education of jurists. Juridically disciplined interpretation, rather, must necessarily participate in the reproduction of an intertextual network of reference, and thereby takes part in the upholding of a pragmatic world of law, one which, for its part, cannot be separated from the contexts and cultural norms that surround it, including their various respective histories – of language, mores, customs, habits, conventions, etc. When paragraph 185 of the German penal code criminalizes insult and libel, the printed text refers to an unwritten code of honor, whose validity and actuality in quotidian social life must be presumed. In other words: the juridical invocation of libel and the search for criteria in the light of which the judge can say that this or that utterance is libelous in the eyes of the law presuppose a common knowledge, a “convergence of judgments” on insult and libel.

We can therefore join Karl-Heinz Ladeur in departing from the premise that practical knowledge “stands always in a historically variable situation of contextual correspondence and reference to legal concepts, which without this would be of no use” (LADEUR, 2014, p. 103-108). Modern “positive” law correspondingly refers back to practical knowledge, mores, customs, habits, conventions etc., and this entire structure of reference between law and instituted practice can only be conceived as dependent on time and context, in line with social and historical epistemology. We must therefore also posit that the entire structure of law and practical knowledge undergoes processes of historical transformation, shifts of meaning, and changes in the “style of thought”. If we confine ourselves to modern law and its connection to instituted practice (leaving aside the question of the relation between law and common knowledge in the middle ages and antiquity),²² we can distinguish three “styles of thinking” or “habits of perceiving”: a bourgeois-liberal, a group-pluralistic, and a network-like culture. These distinctions are not intended in the sense of a historical progression,

²²For this dependency in the case of the athenian democracy see Ober (2008) and Ezrahi (2012).

but serve to sketch out a multilayered image of differing, interwoven, and conflicting structures of knowledge and law, in which history is not merely that which has been, but retains its presentness within the legal culture of modernity.²³

6. Generally accessible knowledge from experience

In the center of bourgeois-liberal culture stands the general rule of law, itself referring back to a generally shared, generally recognized (implicit) knowledge. The general rule of law in Germany owes its impetus not least to the overreaches of the monarchy. It was against the latter that the jurists rebelled, with a strategy of “excarnating” the king for the sake of the objectivity of (“un-incarnated”) legal texts.²⁴ Savigny had already made the connection between “positive” law and the *Volksgeist* or “spirit of the people” as its instance of authority, in other words, an invisible or non-corporeal binding force; and he portrayed the bourgeois jurists themselves and their abstract law as the representatives and spokespersons of this spirit. The later nineteenth century saw the jurists concentrate increasingly on the printed law and ultimately on the law book or legal code as textual ideal (AUGSBERG, 2017). The rise of the law book (*Gesetzbuch*) is itself inseparable from the increase in lawmaking activity on the part of the ascendant nation-state. The law is now bound to respect only the common utility and is no longer legitimated by tradition and divine sanction. In this sense

even the monarchical state was able to set the law in motion, to prize it loose from local and city jurisdictions and reorganize it, on a higher level of generality, as a medium for the coordination of actions among strangers. To paraphrase Monika Dommann: not only in the area of music did nineteenth-century law equate progressive qualities with the abandonment of tradition and lift written signs above knowledge handed down orally (DOMMANN, 2014, p. 41).

Once we attend to this historical context it quickly becomes clear why we must not make a voluntaristic misreading of the liberal legal culture of written constitutions and law books. It is true, the general law is imagined as the expression of the sovereign will of a respectable subject. The will of the sovereign, however, can articulate itself only in the medium of written law texts and thereby undergoes an objectification: the law becomes general, that is, non-instrumental, non-goal-directed, formulated;²⁵ and by means of its articulation in written language it remains in contact with the accumulated store of real experience and with ordinary semantics and everyday speech. Moreover, in this intertextual network not only the lawgiver is supposed to be a respectable subject, but the addressees of the law as well: in the civil code, for instance, the person is taken to be a basically reliable and predictable partner to contracts, one who can be trusted even outside of personal circles of acquaintance and family relations. The emerging law of copyright endows the author, for his creative powers of invention, with individual rights – and thereby presupposes the integrity of the author as a person under the law. The same is true for the legal agents

²³ In favour of such a model regarding cultures of subjects see Reckwitz (2010). For legal theory see Ladeur (2010b, p. 143).

²⁴ See generally Koschorke (2006, p. 29) and Assmann, A. (2011, p. 116-117).

²⁵ Thus it is about “relationship in terms of rules” (Michael Oakeshott). Also Nardin (2001, p. 202-203).

of the state, for instance the judge. The judge is one who, in the process of applying the law, takes the will of the law *as if* it were a will “given by a power *higher than himself*” (LABAND, 1964, p. 178, emphasis added).

In bourgeois-liberal legal culture, the structure of reference obtaining between the law as explicit juridical norm and the networks of practical knowledge that rest upon an artificial ground of convention is determined by the generality of experience distributed among society. It is hence taken for granted (and could be presumed through history as well) that everyone has or at least can have access to practical knowledge and its prepropositional familiarity. This applies for instance to standards of care or to the legal concepts by which the threshold of harms and “damages” – a concept so central to bourgeois-liberal law – is determined. Thus the concept of culpability that triggers liability in business law refers back to a normal condition of things, to a conception of normal usage on the basis of which the value and usefulness of merchandise are determined. The carriage that arrives with spots of rust and cracks in its lacquer infringes upon certain things taken for granted in the carriage trade, and can therefore be sent back. The same does not apply, however, to secondhand carriages.

Hence the kinds of experience and knowledge accumulated by citizens in horizontal relation to each other, beyond the boundaries of traditional relations, gain significance as opposed to the kind of vertical knowledge that stems from the king and his advisers.²⁶ The same applies to public law, for instance the police, when it restricts police action to the guaranteeing of public

²⁶ See generally (using the historical example of the early USA) Egan (1999).

safety and order and excludes social-welfare interventions that transgress those bounds. Policing law thereby refers ultimately to the practices and conventions found in society, which require no special royal decree or which are in fact immune to such. In particular areas of bourgeois law, such as commercial law, the subject of common knowledge is ultimately exchangeable: here it is the collectivity of businesspeople to whom specific business experience is ascribed. In any case, it is always a distributed, generally available knowledge, always experiences that can be had by anyone, that form the basis. One can say, vice-versa, that bourgeois-liberal legal culture rests on a close connection between explicit legal norms and implicit knowledge, and helps to secure, by means of this connection, a unified understanding of both complexes of meaning.

7. The knowledge of groups

Perhaps it is no accident that by the end of the nineteenth century, a social and historical epistemology that went beyond the classic philosophical tradition was already beginning to take shape. Hans-Jörg Rheinberger has done more than anyone to show, in various publications, how this epistemology relativizes the notion of an all-encompassing and unified science with physics at its center. The (single) ideal of a theory of knowledge oriented around the general mathematical laws of natural science becomes plural, and is replaced by the idea of a multitude of spatio-temporally distinct practices of knowledge production, “style of thought”, and “habits of perception”. Ludwig Fleck gives voice to this transition from the theory of knowledge to epistemology by, among other things, embedding epistemology from the start in a

social and cultural structure that transcends the elementary subject-object relation. “Wherever and whenever we begin, we are always already in the midst of things” (RHEINBERGER, 2010b, p. 28). And for Fleck, this being “in the midst of things” means first of all that the individual scientist can no longer be understood as a sovereign authorial subject, but only as always already entwined in various *thought collective*. All this goes to imply that we can never get rid of the individual’s dependence on the experience, conventions, and practical working conditions of a particular community of scientists – for example that of the chemical laboratory.

Along with science, the bourgeois-liberal legal culture of the late nineteenth century was also expanded and transformed by a “style of thinking” oriented toward the collective. The various “interests” arising in society, and a view of “law as a means to an end” (*Der Zweck im Recht*, to take the title of Rudolf von Jhering’s book), began to encroach upon the previous orientation toward law in general and communal practical knowledge. Legal culture gradually opens itself up to new institutional conditions and the practical experiences arising from them. In the 1930s, in the light of the demands that the new medium of radio made with regard to the “reachability” of its listeners, Benjamin (2002, p. 396-398) spoke of “grouping” (*Gruppierung*) as the decisive feature of the new epistemological situation.²⁷ Taking up this formulation, one could say that the new epistemology is defined by the experience of grouping: practical (implicit) knowledge is now filtered through a plethora of group standards, structured now more strongly than before “according to social strata, areas of interest, and environment” (BENJAMIN, 2002, p. 398). In contrast to the sovereign respectable subject of bourgeois-liberal culture, breaking free of the constraints of tradition and working out its newly won autonomy, the subject of grouping lives “more in his relations” (LETHEN, 2002, p. 189). The employee, with his or her extroverted social orientation, is a paradigmatic subject of grouping (RECKWITZ, 2010, p. 409).

The epistemology of grouping hangs together with a social world composed of collectives. Here the unity and generality of the law and of practical knowledge are rendered very much relative in their meaning, and confronted with the increasing significance of a plurality of group structures, which come to determine practical knowledge as well. Correspondingly the meaning of “positive” law now depends on the forces, groups, organizations, and milieus operating in a social field – as was always the case in the law of commerce. This shift in law in

²⁷ See Weber (2004, p. 110).

general and in the scientific climate is driven in the first place by the increasing significance of large-scale mass production enterprises and an expanding state bureaucracy. Both developments lead to an increasing orientation toward specialized knowledge, often requiring experts: one might think, for example, of the rise of self-imposed standards in the technical industries and the group probabilities in effect there.²⁸ Thought collectives among, say, electrical engineers, have more and more influence on rules and conventions, on the meaning of legal texts and thereby on legal culture's understanding of itself. Knowledge – of technical norms, in this instance – becomes refracted. Besides distributed knowledge that is in principle available to anyone, there emerges a knowledge dependent on particular groups – often on cartels – which can also be deployed strategically in the service of particular interests.²⁹

What the rise of group epistemology means for legal culture can be gleaned from changes in juridical hermeneutics: in place of the “passive” subsumption of particulars under general laws, we now find a notion of the “legal labor” (*Rechtsarbeit*) performed by the interpreter,³⁰ which is tied to the circumstances of industrial society – the idea of the concretization of the law by way of the production of “practical concordance.” Juridical interpretation now necessarily refers to prior self-interpretations, to a plurality of actual interests, self-understandings, and worldviews in various fields of significance – industry, the press, the artist, the partner to an agreement, the school, science, etc. These fields of significance structure the space of possible

relevant interpretations in advance and thereby raise, among other things, the novel problem that the self-understandings in question may conflict with one another. This leads to a state of affairs in which the understanding of the law is detached from the implication of an inherent generality: the interpretation of the law now takes its cue from an “open society of interpreters”, allowing for more flexibility in the process of interpretation and replacing the idea of a unity of the law – and the assumption of a stable and accessible practical knowledge – with the idea of a sought-after consensus or compromise among divergent formations of interests and values.

The novelty of the epistemology of grouping – once again to use a slightly different formulation – is that the law can no longer refer to generally shared values and a common practical knowledge, but instead becomes more and more dependent on group-based coordinations, detached from general public norms, general laws and expectations. The “positive” law of the state becomes dependent on prior, group-based structuration. Individual provisions for sickness, age, and the loss of work are supplemented by a complex social insurance system, the experience of individuals replaced by statistical knowledge; an author's copyright yields to the standards of utilization collectives; bourgeois literary and theater culture is replaced, including in terms of state financing and support, by broadcasting institutions conceived according to the needs of groups. Wherever and whenever the individual enters into action, she or he is always already in the midst of things, entangled in a world of collectives, connected to a network of “assignments” and interconnected possibilities that for its part refers to a practical world of significance shaped by specialized group knowledge and its prepropositional familiarity.

²⁸ See Ladeur (2010b, p. 143-147) and Ladeur (2010a, p. 131).

²⁹ See Vec (2006, p. 165).

³⁰ See Müller (1994, p. 246).

8. Network-dependent knowledge

The most recent development in the legal and scientific culture of modernity can be described as a transition from a plural group paradigm to a network paradigm. The new network epistemology's models and structures, however, are not easy to grasp and describe. What appears decisive is on the one hand a weakening of the "pre-structuring" effect of groups and organizations on the self-interpretation of the societal fields of significance and their normative orders: in place of relatively stably anchored group milieus (firms, associations, parties, etc.), we find a sort of permanent liquidation in which the processes of the production of knowledge become fluid and dynamic. On the other hand, the knowledge collected and articulated on the part of groups is overlaid with new specialized knowledge belonging to new epistemic communities. The differentiation of professional knowledge in high-tech industries, for instance (computer technology, nanotechnology, biotechnology and so forth), brings with it a relaxing of traditional organizational borders: the firm, or even individual units within the firm, open themselves up to shared projects, in order temporarily to network with other firms and units. Practical knowledge thus becomes project-dependent and manifests itself as a "swarm", e.g. in the experimental like development of new software or hardware in the Silicon Valley computer industry in which no foreseeable results can only be legally structured after the fact.³¹

This means that practical knowledge is now curated in micro-epistemic communities, such as entities in the financial markets industry. These entities cannot, however, be thought of as organized units with points of hierarchical control, but are rather themselves internally constituted from diverse milieus with distinct practical experience, sometimes not interpenetrable to each other (as in risk management, controlling, top management, etc.).³² Highly specialized experience, often incomprehensible to other parts of the organizational structure – such as experience with mathematical (and computer-dependent) modeling of extremely risky financial instruments – eclipses the reciprocally observable knowledge of the whole organization, even the notion of generally shared experience. The picture becomes even less transparent when one considers that the extreme fragmentation of practical knowledge in dynamic networks of cooperation is confronted, in the public sphere, with a general experiential knowledge that is now

³¹ See Ladeur and Vesting (2008, p. 123).

³² See Ladeur (2011, p. 63-81).

strongly determined by the personalized scripts of electronic media (such as the “greed of bankers”). The last part of this picture is the “postmodern lifestyle subject” (RECKWITZ, 2010, p. 441), who personalizes his or her individualism,³³ which now speaks only for itself and wins at least a part of its identity by “sharing” the experience of media-events with others and exchanging its “extremely personal” experiences on “social media” (KAUFMANN, 2010, p. 173; RECKWITZ, 2010, p. 574). In the extreme case, then, the life of individuals moves between the local experiences of a radically particular section of world and the global, universal scripts of the world of media.

A widespread reaction to the shift to networked knowledge appears to consist in an interpretation of the complexity of project-based knowledge production as a return of the individual, and a declaration of the law as the expressive medium of the self: the subject demands recognition of its authenticity and possibility of self-determination, and political legislation, the interpretive practices of the courts, and the dogma of the universities are adjusted to fit this aspirational structure of the personalized individual. What had been a set of social rights coupled to definite aims and tailored to a plurality of groups becomes now an insurance system for each individual in need; generally propagated school curricula make way for an individualized “workshop of learning”; and an unlimited right to downloads takes the place of copyright. Though this sounds rhetorical or hyperbolic, a glance at the development of data-protection and personality laws in Germany, for example, points clearly in the direction indicated: here, the dominion of normative conceptions of autonomy extends throughout legislative and rights-granting processes, conceptions that no longer offer a point of reference to the idea of common knowledge. In place of the Other of culture, there comes a self that must now be a “chosen self”, in any case at least the “co-decider” of its own personality (BRITZ, 2007, p. 10-16). The “I” becomes the foundation of its own identity, with a comprehensive right to authentic “self-presentation” (BRITZ, 2007, p. 37-41).

With the advent of temporary networks of cooperation and the rise of a personalized individualism, the connection between “positive” law and the instituted practice of societal forms of life, their habits and compulsions, seems to loosen, too. If the legal culture of the “plural groups” phase still aimed at the institutionalizing of systems in which common knowledge could be generated – one might think here of the establishment of public insurance systems, of state support

³³ See generally Ehrenberg (2011).

for the development of technical standards in machining or house building, or of the construction of public broadcasting organizations – the present state seems increasingly to lose sight of the necessity of a balance between, on the one side, the legal structures generated through legislation, the courts, and administration; and on the other the practical knowledge distributed throughout society. The crisis of common knowledge resulting from the fragmentation of factual and normative complexes of meaning in the new network epistemology cannot, however, be answered by a simple return to the individual and its right to self-presentation, but requires the elaboration of a law of networks that takes up the nature of experience in the new networks of project-based knowledge production and provides them with an appropriate legal framework.

Sobre o autor

Thomas Vesting é professor doutor na Universidade Johann Wolfgang Goethe, Frankfurt, Alemanha.
E-mail: t.vesting@jur.uni-frankfurt.de

Como citar este artigo

(ABNT)

VESTING, Thomas. Modern law and the crisis of common knowledge. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 54, n. 214, p. 11-29, abr./jun. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p11>.

(APA)

Vesting, T. (2017). Modern law and the crisis of common knowledge. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 54(214), 11-29. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p11

Referências

ASSMANN, Aleida. *Einführung in die Kulturwissenschaft: Grundbegriffe, Themen, Fragestellungen*. 3. neu bearbeitete Aufl. Berlin: E. Schmidt, 2011.

ASSMANN, Jan. *Religion and cultural memory: ten studies*. Translator Rodney Livingstone. Stanford: Stanford University Press, 2005.

- AUGSBERG, Ino. *Informationsverwaltungsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014.
- _____. Diesseits und jenseits der Hermeneutik – Was heißt Textuales Rechtsdenken?. In: VESTING, Thomas; LÜDEMANN, Susanne (Hrsg.). *Was Heißt Deutung?:* Verhandlungen zwischen Recht, Philologie und Psychoanalyse. München: Wilhelm Fink [2017].
- BAUMBACH, Adolf; HOPT, Klaus J. *Handelsgesetzbuch:* (HGB): RechKredV, Credit Institutions Accounting Regulation, RechVersV, Insurance Enterprises Accounting Regulation... Translator Thomas Rittler. 36. Aufl. München: C. H. Beck, 2014.
- BENDER, John B.; WELLBERY, David E. Die Entschränkung der Rhetorik. In: ASSMANN, Aleida (Hrsg.). *Texte und Lektüren:* Perspektiven in der Literaturwissenschaft. Frankfurt am Main: Fischer, 1996.
- BENJAMIN, Walter. Theater und Rundfunk: Zur gegenseitigen Kontrolle ihrer Erziehungsarbeit (1932). In: _____. *Medienästhetische Schriften*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2002.
- BERMAN, Harold J. *Law and revolution: the formation of the western legal tradition*. Cambridge: Harvard University Press, 1983.
- BLUMENBERG, Hans. *Theorie der Lebenswelt:* Herausgegeben von Manfred Sommer. Berlin: Suhrkamp, 2010.
- BRITZ, Gabriele. *Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung?:* eine Rekonstruktion des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 I GG. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.
- CAVELL, Stanley. *The claim of reason: Wittgenstein, skepticism, morality, and tragedy*. New York: Oxford University Press, 1999.
- COLLINS, Harry. *Tacit and explicit knowledge*. Chicago: The University of Chicago Press, 2010.
- DESCOMBES, Vincent. *Die Rätsel der Identität*. Berlin: Suhrkamp, 2013.
- DOMMANN, Monika. *Autoren und Apparate:* die Geschichte des Copyrights im Medienwandel. Frankfurt am Main: S. Fischer, 2014.
- EGAN, Jim. *Authorizing experience:* refigurations of the body politic in seventeenth-century New England writing. Princeton: Princeton University Press, 1999.
- EHRENBERG, Alain. *Das Unbehagen in der Gesellschaft*. Berlin: Suhrkamp, 2011.
- EZRAHI, Yaron. *Imagined democracies: necessary political fictions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- KAUFMANN, Jean-Claude. *Wenn ICH ein anderer ist*. Konstanz: UVK, 2010.
- KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre:* Herausgegeben und eingeleitet von Matthias Jestaedt. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.
- KOGGE, Werner. Empeiria: Vom Verlust der Erfahrungshaltigkeit des "Wissens" und vom Versuch, sie als "implizites Wissen" wiederzugewinnen. In: LOENHOFF, Jens (Hrsg.). *Implizites Wissen:* Epistemologische und handlungstheoretische Perspektiven. Weilerswist: Velbrück Wissenschaft, 2012.
- KOSCHORKE, Albrecht. Vom Geist der Gesetze. In: GAMPER, Michael (Hrsg.). *Kollektive Gespenster:* die Masse, der Zeitgeist und andere unfassbare Körper. Freiburg im Breisgau: Rombach, 2006.
- KRÄMER, Sybille. *Media, messenger, transmission: an approach to media philosophy*. Amsterdam: Amsterdam University Press, 2015.
- LABAND, Paul. *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*. 5. neu bearbeitete Aufl. Aalen: Scientia, 1964. v. 2.
- LADEUR, Karl-Heinz. Kommunikation über Risiken im Rechtssystem: Das Beispiel Nanotechnologie. In: BÜSCHER, Christian; JAPP, Klaus P. (Hrsg.). *Ökologische Aufklärung:* 25 Jahre "Ökologische Kommunikation". Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2010a.

_____. Die Netzwerke des Rechts und die Evolution der "Gesellschaft der Netzwerke". In: BOMMES, Michael; TACKE, Veronika (Hrsg.). *Netzwerke in der funktional differenzierten Gesellschaft*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2010b.

_____. The financial market crises: a case of network failure. In: KJAER, Poul F. (Ed.). *The financial crisis in constitutional perspective: the dark side of functional differentiation*. Oxford: Hart Pub., 2011.

_____. The evolution of the law and the possibility of a "global law" extending beyond the sphere of the state – simultaneously, a critique of the "self-constitutionalisation" thesis. Translator Alison Lewis. *Ancilla Iuris*, p. 220-255, 2012.

_____. Strategien des Nichtwissens im Bereich staatlicher Aufgabenwahrnehmung – insbesondere am Beispiel von Bildung und Sozialarbeit. In: TWELLMANN, Marcus (Hrsg.). *Nichtwissen als Ressource*. Baden-Baden: Nomos, 2014.

LADEUR, Karl-Heinz; VESTING, Thomas. Geistiges Eigentum im Netzwerk – Anforderungen und Entwicklungslinien. In: EIFERT, Martin; HOFFMANN-RIEM, Wolfgang (Hrsg.). *Geistiges Eigentum und Innovation: Innovation und Recht I*. Berlin: Duncker & Humblot, 2008.

LETHEN, Helmut. *Cool conduct: the culture of distance in Weimar Germany*. Translator Don Reneau. Los Angeles: University of California Press, 2002.

LOENHOFF, Jens (Hrsg.). *Implizites Wissen: Epistemologische und handlungstheoretische Perspektiven*. Weilerswist: Velbrück Wissenschaft, 2012.

LUHMANN, Niklas. *Die Wissenschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1990.

_____. *Law as a social system*. Translator Klaus A. Ziegert. Oxford: Oxford University Press, 2004.

MÜLLER, Friedrich. *Strukturierende Rechtslehre*. Berlin: Duncker & Humblot, 1994.

NARDIN, Terry. *The philosophy of Michael Oakeshott*. University Park: Pennsylvania State University Press, 2001.

OBER, Josiah. *Democracy and knowledge: innovation and learning in classical Athens*. Princeton: Princeton University Press, 2008.

ONG, Walter J. *Interfaces of the word: studies in the evolution of consciousness and culture*. Ithaca: Cornell University Press, 1977.

PIPPIN, Robert B. *The persistence of subjectivity: on the Kantian aftermath*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

_____. *After the beautiful: Hegel and the philosophy of pictorial modernism*. Chicago: The University of Chicago Press, 2014.

POLANYI, Michael. *Knowing and being: essays by Michael Polanyi*. Chicago: [s.n.], 1969.

_____. *The tacit dimension*. Gloucester: [Peter Smith], 1983.

RAPHAEL, David D. *The impartial spectator: Adam Smith's moral philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

RECKWITZ, Andreas. *Das hybride Subjekt: eine Theorie der Subjektkulturen von der bürgerlichen Moderne zur Postmoderne*. Weilerswist: Velbrück, 2010.

REID, Thomas. *Essays of the intellectual powers of man*. Dublin: [Printed for L. White], 1786. v. 1.

RHEINBERGER, Hans-Jörg. *Iterationen*. Berlin: Merve, 2005.

_____. *On historicizing epistemology*. Translator David Fernbach. Stanford: Stanford University Press, 2010a.

_____. *An epistemology of the concrete: twentieth-century histories of life*. Durham: Duke University Press, 2010b.

SCHÜTZEICHEL, Rainer. "Implizites Wissen" in der Soziologie: Zur Kritik des epistemischen Individualismus. In: LOENHOFF, Jens (Hrsg.), *Implizites Wissen: Epistemologische und handlungstheoretische Perspektiven*. Weilerswist: Velbrück Wissenschaft, 2012.

VATTIMO, Gianni. *Beyond interpretation: the meaning of hermeneutics for philosophy*. Translator David Webb. Stanford: Stanford University Press, 1997.

VEC, Milos. *Recht und Normierung in der Industriellen Revolution: neue Strukturen der Normsetzung in Völkerrecht, staatlicher Gesetzgebung und gesellschaftlicher Selbstnormierung*. Frankfurt am Main: Klostermann, 2006.

VICO, Giambattista. *The new science of Giambattista Vico (1744)*. Translated from the third edition (1744) by Thomas Goddard Bergin and Max Harold Fisch. Ithaca: [Cornell University Press], 1976.

WEBER, Samuel. *Theatricality as medium*. New York: Fordham University Press, 2004.

WILHOLT, Thorsten. Soziale Erkenntnistheorie. *Information Philosophie*, v. 5, p. 46-53, 2007.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical investigations*. Translator G. E. M. Anscombe. Oxford: Basil Blackwell, 1953.

Las sentencias interpretativas y el control de constitucionalidad

Su utilización por el Tribunal Constitucional de España

JORGE O. BERCHOLC

Resumen: Países con sistemas de control de constitucionalidad diferentes, además de diferencias económicas, sociales y culturales, afrontan problemas estructurales similares, relacionados a la expansión de derechos, a la extensión de los procesos de ciudadanía y, por ende, a una demanda cada vez mayor por los ciudadanos de impartición de justicia desde las agencias estatales. Las sentencias interpretativas son un reflejo del activismo judicial observable en distintos países. Este artículo pretende un aporte novedoso de la cuestión tratando de desagregar e identificar sesgos y tendencias particulares del ejercicio de interpretación, con énfasis en lo producido al respecto por el Tribunal Constitucional de España.

Palabras-clave: Sentencias interpretativas. Control de constitucionalidad. Estudios comparados.

1. Introducción

Países con sistemas de control de constitucionalidad diferentes, además de diferencias económicas, sociales y culturales, afrontan problemas estructurales similares, relacionados a la expansión de derechos, a la extensión de los procesos de ciudadanía, a la constitucionalización de derechos cada vez más complejos y, por ende, a una demanda cada vez mayor por los ciudadanos de impartición de justicia desde las agencias estatales. La juridificación de los conflictos políticos y sociales requiere cada vez mayores respuestas del Estado.

Autor convidado

Tomando como ejemplo el caso del Tribunal Constitucional de España, la constelación de cuestiones que tiene que resolver es vasta, cuantitativa y cualitativamente, tal cual sostuvo Tomás y Valiente

hay que decir, sin miedo a las palabras, que los problemas que se plantean ante el Tribunal Constitucional están siempre ciertamente revestidos de forma jurídica, planteados en términos jurídicos, pero ocultan o ni siquiera ocultan: contienen problemas de enjundia política, entendiendo por tal aquellos problemas que afectan a los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos, es decir, a la esfera de nuestros derechos frente a los poderes públicos, o que afectan a la delimitación de cuál es la esfera de acción de cada uno de esos poderes públicos, o a la declaración de nulidad de las leyes o a las relaciones entre los órganos centrales del Estado y las Comunidades Autónomas [...]. De modo que toda la constelación de conceptos y de problemas que pende y se plantea ante el Tribunal Constitucional consiste en un solo y mismo desafío: el esfuerzo por racionalizar, para resolverlos en términos jurídicos, problemas originariamente políticos ([199-] apud CASAS BAAMONDE, 2008, p. 41-42).

Se puede esgrimir una hipótesis explicativa del fenómeno comentado, de carácter politológico, o más estrictamente, de sociología política. Y ello, porque no deja de llamar la atención que, a pesar de diferentes acciones institucionales y/o de recetas que rediseñan la ingeniería institucional, a fin de aliviar la excesiva sobrecarga de trabajo para tribunales constitucionales y cortes supremas, en general, los jueces, en su carácter de funcionarios y agentes estatales, son reticentes a ceder espacios de decisión a otras agencias. Se trataría de una especie de comportamiento mesiánico, en la creencia de que sólo los más altos tribunales pueden proteger y garantizar los derechos fundamentales, descuidando otras relevantes tareas que deben afrontar destinadas al equilibrio y control institucional interpoderes.

La hipótesis de sociología política esgrimiría que, toda organización deriva en un proceso de burocratización y consolidación de poder e intereses propios de la propia organización.¹

Por ello, no deben esperarse en procesos de reingeniería institucional que impliquen cesión de competencias o atribuciones entre agencias estatales, voluntarismos inexistentes en el juego político, como ser renunciadas voluntarias o graciables del poder decisorio efectivo que se detenta y de los recursos financieros que dicho poder conlleva. El poder judicial y los tribunales constitucionales, a través del achicamiento

¹ Línea de análisis ya enunciada en la conocida “Ley de hierro de las oligarquías” por el sociólogo alemán Robert Michels. Sobre ese enfoque, véase Michels (1979, 1986).

del campo de las cuestiones políticas no justiciables, la expansión de su actividad y el denominado “activismo judicial”, que genera los efectos conocidos de la judicialización de la política y su contracara, el fatal revés de la trama, la politización de la justicia, asumen con decisión un marcado rol de control de la actividad política, control judicial que asumido con intensidad y amplitud interpretativa se acerca peligrosamente a los difusos límites del legislador negativo kelseniano, extralimitando muchas veces esa delgada línea roja y transformándose en legislador positivo. Las declaraciones de inconstitucionalidad de oficio, las sentencias interpretativas, la no utilización de mecanismos del tipo del certiorari, entre otros comportamientos, son reflejo del activismo judicial que genera otro foco de poder político efectivo, en el complejo sistema de toma de decisiones políticas del Estado.²

Los cuadros estadísticos que se despliegan en este artículo han sido contruidos merced a la base de datos generada en una investigación mayor y comparada, cuyos listados de información básica se pueden consultar en el link <<https://goo.gl/LQSNSz>>, identificados como listados n^{os} 1 y 2.

Ellos son el sustento metodológico y científico para los análisis cualitativos agregados realizados. Dichos insumos empírico-cuantitativos, e información estadística construida con diversas variables cualitativas desagregadas, dan consistencia a las conclusiones y verificación de hipótesis diseminadas a lo largo del trabajo.

La investigación referida se desarrolló en el marco del proyecto de investigación acreditado por la Universidad de Buenos Aires, Secretaría de Ciencia y Técnica, (UBACyT) convocatoria 2010/2012 y 2013/2016, no Proyecto 20020120100031, Resolución n^o 6932/13, Director del proyecto Jorge O. Bercholz, “Un estudio comparado de la performance de los Tribunales Constitucionales de la Argentina, Alemania, Canadá, España y Brasil en el ejercicio del Control de Constitucionalidad”.

2. El Tribunal Constitucional de España y las sentencias interpretativas

Como se sostiene en la introducción las sentencias interpretativas (SI) son un reflejo del activismo judicial observable en distintos países con diferentes sistemas de control de constitucionalidad. Este artículo pretende un aporte novedoso de la cuestión tratando de desagregar e identificar sesgos y tendencias particulares del ejercicio de

² Para este enfoque, véase Bercholz (2013, 2014).

interpretación, con énfasis en lo producido al respecto por el Tribunal Constitucional de España (TC).

Las sentencias interpretativas son emitidas en el intento de salvar normas cuestionadas, buscando la vía de una interpretación acorde a la constitución. El propio TC español ha definido a las SI como

las sentencias que rechazan una demanda de inconstitucionalidad. O, lo que es lo mismo, declaran la constitucionalidad de un precepto impugnado en la medida en que se interprete en el sentido que el TC considera adecuado a la constitución o no se interprete en el sentido que se considera inadecuado (DÍAZ REVORIO, 2000, p. 16).

Las SI no son especialmente relevantes por su peso cuantitativo en la producción del TC, son una pequeña fracción de las dictadas por el TC, pero la variedad de las modalidades que adoptan constituyen un exponente revelador de la concepción predominante en España sobre qué es el TC, qué funciones puede y debe cumplir y expone los complejos límites entre la función de legislador negativo o positivo del TC, y la cuestión siempre vigente de la legitimidad democrática de la institución del control y, más específicamente, del propio TC (LÓPEZ GUERRA, 2001, p. 13-14).

Es que la interpretación o ponderación judicial de los textos constitucionales es siempre arduamente debatida en el campo de la filosofía del derecho y de la filosofía política. Las constituciones presentan ambigüedades, vaguedades y controversias diversas³, y su articulación con las leyes que reglamentan los derechos fundamentales presenta dificultades y tensiones entre, la más amplia discrecionalidad interpretativa que plantean algunos autores, y la restricción interpretativa⁴; entre las denominadas constituciones de detalle o de principios⁵, o constituciones procedimentales o sustantivas (ELY, 1980).

Por ello se ha remarcado el rol que desempeña en la interpretación: “El juez constitucional tiene que ser consciente de la responsabilidad que asume con una sólida formación jurídica y práctica en el ámbito del derecho público y en interpretación constitucional” (NOGUEIRA ALCALÁ, 2004, p. 66-69).

Es relevante el doble carácter sugerido en la cita, pues esa idoneidad interpretativa debe articularse con la especialidad del publicista lo que

³Para esta cuestión, véase Nino (1983, 1992) y Waldron (1994).

⁴Originalistas como el ex juez de la Corte americana Scalia (1989), restringen a la moral originaria de los Padres Fundadores la posibilidad de la interpretación axiológica de la constitución, o los que como Dworkin (1985, 1996) plantean una interpretación abstracta y ampliada más fiel a las intenciones originarias de los Padres Fundadores.

⁵Para esta distinción, véase Dworkin (1998).

debe arrojar el resultado de un juez con una performance interpretativa que tenga una perspectiva estratégica y política propia del funcionario con experiencia en la “realpolitik”, no meramente dogmática y/o originalista. Esta definición del juez constitucional tiene en consideración la dimensión política que debe tener el funcionario en ese cargo.

Las SI también han sido consideradas como vía de diálogo interpodere. Por ejemplo, en sistemas restrictivos del control de constitucionalidad como en Holanda, las SI son, a través de la tergiversación o transformación del texto legal, de su significado, la única vía de “diálogo” o intervención posible del tribunal para expresar su contradicción con la ley. La justicia interviene sin necesidad de declarar la inconstitucionalidad del texto legal. En España, las SI pueden ser vistas como una vía de diálogo entre el TC y el Parlamento, en tanto el TC elude la declaración de inconstitucionalidad optando por las SI en cualquiera de sus modelos. Según el autor citado, en el control concentrado europeo, cuando se trata de sistemas con constituciones rígidas que exigen mayorías agravadas para su reforma, esta sería la única vía posible de diálogo interpodere (LINARES, 2008).

Desde otra perspectiva, y considerando los sistemas que permiten una mayor actividad en el control por parte del poder judicial, las SI serían una vía más de activismo judicial y de desempeño del rol de “legislador positivo” por parte de la justicia.

Debe advertirse, dentro del vasto universo clasificatorio de sentencias interpretativas, que en esta investigación solo hemos identificado y relevado aquellas en que se trata la constitucionalidad de normas, pues ese es el objeto principal de estudio. Además, se ha focalizado en las denominadas *SI desestimatorias*, pues no interesan en particular

en este trabajo, la desagregación en las diversas técnicas procesales existentes para interpretar normas en articulación con la Constitución española (CE), sino la detección de patrones de comportamiento y producción del TC en materia de control de constitucionalidad, por ello restringimos el relevamiento en esta variable de SI, a las desestimatorias que, a tal fin, utilizan fórmulas tendientes al salvataje de la norma de la declaración de inconstitucionalidad.⁶

El TC establece, frente a otras posibles interpretaciones efectuadas por tribunales ordinarios, una interpretación de las leyes vinculante para el resto de los órganos del Estado.⁷

La doctrina destaca cuatro dimensiones insoslayables de las sentencias del TC: i) Como acto procesal; ii) Como actividad dirigida a la interpretación y creación de Derecho; iii) Como decisión política; iv) Como fuente del Derecho (GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, 2000, p. 101). En este apartado nos interesa la tercera dimensión de interpretación, y de creación de Derecho como efecto de esa interpretación.

⁶En un exhaustivo y muy completo trabajo sobre las sentencias interpretativas, el Profesor Díaz Revorio (2001, p. 27) clasifica a las SI en: 1.- las que señalan entre las varias interpretaciones posibles de un texto legal la o las que son conformes a la constitución o aquella o aquellas que son inconstitucionales; 2.- las que entienden que es inconstitucional no una entre varias interpretaciones alternativas de un texto, sino una parte del contenido normativo derivado conjuntamente del texto. Son las llamadas *sentencias manipulativas* las que a su vez pueden ser: a.- las que producen un efecto de reducción en los supuestos a los que es aplicable o las consecuencias derivadas del precepto que denominaremos *sentencias reductoras*. b.- las que producen efecto de ampliación o extensión en los supuestos de aplicación o las consecuencias jurídicas del precepto, son las llamadas *sentencias aditivas*. Son las que declaran que al precepto impugnado le falta algo para ser acorde con la constitución debiendo aplicarse desde ese momento con si ese algo no faltase. Se trata de un tipo de inconstitucionalidad basado en lo que la ley no dice, las aditivas tiene su causa en una omisión de la ley. c.- las que conllevan la sustitución de parte del contenido normativo derivado del texto legal, por otro contenido normativo diverso y que se denominan *sentencias sustitutivas*.

⁷Véase Balaguer Callejón (2000, p. 383).

Alguna doctrina la denomina interpretación armonizante, que aconseja al magistrado optar por las interpretaciones posibles de un texto infraconstitucional que no colisionen con la Constitución. La doctrina de la interpretación armonizante es, por un lado, un mecanismo de rescate de reglas subconstitucionales ya que evita la declaración de inconstitucionalidad de normas de tal índole, al proponerle al operador que opte por una interpretación del precepto acorde con la Constitución. También es un procedimiento de constitucionalización de las distintas ramas del derecho, ya que obliga a aplicarlas según las pautas de la Constitución (SAGÜES, 2000, p. 344).

Haciendo hincapié en las especiales responsabilidades del juez constitucional, se ha dicho que:

El juez constitucional debe ser consciente de las opciones sobre las que deberá escoger: constitución testamento o viviente, activismo o self restraint (con todas las variantes posibles a medio camino por ej. Las sentencias aditivas, interpretativas, las recomendaciones al legislador, etc.) (NOGUEIRA ALCALÁ, 2004, p. 61-91).

3. Las sentencias interpretativas, algo más que una técnica de interpretación constitucional.

He citado varios autores que, desde distintas perspectivas, hacen hincapié en la función interpretativa del TC en la emisión de este tipo de sentencias. Se ha enunciado a la función del juez constitucional; a las diversas vías procesales utilizadas; a la creación del derecho vía interpretación; a la función de salvataje constitucional de las normas infra; a la eficacia vinculante de las interpretaciones

del TC; a la función de legislador negativo o positivo del TC y la cuestión siempre vigente de la legitimidad democrática de la institución; y al diálogo interpoderes que las SI generan. Todos tópicos relevantes, por supuesto, pero que no contemplan la función semiológica básica que está en la raíz del ejercicio interpretativo.

No sorprende, conociendo la tradición epistemológica y metodológicamente endógena, autorreferencial, y escasamente interdisciplinaria de una gran parte de la producción en investigación jurídica, que se hable reiteradamente de interpretación sin que se haga ninguna inferencia o articulación en torno a disciplinas complementarias para un análisis eficaz y más certero de un texto jurídico y su contenido discursivo, pues no se trata de otra cosa, cuando se analizan sentencias (discursos) y su contenido y distintos matices o gradaciones interpretativas (texto y norma).

Cuando se interpretan signos, cuando hay tareas de recreación de mensajes a través de signos, cuando hay intermediación de alguna especie, las disciplinas lingüísticas son insoslayable soporte de conocimiento, el enfoque meramente normativo o procedimental no explica acabadamente lo multifacético del problema.

Con perspicacia se ha sostenido que es el objeto de control:

el texto o disposición legislativa o la norma o conjunto de normas que pueden extraerse del mismo a través de la interpretación o ambos. Lo importante es si el TC sólo puede pronunciarse sobre el texto de la disposición impugnada o también sobre la norma o normas dejando el texto inalterado. Veremos que esta segunda opción es la más acertada y constituye el presupuesto de toda SI (DÍAZ REVORIO, 2001, p. 32).

Y también:

La disposición sería el texto, el conjunto de palabras que forman una oración, mientras que la norma sería su significado, esto es el resultado de su interpretación. Interpretar es, en efecto atribuir sentido o significado a un texto normativo. No puede haber norma sin previa actividad interpretativa [...] La distinción no implica que disposición y norma tengan una existencia independiente, al contrario están estrechamente vinculadas, la norma necesita el soporte de la disposición para existir y esta encuentra su sentido porque permite expresar una o varias normas (DÍAZ REVORIO, 2001, p. 36).

Y ello es así, tanto como en semiología enseña la clásica lección de Charles Peirce y la relación triádica entre signo, significante y significado. Según el americano Charles Peirce, precursor de la semiótica y del estudio de los signos, un proceso semiótico implica una relación entre tres componentes: i) el signo representativo; ii) el objeto que ese signo representa; y iii) el signo producido en el destinatario de la representación, el signo interpretado por el sujeto interpretante.

Dice Peirce: “El signo se dirige a alguien, crea en la mente de esa persona un signo equivalente. A este signo que crea lo llamo interpretante del primer signo” ([19--] apud MATTELART; MATTELART, 1997, p. 26). Esta relación se denomina “triádica”, una significación no es nunca una relación entre un signo y lo que el signo significa –su objeto–. La significación resulta de la relación “triádica”. En esta última, el interpretante cumple una función mediadora, de información, de interpretación o incluso de traducción de un signo por otro signo. De allí que, desde una perspectiva de la Teoría de la Comunicación, la situación económico-social-cultural del sujeto intérprete (el interpretante en cuyo ámbito se genera el signo interpretado) revista

una importancia nodal en la comprensión de los signos mediadores.⁸

A su vez, el tipo de signo utilizado para representar algo o un objeto, tendrá directa influencia en el modo de interpretación-traducción del interpretante en la relación triádica, y en el sujeto destinatario final de la relación semiótica.

Un signo siempre representa algo para alguien, se reproduce por medio de signos materialmente diversos el objeto, de un modo destinado a la representación, a la reproducción. El signo es una construcción ficticiamente sustitutiva respecto a la realidad y vale *como si* fuera la misma realidad.⁹ En condiciones usuales, sobre casos judiciales sin mayor repercusión mediática o social, la representación e interpretación de los jueces se realiza en mayor medida en el campo tradicional de lo simbólico: el texto, la norma, la constitución; son textos escritos y sus recreaciones.

⁸He seguido, en las citas sobre Peirce, a Mattelart y Mattelart (1997, p. 26), y a Eco (1995).

⁹He desarrollado estas cuestiones en Bercholz (2014, 2015). Para Peirce hay tres tipos de signos: el *índice*, el *ícono* y el *símbolo*. El *índice* y el *ícono* son signos cuyo significado se halla afectado y determinado por el objeto, no representan ni simbolizan al objeto, son el objeto, sin necesidad de decodificación, no requieren ningún esfuerzo de racionalización de los signos comunicantes. El *índice* implica una relación de contigüidad o de continuidad con el objeto representado, es la imagen del propio objeto. El *índice* corresponde a un efecto mecánico, la captura automática y motivada de la imagen del objeto reproducido. El *ícono* se halla respecto del objeto en una relación de analogía, se parece al objeto representado como un cuadro o un mapa. La representación indicial no requiere del ejercicio de la conceptualización, la abstracción y la racionalización, en rigor representa y reproduce poco como construcción sustitutiva de la realidad. Prácticamente materializa lo que muestra. El *símbolo* es un signo convencionalmente asociado a su objeto, la relación entre objeto y símbolo es arbitraria. Como símbolos, la escritura, la palabra, el ejercicio de la lectura, implican un grado de abstracción, de racionalización y de comprensión del significado de los signos comunicantes que requiere del ejercicio del pensar, de la conceptualización, de la capacidad de abstracción, de mantenerse activo mentalmente.

Pero los signos indiciales o indiciarios, particularmente en esta época de excepcional desarrollo tecnológico, que insoslayablemente influyen en la recreación del signo interpretante y en el sujeto interpretante (por caso los jueces), debe ser especialmente tenido en consideración, particularmente en los casos en los que un tribunal debe intervenir y que son de público y notorio conocimiento, y que generan altos niveles de participación popular y repercusión mediática y política a través de los partidos. Dicho de otro modo, los casos altamente intermediados por los medios de comunicación masiva audiovisuales, generan una gran carga de influencia en los intérpretes –y el signo interpretante a la Peirce– mediante signos indiciales. Pensemos en casos paradigmáticos que ha debido enfrentar y que aun deberá enfrentar el TC. El aborto, la inmigración, temas relacionados a la integración con Europa, los estatutos de autonomía y en especial los procesos de Cataluña y el País Vasco. Todos ellos temas con una gran repercusión social, política y mediática de representación indiciaria o indicial. ¿Cómo decodifican los magistrados esas relaciones significativas indiciales, no simbólicas, por fuera del tridente simbólico texto-norma-constitución?

En una analogía semiológica a la Peirce, de la interpretación constitucional y del ámbito admisible para las SI, tal como se la ha caracterizado, la relación triádica estaría compuesta por: i) el texto o disposición legal o el conjunto de palabras –*el signo representativo*–; ii) que representan a la constitución, guía, o marco jurídico representable –*el objeto*–; iii) que generan la norma o normas, el significado otorgado por su interpretación, esto es el resultado de esa interpretación de acuerdo a la comprensión del sujeto destinatario final de la relación que

no es otro que el juez, o lo que en el juez genera la relación triádica.

El texto es la reglamentación, la aplicación práctica y concreta de los principios constitucionales, dicho de otro modo, la aplicación tecnológica –*el signo representativo*– del diseño institucional, de la ingeniería estructural que implica la constitución –*el objeto representado*–, según la creación y el significado dado por la interpretación en la mente del sujeto destinatario, el juez –*interpretante*–.

Pero en esta analogía se presenta una complicación mayor. La representación e interpretación se reproduce por triplicado, tantas veces como las ocasiones en que se crea un interpretante, mediante la construcción del sujeto designado en cada paso del proceso de constitucionalización del Estado y operatividad de la constitución. El proceso descrito aparece por primera vez, cuando en el *constituyente* se recrea *el signo interpretante –la constitución–* como producto de la tarea de diseño constitucional a fin de estructurar a la sociedad y sus conflictos de maneras determinadas. Luego, cuando se recrea en el *legislador*, su *interpretante –la ley–*, como producto de su labor para reglamentar y hacer operativa a la constitución. Finalmente, se llega a la instancia judicial donde se recrea el proceso por tercera vez, de acuerdo a la función ya expuesta por parte del *juez constitucional* y su *producto interpretante –la sentencia–*.

El auxilio de la semiología resultaría muy relevante para la discusión sobre la legitimidad de una institución como el TC en el ejercicio interpretativo y, luego, y en su caso, para la elección del personal idóneo a tal fin, por formación y extracción socio-cultural y *expertise* técnico. Finalmente, para el diseño institucional y para generar los dispositivos reglamentarios y procedimentales para llevar a cabo tan delicada función.

La posibilidad de que el TC se pronuncie también sobre las normas y que alguna o algunas de éstas puedan ser inconstitucionales, total o parcialmente, a pesar de que el texto de la disposición pueda quedar sostenido como acorde a la constitución, es el presupuesto básico de toda SI (DÍAZ REVORIO, 2001, p. 38)

El TC ha afirmado que:

si se admite la distinción entre norma como mandato y texto legal como signo sensible mediante el cual el mandato se manifiesta o el medio de comunicación que se utiliza para darlo a conocer, la conclusión a la que hay que llegar es que el objeto del proceso constitucional es básicamente el último y no el primero (ESPAÑA, 1981).

Sin embargo, en la misma sentencia, el TC ha legitimado a las SI (DÍAZ REVORIO, 2001, p. 44).

Y en sentido parecido:

Lo anterior no significa que el Tribunal tenga que renunciar a poder establecer lo que se ha llamado acertadamente una sentencia interpretativa, a través de la cual se declare que un determinado texto no es inconstitucional si se entiende de una determinada manera. Se observará que esta labor interpretativa tiene por objeto el establecimiento del sentido y significación del texto, pero no, en cambio, lo que podría entenderse como interpretación en un sentido más amplio, que sería la deducción o reconstrucción del mandato normativo, mediante la puesta en conexión de textos. Puede el Tribunal establecer un significado de un texto y decidir que es el conforme con la Constitución. No puede, en cambio, tratar de reconstruir una norma que no esté debidamente explícita en un texto, para concluir que esta es la norma constitucional (ESPAÑA, 1993).

Párrafos de dos sentencias distintas que resultan francamente desconcertantes, y con un manejo más que equívoco e incongruente de conceptos teórico-técnicos claramente diferenciables en áreas y disciplinas lingüísticas como la sintáctica, la semántica, y la semiología.

Ocurre que sostener sin más, que el objeto del control son exclusivamente las disposiciones, implica afirmar que no son admisibles las SI. Desde sus primeros pronunciamientos el TC ha sido consciente de la necesidad, en ciertos supuestos, de emitir sentencias interpretativas. Ha dicho en su sentencia 5/81 del 13.2.81 que las SI son: “en manos del TC un medio lícito, aunque de muy delicado y difícil uso” (DÍAZ REVORIO, 2001, p. 45).

Se ha definido entonces que: “el objeto del control de constitucionalidad es el ‘complejo normativo’ formado por disposición

y norma o normas de ellas derivadas (o por el texto y su interpretación)” (DÍAZ REVORIO, 2001, p. 53).

Más allá de gustos y voluntades, y de la admisión doctrinaria y/o ideológica, y aún de incongruencias e incoherencias conceptuales, lo cierto es que el TC ha utilizado en cantidad importante las SI.

4. La producción de sentencias interpretativas por el TC

Se han detectado 107 sentencias interpretativas desestimatorias (SI), son de algún modo decisiones que podrían haber sido por la inconstitucionalidad y que el TC, en uso de una técnica con límite difuso entre la de *legislador negativo o positivo*, ha declarado constitucionales (cuadro nº 1).

Cuadro nº 1

Sentencias interpretativas desagregadas por Jurisdicción

<i>Sentencias Interpretativas (SI) –desestimatorias–</i>		107	
Se han detectado 107 sentencias distintas en las cuales algún artículo de las normas cuestionadas es “salvado” de la declaración de inconstitucionalidad según las fórmulas, “en tanto se interprete” o “sea interpretado” o “entendido” de acuerdo a “lo dispuesto en la sentencia” o “los fundamentos de la sentencia” o “en los términos expuestos”. Se trata de las denominadas sentencias interpretativas desestimatorias.			
<i>SI sobre normas nacionales</i>		<i>SI sobre normas autonómicas</i>	
68	64%	39	36%

Fuente: elaboración propia de acuerdo a base de datos propios extraídos de la web-page del TC y vertidos en listas nº 1 y 2. <<https://goo.gl/LQSNSz>>

Se observa que la técnica es, claramente, más utilizada para salvar normas nacionales, las mas conflictivas de declarar inconstitucionales para el TC.

Articulando la variable contemporaneidad con las sentencias interpretativas desestimatorias que se han capturado, observamos que de las 68 sentencias interpretativas que han correspondido a normas nacionales, en 36 se utilizó dicha técnica para salvar de la inconstitucionalidad a normas nacionales contemporáneas, el 53% del total de sentencias interpretativas sobre normas nacionales colectadas (cuadro nº 3). Un indicador de lo conflictivo del control de normas contemporáneas, es el alto porcentaje detectado en que se ha utilizado la técnica de la sentencia interpretativa para evitar la declaración de inconstitucionalidad de ese tipo de normas. También es un indicador

de que la técnica de las sentencias interpretativas le permite al TC, evitar pronunciamientos comprometedores, no produciendo declaraciones de inconstitucionalidad que pudieran provocar rispideces con el ejecutivo y/o el legislativo contemporáneo, dada la eventual trascendencia política de la norma en cuestión, y/o necesidad del gobierno de turno de que la misma no sea invalidada.

Medido por quienes han sido los órganos impulsores, vemos que las Comunidades Autónomas (CCAA) son las que más impulsaron recursos que trajeron como consecuencia SI salvando la constitucionalidad de normas nacionales atacadas. También ha ocurrido con tribunales y jueces de diferentes CCAA a través de cuestiones de inconstitucionalidad (cuadro nº 2).

En su acabado trabajo sobre las SI, Díaz Revorio (2001) sugería que, “en España son muy frecuentes las SI emitidas en recursos de inconstitucionalidad que parecen superar a las que son consecuencia de una cuestión de inconstitucionalidad”. Tal hipótesis se ve claramente verificada en este trabajo. Véase el cuadro nº 2, el 79% de las SI identificadas han recaído en recursos de inconstitucionalidad.

Cuadro nº 2

Sentencias interpretativas desagregadas por Órgano impulsor

<i>CCAA</i> impulsaron recursos en 32 (SI) sobre normas nacionales	-	31% del total SI
<i>Presidente del Gobierno</i> impulsó recursos en 27 (SI) sobre normas autonómicas	-	26% del total SI
<i>Parlamentarios</i> impulsaron recursos en 22 (SI)	15 (SI) sobre normas nacionales	22% del total SI
	7 (SI) sobre normas autonómicas	
<i>Tribunales y Jueces</i> impulsaron cuestiones de INC en 21 (SI)	18 (SI) s/normas nacionales	21% del total SI
	3 (SI) sobre normas autonómicas	

Fuente: elaboración propia de acuerdo a base de datos propios extraídos de la web-page del TC y vertidos en listas nºs 1 y 2. <<https://goo.gl/LQSNsz>>

La razón, según el autor citado, es que los sujetos legitimados para plantear un recurso, tienen con frecuencia un acusado interés (en ocasiones político) en la declaración de inconstitucionalidad de la ley, lo que les hace plantear un entendimiento inconstitucional de la misma sin buscar (como lo hace con más frecuencia el juez o tribunal proponente de una cuestión) una interpretación conforme a la constitución, ello obliga, en muchas ocasiones al TC, a emitir una SI que salve la constitucionalidad de la ley descartando sus interpretaciones inconstitucionales (DÍAZ REVORIO, 2001, p. 30).

El 66% de las SI han sido en planteos contra normas administrativas (cuadro nº 4), mostrando esta materia una preponderancia similar a la de la producción general del TC que fue del 62% en temas administrativos.

El 52% de las SI se emitieron entre 1980 y 1992 (cuadro nº 5), lo que evidencia que fueron las formaciones de TC nº 1, bajo la presidencia de García Pelayo, y las nºs 2 y 3 bajo la presidencia de Tomás y Valiente, las que mas activismo ejercieron con esta técnica.¹⁰

Se emitió 1 SI cada 2 meses y 20 días entre 1980 y Julio de 1992 (formaciones de TC nº 1, 2 y 3), y a partir de la formación nº 4, desde Julio de 1992 hasta Diciembre de 2011(formación nº 9), 1 SI cada 4 meses y 18 días.

En comparación con la producción general del TC, las SI muestran bajo porcentual de aplicación en casos que involucran normas patrimoniales. El 27% de las SI fueron sobre normas patrimoniales mientras que fue el 48% en la producción general del TC.

Las SI, por el contrario, tienen un alto porcentaje de aplicación ante normas contemporáneas, el 53%, y fue del 38% en la producción general del TC.

Fue bajo en unanimidades, el 57% de las SI fueron unánimes, contra el 82% de sentencias unánimes en general (cuadro nº 3).¹¹

Cuadro nº 3

Sentencias interpretativas desagregadas por:

(I) Patrimonialidad, (II) Contemporaneidad y (III) Unanimidad

(I) SI sobre normas Patrimoniales	29	27% del total SI
(II) SI sobre normas Contemporáneas	36	53% del total SI nacionales (solo se computa s/normas Nacionales)
(III) SI Unánimes	61	57% del total SI
SI con disidencias	46	43% del total SI

Fuente: elaboración propia de acuerdo a base de datos propios extraídos de la web-page del TC y vertidos en listas nºs 1 y 2. <<https://goo.gl/LQSNsz>>

¹⁰ Se han desagregado las formaciones considerando la rotación de magistrados de acuerdo a lo dispuesto por la CE arts. 159 inc. 1 y 3 (ESPAÑA, 1978) y por la LOTC (ESPAÑA, 1979). Fuente: Elaboración propia y con datos extraídos de la web-page del Tribunal Constitucional. <<http://www.tribunalconstitucional.es>>

¹¹ Según datos extraídos de base de datos propia, generada en el marco del proyecto de investigación UBACyT, acreditado por la Universidad de Buenos Aires, Secretaría de Ciencia y Técnica, convocatoria 2010/2012 y 2013/2016, no Proyecto 20020120100031, Resolución nº 6932/13, Director del proyecto Jorge O. Bercholc, "Un estudio comparado de la performance de los Tribunales Constitucionales de la Argentina, Alemania, Canadá, España y Brasil en el ejercicio del Control de Constitucionalidad".

Cuadro nº 4

Sentencias interpretativas desagregadas por materia y jurisdicción

<i>Administrativas</i>	71	Sobre normas nacionales	41
		Sobre normas CCAA	34*
<i>Civiles</i>	11	-	-
<i>Constitucionales</i>	7	SI sobre el estatuto de Cataluña	4

* Cataluña 15, País Vasco 5, Canarias 3, Galicia 2, C. Valenciana 2, Andalucía 2

Fuente: elaboración propia de acuerdo a base de datos propios extraídos de la web-page del TC y vertidos en listas nºs 1 y 2. <<https://goo.gl/LQSNsz>>

Cuadro nº 5

Sentencias interpretativas desagregadas por Formaciones de TC

Formación TC		
<i>nº</i>	<i>período</i>	<i>cantidad SI</i>
1	Julio/1980 – Febrero/1986	16
2	1986 – Febrero/1989	19
3	1989 – Julio/1992	21
4	1992 – Abril/1995	8
5	1995 – Diciembre/1998	16
6	1998 – Noviembre/2001	9
7	2001 – Junio/2004	4
8	2004 – Diciembre/2010	12
9	2011 – Diciembre/2011	2
<i>Total</i>		<i>107</i>

Fuente: elaboración propia de acuerdo a base de datos propios extraídos de la web-page del TC y vertidos en listas nºs 1 y 2. <<https://goo.gl/LQSNsz>>

Estos datos comparados indican que el mayor uso por el TC de las SI para casos con normas contemporáneas, le ha permitido una conducta de *self restraint* para evitar conflictos complejos con los otros poderes políticos del Estado, que impulsaron normas puestas en tela de juicio constitucional ante el TC contemporáneo. Además, el bajo porcentaje de unanimidades pone en claro que se trata de una técnica compleja, difusa entre la línea distintiva del legislador negativo y positivo, y con dificultades para la obtención del consenso dentro del propio TC.¹² El bajo porcentaje comparado de aplicación en normas patrimoniales

¹² El propio TC ha dicho que las SI deben ser un remedio excepcional y la doctrina también habló de abuso de esta técnica, en especial hasta el año 1992.

también es un indicador de cuándo y para qué tipo de conflictos se aplican las SI. Pareciera que la técnica fue más utilizada para temas de conflicto y confrontación social, política e institucional, que para temas patrimoniales, generalmente impulsados en cuestiones de inconstitucionalidad (cuadro nº 6).

Cuadro nº 6

Comparativo de utilización por el TC de las SI
y de su producción general (1980-2011)

	<i>patrimoniales</i>	<i>contemporáneas</i>	<i>unánimes</i>
TC sentencias producción general	48%	38%	82%
TC sentencias interpretativas	27%	53%	57%

Fuente: elaboración propia de acuerdo a base de datos propios extraídos de la web-page del TC y vertidos en listas nº 1 y 2. <<https://goo.gl/LQSNsz>>

5. Una sentencia interpretativa paradigmática y problemática

Resulta paradigmática, como SI, la emitida por el TC 31/2010 (ESPAÑA, 2010), de 28 de Junio, que se pronunció sobre la constitucionalidad del Estatuto de Cataluña aprobado por Ley Orgánica 6/2006 (ESPAÑA, 2006).

Todas las variables en análisis respecto a las SI, y los patrones de comportamiento verificados en el TC, en relación a las mismas, se condensan en esa sentencia.

Ha dicho Díaz Revorio que:

La sentencia podría llegar a considerarse “atípica” o singular por muchos motivos: por las especiales circunstancias que la han rodeado; por su gran extensión y la cantidad de preceptos sobre los que el Tribunal ha de pronunciarse; por ser la primera vez que se declaran inconstitucionales y se reinterpretan (con reflejo en el fallo) artículos de un texto estatutario; por la importancia de algunos de los temas abordados desde la perspectiva del Estado autonómico; por el exagerado uso (por no decir abuso) de determinadas técnicas interpretativas (DÍAZ REVORIO, 2011, p. 54).

En esta valoración han coincidido los votos en disidencia producidos por los jueces identificados como “conservadores” y más refractarios a

la validez del estatuto, han sido particularmente críticos por el abuso interpretativo que se ha hecho en la sentencia.

Es que la sentencia sobre el Estatut catalán:

contiene formalmente catorce pronunciamientos de inconstitucionalidad parcial, y veintisiete pronunciamientos interpretativos desestimatorios, además de un pronunciamiento de carencia de eficacia interpretativa (y un último pronunciamiento general en el que se desestima el recurso “en todo lo demás”) (DÍAZ REVORIO, 2011, p. 64).

Además contiene 49 interpretaciones no llevadas al fallo (DÍAZ REVORIO, 2011, p. 79).

Por ello el autor citado la denomina “sentencia multi-interpretativa” ya que

esta decisión contiene probablemente el mayor elenco de pronunciamientos interpretativos (bien sean expresos o encubiertos, auténticos o ultrainterpretativos) en la historia de nuestra jurisprudencia constitucional (DÍAZ REVORIO, 2011, p. 65).

6. Conclusiones

Las conclusiones que se extraen del trabajo, que surgen con evidencia empírica suficiente, demostrativa del grado de sustentabilidad de las mismas, se resumen en:

- El auxilio de la semiología resultaría muy relevante para la discusión sobre la legitimidad de una institución como el TC en el ejercicio interpretativo y, luego, y en su caso, para la elección del personal idóneo a tal fin. Finalmente, para el diseño institucional y para generar los dispositivos reglamentarios y procedimentales para llevar a cabo tan delicada función.
- El TC ha utilizado en cantidad importante las SI. Sin embargo se observa que la técnica es, claramente, más utilizada para salvar normas nacionales, las más conflictivas de declarar inconstitucionales para el TC.
- En España son muy frecuentes las SI emitidas en recursos de inconstitucionalidad que parecen superar a las que son consecuencia de una cuestión de inconstitucionalidad.
- Las CCAA son las que más impulsaron recursos que trajeron como consecuencia SI salvando la constitucionalidad de normas nacionales atacadas.
- El mayor uso por el TC de las SI para casos con normas contemporáneas, le ha permitido una conducta de *self restraint* para

evitar conflictos complejos con los otros poderes políticos del Estado, que impulsaron normas puestas en tela de juicio constitucional ante el TC contemporáneo.

- El bajo porcentaje de unanimidades pone en claro que se trata de una técnica compleja, difusa entre la línea distintiva del legislador negativo y positivo, y con dificultades para la obtención del consenso dentro del propio TC.

- El bajo porcentaje comparado de aplicación en normas patrimoniales también es un indicador de cuándo y para qué tipo de conflictos se aplican las SI. La técnica fue más utilizada para temas de conflicto y confrontación social, política e institucional, que para temas patrimoniales, generalmente impulsados en cuestiones de inconstitucionalidad por particulares.

Sobre o autor

Jorge O. Bercholz é doutor em Direito Político pela Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina; doutor internacional em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad de Castilla-La Mancha, España; Professor Catedrático de Teoria do Estado e de pós-graduação e doutorado da Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina; e Professor Catedrático de Sociologia Jurídica e de Metodologia da Investigação da Universidad Abierta Interamericana, Buenos Aires, Argentina.
E-mail: estudiobercholc@fibertel.com.ar

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹³

THE INTERPRETATIVE JUDGMENTS AND CONSTITUTIONAL JUDICIAL REVIEW: THE PERFORMANCE FROM CONSTITUTIONAL COURT OF SPAIN

ABSTRACT: Countries with different systems of constitutional judicial review confront structural similar problems related to the expansion of rights. The citizens are demanding more answers from the state agencies and judicial branch imparting justice. The interpretative judgments are a reflex of the judicial activism in different countries. This paper shows a new contribution to understand this issue from a different perspective analyzing the performance from the Constitutional Court of Spain.

KEYWORDS: INTERPRETATIVE JUDGMENTS. CONSTITUTIONAL JUDICIAL REVIEW. COMPARATIVE STUDIES

¹³ Sem revisão do editor.

Como citar este artigo

(ABNT)

BERCHOLC, Jorge O. Las sentencias interpretativas y el control de constitucionalidad: su utilización por el Tribunal Constitucional de España. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 54, n. 214, p. 31-48, abr./jun. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p31>.

(APA)

Bercholc, J. O. (2017). Las sentencias interpretativas y el control de constitucionalidad: su utilización por el Tribunal Constitucional de España. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 54(214), 31-48. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p31

Referências

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Tribunal constitucional y creación del derecho. In: ESPÍN TEMPLADO, Eduardo; DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *La justicia constitucional en el estado democrático*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 382-395.

BERCHOLC, Jorge O. Diez “tips” (consejos) sugeridos para una aproximación a la cuestión del control del poder desde la sociología política y la ingeniería institucional. *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, Zaragoza, n. 6, p. 139-146, dec. 2013.

_____. *Temas de teoría del Estado*. 2. ed. Buenos Aires: La Ley, 2014.

_____. *Opinión pública y democracia: influencia y efectos de los medios de comunicación masiva en los comportamientos sociales, en el Poder Judicial y en el sistema político institucional*. Buenos Aires: Lajouane, 2015.

CASAS BAAMONDE, María Emilia. El Tribunal Constitucional en la actualidad. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Madrid, v. 48, p. 25-44, 2008.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. Interpretación constitucional de la ley y sentencias interpretativas. *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n. 1, p. 1799-1824, 2000.

_____. *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional: significado, tipología, efectos y legitimidad: análisis especial de las sentencias aditivas*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2001.

_____. La tipología de los pronunciamientos en la STC 31/2010 y sus efectos sobre el estatuto catalán y otras normas del ordenamiento vigente. *Revista catalana de dret públic*, Barcelona, n. 43, p. 53-86, 2011.

DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

_____. *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

_____. *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Barcelona: Ariel, 1998.

ECO, Umberto. *Tratado de semiótica general*. 5. ed. Barcelona: Lumen, 1995.

ELY, John. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

ESPAÑA. Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, 29 dic. 1978.

_____. Ley Orgánica nº 2, de 3 de octubre de 1979. *Boletín Oficial del Estado*, 5 oct. 1979. Disponible em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/1979/BOE-A-1979-23709-consolidado.pdf>>. Acceso em: 23 jun. 2017.

_____. Tribunal Constitucional. Recurso de inconstitucionalidad 192, de 8 de abril de 1981. *Boletín Oficial del Estado*, 25 abr. 1981. Disponible em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-T-1981-9433.pdf>>. Acceso em: 23 jun. 2017.

_____. Tribunal Constitucional. Cuestión de inconstitucionalidad 69, de 12 de noviembre de 1993. *Boletín Oficial del Estado*, 10 dic. 1993. Disponible em: <<https://www.boe.es/boe/dias/1993/12/10/pdfs/T00052-00058.pdf>>. Acceso em: 23 jun. 2017.

_____. Ley Orgánica nº 6, de 19 de julio de 2006. *Boletín Oficial del Estado*, 20 jul. 2006. Disponible em: <<https://boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-13087-consolidado.pdf>>. Acceso em: 23 jun. 2017.

_____. Tribunal Constitucional. Recurso de inconstitucionalidad 8045, de 28 de junio de 2010. *Boletín Oficial del Estado*, 16 jul. 2010. Disponible em: <<https://boe.es/boe/dias/2010/07/16/pdfs/BOE-A-2010-11409.pdf>>. Acceso em: 23 jun. 2017.

GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, Pedro José. *El Tribunal Constitucional*. Navarra: Aranzadi, 2000.

LINARES, Sebastián. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

LÓPEZ GUERRA, Luis. Prólogo. In: DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional: significado, tipología, efectos y legitimidad: análisis especial de las sentencias aditivas*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2001.

MATTELART, Armand; MATTELART, Michèle. *Historia de las teorías de la comunicación*. Barcelona: Paidós, 1997.

MICHELS, Robert. *Los partidos políticos: un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas de la democracia moderna*. Buenos Aires: Amorrortu, 1979.

_____. La sociología del partido político moderno. In: BURNHAM, James. *Los Maquiavelistas: defensores de la libertad*. Buenos Aires: Olcese, 1986.

NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. Barcelona: Ariel, 1983.

_____. *Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea De A. y R. Depalma, 1992.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. La independencia y responsabilidad del juez constitucional en el derecho constitucional comparado. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 1, p. 61-91, 2004.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. Del Juez legal al Juez constitucional. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 4, p. 337-346, 2000.

SCALIA, Antonin. Originalism: the lesser evil. *University Cincinnati Law Review*, v. 57, p. 849, 1989.

WALDRON, Jeremy. Vagueness in law and language: some philosophical issues. *California Law Review*, v. 82, p. 509, 1994.

Sanção jurídica e prevenção

Qual o lugar das medidas preventivas na Teoria Geral do Direito?

BRUNO LEONARDO CÂMARA CARRÁ

Resumo: O presente estudo objetiva inserir, no debate em torno da delimitação conceptual de sanção jurídica, as medidas de caráter preventivo. De maneira geral, as sanções são apresentadas sob uma perspectiva *a posteriori*, visto que presumidamente somente se aplicam ou se cumprem concretamente após a verificação de violação de bens jurídicos protegidos por lei. Nesse sentido, cabe questionar, ante a carência de discussão acadêmica a esse respeito, o estatuto epistêmico das assim chamadas medidas de prevenção. Indubitável é a existência de inúmeras espécies de medidas preventivas de caráter sancionatório, dado que intentam evitar o descumprimento de preceitos normativos. Todavia, não se pode ignorar que nem todos os ramos do direito com elas se compatibilizam, razão pela qual se mostra possível admiti-las em disciplinas específicas, como a responsabilidade civil, instituto jurídico cuja estrutura é essencialmente repressiva.

Palavras-chave: Sanção jurídica. Medidas preventivas. Responsabilidade civil.

1. Introdução: um pouco de mitologia

Proponho começar da seguinte forma: uma releitura intrinsecamente jurídica do conhecido mito de Sísifo. Conta-se que Sísifo era o mais astuto dos homens. Por algum tempo, chegou até mesmo a enganar Tãtatos, atando-o a grilhões de maneira que, quando o deus da morte foi buscá-lo, não pôde ceifar a vida de mais ninguém por determinado tempo. Tãtatos acabou sendo libertado por Ares, e Sísifo foi, então, arrastado para o inframundo.

Recebido em 13/3/17
Aprovado em 3/4/17

Contudo, ele ainda tinha um último ardil: antes de baixar ao inferno, combinou com sua mulher para que ela não fizesse o sacrifício cerimonial aos mortos. Assim, um lamurioso Sísifo acabou por convencer Hades a permitir seu regresso ao mundo superior, concessão jamais feita a qualquer mortal. Para tanto, nosso malicioso personagem disse a Hades que voltaria ao inferno se o deus do inframundo lhe desse a mencionada oportunidade de lá sair apenas para poder castigar sua relapsa esposa. E o que fez Sísifo depois de libertado? O que toda e qualquer pessoa sagaz faria em situação idêntica: fugiu!

Viveu, segundo diz a lenda, por vários anos em Corinto até que, com a ajuda de Hermes, foi novamente capturado e obrigado a retornar ao inferno. Só então a ordem pôde ser restabelecida. Pela ignominiosa transgressão, Sísifo foi finalmente condenado a arrastar uma pedra, encosta acima, a qual sempre rolava para baixo antes que o cume fosse atingido, de modo que o trabalho sempre recomeçava. A punição, além de eterna, tinha um elemento adicional de vingança, requintadamente preparado: já que se considerava o mais inteligente dos mortais, recebeu Sísifo o mais fastidioso e inútil dos castigos por haver desdenhado os deuses (CAMUS, 1953).

Embora Sísifo tenha sido devolvido aos infernos – o que, de alguma maneira, diminuiu as consequências de seus atos –, tenhamos em conta que o rigor de seu castigo já nada mais poderia fazer para reverter a ilicitude de seu comportamento. Um morto havia escapado de Hades, alterando a ordem cósmica; e a pena aplicada a Sísifo, por maior que fosse, não seria capaz de reverter esse fato.

Com efeito, por si só, a sanção aplicada não seria capaz de fazer desaparecer sob o aspecto fenomenológico os conturbados efeitos da transgressão de Sísifo. O que estava feito não apenas estava feito como não poderia ser desfeito, já que nem os deuses tinham o poder de fazer o tempo retroceder. Aliás, o tempo e o destino – eles próprios objetos de incontáveis lendas e tragédias – eram incontroláveis pelos deuses e, por isso mesmo, temido até mesmo por Zeus¹. Assim, toda pena imposta a Sísifo, por mais inclemente que fosse, seria apenas um paliativo. Se os deuses pensaram que por meio delas poderiam reverter sua façanha, estavam, na verdade, ingenuamente enganados.

¹ As Moiras eram as filhas de Zeus com Têmis, Deusa da Justiça. Também denominadas “filhas da noite”, representavam o rigor e a inafastabilidade do destino que alcançava até mesmo os deuses. A inafastabilidade do destino consistiu tema recorrente na Grécia antiga. Na mais expoente das tragédias que o tinham como pano de fundo, o Édipo Rei, após vazar as órbitas dos olhos, diz o desgraçado rei de Tebas, agora arrasado pela descoberta de que não poderia lutar contra o imponderável destino: “Nuvem negra de trevas, odiosa, / que zombaste do céu sobre mim, / indizível, irremediável, / que não posso, não posso evitar! / Infeliz! Infeliz outra vez! / Com que ponta aguçada me ferem o agulhão deste meu sofrimento / e a lembrança de minhas desgraças?” (SÓFOCLES, 2002, p. 87-88).

Aqui, inclusive, é o caso de lembrar outro mito ainda mais evidenciador da pouca eficácia das sanções que se aplicam como castigo: Prometeu, que também desafiou o poder do Olimpo ao roubar o fogo sagrado para entregá-lo aos homens. Pela afronta, que se diferencia das de Sísifo por seu caráter altruísta, Prometeu foi acorrentado em uma montanha e tinha seu fígado todo dia comido por uma águia, já que ele se regenerava para que seu sofrimento continuasse sem fim. A inutilidade do trabalho de Sísifo ou a dilaceração e a recomposição diuturnas do fígado de Prometeu constituem faces de uma mesma moeda.

São alegorias que refletem ficticiamente aquilo que tentaremos demonstrar com este trabalho: que os esquemas jurídicos no geral dão à sanção um caráter limitado, nela enxergando muitas vezes apenas a reação por direito já violado. Ao assim proceder, entretanto, incide-se num lamentável reducionismo ontológico que obnubila a compreensão desse importante elemento do Direito e, portanto, do fenômeno jurídico.

A sanção jurídica não tem como principal função infligir castigo ou pena – salvo para um grupo muito reduzido de autores, como Ross (1975), os quais nela enxergam apenas um instrumento de castigo em termos estritos.² Se isso existiu no passado, com as vinganças privadas, por exemplo, nada mais o justifica. *Modus in rebus*: não se nega que a sanção exista como forma de castigo, há sanções que realmente revelam esse elemento punitivo. O que não se pode, de forma pueril, é predicar que haja correlação sincera entre a sua aplicação e a restauração da regra jurídica violada. O

²Nesse sentido: “[...] and the only good grounds the judge can offer for sentencing a man for theft is that man in question is guilty of theft. It is no justification for sentencing the man that society or the man himself will benefit from his being punished” (ROSS, 1975, p. 28).

que foi violado muitas vezes não pode mais ser repostado, como denunciavam aqueles dois mitos relidos à luz do Direito; mas sequer é necessário fazer uso deles: basta pensar no dia a dia com seus incontáveis assassinatos e outras violações à integridade do ser humano – qualquer pena que venha a ser aplicada nesse contexto é quase tragicômica, pois, não podendo reverter os efeitos do ato praticado, apenas serve para atestar a impotência do Direito e, com ela, a nossa própria.

Isso considerado, significaria que o Direito nada pode fazer para evitar o próprio acontecimento ilícito, devendo sempre agir *a reboque* das violações? Não. Muitas são, a nosso ver, as normas jurídicas que preveem sanções para evitar o próprio acontecimento ilícito; mas, devido à lógica reparadora e sancionatória ainda reinante, elas passam despercebidas, impedindo a percepção de que o Direito pode (re)agir também antes que o ilícito ocorra. O presente estudo pretende fazer um sumário esboço dessas formas de sanção, de modo a demonstrar que, sob essa designação, ingressam distintas formas, modelos ou institutos jurídicos; muitos deles, inclusive, de natureza preventiva, ou seja, são voltados não para a repressão e punição, mas sim para o impedimento mesmo do descumprimento de um preceito jurídico.

2. Direito e sanção

Estabelecido nosso objetivo, tratemos logo de demonstrar quão inexpressivo muitas vezes se torna o conceito de sanção jurídica quando se constitui como evento posterior e repressivo à transgressão normativa. O conceito de sanção tem sido, desde as lições de Austin (1998), ainda no século XIX, pedra fundamental para a própria definição do conceito de Direito. Ou seja, a partir das construções de Austin, que

viam no Direito um sistema de comandos, assim entendidos como ordens dotadas de capacidade para infligir “um mal ou dor”, a sanção passa a desempenhar uma função essencial para a compreensão do próprio fenômeno jurídico.

Na clássica passagem de “The Providence of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence” (AUSTIN, 1998), é feita a associação entre comando e Direito. Um comando, com o que se fazem as normas jurídicas, caracteriza-se pela capacidade de infligir um mal ou dor sempre que o preceito seja desobedecido: se você é capaz de, e está disposto a me prejudicar, no caso de eu não cumprir a sua vontade, a expressão de sua vontade equivale a um comando, mesmo que você seja levado, por um espírito de cortesia, a proferir na forma de um pedido, dirá o jusfilósofo anglo-saxão (AUSTIN, 1998, p. 1).

Assim, John Austin é considerado por muitos o primeiro jusfilósofo dedicado a diferenciar efetivamente o Direito da Moral, pelo que pode ser igualmente considerado o primeiro grande positivista moderno. É a sua noção de Direito como ordem (vale dizer, comando) que influenciará todas as construções juspositivistas formuladas ao longo do século XX. Com efeito, a correlação entre sanção e Direito dominará o cenário teórico de então, de maneira que a essência do jurídico passará a repousar quase que apenas na possibilidade de uma resposta normativa à desobediência da regra de conduta entabulada (preceito).

Contudo, foi com a obra de Hans Kelsen que a comunidade jurídica recebeu o estudo mais relevante do conceito e da estrutura da sanção jurídica. Ela foi, por força dos trabalhos do mestre de Viena, prestigiada como nunca fora, sendo entendida como a reação de um ordenamento (jurídico) contra o ato antijurídico; em outras palavras, a reação da

comunidade jurídica, constituída pelo efeito punitivo do violador do ordenamento quando lhe infringe as normas. Porém, mais que dar um conceito formal à ideia de sanção, Kelsen (1995, p. 23-24) procedeu à exposição de seus contornos estruturais sob uma lógica deontológica precisa e irreprochável.

Partindo das conclusões já divisadas no pensamento analítico de Austin, Kelsen (1979, p. 39) trata a sanção como dado normativo que caracteriza e define ontologicamente o Direito. Desse modo, explica que, quando o ordenamento jurídico obriga a uma conduta, na realidade está estabelecendo que, para a conduta oposta, existirá uma sanção. É por meio disso que, precisamente, se qualifica o Direito: um sistema de sanções à conduta socialmente indesejada; é na conduta proibida, portanto, que se revelam as potencialidades do Direito, pois sua essência revela-se nas formulações que se destinam a coibi-la, ou seja, sancioná-las (KELSEN, 1979, p. 39). Nesse contexto, destacava que as sanções tinham como objetivo inibir o comportamento socialmente indesejado, por intermédio da ameaça de emprego da força, ou, fundamentalmente, da possibilidade de seu emprego efetivo, sendo o caso. Neste ponto, contudo, um esclarecimento é necessário: há uma famosa passagem da “Teoria Pura” em que Kelsen (1979, p. 39) menciona que o prêmio, ou seja, a recompensa poderia ser entendida igualmente como sanção. De fato, Kelsen não nega que em termos estritos a sanção designa toda e qualquer resposta a um comportamento humano, podendo tanto se referir ao prêmio como à pena (KELSEN, 1979, p. 39)³.

Não obstante, o raciocínio serve apenas para esclarecer que toda e qualquer conse-

³ Trata-se, a rigor, de um dos termos da língua portuguesa que admite uma polissemia antipodal, isto é, o termo *sanção* abriga noções de caráter antinômico, porque pode referir *aprovação* e *reprovação*.

quência de um preceito normativo, como forma de retribuição, pode ser designada *sanção*. O termo *sanção*, em sua acepção de retribuição positiva, de nada serviria ao fenômeno jurídico, pois só serve ao Direito a sanção que visa à devida retribuição por um preceito transgredido. Com isso, Kelsen aproveita ainda para assimilar ao termo *sanção* o conceito de *coação*⁴. Na verdade, todo raciocínio kelseniano busca emprestar à sanção um caráter de coação psíquica, como é por ele expressamente enunciado:

El derecho es un orden coactivo, no en el sentido de que ejerce – o, más correctamente: su representación – coacción psíquica, sino en el sentido en que los actos coactivos, a saber: la privación coactiva de la vida, de la libertad, de bienes económicos y otros, son estatuidos por él como consecuencias de condiciones que él determina. Esas condiciones son, en primer término – aunque no, como ya lo hemos observado y como lo veremos más de cerca, exclusivamente – una determinada conducta humana que, por haber sido convertida en condición de un acto de coacción dirigido contra el hombre que así se comporta (o contra sus familiares), se convierte en prohibida, en contraria a derecho, para ser así impedida y para que deba ser producida la contraria, la conducta socialmente útil, deseada, conforme a derecho (KELSEN, 1979, p. 63-67).

Desse modo, sempre na esteira de Austin, é pela ameaça de aplicação de um mal, no caso do descumprimento de uma regra, que o Direito obteria o comportamento socialmente desejado. Aqui, dois aspectos importantes devem ser registrados para a melhor compreensão do tema.

Em primeiro lugar, devemos ter em consideração que, para Kelsen, o Direito é um meio, uma técnica de controle social específica – daí a preocupação central com o método que esse *constructo* (o Direito) utiliza para implementar seu objetivo de produzir tal ou qual comportamento (o comportamento desejado). Por conseguinte, entre vários meios para realizá-lo evidencia-se aquele que, na visão clássica positivista, é o único a produzir resultados efetivos: o temor da realização de um mal. Não se desconhecem outros meios para a produção do comportamento desejado (por exemplo, a recompensa), mas ela não inspiraria a mesma convicção de acatamento da regra estabelecida.⁵

⁴Contudo, não interessa, neste artigo, aprofundar a discussão sobre a extensão semântica conferida ao termo *sanção* com a acepção de coação.

⁵Esta distorção será frequentemente apontada pelos não poucos opositores do pensamento kelseniano. Com efeito, Kelsen parece desconsiderar qualquer possibilidade de comportamento altruísta no ser humano *ex sponte propria*, como deixa muito claro o trecho a seguir transcrito: “en las creencias actuales de la humanidad el miedo al infierno si encuentra mucho más vivo, y la imagen de un lugar de expiación es mucho más concreta que la esperanza usualmente muy vaga de un paraíso en donde nuestra virtud encontrará su recompensa” (KELSEN, 1979, p. 21).

Kelsen (1979) vê na sanção a própria essência da norma jurídica e nesta o próprio conceito de Direito, o que, por propriedade transitiva, implica dizer que a sanção constitui a essência mesma do Direito. Daí por que sua fórmula é enunciada simplesmente como: “Dada a não prestação deve ser sanção” (dada n-P deve ser S). Ou seja, o que define o Direito é a violação da conduta, que faz nascer a sanção. Além de resumir todo fenômeno jurídico ao campo normativo, o pensamento kelseniano prossegue reduzindo-a para nela encontrar apenas a representação à ilicitude.

De fato, é a sanção que constitui a parte verdadeira do juízo hipotético. A outra parte da norma que enuncia o dever jurídico propriamente dito é chamada secundária e não tem maior importância que a primeira (dado Ft deve ser P), pois é na possibilidade de aplicação de uma sanção socialmente organizada que reside o elemento ontológico definidor do Direito. O conceito unitário de sanção entabulado por Kelsen parece claramente seguir o modelo teórico das normas penais proposto por Binding (1922) que já dividia a estrutura lógica das normas penais de modo muito claro entre a enunciação da premissa (preceito) e a consequência por seu não cumprimento (sanção).

É nítida, como o ressaltam seus críticos, a associação entre o Direito Penal e a “Teoria Pura” de Kelsen, com a implicação de uma restrição semântica ainda maior ao termo *sanção*. Impera o elemento de reação ao ilícito baseado no método *psicológico-sociológico* proposto por John Austin e já sabidamente difundido pelos estudiosos da seara criminal. Evidencia-se assim que, por esse prisma, a *sanção* sempre corresponde a uma espécie de reprimenda aplicada a uma conduta humana proibida, o que significa dizer que ela não se destinaria a impedir o ilícito, mas apenas reagir a ele.

De Kelsen, passemos a Carlos Cossio e sua Escola Ecológica, de base husserliana. Cossio (2007) compreende o fenômeno jurídico em função de sua difundida fórmula que nele denota a *conduta (humana) em interferência intersubjetiva* – uma correlação de forças entre o fato da conduta e sua normatividade que, dialética e simbioticamente, comutam-se para conformarem a essência do Direito.

De fato, a formulação de Cossio tem o mérito de ser a única concepção jurídica que pode efetivamente fornecer respostas apropriadas (“que sabe qué hacer”, diz o jusfilósofo argentino textualmente) tanto para as normas como para a conduta que, sob esse aspecto, funcionam quase como antípodas. Sem abrir mão tanto de uma como de outra, a Teoria Ecológica do Direito vislumbra uma unidade sistêmica da norma na conduta jurídica que é normativa em sua própria maneira de ser (COSSIO, 2007, p. 127).

Cossio (2007) apresenta o problema do descumprimento do dever jurídico em termos mais próprios, ao configurá-lo não mais sob a conformação de um juízo hipotético, mas sim disjuntivo. Ao tratar do problema do cumprimento/descumprimento da norma jurídica sob tal perspectiva, Cossio (2007) o posiciona dentro de uma abordagem lógica mais realista que contempla tanto o normal acatamento da norma como a sua eventual violação. A descrição do fenômeno jurídico, com essa moldura teórico-metodológica, contempla tanto a realização da prescrição normativa como a sua eventual negativa, com a imposição da sanção que lhe é correspondente, e perfaz-se em conformidade com o esquema abaixo transcrito:

1. dada una situación coexistencial como el hecho inicial de una totalidad sucesiva (H);
2. debe ser (cópula proposicional);
3. la prestación de alguien (P);
4. con alguien obligado (Ao);
5. ante alguien titular (At);
6. o (cópula disyuntiva que delimita endonorma y perinorma);
7. dado el entuerto como no prestación (no-P), debe ser (cópula proposicional);
8. la sanción del responsable (S);
9. impuesta por un funcionario obligado a ello (Fo);
10. gracias a la pretensión de la comunidad (pC) (COSSIO, 1964, p. 333).

A norma jurídica que se refere à prestação, na terminologia cossiana, designa-se pelo termo *endonorma* e a outra, que veicula a sanção, chama-se *perinorma*. Violada a primeira (*endonorma*), surge a sanção (contida na *endonorma*) como medida reparatória do dever não realizado. Embora posicionando a questão de modo mais adequado – ou seja, colocando em

evidência que a violação e a reprimenda não devem ser consideradas como o fundamental para conceituar o Direito –, não nos parece, relativamente aos seus elementos essenciais, que Cossio (2007) se tenha distanciado muito de Kelsen. A distinção está no modo como eles são alinhavados, pois tanto um como o outro concebem a norma jurídica sob o alicerce estrutural dessas duas partes indispensáveis: uma preceptiva e outra sancionatória.

Mais que isso, não há substancial diferença no que se refere à natureza da sanção, que continua sendo vista como elemento disciplinador *a posteriori*, isto é, disparado sempre após o comportamento ilícito. Tomando por base nossas considerações iniciais (a partir dos mitos de Sísifo e Prometeu) a questão, portanto, passa a ser a seguinte: ao predicar-se que a sanção constitui-se basicamente como uma ameaça, tem-se que as sanções existentes no ordenamento jurídico putativamente logram sucesso no impedimento da conduta indesejada. Por outras palavras, há a presunção de que a mera existência de sanções compõe uma espécie de técnica de inibição.

Contudo, da técnica de inibição não se depreende uma noção de prevenção genuína e autônoma, isto é, uma prevenção pura dissociada da punição decorrente da violação da norma. Fosse concebida como medida de orientação comportamental anterior à violação da norma e à sua consequente punição, a sanção assumiria um contorno conceitual preventivo e não meramente repressivo.

Se é indiscutível que a sanção figura como elemento substancial do Direito, ao assim predicá-la, acaba-se por vislumbrar nela algo maior que a pena em seu sentido tradicional.

Além de existirem sanções positivas, tema que não abordaremos aqui, o formato eminentemente coercitivo/repressor pelo qual se costuma afirmar a dissuasão do comportamento

indesejado, por intermédio de um controle de natureza psicossociológica, não é o único a ser levado em consideração, pois existem mais que nunca, nos dias de hoje, sanções que se caracterizam pelo caráter preventivo. Este seria basicamente o instrumental de que o Direito disporia para fazer valer suas determinações e, assim, impedir a erupção da ilicitude.

O caráter quase axiomático da assertiva de que não há Direito sem sanção tem feito com que se aceite com naturalidade o paradigma coercitivo/repressor, sem que sejam feitas maiores abordagens críticas quanto a isso. Se é verdade, por um lado, que o binômio Direito/sanção é inseparável, já não se pode dizer o mesmo, por outro, do binômio sanção/punição. Desse modo, tanto será possível a existência de sanções de conteúdo positivo, ou seja, baseadas na ideia de recompensa, como ainda de sanções que, a par de punir ou castigar, destinam-se objetivamente a impedir o cometimento do próprio ilícito, configurando, assim, uma técnica distinta da ideia de sanção como ameaça em seu sentido estrito.

3. As insuficiências do controle *a posteriori*

Não obstante o temor que provoquem as sanções e as consequências correlatas impostas ao seu transgressor, seja em decorrência da privação de sua liberdade, seja por meio da constrição forçada de seu patrimônio, a evidência que chega dos estudos sociológicos sugere, ao contrário do que asseguram muitos dos teóricos do Direito, que nem o terror e nem o castigo produzem consequências práticas eficientes. Muito se escreveu a esse respeito. Destacam-se, contudo, as pesquisas realizadas por Foucault (2005) sobre a eficácia das sanções penais. Suas conclusões, conduzidas sob um padrão científico dificilmente refutável, apresenta argumentos convincentes para provar que as condenações pouco têm servido para impedir o aumento das taxas de criminalidade ao longo de toda a História.

Do mesmo modo, as indenizações, multas e outras tantas medidas que, por seu efeito psicológico, se destinam a impedir a transgressão de uma regra jurídica, têm paradoxalmente um efeito prático muito escasso. Compreendidas como medidas destinadas a evitar a violação da regra de conduta, não apenas podem resultar em acatamento eventualmente escasso (pense-se nas normas desprovidas de eficácia social), como, ademais, geralmente são ineficazes no que se destina à recomposição fenomênica do preceito violado. Como demonstra Vasconcelos (1996, p. 158), a irreversibilidade do tempo torna factualmente inoperante a reprimenda ao ilícito, pois qualquer que seja o caso de transgres-

são ao ordenamento jurídico, nunca se poderá substancialmente retroceder com perfeição ao *statu quo ante* da violação da regra de conduta:

a sanção, em si, não pode significar garantia de plena restauração do Direito violado, mesmo porque no plano humano, essa recomposição absoluta é impossível. Transcorrido que seja qualquer lapso de tempo após o momento da prestação, não haverá meio capaz de refazer integralmente a situação anterior. Pagar amanhã não é, nunca, o mesmo que pagar hoje (VASCONCELOS, 1996, p. 158).

Algo parecido diz Bobbio (2005, p. 105), para quem a sanção existe somente após a violação do direito, que, desse modo, pode ser entendida como *resposta* à violação. Ou, mais pontualmente, pode ser compreendida como ação endereçada à conduta não conforme ao Direito, com o fito de anulá-la, ou, pelo menos, eliminar suas consequências danosas. A compreensão, já crítica, de que a sanção não serve tão somente para anular e mais para, por outros mecanismos, tentar diminuir as consequências lesivas decorrentes da desobediência a um dever jurídico representa um nítido avanço para a melhor apreensão da ideia de sanção. Tanto é assim que Bobbio defende ferrenhamente, em suas obras da maturidade, formas positivas de sanção, ou seja, o prêmio e a recompensa como meios incentivadores das condutas almejadas pelo ordenamento jurídico.

Este vem a ser, claramente, nosso ponto de partida. Como já se afirmou, constitui equívoco associar a ideia de sanção à ideia de pena, algo que fica particularmente mais evidente quando percebemos que a pena muito pouco pode auxiliar a experiência jurídica, pois – seja do ponto de vista filosófico, seja do sociológico –, demonstra-se com facilidade seu imenso déficit de eficácia. O problema aqui é a postura assumidamente deontológica adotada para defender a plenitude da sanção. Pouco importa se, fenomenologicamente, ela de fato resguarda um direito. Assim, por essa moldura epistemológica, o mais importante é explicar o valor da sanção com base no *dever ser*, independentemente de sua aplicação ou da avaliação dos efeitos de sua aplicação.

Aqui, para além das sanções positivas, pretendemos enfocar de modo particular o vezo que também ocorre na própria definição de sanção repressora, sempre vista como ato *a posteriori* ao direito violado. Expressão digna de nota, por mais estranho que possa parecer em uma análise perfunctória, dessa mencionada tredestinação da finalidade da sanção é ninguém menos que Giorgio Del Vecchio. Com efeito, para Del Vecchio (1965), que também associa sanção à coação, não faz o menor sentido falar de coação enquanto um direito não esteja concretamente violado. Essa associação da aplicação da sanção tão somente quando da transgressão de um bem jurídico protegido constitui a pedra angular

da própria concepção coercitivistica do Direito, à qual se filia o autor mencionado. Portanto, um autor com essa orientação jusfilosófica não admite que a sanção produza efeitos sancionatórios antes de uma violação jurídica efetiva.

Todo direito é passível de ser violado, e uma vez que ocorra a violação, teria lugar o uso da força para recompor o direito. Assim, a fórmula da sanção poderia ser resumida nos seguintes termos: *sem efetiva transgressão, não haveria sanção*. Se for assim, ainda que Sísifo e Prometeu paguem um preço alto, a norma instituída não os impede de violá-la: o Direito sempre chega tarde e toda sua força parece decorrer apenas do possível medo que supostamente é capaz de infundir, tal como um conto dos irmãos Grimm para uma criança. Na prática, a estrutura organizada da força tão apregoada nunca conseguiria chegar *ex ante*, ou seja, ser capaz de impedir a realização mesma do ilícito. Em suma, o poder inibitório da sanção decorrente da ciência da sua aplicação não é tido como capaz de suprimir a disposição volitiva de infringir.

É isso que supomos não ser verdade, pois há mecanismos sancionatórios capazes (ou pelo menos concretamente destinados) a impedir o próprio ilícito por meio de comandos preventivos. Isso, contudo, não é muitas vezes referido nos manuais de Teoria do Direito, em virtude de uma visão puramente normativa, que, assim, acaba por se descolar da realidade. Ou seja, coloca-se o problema da impotência das sanções jurídicas em decorrência de sua aplicação retardatária em razão de esquemas de ordem apenas deontológica.

A expectativa de que o poder inibitório da ciência das sanções punitivas ou coercitivas surta efeitos positivos frustra-se em razão de a avaliação de sua eficiência centrar-se nos casos de infração consumada. Ao se empregar essa moldura avaliativa da funcionalidade da san-

ção aos casos em que o seu alegado poder inibitório não surte efeito, gerar-se-ia, na dicção de Del Vecchio, a ideia de que “a coação chega quase sempre muito tarde”. Sob esse contexto, haveria, de fato, a impressão de uma irreparabilidade ou mesmo da “impotência do aparato jurídico para impedir o ilícito”. Exemplo disso estaria na famosa regra romana de que não se pode compulsoriamente obrigar alguém a cumprir o que contratou: “Nemo praecise ad factum cogi potest” (DEL VECCHIO, 1965, p. 253).

Contudo, logo adiante o mesmo Del Vecchio apoia-se sobre a tão celebrada distinção kantiana entre os planos do ser (*sein*) e do dever ser (*sollen*) e enunciar que, conquanto possam ser factualmente ineficazes, as sanções continuam sendo válidas sob o ponto de vista jurídico, isto é, normativo ou deontológico. Se a pena ou o emprego da força chega demasiado tarde no mundo fenomênico, não dando à vítima a adequada satisfação, isso não teria relevância para questionar a sua razão de ser. Noutros termos, a eventual ineficácia fenomênica da sanção punitiva não afasta a sua validade numênica, a operar, assim, como espécie de axioma jurídico com valor em si mesmo.

Estabelecida a distinção entre fato e norma, sendo o Direito um fenômeno normativo por excelência, a violação não interfere mais nos fatos: descumprida factualmente a norma de conduta, a previsão de uma norma de recomposição (sanção) anula imediata e automaticamente a transgressão, predicando a primazia do dever sobre a violação.⁶ Assim, para

⁶No original: “Ma noi affermiamo una possibilità di diritto e non di fatto, cioè la possibilità giuridica di impedire il torto, se torto vi sia. Parlando del diritto *in genere*, abbiamo già detto che il diritto è *sopordinato ai fatti*, e che esiste come valore ideale anche là dove è realmente violato. Come il fatto della violazione non annulla l'esistenza del diritto, così il fatto che talvolta alla violazione non segua la coazione nulla prova contro la possibilità giuridica della coazione stessa” (DEL VECCHIO, 1965, p. 254).

o mundo do Direito, a simples previsão abstrata de uma consequência desfavorável para a conduta transgressora seria suficiente para dar razão de ser e justificar a estrutura funcional de que necessita para ontologicamente constituir-se como sistema autônomo.

Ou seja, se um comando jurídico pode ser recomposto por meio de outra norma, por meio de uma sanção estabelecida *in abstracto*, a harmonia do ordenamento estaria garantida independentemente das circunstâncias existenciais que o circundam. E isso é assim porque o *sollen* ontológico do Direito quer significar que um dever jurídico segue vigente, a despeito de suas possíveis violações. O Direito como forma normativa, novamente, por mais estranho que pareça é *inviolável* porque há a previsão abstrata de as sanções serem aplicáveis como normas de recomposição.

Pode parecer incoerente, mas, em função desse raciocínio, quanto mais se possa vir a transgredir a norma, mais ela se afirma, como já demonstrou, por exemplo, Stammler (2000, p. 81). A norma, como preceito de cumprimento deontológico, independe, em última análise, de verificação de sua eficácia concreta. Se a avaliação de sua validade independe de sua eficácia, ainda que o descumprimento se amplie, ela mais se afirma.

Com efeito, o *dever ser* inerente ao ser da norma jurídica aporta a ideia de que sua transgressão é algo inerente ao fenômeno jurídico. É natural esperar, assim, que ela ocorra, na medida em que essa é uma das possibilidades intrínsecas à conduta humana, esse magnífico calidoscópio de ações para o bem ou para o mal. Diante, pois, de uma análise eminentemente teórico-normativa, pode-se afirmar que o Direito, como estrutura teórico-metodológica formal, é *inviolável*; entretanto, como já prenunciado, corre-se o risco de concebê-lo como algo distante da realidade.

Foi essa a explicação que durante muito tempo bastou aos jusfilósofos. Contudo, o distanciamento entre a visão estritamente normativa e a realidade, em nosso sentir, agudiza a incapacidade de as sanções servirem como instrumentos efetivos para o impedimento da ocorrência do ilícito e não meramente a sua repressão. Com certeza, o déficit de eficácia das sanções jurídicas tem incontáveis causas, a começar pela existência ou inexistência de medidas adequadas de impedimento às violações do ordenamento jurídico. Contudo, é possível afirmar, com algum grau de certeza, que a contínua referência teórica às sanções como estruturas jurídicas de caráter apenas reparador contribui para que não se contemple o fenômeno em seu todo – o que, por fim, em boa medida, contribui para que tal distorção prossiga.

Esse olhar, sempre mais próximo (e por isso parcial) do Direito Penal que do Direito em sua eidética realização (total), foi objeto das muito bem lançadas críticas de Hart (2004, p. 99-102), no sentido de que nele não podemos identificar apenas ameaças. O Direito seria composto, na verdade, por uma série de regras. Algumas delas, chamadas de primárias, são as que impõem uma ação ou omissão, ou seja, impõem deveres, mas que somente em parte podem ser entendidas como ordens apoiadas sob ameaças; outras, chamadas de secundárias, conferem potestades jurídicas para decidir litígios ou legislar (potestades públicas), ou para criar e modificar relações jurídicas (potestades privadas) e que, *sob pena de recair num absurdo*, não podem ser entendidas como *ordens respaldadas por ameaças*.

Não se ingressa, aqui, nas complexas análises que Hart (2004) realiza; entretanto, servem para pontuar que regras jurídicas com perfis diferentes mostram-se capazes de produzir não apenas as divisões por ele propostas entre

regras primárias e secundárias, mas também (embora Hart não o diga) em subdivisões dentro das próprias regras primárias. Assim, depreende-se da reflexão sobre a sua categorização que não existe igualmente um modelo de sanção *simples*, mas diferentes estruturas formais de sanção. Como dito, Hart (2004, p. 51-52) não chega a fazer tal afirmação, mas ela parece uma inferência natural com base no seu *conceito de Direito*. De todo modo, serve aqui de advertência a sua belíssima frase, segundo a qual há controles bem mais vivazes que as imemoriais formulações coercitivas advindas do Direito Penal ou Civil que ainda hoje se impõem sobre nós.

Em resumo: o fato de normativamente uma sanção ser uma consequência lógica da efetiva transgressão de um preceito – vale dizer, de uma regra de conduta – não autoriza concluir que toda forma de sanção necessite ser implementada tão somente após a prática de um ilícito, assim considerado como fato jurídico que fenomenologicamente representa a violação de uma norma. Haveria, assim, uma forma de sanção que pudesse impedir o próprio ilícito em lugar de reparar-lhe os efeitos ou reconstituir a validade e a respeitabilidade do preceito violado? É o que veremos adiante.

4. Sanções coincidentes e não coincidentes

Sabemos que em qualquer ramo do Direito existe alguma forma de sanção como resposta à desobediência de uma regra de conduta. Contudo, do estrito ponto de vista técnico, sanção não é sinônimo de pena, assim entendida como uma retribuição negativa maior que a lesão causada, ou ainda o castigo físico imposto contra a violação de uma norma jurídica. Deveras, há sanções puramente reparadoras, como ocorre na esfera penal, ou mesmo na Responsabilidade Civil. Kelsen (1995), ao predicar que a expressão *sanção* designaria toda reação do ordenamento jurídico a qualquer conduta havida como inadequada – isto é, por ele proibida –, deu-lhe uma importância até então desconhecida. Porém, o método *psicológico-sociológico* concebido como fundamental para conceituá-la inviabiliza sua compreensão mais adequada.

É que, segundo Vasconcelos (1996), com base nas descobertas kelsenianas, tornou-se inevitável compreender a sanção *apenas* como “uma consequência, boa ou má, agradável ou desagradável, de uma atitude perante o Direito”, visão bem mais compatível com a realidade e alheia ao “unilateral e errôneo conceito de sanção como constrangimento (que) produziu a extravagante teoria do Direito-ameaça.” Nesse quadro de ideias, convém trazer à baila um interessantíssimo estudo, que, la-

mentavelmente, é por nós pouco conhecido, feito por Eduardo García Máynez sobre a natureza e a estrutura da sanção.

García Máynez (2002) parece definir a sanção em termos de consequência normativa de carácter secundário. Em assim o interpretando, comparte as posições aqui já enunciadas, dado que a situam dentro de um paradigma normativo. Em particular, sua definição lembra a de Cossio (1964), que nela vê a *perinorma*, ou seja, norma igualmente secundária. García Máynez (2002) explicita também aqui uma importante distinção entre *sanção e coação*:

La sanción no debe ser confundida con los actos de coacción. Aquella es una consecuencia normativa de carácter secundario; estos constituyen su aplicación o realización efectiva. Coacción es, por tanto, la aplicación forzada de la sanción. Cuando un juez dicta sentencia, condenando a una persona a que pague lo que debe, aplica una sanción; pero si el demandado no cumple voluntariamente con el fallo, tiene el actor derecho a pedir que la sanción se imponga por la fuerza (GARCÍA MÁYNEZ, 2002, p. 298).

Tomando por base essa premissa, García Máynez (2002) chega à conclusão de que as sanções jurídicas devem ser compreendidas (classificadas) em conformidade com a finalidade que perseguem e com a relação de conduta ordenada pela norma infringida, que constituiria o próprio conteúdo da *sanção*. Desse modo, “si la sanción es consecuencia jurídica de carácter secundario, tendrá que manifestarse dentro de las formas peculiares de toda consecuencia de derecho” (GARCÍA MÁYNEZ, 2002, p. 301). Embora García Máynez seja daqueles que, em linhas de princípio, considere a sanção uma ameaça, sua obra destaca algo de particular importância para o presente estudo: a existência de distintas formas de sanção dentro de um mesmo ordenamento jurídico.

Segundo o jusfilósofo mexicano, há três formas claras de afirmação do Direito: a) uma primária, presente na própria regra jurídica que se supõe ordinariamente acatada; b) uma secundária, que vem a ser a sanção, entendida para esses fins como sendo “una substitución de la primitiva obligación incumplida por una nueva obligación, de contenido idéntico y diversa fuente, impuesto al sancionado por el órgano jurisdiccional bajo amenaza de coacción” (GARCÍA MÁYNEZ, 2002, p. 301); c) finalmente, um momento terciário consistente na coação, como ato de força, quando a pessoa a quem a sanção foi dirigida nega-se a submeter-se ao comando que lhe foi dirigido.

Na visão de García Máynez (2002), portanto, as sanções são ameaças concretas dirigidas àquele que deixou de corretamente observar uma norma jurídica. Nisso, como já dissemos, divergimos. Contudo, a observação de que as sanções devem ser compreendidas em razão da finalidade específica de uma norma (ou ramo) de Direito é fundamental para a demonstração da hipótese que se pretende estabelecer na última parte deste trabalho: a de que existem medidas sancionatórias que podem ser estabelecidas antes mesmo que ocorra a violação do Direito.

Antes, contudo, sigamos com o raciocínio divisado por García Máynez (2002, p. 301) que afirma haver duas formas de sanção: a) *coincidentes*; b) *não coincidentes*. As primeiras, como é possível antever, são aquelas cujo conteúdo *coincide* integralmente com o da obrigação transgredida. Vale dizer: sempre que for possível a recomposição “integral” da regra, a sanção é denominada *coincidente*. Nos demais casos, quando não há essa possibilidade, dizem-se *não coincidentes*. Ou seja, as sanções *não coincidentes* são preceituadas em razão da manifesta impossibilidade fenomênica de se conseguir produzir uma resposta jurídica (sanção)

idêntica ao preceito violado, razão pela qual se vem a estipular uma *prestação equivalente*.

No caso das sanções *coincidentes*, por sinal, García Máñez (2002) esclarece que o que muda é a fonte da obrigação, que passa da norma para o órgão jurisdicional ou administrativo do Estado. Seu conteúdo, entretanto, é o mesmo, confirmando que, a despeito do ilícito, seria possível realizar em sua integralidade a norma violada. A classificação proposta por García Máñez (2002), embora contenha, como descrito, o vezo de ser ela própria também repressiva, pelo menos coloca em evidência que é possível, por meio de sanções adequadas, obter resultados *coincidentes* com o preceito preconizado na regra jurídica.

É certo, contudo, que os exemplos mais evidenciadores dessas formas de sanção são referidos igualmente com base numa óptica mais deontica que realista, como é o caso das chamadas *leges perfectae*. Como se sabe, diziam os juristas romanos que *perfectas* eram as leis cuja violação acarretava própria nulidade do ato praticado, que, assim, passava a ser considerado inválido. Por outras palavras, normativamente se realizava com plena eficácia a reversão ao *statu quo ante* ao se pronunciar a retirada de qualquer validade de efeito ao ato praticado em desobediência ao comando legal (ZIMMERMANN, 1992, p. 700).⁷

Por certo, ao chamarmos a atenção para a classificação descrita por García Máñez (2002), não nos referimos a essa forma de sanção. Com base em sua classificação, desejamos demonstrar que existem formas de *sanção coincidentes* que se revelam por meio anteci-

patório, significando que existem *comandos consequenciais* ou secundários, que já podem ser autorizados diante da possibilidade de um ilícito ser praticado e, com isso, impedir a própria realização do ato contrário ao Direito. Estes são os mecanismos preventivos que, a cada dia mais, fazem parte dos ordenamentos jurídicos mas, salvo melhor compreensão, ainda não foram apropriadamente analisados dentro da Teoria Geral do Direito.

5. Sanção e medidas de prevenção: uma análise sistêmica

Retornemos a Sísifo e a Prometeu apenas para fazer a seguinte indagação: não seria mais fácil aos deuses, se pudessem antever seus atos, impedir que ambos tivessem realizado suas façanhas? É óbvio que sim, e o que talvez seja mais interessante é que, a despeito disso, elas existem. O problema é apenas o olhar limitado que não raro adotamos. Neste ponto, razão parece assistir a Hart (2004) quando comprova que enxergamos no Direito um modelo simples quando, na verdade, ele contempla uma pluralidade de formas relativa às funções de suas distintas regras.

O que se quer dizer, em definitivo, é o seguinte: a descrição da sanção feita tradicionalmente encerra apenas a ideia de violação da norma e, portanto, sua aplicação com vistas à *reparação* em sentido amplo do preceito violado. Entretanto, uma conceito bem mais fluido e realista sugere que ela seja considerada *apenas como uma consequência perante o Direito*, de modo que tanto o agir mal como seu antípoda, o agir bem, passam a ser igualmente relevantes, no último caso, inclusive por meio das sanções ditas premiais.

Importa dizer que se chega a um raciocínio mais refinado dentro da lógica de causa e

⁷Não se desconhece, igualmente, a bem construída crítica de Hart sobre a classificação das nulidades como sanções. Sem ingressar em maiores detalhes da discussão, coloca-se de pronto o peso do argumento histórico, por um lado, e, por outro, o fato de a visão de Hart sobre a sanção jurídica ser igualmente restritiva, nela apenas vendo o elemento coercitivo.

efeito: a sanção é, nesse sentido, vista como efeito jurídico diante do não cumprimento ou mesmo, em certos casos, do cumprimento em condições ainda melhores (caso, por exemplo, dos pagamentos que se realizam antes do prazo e, por isso, ensejam desconto). Porém, além disso, existem certas situações que se situam no limite lógico entre o adimplemento e o inadimplemento, e o problema surge nestes termos: há normas que permitem a imposição de uma ordem contra sua violação na iminência de que sejam violadas, já autorizando uma *consequência* – ou atuação secundária, no dizer de García Máynez – antes de o ilícito ser cometido.

A descrição acima lembra uma obra de ficção de Philip Dick (DICK, 2002, p. 72) que considera a possibilidade de condenação por um crime ainda antes de seu cometimento e, assim, a possibilidade de ser abolido o sistema criminal organizado sob a forma de sanções *a posteriori*. Por meio de mutantes com capacidade extrassensorial para predizer o futuro, engendra-se um modelo distinto de combate ao crime, que passa a ser baseado numa prevenção direta com a efetiva prisão do autor do crime antes mesmo de seu cometimento, o que é defendido com orgulho.⁸

Não é isso, por óbvio, que se está advogando; porém, não se desconsidere que existam normas jurídicas que, em alguma medida, tenham correlação com a ficção científica. E o exemplo que pode resumir e comprovar o argumento, por ironia, constitui um dos preceitos dos mais tradicionais que conhecemos: o *interdito proibitório*. O instituto, como bem se sabe, permite a lavratura de um comando do Poder Judiciário quando ainda não ocorreu a perda da posse, existindo apenas uma ameaça iminente de esbulho ou turbacão. Estando prevista no art. 932 do CPC (BRASIL, 2015), seu caráter sancionador fica evidenciado mediante a previsão do legislador de que se emita mandado proibitório em que se comine determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito – o que não impede a autorização, por óbvio, de outros meios coercitivos que impeçam efetivamente a turbacão.

No âmbito processual, o instituto do *interdito proibitório* – como de regra as chamadas *tutelas inibitórias* de forma geral – coloca em evidência que, em vários momentos, a ameaça ou iminência de realização de um ato ilícito já se torna juridicamente relevante para ser alvo de uma sanção. A depender do contexto, é essa possibilidade de efeito sancionatório de caráter preventivo que, em última análise, ora se demonstra. Com essa moldura interpretativa, o próprio conceito de ilícito pode so-

⁸No original: “With the aid of your precog mutants, you’ve boldly and successfully abolished the post-crime punitive system of jails and fines. As we all realize, punishment was never much of a deterrent, and could scarcely afforded comfort to a victim already dead”(DICK, 2002, p. 72).

frer alguma alteração para admitir que a *simples* ameaça ou iminência de dano já se constituem como transgressões a autorizar medidas sancionatórias. As ideias de Benucci (1957 apud MARINONI, 2003, p. 44-45) redescobertas nos dias correntes pela doutrina processualista, por exemplo, demonstram uma distinção clara entre *perigo* e *dano*. O que caracteriza o ilícito é o perigo de dano. A potencialidade danosa, por sua própria natureza, constitui-se como ilícito e, por consequência, autoriza *per se* seu combate por via de tutela inibitória baseada apenas na probabilidade da lesão.

Outras tantas formas articuladas de sanções preventivas ocorrem também fora do âmbito processual, como no Direito Administrativo, por meio da autoexecutoriedade do poder de polícia administrativa.⁹ Anota Lopez (2010, p. 141) que, sobretudo por intermédio da aplicação dos hoje denominados princípios precautórios e preventivos, e a sua consequente efetividade prática, impede-se e não somente se suspende a oferta de produtos ou remédios no mercado por suspeita de risco à saúde. Com esse procedimento, toma-se uma medida sancionatória de caráter antecipatório, de tal modo que se coíbe previamente a publicidade capaz de ameaçar os consumidores. E, *last but not least*, não se autorizam, previamente, práticas potencialmente nocivas ao equilíbrio ecológico e às gerações futuras.

Tais medidas de prevenção diretas voltam-se contra a antijuridicidade da conduta em si mesma, com o objetivo fundamental de preservar o ordenamento jurídico como um todo. Sua gestão do ilícito substitui o tradicional modelo baseado na intimidação *psicossocial*; com ele, fundamenta-se a tradicional função preventiva das sanções, em favor de uma ação preventiva expedita voltada para o impedimento do ilícito em si. Na verdade, o conceito de sanção não é propriamente alterado; ele apenas é redimensionado para, com García Máynez (2002), captar a necessidade de adequá-lo ao conteúdo normativo que lhe precede, ou, por outras palavras, ao ramo do Direito em que está inserido.

Na verdade, a consciência de que a transgressão em si mesma pode ser considerada passível de sanção, ou seja, antes que resulte em dano fenomênico propriamente dito, já é conhecida de longa data pelo Direito Penal. Com efeito, a famosa distinção entre delito de dano e delito de perigo encerra, muito antes que outros ramos do Direito, a evidência de que não chega a ser propriamente uma novidade a existência de sanções sem dano, no sentido fenomênico da expressão.

⁹ A lição já é clássica no Direito brasileiro, mas merece ser uma vez mais reproduzida: “O que o princípio da autoexecutoriedade autoriza é a prática do ato de polícia administrativa pela própria Administração, independentemente de mandado judicial” (MEIRELLES, 2004, p. 135).

Todos nós conhecemos a classificação: denominam-se como dano (resultado ou lesão) os crimes que ensejam, para que se consumem, a efetiva lesão ao bem jurídico protegido par; por outro lado, nos crimes de perigo, basta a possibilidade de dano – vale dizer, a exposição do bem jurídico tutelado a uma situação de dano. Busca-se, assim, evitar a lesão pela tipificação penal do perigo, ou seja, de sua eventualidade. Dois dos mais destacados penalistas italianos da atualidade, Marinucci e Dolcini (2012, p. 207), explicam a lógica que subjaz a eles: a lesão exprime de fato a destruição, a alteração pejorativa, a diminuição de valor ou da identidade na qual se concretiza o bem jurídico; o perigo exprime, ao contrário, a probabilidade da lesão, em outros termos uma lesão somente potencial (MARINUCCI; DOLCINI, 2012, p. 207)¹⁰.

A doutrina, nesse sentido, não economiza palavras para dizer que no crime de perigo *antecipa-se* a sanção, tomando por base a ideia de lesão ou dano: “cria-se uma infração penal para que seja levada a efeito uma punição antes que seu comportamento perigoso venha, efetivamente, causar dano ou lesão ao bem juridicamente protegido” (GRECO, 2016, p. 222). É, como igualmente se sabe, o caso do crime de mera conduta, em que o simples agir (ou não agir) já é considerado penalmente relevante, independentemente de qualquer resultado fenomênico ou puramente jurídico a um interesse protegido (nesse ponto a distinção, por exemplo, entre estes e os crimes formais).

Assim, parece que muito mais não precisa ser dito. O Direito Penal, não de hoje, repita-se, contempla a possibilidade da iminência

¹⁰No original: “La lesione esprime infatti la distruzione, l’alterazione in peggio, la diminuzione di valore etc. dell’entità in cui si concretizza il bene giuridico; il pericolo esprime invece la probabilità della lesione, in altri termini una lesione soltanto potenziale” (MARINUCCI; DOLCINI, 2012, p. 207).

da prática de um dado ato ser ela própria tida como um ilícito. Com isso, o que se deseja colocar em evidência é que ele e os demais ramos do Direito autorizam concluir, como parece iterativo, que o Direito não aplica sanções apenas *a posteriori*, razão pela qual é necessário ajustar nossa visão sobre seu sentido e alcance, a fim de nela inserir também as medidas antecipatórias aqui postas em destaque.

6. A antecipação como sanção jurídica

Até aqui se mencionou demonstrar que o esquema tradicional de que *dada a não prestação deve ser a sanção* não levou em consideração normas que procuram evitar o próprio não ser da *prestação*. As concepções antes apresentadas claramente decorrem da influência da doutrina econômica liberal sobre o Direito, da qual Emmanuel Kant é um luminar. A nosso ver, a junção como contraditórios lógicos da liberdade e coerção, tal como entendida pelo kantismo como fundamento do Direito, vem a ser a raiz da visão restrita do problema. De fato, toda a concepção kantiana do Direito fundamenta-se na liberdade, sendo a coerção utilizada apenas como forma de mantê-la quando efetivamente negada.¹¹

A própria noção de juízo hipotético (em contraposição ao juízo categórico) na filosofia kantiana vem a indicar a vocação natural do

¹¹Convém recorrer ao texto original: “A resistência que frustra o impedimento de um efeito promove este efeito e é conforme ele. Ora, tudo que é injusto é um obstáculo à liberdade de acordo com as leis universais. Mas a coerção é um obstáculo ou resistência à liberdade. Consequentemente, se um certo uso da liberdade é ele próprio um obstáculo à liberdade de acordo com leis universais (isto é, é injusto), a coerção que a isso se opõe (como um impedimento de um obstáculo à liberdade) é conforme à liberdade de acordo com as leis universais (isto é, é justa). Portanto, ligada ao direito pelo princípio da contradição há uma competência de exercer a coerção sobre alguém que o viola” (KANT, 2003, p. 77-78).

Direito para a obtenção de um comportamento mediante um estímulo exterior – no caso, uma proposição deletéria à liberdade do indivíduo. A perspectiva é colocada, como fica fácil perceber, dentro da concepção iluminista no âmbito filosófico e liberal sob o aspecto econômico. Sob a influência desses dois marcos, os modelos propostos pela Teoria do Direito passaram, ainda que inconscientemente, a tratar do inadimplemento como fenômeno baseado apenas na negação efetiva da liberdade.

Não se considera, como destacado, que chegasse a existir um direcionamento premeditado em relação a isso; ou seja, não há propriamente exclusão das medidas preventivas. A bem da verdade, não se divisava sequer a sua adoção como um problema. Com efeito, a importância dada à liberdade era tão grande – não que não o devesse ser – que se obnubilava da problemática relativa às sanções qualquer cogitação das situações limítrofes nas quais se pudesse constranger alguém antes que a transgressão ocorresse. Desse modo, perdeu-se de vista que as regras de cunho preventivo também teriam função sancionadora. A demonstração da resiliência dessa concepção de sanção e de suas raízes jusfilosóficas e históricas fundamenta a redação deste artigo.

O problema, aliás, é repetido diante da fórmula cossiana, embora esta tenha tido o mérito de chamar a atenção para o cumprimento espontâneo mais que para o descumprimento e a sua correlata punição. Ainda assim, a dita Teoria Ecológica do Direito rechaça qualquer forma de sanção em caráter preventivo. Isso ficou bastante claro em função do célebre estudo sobre a sanção premial levado a efeito pelo também argentino Mario Alberto Copello, por sinal discípulo direto de Carlos Cossio. Copello ([1945?], p. 70) recusa a ideia de uma sanção premial por entender que toda forma de sanção decorrerá do inadimplemento de

um dever jurídico imposto pela *endonorma* a qual nos referimos antes.

Com efeito, a sanção premial somente poderia ser considerada – ela própria – como *endonorma*, visto que se constituiria como faculdade e não como efetivo caso de retribuição. Existiria a possibilidade tanto de cumprimento como de não cumprimento sem que, nesse caso, houvesse qualquer efeito deletério de natureza punitiva. Por isso, Copello ([1945?], p. 98), ao perceber as vantagens da *sanção premial*, destaca sua especial vocação para a realização do Direito, sem, contudo, ver qualquer possibilidade de fixá-la na *perinorma*.

Não se ingressa nessa discussão de forma aprofundada, já que o objeto do trabalho se limita a apreender a natureza jurídica daqueles mecanismos jurídicos que, sempre com feição repressiva, procuram impedir a destruição ou lesão do bem tutelado. No entanto, vale a pena reproduzir a crítica empreendida por García Máynez (1946) de que, na medida em que Copello admite ser o prêmio uma forma de realizar o preceito contido na norma jurídica (*endonorma*), não há razão para deixá-lo de conceituar como sanção.

Se Copello aceita que o prêmio é um dos recursos típicos que o legislador pode valer-se para induzir o cumprimento das normas que formulou, então não faz sentido por que recusou reconhecer que a recompensa é uma *medida jurídica* no mesmo sentido que pode ser a sanção já que ambas perseguem finalidade idêntica, resume García Máynez (1946, p. 341). Uma vez mais, sua percepção revela-se precisa, ao concluir que deve ser apreendido como sanção todo e qualquer instrumento jurídico que assegure a manutenção do preceito, seja por meios diretos, seja por meios indiretos.

No mesmo sentido, Carnelutti (1942, p. 100), ainda na primeira metade do século XX, predicava exatamente a mesma coisa:

tem natureza de sanção toda e qualquer medida que vise a impedir a transgressão de uma regra de Direito – caso das medidas de caráter preventivo. É muito provável, por sinal, que haja uma natural correlação entre suas conclusões e o fato do conhecido autor peninsular ser igualmente um reconhecido processualista, pois, como antes se viu, boa parte desses meios de prevenção foi concebida no âmbito do Direito Processual.

Diz Carnelutti (1942, p. 100) que, por meio de recursos físicos ou bastante concretos, de maneira preventiva pode ocorrer a prevalência do preceito estabelecido na norma; mas também pode ocorrer que, de maneira contrária, para induzir ao cumprimento do preceito, se cogite a aplicação de um mal maior, a fim de que, de modo livre, embora induzido, o indivíduo venha a respeitá-lo. Desse modo, reconhece-se que em ambas existe uma conformação sancionadora e não apenas um preceito.¹² O agir antecipadamente já seria, portanto, um mecanismo de preservar o bem jurídico constante da norma, ainda que por meio do constrangimento físico que impeça sua violação fenomênica.

O mais interessante, todavia, é o depoimento dado pelo destacado professor no que se refere ao problema da natureza jurídica sancionadora das regras de contenção antecipada do descumprimento de um preceito normativo. Pela importância da lição, vale a pena reproduzi-la integralmente:

Esses meios de diferente natureza em que se resolve a imposição do preceito recebem o nome de sanções; sancionar significa precisamente tornar qualquer coisa que é o preceito, inviolável ou sagrada. Noutra ocasião pareceu-me que tal nome não conviesse aos meios físicos preventivos, razão porque, pedindo emprestado outro vocábulo à terminologia do direito penal, aludi ao conceito mais amplo da medida, da qual a sanção seria uma subespécie. Hoje, porém, refletindo melhor, acho inútil essa complicação, pois o conceito de sanção pode ser construído de maneira a compreender, sem dificuldades, os próprios meios físicos preventivos de imposição os quais tem a sua exemplificação mais importante nas chamadas medidas de segurança (CARNELUTTI, 1942, p. 100).

Registre-se, apenas por zelo, que as *medidas de segurança* não devem ser confundidas com um remédio processual específico. Por elas, compreende-se, na verdade, toda e qualquer ação preventiva – naturalmente aqui mais voltada para o âmbito penal – que busca impedir a transgres-

¹² A diferença entre as formas de sanção como preventivas ou repressivas, tomando-se em consideração o meio pelo qual elas são realizadas, também pode ser feita chamando-as de *diretas* e *indiretas*, nomenclatura apreendida das lições de outro mestre peninsular: De Cupis (1970, p. 9-16).

são. O raciocínio de Carnelutti (1942), mercê de sua representatividade, é importante para ressaltar que a estrutura deôntica do Direito possa até favorecer a existência de sanções *a posteriori*, repressivas ou indiretas, mas não se pode cogitar que *todo* o Direito funcione assim.

Há sanções que buscam impedir o próprio ilícito antes que ele ocorra por meio de medidas efetivas de contenção, como visto acima. Seu aporte para análise dentro de um marco teórico amplo sugere, portanto, que estão certos os autores que veem na sanção um fenômeno bem mais amplo e complexo.

7. Conclusões

No presente artigo, procuramos inserir no estudo da sanção as regras jurídicas que tratam daquilo que se passou a denominar de *medidas de antecipação*, ou seja, das inúmeras estruturas normativas que visam não propriamente a impor um mal de outra natureza para, com isso, impedir que se venha a descumprir determinado preceito normativo. As *medidas de antecipação* trabalham de forma distinta. Elas consideram: a) a iminência de uma transgressão ao bem tutelado já como um ilícito que pode ser reprimido por uma sanção, a qual, por seu turno, precede, de modo fenomênico, o ataque a esse mesmo bem, como ocorre nos casos dos crimes de perigo ou, igualmente, nas infrações administrativas por mera conduta; b) pela adoção de medidas de prevenção existentes nos vários ramos do Direito, sobretudo no âmbito processual, seja civil seja penal e, do mesmo modo, em vários procedimentos administrativos, como forma de assegurar que o bem jurídico tutelado não desapareça, ou que a sua fruição possa ocorrer de modo efetivo.

Em ambos os casos já se está a ensejar posturas jurídicas aptas a coibir uma transgressão. De modo particular, entretanto, no último caso, fica nítida a dialética entre os entendimentos relativos à sanção com base em medidas *a priori* e *a posteriori*. Com base nisso, defende-se a tese de que tais medidas, que visam a assegurar o preceito primário constante da norma jurídica – ainda que não haja uma violação, mas apenas sua iminência –, já podem ser entendidas como formas específicas de sanção.

Em certos casos, sob o paradigma dos princípios jurídicos, a situação poderá gerar debates mais complexos, pois será possível divisar elementos de *endonorma* e *perinorma* sob uma mesma estrutura, tal como sucede, por exemplo, com relação aos princípios da prevenção e da precaução. Essa maior complexidade de categorização de medidas

sancionatórias de caráter preventivo é tida como apropriada dentro da configuração própria dos princípios, os quais possuem uma densidade gravitacional capaz de unir dentro de uma mesma massa o preceito e a sanção. Ainda assim, a ideia fundamental aqui divisada não se dissipa: sempre que se tratar de pôr em prática medidas de violação a um valor contido no ordenamento, estar-se-á falando de sanção.

Um derradeiro esclarecimento, contudo, deve ser trazido à baila: o fato de existirem sanções preventivas não significa dizer que todos os ramos, ou sub-ramos, do Direito devam necessariamente utilizá-las. De fato, algumas áreas do conhecimento jurídico já se encontram epistemologicamente conformadas de tal maneira que se torna impossível, em relação a elas, falar de sanções *ex ante*. É o caso, por exemplo, da Responsabilidade Civil, ramo em que não é possível serem concebidas formas de sanção preventiva nos termos aqui destacados sob pena de ser desconfigurada nada menos que a sua própria essência.¹³

Para além disso, retornemos ao ponto de partida: é preciso deixar de pensar o Direito como sistema de repressão e mais, como sistema de repressão estritamente repressivo. Isto é: se já não cabe no esquema teórico do fenômeno jurídico contemplar o não cumprimento mais que o cumprimento espontâneo do preceito (no ponto, a velha querela entre Kelsen e Cossio), muito menos cabe conceber a sanção apenas como um evento posterior à transgressão. Assim, mesmo antes do homicídio ou do esbulho possessório, as normas previstas na legislação processual penal ou civil que permitem que sejam impedidos antes de sua consumação outra coisa não são que formas de sanção jurídica; assim também as liminares, os embargos, as medidas cominatórias, as *astreintes* – todas se revestem como modalidades sancionatórias, ainda que o preceito não tenha sido existencialmente violado.

Sobre o autor

Bruno Leonardo Carrá é doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; estágio pós-doutoral pela Scuola di Giurisprudenza della Università degli Studi di Bologna, Itália; professor e orientador da Faculdade Sete de Setembro, Fortaleza, CE, Brasil; juiz federal, Fortaleza, CE, Brasil.
E-mail: brunolccarra@gmail.com

¹³ Para uma análise mais ampla do tema, ver Carrá (2015). Não nos esqueçamos, todavia, de que, para além da Responsabilidade Civil, outros ramos do Direito Civil apresentam sanções preventivas. A mais famosa, possivelmente, o desforço possessório, que faculta uma atuação direta do titular de um direito real visando à sua proteção, como o caso previsto no § 1º do art. 1.210 e nº 1.305 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹⁴

SANCTION AND PREVENTION: WHAT IS THE IN THE GENERAL THEORY OF LAW?

ABSTRACT: This paper aims to insert in the debate related to conceptual delimitation of legal sanction the measures of preventive nature. In a general manner, sanctions are presented from a posteriori perspective, since presumably they are only applied or complied after the violation verification of legal goods protected by law. As such, it remains to be answered, at the lack of academic discussion related to, on the epistemic status of the so called preventive measures. It is certain the existence of several forms of preventive measures with sanctionatory nature. All of them are considered preventive once they intend to avoid the disrespect of normative precepts. In spite of that, it cannot be ignored that many of Law's branches are not compatible with them, that's the reason why it is reasonable to admit them in specific disciplines, such as the civil accountability, legal institute whose structure is essentially repressive.

KEYWORDS: LEGAL SANCTION. PREVENTIVE MEASURES. CIVIL ACCOUNTABILITY.

Como citar este artigo

(ABNT)

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. Sanção jurídica e prevenção: qual o lugar das medidas preventivas na teoria geral do direito?. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 54, n. 214, p. 49-71, abr./jun. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p49>.

(APA)

Carrá, B. L. C. (2017). Sanção jurídica e prevenção: qual o lugar das medidas preventivas na teoria geral do direito?. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 54(214), 49-71. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p49

Referências

AUSTIN, John. *The providence of jurisprudence determined and the uses of the study of jurisprudence*. Indianapolis: Hackett, 1998.

BINDING, Karl. *Die Normen und Ihre Übertretung: eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*. 4. ed. Leipzig: Wilhelm Engelmann, 1922.

BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*. Tradução Jorge Guerrero R. 2. ed. Bogotá: Temis, 2005.

BRASI. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, 11 jan. 2002.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, 17 mar. 2015.

¹⁴ Sem revisão do editor.

- CAMUS, Albert. *El mito de Sísifo*. Tradução Luís Echávarri. Buenos Aires: Losada, 1953.
- CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Tradução Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro. São Paulo: Saraiva, 1942.
- CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. *Responsabilidade civil sem dano: limites epistêmicos à responsabilidade civil preventiva ou simples conduta*. São Paulo: Atlas, 2015.
- COPELLO, Mario Alberto. *La sanción y el premio en el derecho*. Buenos Aires: Losada, [1945?].
- COSSIO, Carlos. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1964.
- _____. *Teoría de la verdad jurídica*. Buenos Aires: El Foro, 2007.
- DE CUPIS, Adriano. *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1970. v. 2.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Lezione di filosofia del diritto*. Torino: Giuffrè, 1965.
- DICK, Philip K. *The minority report and other classic stories*. New York: Citadel Press Books, 2002.
- FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Tradução Aurélio Garzón del Camino. 34. ed. Ciudad de México: Siglo XXI, 2005.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. Cidade do México: Porrúa, 2002.
- _____. Reseña bibliográfica de la sanción y premio en el Derecho. Prólogo Carlos Cossio. *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, Mexico, DF, t. 8, n. 30, p. 339-341, abr./jun. 1946.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.
- HART, Herbert L. A. *El concepto de derecho*. Tradução Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004.
- KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003.
- KELSEN, Hans. *Teoría general del derecho y del Estado*. Tradução Luíz Legaz y Lacambra. 2. ed. Ciudad de México: UNAM, 1995.
- _____. *Teoría pura del derecho*. Tradução Roberto José Vernengo. Ciudad de México: UNAM, 1979.
- LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di diritto penale: parte generale*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 2012.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- ROSS, Alf. *On guilt, responsibility and punishment*. Berkley: University of California Press, 1975.
- SÓFOCLES. *La trilogia tebana: Édipo Rei, Édipo em Colono, Antígona*. Tradução, introdução e notas Mário da Gama Kury. 10. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.
- STAMMLER, Rudolf. *A theory of justice*. Tradução Isaac Husik. Clark: The Lawbook Exchange, 2000.
- VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligation: roman foundations of the civilian traditions*. Cape Town: Juta & Co., 1992.

Direito laboral a planos de saúde

Vedação do retrocesso no Sistema Único de Saúde e a PEC nº 451/2014

ITAMAR DE ÁVILA RAMOS

MARIA CLARA MENDONÇA PERIM

ELDA COELHO DE AZEVEDO BUSSINGUER

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar a adequação (parametricidade) entre a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF) e a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 451/2014, que pretende inserir no rol dos direitos dos trabalhadores previstos no artigo 7º da CF o acesso a plano ou seguro privado de assistência à saúde, a ser oferecido pelo empregador. O estudo justifica-se em razão da relevância do tema – acesso de trabalhadores a planos de saúde privados –, que é impregnado pela discussão sobre o modelo de sistema de saúde adotado pelo regramento constitucional brasileiro, bem como pela dimensão das suas consequências jurídico-normativas. A conclusão alcançada foi a verificação da inconstitucionalidade dessa PEC, destacando a existência de limites constitucionais às reformas que apresentem repercussão de supressão ou redução dos princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS).

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Vedação de Retrocesso. Sistema Único de Saúde.

1. Poder Constituinte, Constituição, controle de constitucionalidade e a PEC nº 451/2014

A PEC nº 451/2014 intenta incluir no rol de direitos fundamentais o dever patronal de garantir ao trabalhador urbano e rural plano de assistência privada à saúde.

O presente ensaio propõe-se à análise da constitucionalidade dessa PEC, a partir da verificação de sua conformação constitucional, con-

Recebido em 4/5/16
Aprovado em 19/9/16

siderando o princípio da unidade da CF e os elementos essenciais ao núcleo do direito fundamental à saúde, tendo por premissa a vedação do retrocesso em matéria de direitos fundamentais como consectário da segurança jurídica.

Neste momento inicial, ater-nos-emos à percepção da teoria do Poder Constituinte, como poder de elaborar uma Constituição, desde sua concepção no século XVIII, destacando a distinção entre o Poder Constituinte originário e o derivado.

1.1. Poder Constituinte originário

Desde sua concepção no século XVIII, a teoria do Poder Constituinte tem por premissa a discussão sobre o poder de elaborar uma Constituição.

O Poder Constituinte, entendido como poder de estabelecer a estrutura da sociedade política, definindo seus contornos normativos e seu aparato institucional, esteve presente desde sempre onde existia um agrupamento de pessoas, numa emanção de um corpo político-social. “Onde quer que exista um grupo social e poder político efetivo, haverá uma força ou energia inicial que funda esse poder, dando-lhe forma e substância, normas e instituições” (BARROSO, 2011, p. 117).

Entretanto, essa teoria, sob o aspecto de seu conteúdo, adveio dos estudos desenvolvidos no século XVIII pelos pensadores franceses, em especial pela obra “O que é o Terceiro Estado?”, de Emmanuel Joseph Sieyès (SIEYÈS, 1988). Nela, Sieyès tratou da existência de um poder imanente à nação, superior aos poderes constituídos, o poder constituinte.

Ao contrário do que ocorre com as normas infraconstitucionais, a Constituição não retira o seu fundamento de validade de um

diploma jurídico que lhe seja superior, mas se firma pela vontade das forças dominantes da sociedade, que a precede. Poder constituinte originário, portanto, é a força política consciente de si que resolve disciplinar os fundamentos do modo de convivência na comunidade política (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 231).

A teoria do Poder Constituinte nasceu como uma teoria da legitimidade do poder fundada na soberania popular, em oposição ao poder monárquico, que invocava sua base sustentadora no poder divino.

Para Sieyès, era necessário igualar o Terceiro Estado (o povo) aos dois outros (clero e nobreza), privilegiados, relativamente a direitos e obrigações. A fim de se promover a igualdade, concebeu a tese da existência de um Poder Constituinte que institucionaliza o Estado, e que pertence ao povo ou à nação. Mediante um pacto social, de que resultava a criação da sociedade, para sua garantia necessária a existência de um Poder, denominado Constituinte, para elaborar a Constituição. Para tanto, ou seja, para o exercício da função constituinte, seriam eleitos representantes extraordinários, distintos dos representantes ordinários que, a seu turno, exercem o Poder instituído (CARVALHO, 2006, p. 226).

O Poder Constituinte originário é concebido com três características básicas: é ele inicial, ilimitado e incondicionado. Inicial, pois está na origem do ordenamento jurídico; ilimitado, considerando que o Direito anterior não o alcança nem o limita em sua atividade, encontrando balizas no direito natural e nos valores éticos, religiosos, culturais, que informam e motivam a nação; incondicionado, não podendo ser regido nas suas formas de expressão pelo Direito preexistente (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 231). Portanto, o Poder Constituinte, incondicionado e per-

manente, seria a vontade da nação, só encontrando limites no direito natural (BARROSO, 2011, p. 119).

Originalmente, o Poder Constituinte era concebido com o poder de instituir a Constituição; o Poder Constituinte originário pertenceria ao povo, à nação, e deveria ser exercido por seus representantes extraordinários, com a necessária distinção com o Poder Constituinte derivado.

1.2. Poder Constituinte derivado

A Constituição, objeto do Poder Constituinte originário, propugna a estabilidade; entretanto, não pode ser concebida como imutável, dado que o tempo inexoravelmente provoca, na sociedade, alterações sensíveis em suas concepções de valores, bem como em suas demandas existenciais, impondo a necessidade, no seio da Constituição, de instrumentos legislativos que possibilitem sua reforma.

Por sua vez, a reforma da Constituição apenas pode ser vislumbrada em constituições rígidas, ou seja, as que doutrinariamente são compreendidas como alteráveis apenas mediante procedimentos legislativos mais complexos do que os utilizados para a criação ou a modificação das leis ordinárias.

Esse poder de reforma da Constituição denomina-se *derivado*. Nas palavras de Barroso (2011, p. 167): “Poder constituinte *derivado*, por sua vez, expressa o poder, normalmente atribuído ao Parlamento, de reformar o texto constitucional. Trata-se de uma competência regulada pela Constituição”.

Vale citar importante consideração sobre a distinção entre o Poder Constituinte originário e o derivado, *in verbis*:

As constituições rígidas, como a nossa, marcam a distinção entre poder consti-

tuinte originado e os constituídos, inclusive o de reforma; reforçam a supremacia da Constituição, na medida em que repelem que o legislador ordinário disponha em sentido contrário do texto constitucional; e levam, afinal, à instituição de mecanismos de controle de constitucionalidade de leis, como garantia da superlegalidade das normas constitucionais (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 248).

Tendo como pressuposto as considerações anteriores, é possível assinalar que o Poder Constituinte derivado é secundário, condicionado e limitado. Suas limitações, por sua vez, são circunstanciais, formais, temporais e materiais. Esclarece Barroso (2011, p. 171):

Em síntese, o poder reformador, frequentemente referido como poder constituinte derivado, é um poder de direito, e não um poder soberano. Por via de consequência, somente poderá rever a obra materializada na Constituição originária observando as formas e os parâmetros nela estabelecidos.

Entre as limitações explícitas do Poder Constituinte derivado, restringir-nos-emos às materiais. Elas são caracterizadas pela existência de determinações, no texto constitucional, de um conteúdo imutável, chamado doutrinariamente de *cláusulas pétreas*, o qual objetiva a manutenção de um núcleo essencial de valores e princípios firmado pelo Poder Constituinte originário. O significado último das cláusulas de imutabilidade está em prevenir um processo de erosão da Constituição (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 253).

O § 4º do artigo 60 da CF (BRASIL, 1988) dispõe sobre suas cláusulas pétreas, incluindo, no rol de normas constitucionais imutáveis, os direitos e garantias individuais, tema que a seguir merece destaque na análise da constitucionalidade da PEC nº 451/2014.

1.3. Controle de constitucionalidade

A Constituição, fruto do Poder Constituinte oriundo do poder soberano do povo-nação, é o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico subsequente, seja resultante do processo legislativo infraconstitucional, seja resultante dos mecanismos de alteração do texto dela própria. Existe, então, a necessidade do estabelecimento de mecanismos de aferição dessa parametricidade *material* (que diz respeito ao conteúdo da norma) e *formal* (que diz respeito à observância do procedimento legislativo de elaboração ou alteração da norma), entre o ordenamento infraconstitucional ou de reforma e a Constituição.

Esse mecanismo é o controle da constitucionalidade das leis e dos demais atos normativos instituídos pelo Poder Constituinte derivado frente à sua norma sustentadora, a Constituição, objetivando garantir-lhe a supremacia e a defesa.

O controle de constitucionalidade pressupõe a existência de uma Constituição rígida, caracterizada por um procedimento legislativo especial de elaboração ou alteração de suas normas, com maior grau de exigibilidade de requisitos, frente aos respectivos procedimentos legislativos.

A doutrina, a exemplo de Fernandes (2011, p. 913), entende que existem os seguintes pressupostos para o controle de constitucionalidade:

- 1) existência de uma Constituição formal e rígida;
- 2) a Constituição como uma norma jurídica fundamental (que confere fundamento de validade para o restante do ordenamento);
- 3) a existência de pelo menos um órgão dotado de competência para a realização da atividade de controle;
- 4) uma sanção para a conduta (positiva ou negativa) realizada contra (ou em desconformidade com) a Constituição.

Após a aferição da parametricidade de uma norma reformadora ou infraconstitucional com a Constituição, conclui-se se aquela é constitucional ou inconstitucional. A inconstitucionalidade é a desconformidade de um ato normativo do poder político referente à Constituição (CARVALHO, 2006, p. 321).

Por sua vez, o controle de constitucionalidade das leis e dos demais atos normativos, em seu aspecto temporal, poderá ser realizado de forma preventiva, antes da promulgação do ato normativo infraconstitucional; ou repressiva, incidindo sobre a lei já promulgada ou sobre outros atos do Poder Público.

O controle de constitucionalidade preventivo, no Brasil, pode ser realizado por membros pertencentes aos poderes legislativos, judiciários ou executivos. O controle político será realizado pelas casas legislativas, por meio das comissões parlamentares – em especial, as denominadas comissões de Constituição e Justiça, que têm a atribuição de emitir parecer sobre a constitucionalidade ou não dos projetos de leis sob sua apreciação.

O controle preventivo exercido pelo Poder Judiciário poderá ocorrer toda vez que ele for instado, por parlamentar, para garantir-lhe o Direito, eventualmente violado, de participar de um processo legislativo, sob a observância das normas que lhe disciplinam a tramitação.

Por fim, o controle de constitucionalidade preventivo poderá ser realizado pelo Poder Executivo, quando seu chefe – o Presidente da República, o Governador de Estado ou o Prefeito de um Município – aferir, por ocasião da promulgação de uma lei, a sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, sancionando-a ou vetando-a.

2. A constitucionalidade da PEC nº 451/2014 – acesso a planos de saúde como direito do trabalhador

Em vista desse arcabouço teórico sinteticamente abordado, o presente tópico procede à análise da constitucionalidade da PEC nº 451/2014, confrontando-a, em especial, com a norma constitucional que lhe confere fundamento de validade, considerando o princípio da unidade da Constituição e os elementos nucleares do direito fundamental à saúde, à luz da proibição de retrocesso em matéria de direitos fundamentais.

2.1. Princípio da unidade da Constituição

Merece relevo, para a análise da atuação do Poder Constituinte derivado, o princípio da unidade da Constituição.

A CF, pautada no Estado Democrático de Direito, apresenta fundamentos que direcionam a interpretação de suas normas, objetivando trazer coerência ao sistema normativo constitucional, conferindo-lhe unidade.

Entretanto, em função de tensões entre ditames normativos constitucionais, ao operador do Direito impõe-se a utilização do critério da harmonização de sentido entre as normas contrapostas, realizando ponderações, na denominada *concordância prática* de Konrad Hesse (CARVALHO, 2006, p. 307).

Nesse sentido, a atividade hermenêutica constitucional deve observar o princípio da unidade, objetivando a manutenção de todo sistema constitucional.

O jurista italiano Emílio Betti, em suas pesquisas sobre a interpretação das normas, estabeleceu quatro cânones ou critérios que devem ser seguidos no processo interpretativo de normas jurídicas, entre os quais o cânão de *totalidade e coerência da consideração hermenêutica* que, em síntese, se conforma na premissa de que “as partes de um texto são iluminadas pelo sentido de sua integralidade e que o texto em seu conjunto é compreendido no confronto contínuo com suas partes e no contínuo exame delas” (REALE, 2006, p. 267).

Os juristas norte-americanos Laurence Tribe e Michael Dorf (2007, p. 20), ao discorrerem sobre como não devemos ler a Constituição, afirmam, em relação às falácias interpretativas, entre as quais está a da *des-integração*:

Quando nos referimos a ler por “des-integração”, significa nos aproximar da Constituição ignorando o fato claramente visível que suas partes estão ligadas ao todo – que é a Constituição que carece de interpretação e não um apanhado de cláusulas desconexas e meras provisões com históricos diversos.

A Constituição é um sistema e não um emaranhado de normas desconexas, que exige atenção dos legisladores e dos intérpretes constitucionais, para a necessária manutenção da coerência entre as normas constitucionais, pautada no núcleo axiológico, tangível nos princípios constitucionais, os quais personificam nortes de orientação, direcionando a adequada interpretação constitucional. “No campo particular da interpretação constitucional, o elemento sistemático assume especificidades relevantes que, a partir dele, formulam-se postulados específicos de interpretação constitucional: a unidade da Constituição e a concórdia prática” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2014, p. 420).

Estabelecida tal premissa, deve-se analisar se a PEC nº 451/2014 se ajusta ao princípio da unidade da CF, especialmente em face do conteúdo axiológico que carrega e a sua conformidade ou não ao desenho constitucional do direito fundamental à saúde.

2.2. Unidade constitucional: o direito fundamental à saúde e a sua intersecção com o modelo do Sistema Único de Saúde

Consoante Mendes (2004, p. 2), os direitos fundamentais, em sua acepção histórico-evolutiva, como resultados de processos de lutas, podem ser entendidos

ao mesmo tempo, [como] direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva, pois, como direitos subjetivos, tais direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na qualidade de elemento da ordem objetiva, os direitos fundamentais formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.

O direito à saúde é um direito fundamental previsto no artigo 196 da CF, que estabelece não apenas a prestação da assistência à saúde como direito subjetivo do cidadão, mas também, e principalmente, a transindividualidade dessa tutela, manifesta por conta de sua titularidade ampla e da complexidade de seu objeto; por isso, deve-se procurar compatibilizar a eficácia do direito individual à saúde com a do direito coletivo à saúde.

A despeito de podermos identificar o direito de cada pessoa de ter sua saúde preservada, a dimensão difusa do direito à saúde é que garante a todos a adoção de medidas públicas de prevenção e promoção do bem-estar sanitário da coletividade e de cada um dos seus integrantes. Há um interesse de toda a sociedade no sentido da proteção do direito à saúde de todos os seus membros (RODRIGUES, 2009, p. 318-319).

O credor do direito à saúde é, nos termos constitucionais, qualquer pessoa, numa visão de universalização do atendimento, e também a coletividade, sendo o Estado o devedor do direito à saúde.

Desse modo, o comando do artigo 196 da CF erige a saúde à categoria de direito fundamental, estabelecendo o dever estatal de sua prestação. Todavia, vai além, pois estabelece elementos importantes para sua conformação, ao atrelar sua efetivação ao objetivo da redução do risco de doenças e outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e servi-

ços para sua promoção, proteção e recuperação. Além disso, a CF elege um sistema de consecução do direito à saúde, tal como definido em sua fundamentalidade.

Assim, o núcleo conceitual do direito fundamental à saúde deve ser compreendido numa acepção de transindividualidade e de integralidade, à qual corresponda uma política voltada à promoção da saúde de forma universal e coletiva, cujo lugar de garantia é também assegurado no texto do artigo 196 da CF. O cotejo das normas constitucionais define que o sistema de saúde brasileiro apresenta a dimensão da unidade e da integralidade do direito fundamental à saúde.

Como meio de consecução da feição constitucional do direito à saúde, a CF instituiu o Sistema Único de Saúde (SUS), abrangendo todas as ações e serviços, numa rede regionalizada e hierarquizada, a serem prestados diretamente pela administração pública, e apenas de forma complementar pela iniciativa privada, mediante a contratação de instituições privadas ou pessoas naturais.

Gastão Wagner de Souza Campos (2007, p. 1.870) identificou a existência de duas tradições polares de projetos sanitários, articuladas em torno de valores distintos: os sistemas nacionais de saúde e a alternativa liberal-privatista. Os sistemas nacionais de saúde partem da concepção da saúde como um direito universal:

E de que este direito seria concretizado por meio de uma política pública, ao estilo bem-estar, executada pelo Estado, mediante a constituição de mecanismos orçamentários de financiamento público. Estas políticas, em países capitalistas, apoiavam-se em sistemas que buscavam proteger a atenção à saúde da racionalidade de mercado.

Por sua vez, prossegue Gastão Wagner de Souza Campos (2007, p. 1.868), no projeto li-

beral, “a expansão do acesso depende do crescimento da renda da população e do seguro privado e estatal/previdenciário”.

É evidente que o sistema constitucionalmente delineado para a política de saúde brasileira adotou o modelo de sistema nacional, que aqui se denominou Sistema Único de Saúde. Nesse sentido, preza pela organização da atenção à saúde a partir da atenção primária, pela universalidade e integralidade hierarquizada do atendimento e pela prioridade nas ações de promoção da saúde e prevenção de doenças. Tais diretrizes negam alinhamento ao modelo da clínica liberal, baseado na autonomia de escolha dos pacientes dentre serviços credenciados.

Ainda, conforme Gastão Wagner de Souza Campos (2007, p. 1.871), a integralidade no conceito do SUS é vista com base na ordenação da demanda e na proposta de integração sanitária. E a universalidade, por sua vez, tem a significação de equidade no acesso, na busca da igualdade material, sem segregação de classes ou condições pessoais de diferenciação que não sejam aquelas decorrentes dos próprios condicionantes de saúde, coletivos ou individuais.

O sentido de unidade constitucional, por conseguinte, catalisa a congregação não apenas da dimensão subjetiva do direito à saúde, exigível pelo cidadão como prestação estatal, mas também o leque de preceitos que alinham o sistema instituído ao arranjo de princípios e diretrizes que o determinam e que conduzem para um sistema de natureza pública, com ações universais e integrais voltadas para a promoção da saúde.

No entanto, a PEC nº 451/2014 traz a figura do dever patronal de prestação da assistência à saúde, na vertente de contratação de plano ou seguro de saúde. A inovação é, assim, ajustada ao padrão privatista-liberal, em dis-

sonância com os comandos constitucionais que delineiam o direito fundamental à saúde no Brasil. Entendida como política pública, a estratégia de salvaguarda do direito à saúde pelo estabelecimento de obrigação trabalhista decorrente da relação de emprego representa desoneração estatal da prestação social respectiva e, como adiante se pretende sustentar, inovação que configura retrocesso na garantia de direito fundamental.

Além disso, a previsão da PEC nº 451/2014 suscita margem significativa de conflito com o princípio da universalidade, na medida em que pressupõe o acesso supostamente privilegiado aos serviços de assistência à saúde àqueles que estejam inseridos no mercado formal de trabalho, com provável potencialização da iniquidade, uma vez que a norma não alcança como destinatária a camada da população mais vulnerável, a exemplo das pessoas dependentes da economia informal e dos desempregados.

Ao analisar estudos sobre renda e variáveis econômicas em sistemas duais de saúde, Isabela Soares Santos (2011, p. 2747) expressa suas conclusões:

Quanto maior a renda, maior a posse de seguro privado e maior a quantidade de visitas a especialistas. Quanto menor a renda, menor será a posse do seguro privado e maior a quantidade de visitas a generalistas. Esse padrão de uso expressa a iniquidade no uso de especialistas em favor dos ricos, uma vez que são os que têm mais cobertura duplicada.

Vistas a partir da lógica de funcionamento dos sistemas de saúde, as repercussões da PEC em análise talvez sejam ainda mais nefastas. É que a opção pelo modelo da livre clínica exclui os seus beneficiários de uma cobertura eficiente na atenção primária, e acaba por suscitar

prejuízos no alcance das políticas públicas – do SUS – voltadas à promoção da saúde e à prevenção de doenças. Considerando que o SUS ainda é responsável por gastos significativos com média e alta complexidade, decorrentes do atendimento de usuários que são também consumidores de planos de saúde – dadas as limitações de cobertura desses planos, a exclusão dos empregados da porta de entrada da atenção primária na Estratégia de Saúde da Família possivelmente apresentará resultados importantes na alocação de recursos do SUS em níveis assistenciais secundários e terciários, em provável oneração desnecessária do sistema público.

A corroborar tal entendimento, Isabela Soares Santos (2011, p. 2.746) adverte que, entre outras razões, os arranjos de sistemas de saúde duplicados estão associados à “tendência de maior concentração, no sistema público, de casos mais complexos e que representam maior custo por paciente, devido à maior dificuldade ou menor interesse de pagamento desses pelo setor privado”.

No mesmo sentido, Mario Scheffer (2015, p. 665):

À proporção que gastos privados substituem as despesas públicas, aumentam os obstáculos para a justiça e a equidade. Sempre que prestadores privados têm garantida a venda de seus serviços por produção, sem compromisso com os resultados de saúde, os riscos de desperdício de recursos e explosão dos custos do sistema de saúde são enormes.

Capitais que buscam caminhos de valorização dificilmente terão compromissos com necessidades de saúde, o que requer políticas voltadas à redução de adoecimentos e mortes, com atuação sobre os determinantes sociais da saúde.

O sistema universal, o sistema único para pobres e ricos, baseado na saúde como direito, na redistribuição da riqueza, financiado por toda a sociedade por meio de impostos e contribuições sociais, cede, assim, espaço ao sistema segmentado, incapaz de assegurar o acesso a todos os níveis de atenção, em todas as regiões, inclusive nos vazios sanitários e para populações vulneráveis e negligenciadas, onde e para quem o setor privado não tem interesse em ofertar serviços.

Trata-se também, por conseguinte, de subversão do desenho constitucional do princípio da integralidade.

Nesse sentido, vale lembrar que a atividade hermenêutica constitucional deve observar a unidade, objetivando a manutenção do todo do sistema constitucional. Isso quer dizer que a intangibilidade do direito fundamental à saúde deve ter em conta todo o arcabouço que lhe confere conformação, sendo também por essa ótica reducionista a perspectiva de que o Poder Constituinte derivado teria amplos poderes na definição sobre o que seja direito à saúde.

A CF apresenta fundamentos principiológicos que direcionam a interpretação de suas normas, trazendo coerência ao sistema, restando-lhe unidade. “Em verdade, os princípios são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo. É graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valorização de sua ordem normativa” (BONAVIDES, 2015, p. 294).

Em face disso e das repercussões erosivas da PEC nº 451 na realização dos princípios e das diretrizes – notadamente a universalização, integralidade e equidade, além da inversão da lógica do próprio SUS –, afigura-se a sua inconstitucionalidade à luz da unidade do arcabouço constitucional. Ao direito à saúde são intrínsecos os atributos que lhe foram conferidos constitucionalmente no texto do artigo 196 e qualquer alteração no ordenamento jurídico – ainda que exarada pelo Poder Constituinte derivado – que resulte na subtração da extensão, compreensão e execução de tais propriedades deve ter sua validade perquirida à luz da unidade e coerência das normas constitucionais, assim como da premissa do não retrocesso na conquista de direitos fundamentais.

2.3. A dicotomia entre a PEC nº 451/2014 e os elementos nucleares do direito fundamental saúde: vedação do retrocesso em matéria de direitos fundamentais

Conforme explicitado anteriormente, as limitações do Poder Constituinte derivado podem ser temporais, circunstanciais ou materiais. Estas últimas, por sua vez, são caracterizadas pela existência de determinações, no texto constitucional, de um conteúdo imutável, denominadas doutrinariamente de *cláusulas pétreas*, objetivando a manutenção de um núcleo essencial de valores e princípios firmado pelo Poder Constituinte originário. Referindo-se a essa questão, Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 253) afirmam que “o significado último das cláusulas de imutabilidade está em prevenir um processo de erosão da Constituição”.

Com efeito, o § 4º do artigo 60 da CF (BRASIL, 1988) assim dispõe sobre suas cláusulas pétreas explícitas:

§ 4º – Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

IV – os direitos e garantias individuais.

Para o alcance do desiderato proposto por esse texto, é imprescindível voltar à análise das fronteiras impostas ao Poder Constituinte deri-

vado na alteração de normas relativas a direitos e garantias individuais.

Já se enraizou, na doutrina nacional e estrangeira, a concepção de limites à possibilidade de retrocesso de direitos fundamentais, como consequência das noções de segurança jurídica e segurança social, compreendida a ideia de proteção da confiança como princípio inarredável do Estado de Direito (SARLET, 2006).

Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 5) afirmou que, ainda quando não consignada explicitamente em alguns textos constitucionais, como é o caso do capítulo da Seguridade Social da CF, a segurança jurídica tem sido reconhecida pela moderna doutrina constitucional e pelas instâncias judiciárias supranacionais como “princípio fundamental da ordem jurídica estatal e, para além desta, da própria ordem jurídica internacional e está intimamente ligada à discussão sobre os direitos fundamentais sociais, entre os quais os Direitos à Saúde, Assistência e Previdência Social”.

Embora pacífica a adoção do princípio da segurança jurídica em face de medidas retrocessivas em matéria de direitos fundamentais sociais, são merecedores de aprofundamento os possíveis contornos da vedação do retrocesso, à luz da objeção de que a impossibilidade absoluta de alteração de preceitos constitucionais poderia inviabilizar possíveis soluções para os dilemas que se apresentam no mundo contemporâneo, frequentemente pautado por crises econômicas e pelo agravamento de processos de exclusão social.

Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 21), com propriedade, apresenta alguns critérios para a aplicação da cláusula do não retrocesso aos casos concretos, ponderando que as ingerências realmente inadmissíveis, à luz do princípio da confiança, são aquelas com potencial deformador do núcleo essencial do direito funda-

mental e/ou do conteúdo intrínseco ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse passo, é pertinente perquirir se a PEC nº 451/2014 teria o condão de não só atingir núcleo essencial do direito fundamental à saúde, mas também violar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Com referência ao primeiro ponto, tem-se que a fundamentalidade do direito à saúde, tal como instituído pela CF, congrega suas qualidades de transversal, integral, universal e equânime. Mais que isso, o seu artigo 196 eleva o corolário da promoção da saúde à condição de norte das políticas voltadas a sua implementação, tanto no âmbito da elaboração executiva, como legislativa.

Por outro lado, a PEC nº 451/2014 traz para o plano constitucional a condição de subsidiariedade da assistência à saúde, prestada pelo SUS, em relação ao acesso ao mercado de planos e seguros privados, ao estabelecer um suposto privilégio de determinada categoria (trabalhadores formais) na disponibilidade dos recursos assistenciais da saúde suplementar. Deixa, portanto, a promoção da saúde de ser orientadora da política de saúde, para ser orientada ou condicionada pela oportunidade de inclusão nos caminhos da solução privada.

Ocorre que, mesmo diante dos recentes avanços do setor suplementar nas tentativas de implementação de *managed care*,

as expectativas de incrementar a efetividade do cuidado, sobretudo a dimensão da integralidade da atenção, no âmbito de empresas de planos de saúde possuem ingredientes distintos das tradicionais prescrições de reordenamento das relações de financiamento, compra e prestação de serviços (BAHIA, 2008, p. 1.386).

O fenômeno da naturalização do acesso ao mercado suplementar como solução para a

satisfação do direito fundamental à saúde faz jus a uma indagação mais aprofundada, seja quanto aos seus efeitos na reconfiguração dos princípios e diretrizes que o informam, seja quanto às assimetrias de cobertura e perspectivas de segmentação do acesso.

Isabela Soares Santos (2011, p. 2.747) discute estudos internacionais sobre o *mix* público-privado e apresenta que a cobertura duplicada tem apresentado os seguintes resultados:

(1) Contribui para a iniquidade na oferta, no acesso e no uso de serviços;

(2) Incentiva o desenvolvimento do setor privado nos serviços em que a população tem dificuldade de acesso no sistema público, geralmente consultas a especialistas, cirurgias eletivas, SADT e medicamentos;

(3) Não diminui a pressão da demanda por serviços do sistema público, tampouco o financiamento desse sistema;

(4) Não contribui para preservação dos objetivos gerais do sistema de saúde – de universalidade, integralidade e equidade, de colaboração positiva aos resultados de saúde, ao desenvolvimento do próprio sistema de saúde e a objetivos sociais, como a melhoria das condições de vida da população. Ao contrário, corrói esses objetivos.

Como pontua Duarte (2000, p. 459), a experiência tem demonstrado que a política compensatória – trabalhada com a concepção sintética do social com base na focalização dos gastos públicos e numa perspectiva de redução do direito à saúde à mera cobertura de assistência médica – não produz os mesmos resultados de uma política de discriminação dos menos favorecidos, adotada com vistas à equidade de resultados.

O SUS propôs-se a ser um sistema universalista e integral. A adoção, portanto, de uma política que pauta o reconhecimento da necessidade de fomento ao sistema dualista, na am-

plitude que verga a PEC nº 451/2014, resulta, na prática, em desnaturá-lo em essência como estratégia eleita constitucionalmente.

Como se depreende, o teor da PEC nº 451/2014 não se compraz do universo contextual do direito fundamental à saúde tal como assentado constitucionalmente. É, pois, discordante da unidade constitucional que assegura a saúde como política de redução de desigualdades sociais.

Nesse sentido, é incabível a deformação do comando constitucional do direito à saúde, para conformá-lo a um senso liberal-privatista que representa um *minus* na conquista social. É que a rigidez constitucional execra a possibilidade de retrocesso em direitos fundamentais reconhecidos pela ordem vigente, não havendo espaço para a versatilidade de conceituações previamente definidas pelo legislador constituinte originário. Pois é precisamente disso que trata a PEC nº 451/2014: uma proposta de decréscimo do dever e da capacidade prestacional do Estado no fornecimento de serviços de saúde à população.

E “um fator determinante da importância do seguro privado de saúde nos sistemas duplicados é a extensão da cobertura de serviços do sistema público [...] a extensão da cobertura dos serviços do sistema público vai definir suas relações com o privado” (SANTOS, 2011, p. 2.745). No caso brasileiro, se o SUS pratica a integralidade também sob a ótica do acesso aos níveis de cobertura assistencial, a opção pelo sistema dual é paradigmática. Pressupõe a *ineficiência* estatal como justificadora da mutação de um modelo posto constitucionalmente.

Aliás, a própria PEC nº 451/2014 traz explicitamente a *ineficiência estatal* como fundamento da opção legislativa pela estratégia privatista. E, ao sustentá-la como elemento justificante, padece de outro grave equívoco

teórico: o da concepção de programaticidade do direito fundamental à saúde, *in verbis*:

A norma do art. 196 de acesso à saúde é considerada norma programática, claro que não mais com sentido dado outrora às normas programáticas, tal seja, de mera recomendação, mas como norma de eficácia limitada, sendo necessária lei para estabelecer seus limites. São, na verdade, normas constitucionais de princípio programático (BRASIL, 2014).

Para Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 248), podemos definir a eficácia jurídica como “a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos”.

O § 1º do artigo 5º da CF, aplicável a todos os direitos fundamentais, não apenas aos direitos fundamentais individuais, dispõe que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, 1988). O teor dessa norma é aplicável a todos os direitos fundamentais, segundo a interpretação sistemática e teleológica da CF, como fundamenta Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 269).

Sem pretender realizar uma análise aprofundada do tema “eficácia dos direitos sociais”, podemos afirmar que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF) têm posição consolidada quanto ao reconhecimento do direito à saúde como direito subjetivo exigível em juízo, e não mais como direito enunciado de modo eminentemente programático.

Nesse sentido, o acórdão do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 do Ceará, julgado pelo STF em 17 de março de 2010, dispõe que:

A Constituição brasileira não só prevê expressamente a existência de direitos fundamentais sociais (artigo 6º), especificando seu conteúdo e forma de prestação (artigos 196, 201, 203, 205, 215, 217, entre outros), como não faz distinção entre os direitos e deveres individuais e coletivos (capítulo I do Título II) e os direitos sociais (capítulo II do Título II), ao estabelecer que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (artigo 5º, § 1º, CF/88). Vê-se, pois, que os direitos fundamentais sociais foram acolhidos pela Constituição Federal de 1988 como autênticos direitos fundamentais [...] (BRASIL, 2010).

A aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais vem firmada na esclarecedora citação:

O significado essencial dessa cláusula é o de ressaltar que as normas que definem direitos fundamentais são normas de caráter preceptivo, e, não,

meramente programático. Explicita-se, além disso, que os direitos fundamentais se fundam na Constituição, e, não, na lei – com o que se deixa claro que é a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais, não o contrário. Os direitos fundamentais não são meramente normas matrizes de outras normas, mas são, também, e, sobretudo, normas diretamente reguladoras de relações jurídicas (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 285).

Marcelo Barbosa de Castro Zenkner (2012, p. 219), após realizar análises comparativas entre as jurisprudências do STF e do Tribunal Constitucional português, enumerou as seguintes conclusões relativas à jurisprudência constitucional brasileira sobre os direitos fundamentais sociais:

- São considerados direitos fundamentais;
- São *self-executing*, ou seja, não dependem de atividade mediadora dos poderes públicos e nem de lei ordinária para que sejam exigidos;
- Podem ser tutelados pelo Poder Judiciário em caso de lesão ou ameaça de lesão por provocação direta da parte interessada;
- Podem ser implementados, em caso de omissão estatal, via controle judicial de políticas públicas;
- Não há limite para a aplicação do princípio da vedação de retrocesso;
- Reconhece o direito ao mínimo existencial, o qual deve prevalecer sobre o princípio da reserva do possível em hipótese de eventuais abusos por parte do Poder Público.

O devedor do direito fundamental à saúde é o Estado, sendo a saúde pública uma das atribuições típicas do Poder Público, desde a concepção do Estado do Bem-Estar Social e, a despeito da revisão de conceituações do *Welfare State*, a saúde continua sendo um encargo público, mesmo quando não prestada diretamente pelo Estado (RODRIGUES, 2009, p. 326).

Por fim, quanto ao alcance do princípio da dignidade da pessoa humana como balizador da possibilidade de alteração de direitos constitucionais, Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 6) conceitua a dignidade humana como “a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade”. Infere-se desse conceito que qualquer política que convirja para a adoção de modelos não universais, sectários, é desconforme com o conteúdo de dignidade humana no direito constitucional à saúde.

Veja-se que, embora Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 20-22) desenvolva a compreensão da dignidade humana com base em referências a padrões qualitativos mínimos, é explícito em registrar que a dignidade

não se restringe a noções liberais e que o retrocesso na adoção do caráter universalista das políticas públicas logra atingir a sua concepção.

3. Considerações finais

O presente estudo pretendeu analisar a constitucionalidade da PEC nº 451/2014. Para tanto, discorreu brevemente sobre os pressupostos do controle de constitucionalidade aplicáveis inclusive às normas reformativas do texto constitucional, com ênfase nos seguintes requisitos: a exigência de uma Constituição formal e rígida e a compreensão do texto constitucional como norma jurídica fundamental, ou seja, que se assenta como fundamento de validade para o restante do ordenamento.

Com base nisso, desdobra o debate sobre a parametricidade das normas da CF à luz dos conceitos de unidade constitucional e da vedação do retrocesso em matéria de direitos fundamentais. Apresenta o desenho constitucional de um Sistema Único de Saúde público, integral, universal e equânime, para dizer da desconformidade da proposta da PEC nº 451/2014 com a unidade constitucional do direito fundamental à saúde e da sua inviabilidade, na perspectiva da vedação ao retrocesso em matéria de direitos fundamentais.

A conclusão alcançada foi que a proposta da PEC nº 451/2014 é medida supostamente garantista que, em verdade, subverte a unidade constitucional instituída e é, por conseguinte, inconstitucional, na medida em que: 1) desonera o Estado do dever estatal de prestação do serviço à saúde, repassando-o parcialmente ao empregador, ou seja, à sociedade civil; 2) estabelece política normativa distintiva das modalidades de acesso entre os trabalhadores e os demais cidadãos, rompe com a universalidade e, portanto, viola o princípio da dignidade humana, potencializando a iniquidade dos resultados; 3) subverte o modelo de promoção da saúde informador do SUS, dada a sua implicação na ruptura com a diretriz da integralidade em sistema hierarquizado ordenado a partir da atenção primária; 4) nega a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais e estabelece a *ineficiência estatal* com premissa da consecução das políticas públicas, erigindo-a a elemento justificador de redução da proteção estatal, em vez de orientador da transformação social prometida.

Por fim, vale lembrar que a discussão em torno da dicotomia da PEC nº 451/2014, para além da análise sobre a sua juridicidade constitucional, traz também a reflexão de que o exercício da cidadania, no Brasil, ainda demanda demasiada cautela contra a interpretação *a priori*. E, talvez, mais do que nunca, se deva voltar um olhar mais detido

para aquilo que está oculto. Como dizia Hannah Arendt (2004, p. 191) “o novo sempre aparece contra esmagadoras chances estatísticas e suas probabilidades, que, para todos os efeitos práticos, todos os dias equivale a certeza; o novo, portanto, sempre aparece sob o disfarce de um milagre”.

Sobre os autores

Itamar de Ávila Ramos é mestrando em Direitos e Garantias Fundamentais na Faculdade de Direito de Vitória (FDV), Vitória, ES, Brasil; promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Espírito Santo, Vitória, ES, Brasil.

E-mail: itamar.ramos@uol.com.br

Maria Clara Mendonça Perim é mestre em Saúde Coletiva pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), Vitória, ES, Brasil; promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Espírito Santo, Vitória, ES, Brasil.

E-mail: mariaclaramperim@gmail.com

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer é livre docente pela Universidade do Rio de Janeiro (UniRio), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; doutora em Bioética pela Universidade de Brasília (UnB), Brasília, DF, Brasil; coordenadora de Pesquisa e do Programa de Pós Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), Vitória, ES, Brasil; docente do programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória (FDV) Vitória, ES, Brasil; professora associada aposentada da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), Vitória, ES, Brasil.

E-mail: elda.cab@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹

LABOR LAW AND HEALTH INSURANCE: THE “RATCHET EFFECT” IN THE HEALTH SYSTEM AND THE PEC 451/2014

ABSTRACT: This paper aims to analyze the adequacy between the proposed Constitutional Amendment nº 451/2014 and the Constitution of the Federal Republic Brazil. The proposed law in case wants to insert in the list of workers' rights provided for in Article 7 of Brazilian Constitution access to private insurance plan or health care to be offered by the employer.. The study is justified because of the relevance of the issue – worker's access to private health insurance – which is impregnated by a discussion of the health system model adopted by the Brazilian constitutional law as well as its legal consequences. The conclusion reached was to verify the unconstitutionality of the foresaid proposed constitutional amendment, highlighting the existence of constitutional limits to the reforms that have repercussions suppression or reduction of the principles and guidelines of the Unified Health System.

KEYWORDS: FUNDAMENTAL RIGHT. RATCHET EFFECT. HEALTH SYSTEM.

¹Sem revisão do editor.

Como citar este artigo

(ABNT)

RAMOS, Itamar de Ávila; PERIM, Maria Clara Mendonça; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. Direito laboral a planos de saúde: vedação do retrocesso no Sistema Único de Saúde e a PEC nº 451/2014. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 54, n. 214, p. 73-90, abr./jun. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p73>.

(APA)

Ramos, I. de A., Perim, M. C. M., & Bussinguer, E. C. de A. (2017). Direito laboral a planos de saúde: vedação do retrocesso no Sistema Único de Saúde e a PEC nº 451/2014. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 54(214), 73-90. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p73

Referências

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. 4. reimpr. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BAHIA, Lígia. As contradições entre o SUS universal e as transferências de recursos públicos para os planos e seguros privados de saúde. *Ciência & saúde coletiva*, v. 13, n. 5, p. 1.385-1.397, set./out. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 30. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de tutela antecipada n. 175/CE. *Diário da Justiça eletrônico*, 30 abr. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2570693>>. Acesso em: 26 set. 2016.

_____. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição n. 451/2014*. Insere inciso XXXV e altera o parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal. 22 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=861000>>. Acesso em: 26 set. 2016.

CAMPOS, Gastão Wagner de Souza. O SUS entre a tradição dos sistemas nacionais e o modo liberal-privado para organizar o cuidado à saúde. *Ciência & saúde coletiva*, v. 12, p. 1.865-1.874, nov. 2007.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição: direito constitucional positivo*. 12. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

DUARTE, Cristina Maria Rabelais. Equidade na legislação: um princípio do sistema de saúde brasileiro?. *Ciência & saúde coletiva*, v. 5, n. 2, p. 443-463, jan. 2000. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v5n2/7107.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2016.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

REALE, Giovanni; ANSIERI, Dario. *História da filosofia*. São Paulo: Paulus, 2006. v. 6.

RODRIGUES, Geisa de Assis. Direito sanitário. In: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano (Coord.). *Manual de direitos difusos*. São Paulo: Verbatim, 2009.

SANTOS, Isabela Soares. Evidência sobre o mix público-privado em países com cobertura duplicada: agravamento das iniquidades e da segmentação em sistemas nacionais de saúde. *Ciência & saúde coletiva*, v. 16, n. 6, p. 2.743-2.752, jun. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro*. 2006. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15197-15198-1-PB.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2016.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed., rev., atual. e ampl., 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHEFFER, Mario. O capital estrangeiro e a privatização do sistema de saúde brasileiro. *Ciência & saúde coletiva*, v. 31, n. 4, p. 663-666, abr. 2015.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *O que é o terceiro Estado?*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1988.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

TRIBE, Laurence; DORE, Michael. *Hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ZENKNER, Marcelo. A Tutela dos direitos fundamentais sociais pelo Tribunal Constitucional Português e pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro: uma análise comparativa. *Themis: revista de direito*, v. 23, p. 219-262, 2012.

“Nudge” como abordagem regulatória de prevenção à corrupção pública no Brasil

NATALIA LACERDA MACEDO COSTA

Resumo: Este artigo desenvolve o estudo sobre novas alternativas para a prevenção da corrupção pública por meio da adoção do referencial teórico fornecido pela economia comportamental, cujas principais premissas repousam na potencial irracionalidade do comportamento humano e na sujeição da decisão às heurísticas e aos vieses de pensamento. Busca-se, mediante pesquisa bibliográfica e utilização do método dedutivo, analisar em que medida os “nudges” ou os estímulos de comportamento adotados pelo Estado podem contribuir para a construção de outro viés regulatório para o tema, em substituição ou aperfeiçoamento do modelo fornecido pela teoria do principal-agente. Conclui-se pela viabilidade da implementação de políticas regulatórias informadas no comportamento como forma de melhorar a conduta individual e coletiva em matéria de corrupção no âmbito da administração pública.

Palavras-chave: Corrupção pública. Economia comportamental. “Nudges”. Regulação informada no comportamento.

Introdução

É antiga a crença de que corrupção é um mal de raízes profundas, mas as razões que fundamentam o seu combate modificaram-se significativamente ao longo do tempo. Até a década de 1970, a preocupação com o tema estabelecia-se sob o ponto de vista moral e estava limitada à esfera interna dos países. Porém, à medida que as pesquisas passaram a atrelar o baixo desempenho econômico dos países e das empresas aos elevados níveis de corrupção, o combate às fraudes e aos desvios de recursos foi transposto ao plano global.

Recebido em 22/2/17
Aprovado em 22/3/17

No entanto, a importância de combater a corrupção transcende as razões econômicas, pois o próprio Estado de Direito é afetado por ela, fragilizado pelos favorecimentos pessoais e pela quebra da impessoalidade. Não à toa, os países com os piores indicadores de “rule of law”¹ apresentam os mais altos índices de percepção de corrupção. Estabelece-se, assim, um ciclo vicioso no qual a má qualidade das instituições eleva a oportunidade para a prática de atos corruptos ao mesmo tempo em que a corrupção propicia a degeneração delas.

Muito se discute sobre as estratégias a serem adotadas no enfrentamento da corrupção; entretanto, as respostas mais comuns são traduzidas em termos de mudanças no quadro legislativo e institucional, para o fim de endurecer as leis punitivas e de fortalecer os órgãos de repressão. Sob esse prisma, trata-se de ajustar normativamente os mecanismos regulatórios de comando e controle, objetivando tornar mais custosa para o agente a prática do crime. A despeito disso, tem-se verificado justamente a pouca efetividade de políticas de regulação baseadas preponderantemente na matriz de custos da infração, surgindo, assim, a necessidade de estudar as possíveis falhas atribuíveis às medidas anticorrupção contemporâneas – fundadas na teoria do principal-agente – para, com base nisso, construir novas abordagens sobre o problema.

Nesse contexto, dada a multidimensionalidade da corrupção, este artigo examinará a temática sob a articulação das noções da economia comportamental. Esse ramo da ciência parte do pressuposto de que os indivíduos agem de maneira irracional (ARIELY, 2008), e, por essa razão, é possível definir os padrões de falhas de comportamento e desenvolver sistemas para contenção delas (LOBEL; AMIR, 2009). Desse modo, ao demonstrar as heurísticas e os vieses do pensamento humano, a pesquisa comportamental fornece ao regulador a base para o estabelecimento de intervenções voltadas à melhoria da conduta individual e coletiva.

As intervenções fundadas na economia comportamental são mais conhecidas como “nudges” (SUNSTEIN; THALER, 2009), aqui entendidos como estímulos de comportamento, e já estão em processo de incorporação em várias políticas sobre meio ambiente, poupança pública, doação de órgãos e saúde. O sucesso dos “nudges” em áreas sensíveis à mudança de comportamento coletivo é indício de que a corrupção pode vir a ser combatida com base neles. Dessa forma, para os propósitos deste artigo, é pertinente apresentar a seguinte questão: em que medida os “nudges” podem contribuir para o desenvolvimento de um novo viés

¹ A ausência de corrupção é um dos fatores que compõe o indicador de *Rule of law*. Disponível em: <<http://worldjusticeproject.org/what-rule-law>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

regulatório no combate da corrupção pública no Brasil?

No desenvolvimento do tema proposto, este artigo baseia-se na revisão da bibliografia existente e adota o método dedutivo de análise. A primeira parte trata do conceito de corrupção pública adotado nesta pesquisa. A segunda parte aborda o marco regulatório da corrupção segundo as principais convenções internacionais e normas brasileiras sobre a temática, visando ao estudo das possíveis causas da baixa efetividade das reformas anticorrupção. A terceira parte versa sobre as políticas regulatórias informadas no comportamento, sendo subdividida na apresentação dos respectivos fundamentos teóricos e na explicação do modelo de intervenção estatal baseado em “nudges” ou em estímulos de comportamento. A quarta parte analisa as possíveis alternativas de incorporação de ferramentas regulatórias informadas no comportamento para prevenir a corrupção no Brasil.

1. “Corrupção” para este artigo

Toda pesquisa requer a delimitação de seu objeto; entretanto, quando o tema envolve a compreensão de um fenômeno de difícil definição como a corrupção, a escolha de um conceito certamente não é imune às críticas, principalmente em razão da amplitude ou incompletude que um deles pode assumir. Apesar disso, é possível identificar três categorizações comuns do conceito de corrupção: a primeira delas enfatiza o descumprimento das regras concernentes ao exercício da função pública (*public-officer-centered*); a segunda refere-se ao mecanismo de mercado, no qual os burocratas tratam a sua posição pública como um negócio, objetivando maximizar ganhos privados (*market-centered*); e a última recorre

ao conceito de violação do interesse público (*public-interest-centered*) (HEIDENHEIMER; JOHNSTON, 2001).

Para o Banco Mundial, a corrupção é entendida como “the abuse of public office for private gain”². Todavia, como corrupção não está restrita ao setor público, o conceito utilizado pela Transparência Internacional parece mais preciso: ela é “the abuse of entrusted powers for private gains”³. O abuso (*abuse*) consiste na conduta que se desvia das regras formais e informais da sociedade. Os poderes confiados (*entrusted powers*) podem decorrer de mérito, mandato, delegação ou eleição – no último caso, quando se tratar da corrupção política. Os ganhos privados (*private gains*) não precisam ser estritamente monetários, porquanto podem compreender outros benefícios materiais e imateriais (BOHEM, 2007).

A doutrina especializada costuma classificar a corrupção de acordo com o seu nível, podendo ser considerada: i) grande (*grand corruption*), se envolver os altos cargos da administração ou políticos ou se abranger vultosas transações; ou ii) pequena (*petty corruption*), com valores de transferência relativamente baixos ou se estabelecida nos baixos níveis da administração (ROSE-ACKERMAN, 1978).

A corrupção pode ser ainda dividida em pública ou privada. Para os fins deste artigo, a corrupção pública é assim considerada quando cometida contra a administração pública pelo particular ou agente público no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública. Nesse sentido, será examinada a corrupção apenas em sua acepção pública, independente

²Tradução livre: o abuso da função pública para fins privados. Disponível em: <<http://www1.worldbank.org/publicsector/anticorrupt/corruptn/cor02.htm>>. Acesso em: 2 jan. 2017.

³Tradução livre: O abuso dos poderes confiados para fins privados. Disponível em: <<https://www.transparency.org/what-is-corruption#define>>. Acesso em: 2 jan. 2017.

do seu nível, com o fim de propor outra abordagem regulatória para o tema.

2. Apontamentos sobre o tratamento jurídico da corrupção pública e o problema da ação coletiva.

A lei americana de práticas corruptas no exterior (*Foreign Corrupt Practices Act – FCPA*), de 1977, é apontada como marco legal do combate à corrupção. Ela foi editada com o propósito de criminalizar os pagamentos feitos pelas companhias norte-americanas aos oficiais públicos estrangeiros, diretamente ou com a utilização de intermediários, a pretexto de influenciá-los no desempenho (ou não) de suas funções. A lei inovou ao facilitar a acusação dos executivos, imputando-lhes a responsabilidade com base nos padrões de conhecimento razoável a respeito da existência de suborno (CRAGG; WOOE, 2001).

No nível transnacional, a Convenção Interamericana contra a Corrupção, da Organização dos Estados Americanos (OEA), foi o primeiro instrumento a tratar da corrupção e sua vigência iniciou-se em 7 de março de 1997. É possível destacar entre as principais medidas: i) a criminalização da corrupção ativa e passiva, do enriquecimento ilícito e do suborno transnacional; ii) a criminalização do autor, do coautor, do instigador, do cúmplice e do acobertador; iii) a criação de normas para adequar o desempenho das funções públicas; iv) o fortalecimento de mecanismos para a participação da sociedade civil e de organizações não governamentais; v) a instituição de sistemas de arrecadação fiscal que impeçam a prática da corrupção; vi) a instituição de normas para a assistência recíproca e para a cooperação entre os países. No Brasil, a Convenção da OEA foi aprovada pelo Decreto

Legislativo nº 152, de 25 de junho de 2002 (BRASIL, 2002a), e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 4.410, de 7 de outubro de 2002 (BRASIL, 2002b).

Outro importante instrumento é a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), de 1997, com o objetivo de estabelecer a vedação do pagamento de propinas em negócios internacionais, pelo compromisso de tipificar o suborno ativo praticado por agente privado em face de autoridade estrangeira. Como consequência da promulgação do tratado, a Lei nº 10.467/2002 incluiu no Código Penal o capítulo “Dos crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira” (BRASIL, 2002c).

Atualmente, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 2003, também denominada Convenção de Mérida, é o principal tratado em nível global, centrada na prevenção, na criminalização e na aplicação da lei, na cooperação internacional e na recuperação de ativos. No Brasil, o tratado foi promulgado pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006 (BRASIL, 2006).

É possível listar como principais medidas na Convenção de Mérida: a) a criação de políticas e de práticas de prevenção da corrupção e a implantação de sistemas de avaliação dos instrumentos jurídicos e de medidas administrativas pertinentes; b) a instituição de órgãos independentes incumbidos da prevenção à corrupção; c) a adoção de sistemas de contratação de pessoal no setor público baseados na transparência e em critérios objetivos; d) o estabelecimento de critérios para a candidatura e para a eleição em cargos públicos, visando à transparência no financiamento de candidatu-

ras e de partidos políticos; e) a introdução de sistemas adequados de contratação pública assentados na concorrência, transparência e em critérios objetivos; f) a prestação de contas na gestão das finanças públicas, mediante a apresentação oportuna de informação sobre os gastos e os ingressos; g) o reconhecimento da independência do Poder Judiciário e do Ministério Público; h) a participação da sociedade no controle dos gastos públicos; g) a cooperação internacional e a recuperação de ativos; e h) a criminalização de diversas condutas consideradas nocivas (BRASIL, 2006).

Do ponto de vista normativo, o Brasil atende razoavelmente às exigências previstas internacionalmente, sobretudo em razão da internalização tempestiva dos tratados, com reflexos na legislação. A exemplo disso, o Código Penal tipifica os crimes de peculato, emprego irregular de verbas ou rendas, concussão, excesso de exação, corrupção ativa, corrupção passiva, facilitação do contrabando ou descaminho, prevaricação, condescendência criminosa, tráfico de influência e advocacia administrativa (BRASIL, 1940).

Fora da esfera penal, a legislação brasileira prevê a possibilidade de condenação civil pela prática de atos de improbidade administrativa, podendo dela resultar a perda dos bens e de valores acrescidos ilícitamente, o ressarcimento integral do dano, a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos. Cabe também mencionar a publicação da Lei nº 12.846/2013, que estabeleceu a responsabilidade objetiva, nos âmbitos administrativo e civil, das pessoas jurídicas pelos atos de corrupção causados à Administração Pública (BRASIL, 2013).

Para Furtado (2012), a qualificação da corrupção ainda é muito vinculada ao enquadramento dos tipos penais descritos no Título XI do Código Penal (“Dos Crimes Contra a Administração Pública”) (BRASIL, 1940), pois o Direito Penal é um dos mais representativos instrumentos de repressão à corrupção. Porém, a vinculação da norma penal à legalidade estrita e à anterioridade limita a possibilidade de sua aplicação prática diante das inúmeras situações criadas pelos agentes na busca de lacunas na legislação para malversar, desviar, fraudar e subornar. Nesse sentido, sempre haverá descompasso entre a criação de novas condutas e a capacidade de o Estado criminalizá-las por legislação específica.

No Brasil, as soluções para o tratamento da corrupção ainda repousam na alteração da legislação penal e no endurecimento de punições civis e administrativas, como forma de modificar a estrutura de incentivos e de custos do cometimento do crime. Na verdade, as medidas anticorrupção aqui estudadas – refletidas nos tratados mencionados e na legislação brasileira – são fruto da assimilação pelo Direito do modelo econômico do principal-agente. Por esse referencial, busca-se regular o

conflito de interesses entre os sujeitos denominados principais e agentes e a assimetria de informação. Nesse relacionamento, o principal delega ao agente a execução de certas atividades, que, no exercício delas, adquire informações as quais o primeiro não detém acesso (MISHRA, 2006). Com a interferência normativa no cálculo racional dos agentes, a pretensão é direcionar o comportamento humano pela utilização dos incentivos adequados pelo regulador.

Em termos de corrupção pública, se de um lado o Estado (principal) busca o ótimo social, do outro o servidor público (agente) persegue o ótimo privado, sendo comum a colisão de interesses (HERNANDES, 2011). Além desse aspecto, a existência de assimetria de informações rende espaço para o comportamento oportunista do servidor público, que tende a se aproveitar dela para maximizar os ganhos privados. Nesse panorama, o principal é submetido ao desafio de criar mecanismos de incentivos para os particulares e para os servidores públicos, bem como ao de implementar sistemas de punição e de monitoramento (MISHRA, 2006).

A despeito da incorporação legislativa das medidas de anticorrupção, não se tem observado a melhoria nos níveis do crime nos países com corrupção endêmica e sistêmica, principalmente em razão da criação de novas oportunidades advindas das tentativas malsucedidas de implementar as reformas (PERSSON; ROTHSTEIN; TEORELL, 2013). O problema mais crítico é falta de correspondência entre as prescrições legais e a prática social.

Segundo Persson, Rothstein e Teorell (2013), essas reformas falharam por causa da má caracterização teórica do problema da corrupção (principal-agente). As estratégias anticorrupção partiram da premissa de que a corrupção repousa apenas no agente, quando em última instância o próprio principal é corrupto. Os atores políticos muitas vezes falam em *accountability* e integridade, mas não estão verdadeiramente comprometidos com a detecção e a penalização do comportamento corrupto, ao passo que os cidadãos parecem perpetuar as práticas corruptas no seio social.

Se a corrupção é a regra de comportamento, espera-se que os atores do modelo do principal-agente também sejam corruptos. Nesse ambiente, as reformas institucionais e legais são obstadas, mormente pela ausência de vontade dos sujeitos para implementá-las, ou em decorrência do sufocamento das boas iniciativas pelo contexto de corrupção sistêmica. Na prática, ainda que se saibam os efeitos positivos advindos da eliminação da corrupção, não há quem queira efetivamente exercer o papel de principal. Trata-se, desse modo, de um problema de ação coletiva (PERSSON; ROTHSTEIN; TEORELL, 2013).

Diante dessa lógica, é prioritária a mudança das crenças inculcadas na sociedade para vencer a inércia provocada pelo problema de ação coletiva. Muito embora não se saiba com precisão a rota a ser percorrida, certamente a resposta não será a mera fixação de incentivos e punições. Essas constatações, apesar de pouco animadoras, oferecem um ponto de partida para este trabalho por demonstrarem a necessidade do desenvolvimento de alternativas de regulação de comportamento não limitadas ao modelo do principal-agente. Em vez disso, devem ser buscadas soluções propulsoras de mudanças na percepção dos cidadãos sobre a corrupção.

3. Políticas regulatórias baseadas empiricamente no comportamento

3.1 Breves noções sobre economia comportamental.

A economia comportamental (*behavioral economics*)⁴ é o ramo interdisciplinar da ciência dedicado ao estudo do processo de decisão humana. As primeiras pesquisas na área foram desenvolvidas na década de 50 por Simon (1955), em torno da ideia de racionalidade limitada. Entretanto, os princípios informadores foram consolidados apenas na década de 70 por Kahneman e Twersky (1974), que apontaram para a tendência humana de confiar em heurísticas e vieses cognitivos para reduzir o esforço de raciocínio e para os resultados ineficientes derivados de decisões baseadas em atalhos mentais.

A literatura especializada adota como premissa a tese segundo a qual o raciocínio

humano é conduzido por dois sistemas de pensamento: o primeiro deles é automático (sistema 1), incumbido de avaliações básicas e intuitivas; e o segundo é reflexivo e intencional (sistema 2), responsável pelas construções mentais mais elaboradas e demoradas. Com efeito, dada a impossibilidade de o cérebro processar todas as experiências pela ativação do sistema reflexivo, o sistema automático termina por orientar a maioria das decisões humanas (KAHNEMAN, 2012). Além disso, o processo de pensamento está submetido a alguns vieses cognitivos – entre eles: a inércia e a procrastinação, o enquadramento (*framing*) da informação, a influência das normas sociais e a disponibilidade.

A inércia é explicada pela negação da mudança do *status quo*, mesmo nas situações em que os benefícios acarretados por ela sejam superiores aos custos. Considerando-se esse viés, a complexidade enseja sérios efeitos negativos porque aumenta o poder da inércia. Por outro lado, a simplificação, inclusive na regulação, pode produzir efeitos de elevação do cumprimento voluntário da lei e de participação cidadã em políticas públicas. Ainda nessa perspectiva, importa o estabelecimento de regras de *default*, responsáveis por ditar o resultado na ausência de respostas afirmativas das pessoas (SUSTEIN, 2014).

Por outro lado, a procrastinação, definida como o adiamento de uma ação, é explicada pela tendência de trocar as metas de longo prazo pela gratificação imediata de atender aos impulsos (ARIELY, 2008). Para conter os efeitos negativos da procrastinação, pode ser útil a inscrição automática em programas relevantes; além disso, devem ser retiradas exigências inconvenientes, para facilitar a adesão dos cidadãos às políticas públicas (SUSTEIN, 2014).

Segundo o viés do enquadramento, a forma de apresentação da informação impacta o

⁴Sobre o tema, ver Kahneman (2012); Sunstein e Thaler (2009); Ariely (2008).

comportamento humano mais que a qualidade em si das opções. Por exemplo, a probabilidade de os sujeitos aceitarem passar por um procedimento cirúrgico é maior se for enfatizado que a taxa de sobrevivência é de 90%, em vez da taxa de mortalidade de 10%. Assim, a informação vívida e saliente usualmente tem mais efeito que dados estatísticos e abstratos (SUSTEIN, 2014).

Conforme a heurística da disponibilidade, os sujeitos tendem a fazer a avaliação da probabilidade de riscos de um acontecimento com fundamento nos exemplos mais ativos na memória humana, independentemente de a conclusão extraída a partir deles não se comprovar estatisticamente. Como resultado, os humanos tendem a adotar comportamentos negligentes por obra do descompasso entre a ação com as probabilidades reais (ALEMANNO; SIBONY, 2015).

A atuação das normas sociais é explicitada em virtude da influência exercida pela percepção do comportamento de outras pessoas no processo de decisão. Nesse sentido – em matéria de obesidade, consumo de álcool, fumo, vacinação –, a visão sobre as normas sociais pode ter impactos imediatos na conduta individual, pois as pessoas se importam com a sua reputação e seguem as crenças e os comportamentos esperados dos outros (SUSTEIN, 2014). Com base nas influências sociais, as pessoas podem ser estimuladas a cooperar umas com as outras, de modo a contribuir para solucionar os problemas de ação coletiva.

Tomando como partida as heurísticas e os vieses, a economia comportamental contraria o paradigma de racionalidade plena até então preconizado pelas noções neoclássicas econômicas, também refletidas nos conceitos legais. Na verdade, as decisões humanas não decorrem da aplicação pura do princípio da demanda e da oferta ou de uma equação de análise de custo e benefício (LOBEL; AMIR, 2008). Dada a potencial ação irracional, mesmo em situações de perfeita informação acerca das relações entre o valor e a utilidade, as decisões humanas ainda são marcadas pela suscetibilidade às falhas cognitivas.

3.2 Regulação informada no comportamento

Sunstein e Thaler (2009) fazem a contraposição entre a figura do *econos* – pessoas racionais – e a dos humanos – influenciados pelos vieses cognitivos. Várias políticas públicas e regulatórias são perfeitamente aplicáveis à primeira categoria; entretanto, passam ao largo das limitações do homem da vida real e, por essa razão, muitas vezes são inadequadas e ineficazes. Assim, as descobertas da economia comportamental podem ser vistas como oportunidade de melhorar a eficácia e a

eficiência das intervenções do Estado, notadamente pela internalização da potencial irracionalidade do público afetado.

Entre os principais esforços para incorporar as noções da economia comportamental no processo regulatório, emerge a teoria do Paternalismo Libertário:

we urge that libertarian paternalism provides a basis for both understanding and rethinking a number of areas of contemporary law, including those aspects that deal with worker welfare, consumer protection, and the family. Our emphasis is on the fact that in many domains, people lack clear, stable, or well-ordered preferences. What they choose is a product of framing effects, starting points, and default rules, leaving the very meaning of the term “preferences” unclear (SUNSTEIN; THALER, 2003, p. 2-3).⁵

O Paternalismo Libertário é caracterizado pela rejeição do sistema de regulação baseado no comando e controle, consistindo na formulação de políticas preservadoras da liberdade de escolha, embora tornem legítimo o exercício do poder de influência dos arquitetos de escolhas no comportamento das pessoas. Trata-se de um tipo de paternalismo relativamente brando e não intrusivo, porque as escolhas individuais não são bloqueadas; além disso, as intervenções nele fundadas precisam ter baixo custo e não devem restringir a esfera de liberdade individual (SUNSTEIN; THALER, 2009).

Por sua vez, o paternalismo libertário propõe a utilização de “nudges”, compreendidos neste artigo como “estímulos de comportamento”. Na definição dos autores, eles consistem em qualquer aspecto da arquitetura de escolhas capaz de alterar de maneira previsível a conduta humana, sem proibir nenhuma opção ou oferecer incentivos econômicos (SUNSTEIN; THALER, 2009). Dada à potencialidade de influenciar de maneira sistemática o processo de decisão humana, já é possível observar a utilização de estímulos de comportamento no desenho de várias políticas públicas e regulatórias de meio ambiente, poupança pública, saúde e doação de órgãos.

Essas intervenções nem sempre demandarão a presença de legislação, consistindo em mais uma forma de atuação para os governos. Contudo, mesmo não sendo consideradas como uma alternativa, elas

⁵Tradução livre: Nós sustentamos que o paternalismo libertário fornece a base para entender e repensar inúmeras áreas do direito contemporâneo, incluindo aqueles aspectos relacionados com o bem-estar do trabalhador, com a proteção ao consumidor e da família. Nossa ênfase é no fato de que, em muitos domínios, faltam às pessoas preferências claras, estáveis e bem ordenadas. O que elas escolhem é um produto dos efeitos do enquadramento, pontos de partidas e regras de *default*, estando o preciso significado preferências obscuro.

podem ser combinadas com os instrumentos usualmente já empregados pelo Direito para a sua efetividade⁶, em razão dos elevados níveis de aderência voluntária (ALEMANNO; SIBONY, 2015). Nesse sentido, é necessário explorar a relação entre o Direito e as novas ferramentas da economia comportamental.

O “nudge” é a expressão mais popularizada da economia comportamental, mas ela não transmite toda a capacidade de ação comportamental no âmbito regulatório (ALEMANNO; SIBONY, 2015). A regulação informada no comportamento (*behaviorally-informed regulation*), diversamente do Paternalismo Libertário, não é necessariamente preservadora da livre escolha e muitas vezes requer a intervenção da lei (ALEMANNO; SIBONY, 2015). No entanto, o “nudge” acaba por ser genericamente identificado por esse tipo de regulação, embora não seja o termo mais adequado para qualificá-la. Aliás, a difusão do termo “nudge” é a razão pela qual a terminologia foi empregada no título deste artigo.

A identidade normativa do “nudge” não é autoevidente porque o termo apresenta bastante fluidez, não um conceito apto para incorporação na linguagem jurídica. Essa pode ser uma razão para o fato de a academia ter dedicado pouca atenção às formas de programar as ações governamentais baseadas em estímulos de comportamento. Assim, não se avançou ao ponto de se saber se, na esfera estatal, as intervenções baseadas no comportamento devem ser incorporadas à lei ou mesmo se a mera provisão de informações ou de incentivos pode ser qualificada como um “nudge” (ALEMANNO; SIBONY, 2015).

Para Alemanno e Sibony (2015), a regulação informada pelo comportamento encontra o Direito em pelo menos duas situações: i) regulação do “nudging” privado (*counter nudging*); e ii) regulação de “nudging” público. A primeira categoria diz respeito à fixação de condições para a utilização de “nudges” pelas entidades privadas, funcionando como contramedida às estratégias de explorações contratuais. Nesse

⁶Nos Estados Unidos, foi editada a seguinte Ordem Executiva pelo presidente Barack Obama: “For policies with a regulatory component, agencies are encouraged to combine this behavioral science insights policy directive with their ongoing review of existing significant regulations to identify and reduce regulatory burdens, as appropriate and consistent with Executive Order 13563 of January 18, 2011 (Improving Regulation and Regulatory Review), and Executive Order 13610 of May 10, 2012”. Tradução livre: Para as políticas com componente regulatório, as agências são encorajadas a combinar políticas diretas baseadas nas percepções da ciência comportamental com a revisão das regulamentações existentes em curso para identificar e reduzir os encargos regulamentares, tal como apropriado e consistente com a Ordem Executiva 13563 de 18 de janeiro de 2011 (Melhoria da Regulamentação e Revisão Regulatória) e a Ordem Executiva 13610 de 10 de maio de 2012 (Identificar e Reduzir os Encargos Regulatórios). Executive Order, Section 1, Behavioral Science Insights Policy Directive, “c”. Disponível em: <<https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2015/09/15/executive-order-using-behavioral-science-insights-better-serve-american>>. Acesso em: 7 jan. 2017.

caso, muitas vezes é necessária a intervenção da lei. A segunda categoria, por sua vez, trata da utilização das perspectivas da economia comportamental pelas autoridades públicas, geralmente demandando legislação, regulação ou autorização, como ocorre na utilização de *default* para as políticas de doações de órgãos.

Em princípio, a regulação informada pelo comportamento foge à delimitação conceitual do Direito porque não respeita a ideia de soberania e de poder de julgo unilateral. Entretanto, muitas formas alternativas à regulação clássica têm-se consolidado⁷; todavia, elas atingem os objetivos regulatórios de forma diferente. Para Calo (2013), quando o Estado explora as heurísticas e os vieses do comportamento, ele imprime uma orientação mais branda e leve que a coerção legal, embora com um nível de aderência às vezes superior ao da lei. Essa constatação demonstra que a autoridade que sustenta essa perspectiva regulatória repousa mais em influência que em coação (ALEMANO; SPINA, 2014).

Nesse contexto, muito se discute sobre os limites de utilização do “nudge” em substituição à lei, sobretudo porque isso poderia ser feito sem observar as salvaguardas procedimentais usualmente empregadas para produzir, interpretar e fazer cumprir a legislação (CALO, 2013). Ademais, essa influência pode consistir na manipulação dos cidadãos, de maneira a afrontar a autonomia individual e a subverter a própria ideia de democracia. Por essa razão, as intervenções dessa natureza precisam estar sujeitas ao princípio da publicidade, o qual inviabiliza a seleção pelo governo de uma política ou a adoção de uma postura que não possa ser explicada publicamente (SUNSTEIN; THALER, 2009).

⁷Sobre novas formas alternativas à regulação, ver Brousseau, Marzouki e Méadel (2012).

A par dessas considerações, é possível conceituar a regulação informada no comportamento como intervenções estatais estruturadas na exploração das heurísticas e vieses da racionalidade humana, promovidas com a finalidade de orientar o comportamento dos indivíduos. Apesar de a regulação aqui tratada não reproduzir normas com força vinculante, ela é capaz de exprimir os valores perseguidos pelo Estado e deve estar submetida ao escrutínio público em razão do seu poder de influenciar o cidadão.

4. “Nudge” como alternativa para a prevenção da corrupção pública no Brasil

Embora o estudo da corrupção sob a óptica comportamental ainda seja incipiente, o Banco Mundial dedicou um relatório sobre o tema:

The title of this Report, *Mind, Society, and Behavior*, captures the idea that paying attention to how humans think (the processes of mind) and how history and context shape thinking (the influence of society) can improve the design and implementation of development policies and interventions that target human choice and action (behavior). [...] The findings also enhance the understanding of how collective behaviors – such as widespread trust or widespread corruption – develop and become entrenched in a society (WORLD BANK, 2015, p. 2)⁸.

⁸Tradução livre: O título deste estudo “*Report, Mind, Society, and Behavior*” captura a ideia de que prestar atenção em como os homens pensam (o processo da mente) e como a história e contexto moldam o pensamento (a influência da sociedade) pode ajudar a melhorar o desenho e a implementação do desenvolvimento de políticas e intervenções que miram na escolha e na ação (comportamento) [...] Esses resultados também ajudam na compreensão de como comportamentos coletivos, como a difusão de confiança ou de corrupção, são desenvolvidos e se tornam enraizados na sociedade.

Atualmente, as pesquisas relacionadas ao comportamento focam o diagnóstico da corrupção no componente da irracionalidade (ARIELY, 2012) e na influência de normas sociais descritivas (KÖBIS et al., 2015). Como denominador comum, rejeitam-se as explicações do fenômeno com base na análise de custo e benefício, pois o cálculo racional e autoconsciente de detecção e de punição parece ser uma resposta incompleta para explicar a tomada de decisão humana (LAMBSDORFF, 2012).

Ariely (2012) explica que a análise de custo e benefício é expressão do simples modelo racional de crime (*simple model of rational crime* – SMORC), que compreende três elementos: i) benefício gerado pelo o crime; ii) probabilidade de detecção; e iii) a expectativa de punição, uma vez detectado o crime. A decisão será, assim, fruto da comparação do primeiro aspecto (benefício) com os outros dois componentes (custos).

A despeito disso, as pesquisas conduzidas por Ariely (2012) apontam para um padrão curioso de comportamento: as pessoas querem ao mesmo tempo preservar a boa imagem que fazem de si mesmas e beneficiar-se da desonestidade. A existência desses dois interesses inconciliáveis acarreta uma distorção na análise de custos, pois, mesmo nas condições mais favoráveis à desonestidade (de menores custos), as pessoas trapaceiam só um pouco, fugindo da lógica de maximização de ganhos.

Tal conclusão foi amparada nos seguintes achados: i) o grau de trapaça não se eleva na razão direta do aumento do benefício financeiro; ii) o incremento das condições de controle e de fiscalização não apresenta influência significativa no nível desonestidade; e iii) as pessoas tendem a trapacear mais quando a recompensa não é diretamente obtida em dinheiro, embora possa ser economicamente

mensurável (ARIELY, 2012). Desse modo, parece haver um limite moral para a prática de atos desonestos, embora as pessoas estejam generalizadamente predispostas a cometer e a aceitar pequenas transgressões. Assim, a ciência comportamental pode operar justamente para diminuir esse limiar de tolerância.

Em razão de outras experiências conduzidas, foi descoberta a influência dos lembretes morais para melhorar as condutas corruptas. Num dos testes, foi pedido aos participantes que se recordassem dos dez mandamentos bíblicos antes de iniciar a tarefa para a qual foram chamados e, a partir de então, foi constatada a diminuição das trapaças, embora nenhum dos participantes se tenha efetivamente lembrado de todos eles. Por outro lado, verificou-se a pouca utilidade para estimular a honestidade da realização de cursos e de palestras sobre os códigos de ética, pois as pessoas necessitam de lembretes curtos precisamente antes de estarem submetidas à tentação (ARIELY, 2012).

Para demonstrar o poder dessa abordagem, é importante citar exemplo constante no Relatório “Mind, Society, and Behavior” do World Bank (2015). Na Índia, uma organização não governamental criou cédulas de “zero rúpia” (*zero rupee*), com a declaração “eu prometo não aceitar nem dar um suborno”, a fim de que as pessoas as distribuíssem quando fossem submetidas a solicitações de suborno. Numa das situações, um oficial ficou tão atordado ao receber a nota, que devolveu todo o dinheiro antes pedido para fornecer eletricidade a uma aldeia.

Outro fator psicológico da corrupção ressaltado pelos cientistas políticos e pelos economistas é a percepção sobre as normas sociais, as quais reproduzem as crenças comuns sobre o comportamento dos outros. Existem dois tipos de normas que afetam o indivíduo:

i) normas injuntivas; e ii) normas descritivas. As primeiras veiculam informações sobre a aprovação ou a desaprovação de um determinado comportamento pela maioria das pessoas, principalmente sob o ponto de vista ético. As segundas, por sua vez, referem-se a simples observações sobre como as pessoas se comportam em situações específicas, normalmente pela aferição de frequência (MONT; LEHNER; HEISKANEN, 2014).

As normas injuntivas sobre corrupção não variam muito, a depender do contexto social, uma vez que há certa convergência sobre ela ser algo antiético. Por outro lado, as crenças sobre as normas descritivas acerca da corrupção são maleáveis, especialmente nos domínios em que as pessoas não têm experiência própria com o crime. Nesse sentido, as normas descritivas auxiliam os agentes a estimarem a probabilidade de sucesso no cometimento do crime, servindo, desse modo, como um referencial no processo decisório (KÖBIS et al., 2015). Por essa razão, a manipulação delas é uma das formas mais promissoras de combater a corrupção.

É interessante notar que as normas sociais descritivas contribuem para a consolidação de um *default* de comportamento, o qual orienta as decisões e o relacionamento estabelecido entre pessoas desconhecidas. Como salienta Rothstein (2007), o *default* pode ser fixado em função da confiança como uma instituição informal, em que os cidadãos partem da premissa de que as pessoas são confiáveis para firmar seus contratos e as suas relações. Por outro lado, nos países marcados pela corrupção sistêmica, o *default* é outro, pois a vida passa a ser interpretada em termos de corrupção e quase todos os serviços públicos ou privados são prestados pela pressuposição dela. Nesse sentido, a teoria dos jogos aplica-se aqui porque as pessoas ajustam seu comportamento

antecipando mentalmente a ação dos agentes em situações semelhantes.

O poder de influência das normas sociais descritivas repousa sobremaneira no desejo de conformidade dos indivíduos aos padrões de normalidade. Como consequência fundamental, é possível perceber a razão por que sociedades inteiras ficam presas aos padrões de comportamento muitas vezes nefastos (problema de ação coletiva). Entretanto, mais uma vez é preciso tirar partido dos remédios regulatórios estruturados no comportamento.

Uma das primeiras pesquisas empíricas sobre o suborno apontou que a norma descritiva pode influenciar os níveis de comportamento corrupto. Num dos testes, quando os participantes receberam informações indicando a baixa frequência de um comportamento corrupto, o nível de corrupção diminuiu drasticamente em comparação aos experimentos realizados sob monitoramento e controle. Para os pesquisadores, os lembretes relacionados à norma descritiva podem moldar as normas anticorrupção. Assim, pequenos lembretes e alertas podem funcionar como um “*nudge*” para reduzir a corrupção – especialmente nos contextos em que as pessoas não têm experiência ou acreditam falsamente na alta proporção da corrupção (KÖBIS et al., 2015).

Diante disso, há espaço para a regulação – informada no comportamento – no tratamento da corrupção pública, notadamente acentuado pela possibilidade da utilização de lembretes morais e pela manipulação das normas sociais descritivas. A aplicação da ideia na administração pública brasileira requer, por exemplo, o maior conhecimento das situações de exposições ao risco de cometimento de corrupção, a fim de incorporar os lembretes morais adequada e tempestivamente às situações de vulnerabilidade. Além disso, a utilização de plataformas eletrônicas nos processos admi-

nistrativos pode facilitar a introdução deles antes da tomada de decisão – por exemplo, no processo licitatório.

Cabe destacar também a importância da realização de pesquisas para apurar os níveis de corrupção em órgãos específicos, pois, muitas vezes, os indivíduos superestimam os acontecimentos relacionados à sua realidade (viés da disponibilidade). Com efeito, esclarecer os servidores públicos sobre os dados concretos relativos à corrupção nos órgãos em que trabalham pode diminuir a prática criminosa em razão da pressão de conformidade à norma social.

A instituição de cadastros positivos de órgãos públicos e de empresas públicas e privadas, estabelecidos segundo critérios de integridade pública, também se apresenta como uma proposta apta a estimular um ambiente de honestidade e de confiança. Nesse caso, o principal efeito seria modificar o ponto de referência, ao conferir ênfase ao cumprimento da lei e não ao seu descumprimento. Trata-se, desse modo, da exploração dos vieses do enquadramento e da disponibilidade na busca de mudar o comportamento coletivo. Cabe registrar que o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União – CGU idealizou a criação de um cadastro positivo de empresas no ano de 2010, mas ainda não houve a implantação da medida⁹.

A ciência comportamental aponta que as pessoas querem sentir orgulho de si mesmas, e isso não difere com relação ao trabalho. Uma medida para prevenir a corrupção pode consistir na aplicação de políticas exploratórias do sentimento de engajamento e de ética profissional. Cabe aqui a observação de que essas intervenções devem ser centradas num diagnóstico particularizado quanto às situações impeditivas da construção de um “ethos” profissional. Além disso, a utilização de códigos de ética tende a não ser efetiva caso eles se limitem a resumir normas abstratas, complexas e sem conexão com o cotidiano do servidor público.

Igualmente, a utilização de “nudges” pode somar-se às providências já tradicionalmente postas na legislação. Em geral, as propostas de prevenção da corrupção são sumarizadas na diminuição da discricionariedade administrativa, no reforço da fiscalização, na instituição de práticas de transparência e no fortalecimento dos órgãos de monitoramento e controle. No entanto, para que sejam mais eficazes, essas medidas precisam incorporar a noção de racionalidade limitada e o componente psicológico dos agentes públicos e dos cidadãos.

⁹ Ver ata da 12ª Reunião do Conselho da Transparência Pública e de combate à corrupção. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/transparencia-publica/conselho-da-transparencia/documentos-de-reunioes/atas/ata-da-12a-reuniao-mai-2010.pdf/view>>. Acesso em: 19 fev. 2017.

Nessa abordagem interconectada, a simplificação no âmbito da administração pública pode ser o primeiro passo para melhorar o funcionamento dessas medidas anticorrupção. A complexidade dos processos, dos procedimentos, da estruturação dos órgãos e das entidades compromete o sucesso das intervenções estatais, seja em razão do fator da inércia que acomete os administradores e os administrados, seja pela sua propensão de estimular a indiferença, a procrastinação e a confusão. Assim, a pauta de simplificação pode ao mesmo tempo estimular o atingimento dos objetivos regulatórios e elevar o grau de cumprimento voluntário das determinações legais.

Além disso, a promoção da transparência pública como política pública é campo fértil para assimilação dos princípios das ciências comportamentais. Atualmente, por força da Lei Complementar nº 131/2009, é assegurada a transparência da gestão fiscal mediante a liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, das informações sobre execução orçamentária e financeira (inciso II do § 1º do art. 48 da Lei nº 101/2000) (BRASIL, 2009). O legislador objetivou promover a cultura de fiscalização cidadã da aplicação dos recursos públicos.

No âmbito federal, o Portal da Transparência¹⁰ é o principal veículo para alimentar os dados sobre as transferências de recursos, os gastos diretos do governo federal, as receitas, os convênios, o cadastro de empresas inidôneas e suspensas (CEIS) e os servidores. Embora esteja disponível um manual sobre a utilização do sistema, é preciso ter conhecimento prévio sobre as informações disponibilizadas para a sua devida manipulação. Além disso, são atendidas de forma satisfatória apenas as necessidades dos especialistas; ao passo que se exige grande esforço e aprendizado inicial dos leigos (UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA, 2014).

Ou seja, sem embargo da amplitude das informações divulgadas no Portal da Transparência, a disponibilização é feita sem levar em conta a complexidade e grau de abstração para o cidadão comum. Cumpre notar que a adoção de linguagem simples e compreensível (linguagem cidadã) na relação entre o governo federal e o cidadão é obrigatória, nos termos dos Decretos nºs 6.932/2009 e 7.724/2012 (BRASIL, 2009, 2012); entretanto, a maior dificuldade consiste na efetiva implementação da diretriz.

Sob a óptica comportamental, as políticas de estímulo à transparência no Brasil podem ser melhoradas pela implantação de um desenho baseado na utilidade da informação apresentada ao cidadão, de forma inequivocamente relacionada às suas experiências concretas. Para ilustrar: a divulgação dos dados poderia estar menos vinculada à lingua-

¹⁰Ver o sítio do Portal da Transparência. Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/>>. Acesso em: 19 fev. 2017.

gem orçamentária e mais voltada à indicação da despesa pública de um modo mais localizado, indicando-se, nos aplicativos e sistemas desenvolvidos, a cidade, o bairro, a comunidade, a rua, a escola, o hospital – tudo de maneira mais intuitiva e evidente. Assim, não se pode olvidar que a veiculação de informações vívidas e salientes é uma das principais medidas para, ao mesmo tempo, superar a inércia do cidadão e o viés do *status quo*, e estimular a capacidade da sociedade civil de pressionar a mudança de comportamento na administração pública.

Nesse contexto, as soluções regulatórias informadas pelo comportamento apresentam o potencial de revolucionar a crença dos servidores públicos e dos cidadãos quanto à corrupção, e talvez sejam o ponto de partida para combater o problema de ação coletiva que refreia as reformas anticorrupção. Porém, é preciso notar que esse é um espaço ainda pouco explorado pelo Direito e que poderia ser mais bem utilizado para promover a eficácia e a efetividade das políticas públicas e regulatórias em matéria de corrupção.

No entanto, para que ferramentas regulatórias baseadas na abordagem comportamental possam ser introduzidas no Brasil e adaptadas do ponto de vista normativo, é preciso desenvolver mais pesquisas sobre o tema, principalmente porque elas não podem estar descasadas de estudos empíricos feitos de modo particularizado em relação à realidade a ser alterada. O papel deste artigo é justamente chamar a atenção da comunidade científica para que a regulação informada pelo comportamento possa ser mais bem estudada e debatida, não só pelos operadores do Direito, mas também pelos economistas, cientistas políticos e sociais.

Conclusão

Com o propósito de desenvolver um novo viés regulatório de combate à corrupção pública no Brasil, buscou-se neste artigo a delimitação do conceito de corrupção. No primeiro tópico, ela foi conceituada como o abuso dos poderes confiados a um agente para a obtenção de ganhos privados, os quais podem ser materiais ou imateriais. Mais especificamente, entendeu-se que a corrupção pública está configurada quando é cometida contra administração pública pelo particular ou pelo agente no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública.

No segundo tópico, após o exame das principais convenções internacionais sobre o tema e do tratamento jurídico conferido à corrupção pública pelo Brasil, concluiu-se que as soluções tradicionais ainda repousam em propostas de alteração da legislação penal e no endurecimento de punições civis e administrativas. Porém, destacou-se a pou-

ca efetividade de tais reformas anticorrupção, de modo a evidenciar o hiato entre as prescrições legais e a prática social. Segundo este artigo, as propostas regulatórias falharam em razão da má caracterização teórica do problema da corrupção (principal-agente), pois, nos países onde ela é a regra, as mudanças são refreadas pelo problema de ação coletiva, não havendo quem queira exercer o papel de principal. Assim, esse diagnóstico aponta que a prevenção da corrupção deve ter partida na adoção de políticas públicas e regulatórias propulsoras de mudança das crenças dos cidadãos sobre a corrupção.

No terceiro tópico abordou-se a regulação informada no comportamento como um caminho para melhorar a conduta individual e coletiva dos cidadãos de forma mais efetiva, com a utilização de “nudges” ou de estímulos ao comportamento pelo Estado. Segundo o conceito apresentado, a regulação informada no comportamento consiste em intervenções estatais estruturadas na exploração das heurísticas e dos vieses da racionalidade humana, promovidas com a finalidade de orientar o comportamento dos indivíduos. Advertiu-se que, apesar de a regulação ora especificada não reproduzir normas com força vinculante, ela é capaz de exprimir os valores perseguidos pelo Estado e deve estar submetida ao escrutínio público em razão do seu poder de influenciar o cidadão.

No quarto tópico, destacou-se a necessidade de o regulador levar em consideração o componente da irracionalidade humana e psicológico na modulação das normas acerca da corrupção. Concluiu-se pela viabilidade de incorporação de “nudges” no tratamento da corrupção pública, mediante a utilização de lembretes morais associados aos processos administrativos decisórios e pela manipulação das normas sociais descritivas. Também se destacou a possibilidade da utilização das ferramentas da regulação informada no comportamento pela interconexão delas com as providências já tradicionalmente postas na legislação. Chamou-se atenção para a necessidade de se desenvolverem mais pesquisas sobre o tema, principalmente porque as propostas apresentadas no artigo não podem estar descasadas de estudos empíricos.

Sobre a autora

Natalia Lacerda Macedo Costa é graduada em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Recife, PE, Brasil; vinculada, na condição de aluna especial, ao programa de mestrado do Centro de Estudos de Brasília, Brasília, DF, Brasil; procuradora federal, com atuação na Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, Brasília, DF, Brasil.

E-mail: natalialacer@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹¹

“NUDGE” APPROACH TO ADMINISTRATIVE CORRUPTION PREVENTION IN BRAZIL

ABSTRACT: This paper is intended to develop a new approach to the administrative corruption prevention in Brazil. It follows from the behavioral economics’ assumptions that human behavior is potentially irrational and that their decision making process is influenced by heuristics and biases. In order to analyze the real contribution of the “nudges” theory to regulatory policy in the matter of anti-public corruption, the existing knowledge is explored. The adoption of behavioral informed regulation is a viable path to improve individual or collective actions, mainly by the use of descriptive social norms and moral reminders. Besides that, other solutions are proposed by replacing the current legal framework based on principal-agent model with nudges or adapting it to the behavioral sciences’ principles.

KEYWORDS: PUBLIC CORRUPTION. BEHAVIORAL ECONOMICS. NUDGES. BEHAVIORAL INFORMED REGULATION.

Como citar este artigo

(ABNT)

COSTA, Natalia Lacerda Macedo. “Nudge” como abordagem regulatória de prevenção à corrupção pública no Brasil. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 54, n. 214, p. 91-111, abr./jun. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p91>.

(APA)

Costa, N. L. M. (2017). “Nudge” como abordagem regulatória de prevenção à corrupção pública no Brasil. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 54(214), 91-111. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p91

Referências

ALEMANNI, Alberto; SIBONY, Anne-Lise. The emergence of behavioural policy-making: a european perspective. *HEC Paris Research Paper*, n. 1084, p. 1-25, 2015. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2562322>>. Acesso em: 6 jan. 2017.

ALEMANNI, Alberto; SPINA, Alessandro. Nudging legally: on the checks and balances of behavioral regulation. *International Journal of Constitutional Law*, New York, v. 12, n. 2, p. 429-456, 2014. Disponível em: <<https://academic.oup.com/icon/article/12/2/429/710410/Nudging-legally-On-the-checks-and-balances-of>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

ARIELY, Dan. *Previsivelmente irracional: as forças ocultas que formam as nossas decisões*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. *The (honest) truth about dishonesty: how we lie to everyone – especially ourselves*. London: Harper Collins, 2012.

¹¹ Sem revisão do editor.

BOHEM, Frédéric. Regulatory capture revisited: lessons from economics of corruption. *Internet Center of Corruption Research Contribution*, n. 22, p. 1-29, jul. 2007. Disponível em: <<http://www.icgg.org/downloads/Boehm%20-%20Regulatory%20Capture%20Revisited.pdf>>. Acesso em: 2 jan. 2017.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm#art361>. Acesso em: 5 maio 2017.

_____. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 5 maio 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 5 maio 2017.

_____. Senado Federal. Decreto legislativo nº 152, de 25 de junho de 2002. *Diário Oficial da União*, 26 jun. 2002a. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=3&data=26/06/2002>>. Acesso em: 5 maio 2017.

_____. Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002b. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso “c”. *Diário Oficial da União*, 8 out. 2002b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410.htm>. Acesso em: 5 maio 2017.

_____. Lei nº 10.467, de 11 de junho de 2002. *Diário Oficial da União*, 12 jun. 2002c. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10467.htm>. Acesso em: 5 maio 2017.

_____. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. *Diário Oficial da União*, 1 fev. 2006. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 5 maio 2017.

_____. Decreto nº 6.932, de 11 de agosto de 2009. Dispõe sobre a simplificação do atendimento público prestado ao cidadão, ratifica a dispensa do reconhecimento de firma em documentos produzidos no Brasil, institui a “Carta de Serviços ao Cidadão” e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 12 ago. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6932.htm>. Acesso em: 31 maio 2017.

_____. Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012. Regulamenta a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que dispõe sobre o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do caput do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição. *Diário Oficial da União – Edição Extra*, 16 maio 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7724.htm>. Acesso em: 31 maio 2017.

_____. Lei nº 12.846, de 1 agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 2 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm>. Acesso em: 5 maio 2017.

BROUSSEAU, Eric; MARZOUKI, Meryem; MÉADEL, Cécile. *Governance, regulation and powers on the Internet*. Paris: Cambridge University Press, 2012.

CALO, Ryan. Code, nudge, or notice?. *Iowa Law Review*, v. 99, n. 2, p. 773-802, 2013. Disponível em: <<https://ilr.law.uiowa.edu/assets/Uploads/ILR-99-2-Calo.pdf>>. Acesso em: 5 maio 2017.

CRAGG, Wesley; WOOF, William. Legislating against corruption in international markets: the story of the US Foreign Corrupt Practices Act. In: JAIN, Arvind K. (Ed.). *The political economy of corruption*. London: Routledge, 2001. p. 180-213.

FURTADO, Lucas Rocha. *Raízes da corrupção: estudos de casos e lições para o futuro*. 2012. 498 f. Tesis (Doctoral) – Departamento de Derecho Administrativo, Financiero y Procesal, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2012. Disponível em: <http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/121413/1/DDP_RochaFurtadoLucas_Tesis.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2017.

HEIDENHEIMER, Arnold J.; JOHNSTON, Michael (Ed.). *Political corruption: concepts and contexts*. London: Transaction Publishers, 2001.

HERNANDES, Pedro Petronillio. Combate à corrupção no Brasil: análise sob a ótica da economia da corrupção. In: *PREVENÇÃO e combate à corrupção no Brasil: 6º concurso de monografias: trabalhos premiados*. Brasília: CGU, 2011. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/control-social/arquivos/6-concurso-monografias-2011.pdf>>. Acesso em: 5 maio 2017.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KAHNEMAN, Daniel; TWERSKY, Amos. Judgment under uncertainty: heuristics and biases. *Science, New Series*, v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, 1974. Disponível em: <http://psiexp.ss.uci.edu/research/teaching/Tversky_Kahneman_1974.pdf>. Acesso em: 5 maio 2017.

KÖBIS, Nils C. et al. "Who doesn't?": the impact of descriptive norms on corruption. *Plos One*, [São Francisco], 29 jun. 2015. Disponível em: <<http://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0131830>>. Acesso em: 6 jan. 2017.

LAMBSDORFF, Johann Graf. Behavioral and experimental economics as a guidance to anticorruption. *New Advances in Experimental Research on Corruption Research in Experimental Economics*, v. 15, p. 279-299, 2012. Disponível em: <http://www.icgg.org/literature/Lambsdorff_2012_Behavioral_Economics_Inspires_Anticorruption.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2016.

LOBEL, Orly; AMIR, On. Stumble, predict, nudge: how behavioral economics informs law and policy. *Columbia Law Review*, v. 108, n. 8, p. 2098-2137, dez. 2008. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1327077>>. Acesso em: 22 jan. 2017.

MISHRA, Ajit. Corruption, hierarchies and bureaucratic structure. In: ROSE-ACKERMAN, Susan (Ed.). *Internacional handbook on the economics of corruption*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2006. p. 189-215.

MONT, Oksana; LEHNER, Matthias; HEISKANEN, Eva. *Nudging: a tool for sustainable behavior?*. Stockholm: Swedish Environmental Protection Agency, 2014. Disponível em: <<https://www.naturvardsverket.se/Documents/publikationer6400/978-91-620-6643-7.pdf?pid=14232>>. Acesso em: 5 maio 2017.

PERSSON, Anna; ROTHSTEIN, Bo; TEORELL, Jan. Why anticorruption reforms fail: systemic corruption as a collective action problem. *Governance: an international journal of policy, administration, and institutions*, v. 26, n. 3, p. 449-471, jul. 2013.

ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption: a study in political economy*. London: Academic Press, 1978.

ROTHSTEIN, Boo. Anti-Corruption: a Big-Bang theory. *QoG Institute*, n. 3, maio 2007. Não paginado. Disponível em: <http://www.pol.gu.se/digitalAssets/1350/1350652_2007_3_rothstein.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2017.

SIMON, Herbert A. A behavioral model of rational choice. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 69, n. 1, p. 99-118, fev. 1955. Disponível em: <<http://www.math.mcgill.ca/vetta/CS764.dir/bounded.pdf>>. Acesso em: 5 maio 2017.

SUNSTEIN, Cass R. Nudges.gov: behavioral economics and regulation. In: ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron (Ed.). *Oxford handbook of behavioral economics and the law*. [New York]: Oxford University Press, 2013. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2220022>>. Acesso em: 6 jan. 2017.

SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. Libertarian paternalism is not an oxymoron. *University of Chicago Law Review*, v. 70, n. 4, p. 1159-1202, 2003.

Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=405940>>. Acesso em: 6 jan. 2017.

_____. *Nudge: o empurrão para a escolha certa: aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

WORLD BANK. *World development report 2015: mind, society, and behavior*. Washington, DC: World Bank, 2015.

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. *Pesquisa de avaliação do portal da transparência do Governo Federal*. Brasília: UNB, 2014. Disponível em: <http://www.portaldatransparencia.gov.br/sobre/Boletim/Especial_Pesquisa-de-Avaliacao2014.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2017.

Avaliação de impacto legislativo

A prática europeia e suas lições para o Brasil

RAQUEL LIMA SCALCON

Resumo: O presente artigo objetiva investigar a utilização de mecanismos de avaliação *ex ante* e *ex post* no processo legislativo, comparando-se o grau de institucionalização desse instrumento no Brasil com o grau de sua assimilação em determinados países da Europa. Para proceder ao exame, utilizar-se-á a doutrina comparada europeia, especialmente as de origem alemã, portuguesa e suíça. Após a apresentação das práticas de avaliação *ex ante* e *ex post* de impacto legislativo em tais países, sugere-se o seu emprego também no processo legislativo brasileiro. Tal incorporação seria fundamental para a construção de uma cultura de maior racionalidade e eficácia na elaboração de soluções legais para problemas concretos.

Palavras-chave: Avaliação de impacto legislativo. Experiência europeia. Processo Legislativo brasileiro. Racionalização.

Introdução

Conforme a compreensão atual da Ciência da Legislação (*Legisprudence*), as leis tornaram-se cada vez mais instrumentos de intervenção e de conformação da realidade social. Noutras palavras, a maioria das leis é (ou deveria ser) elaborada à luz de um programa de ação voltado à persecução de certas finalidades públicas; a lei que institui a política de cotas nas universidades públicas federais, por exemplo, estava orientada à promoção de uma série de fins constitucionalmente reconhecidos (igualdade, em especial).

Não há dúvida de que tal política apresentou, na prática, dificuldades possivelmente não previstas, mas que poderiam ser, em parte, previsíveis a partir do exame *ex ante* dos seus eventuais impactos na realidade concreta. Ademais, exames *ex post* poderiam indicar os principais pro-

Recebido em 20/9/16
Aprovado em 14/11/16

blemas concretos gerados por uma política em questão e tornariam oportuna a sua correção com base em mudanças pontuais nas normativas envolvidas.

Nesse contexto, a realização de tais estudos torna-se fundamental para o próprio sucesso – ou para um *maior e mais rápido sucesso* – da política perseguida pela inovação legislativa. Daí a importância social e atual do presente estudo. Quer-se perquirir a utilização de mecanismos de avaliação *ex ante* e *ex post* no processo legislativo brasileiro (seja no Executivo, seja no Legislativo), comparando-se o grau de institucionalização desse instrumento no Brasil com o grau de sua assimilação em alguns países na Europa.

Para proceder ao exame, utilizar-se-á, sobretudo, a doutrina comparada, especialmente a alemã, a portuguesa e a suíça. Como hipótese provisória do problema, sustenta-se que é muito rara a utilização de avaliações *ex ante* e *ex post* no processo legislativo no Brasil, ao contrário do que se observa na Europa. Tal déficit gera relevantes dificuldades na construção de uma cultura de maior *racionalidade* na elaboração de soluções legais para problemas concretos.

Quanto ao plano de trabalho, serão inicialmente apresentadas as características principais da *Legisprudence*. Em seguida, será analisado o nível de assimilação das suas recomendações nos processos legislativos de países europeus, sobretudo Alemanha, Portugal e Suíça. Logo após serão indicados os aspectos principais de avaliações de impacto legislativo *ex ante* e *ex post*, fazendo-se menção a exemplos concretos de seu emprego na prática europeia. Finalmente, será estudado o grau de institucionalização de tais instrumentos no Brasil e questionar-se-á a importância da sua adoção no contexto do País, bem como serão indicadas medidas adequadas a tanto.

1. O desenvolvimento da *Legisprudence* ou da teoria da legislação

1.1. Percurso histórico, objeto de estudo, método e consequências jurídicas

Qual é atualmente o grau de racionalidade do processo legislativo de dado país? Na maioria dos casos, não é muito elevado. A razão é clara: vive-se um tempo de desenfreada proliferação ou “enchente de normas” (VOERMANS, 2011, p. 47). Descrevendo a realidade da Alemanha, por exemplo, Karpen (2003, p. 42) afirma que um cidadão daquele país está submetido, apenas no âmbito federal, a mais de 6.000 leis. Nesse sentido, é flagrantemente inviável para o cidadão buscar informar-se sobre as condutas que o Direito lhe proíbe, permite ou exige. Ademais, esse notório aumento quantitativo de leis tem conduzido, paralelamente, a um forte decréscimo da sua qualidade formal e material.

Situação ainda mais grave vive o Brasil, onde sequer é possível afirmar quantos e quais dispositivos estão em vigor. A confusão aumenta em virtude da larga competência normativa do Poder Executivo, bem como a existência de três esferas de produção legislativa (federal, estadual e municipal). Segundo Fabiana Soares (2009, p. 57), haveria mais de “5 mil entes legiferantes em três ordens normativas distintas – União, Estados e Municípios –, muitas vezes com competências concorrentes”. Trata-se, em termos metafóricos, de uma verdadeira Babel, pois os produtos legislativos “não dialogam” entre si, são incoerentes e, muitas vezes, incompreensíveis para o cidadão comum.

Importa ressaltar, todavia, que tal inchaço legislativo não é um drama pontual, verificado em poucos ordenamentos do *Civil Law*, mas um problema compartilhado por vários

deles, o qual se revela com mais agudeza em países como o Brasil, dada sua peculiar divisão de competências. Ademais, conquanto essa realidade comum seja fruto, em parte, do surgimento de novas áreas de intervenção do Direito (e das próprias tarefas do *Welfare State*), deve-se convir que ela também foi estimulada pela ausência de controle sobre o processo de tomada de decisão pelo legislador.

Em tal contexto, é natural que o *processo legislativo* se tenha tornado campo de crescente interesse científico ao longo das últimas décadas. E a razão é muito simples: desejava-se construir um caminho de *racionalização* do “padrão e do ritmo” da atividade legiferante (SOARES, 2007, p. 124). Assim, convencionou-se que o conjunto de saberes desenvolvido para tal objetivo seria denominado *Legisprudence* ou *Legistics* – em português, “Legística”.¹ A Legística, portanto, pretende produzir recomendações cientificamente fundadas sobre como *bem legislar*. Intenta-se melhorar a qualidade do ato legislativo em termos materiais (reforço na produção dos efeitos pretendidos) e em termos formais (compreensibilidade do comando normativo, técnica adequada etc.) (FLÜCKIGER, 2009a, p. 215; MADER, 2001, p. 1).

Desse modo, a Legística ocupa-se dos *resultados concretos* da aplicação de uma lei em dado contexto social. Ela quer antecipar (avaliar preventivamente) ou elucidar (avaliar retrospectivamente) as possíveis razões de um déficit de realização dos fins intencionados, ou seja, da não confirmação da *prognose* do legislador sobre os reais efeitos da lei. Noutras palavras, intenta-se analisar os atos legislativos

à luz da sua capacidade de produzir ambiciosas mudanças na realidade social, as quais teriam servido de justificativa para a própria emanação da lei.

Tem o propósito, ainda, de adaptar o processo legislativo de modo a reduzir essa quebração recorrente entre efeitos esperados (*prognose* do legislador) e efeitos obtidos com a aplicação da lei. Para tanto, foram desenvolvidos vários métodos orientadores da produção e da avaliação da lei (Metódica Legislativa ou Legística Material), os quais são unânimes em exigir, previamente ao impulso legislativo, no mínimo (i) a identificação clara do problema sobre o qual se pretende atuar (diagnose), (ii) a formulação precisa do objetivo que se deseja alcançar e (iii) a seleção ampla de meios possíveis a tanto (jurídicos ou não) (KARPEN, 2003, p. 44; MADER, 2001, p. 1; SOARES, 2007, p. 126-127).

Nesse contexto, a avaliação legislativa (do Projeto de Lei) desenvolvida e recomendada pela Legística tornaria a deliberação do Parlamento mais complexa e responsável, aumentando o grau de fundamentação da medida tomada, bem como de clareza sobre o problema verificado. Ademais, a população em geral estaria devidamente ciente das reais possibilidades de o ato normativo produzir os resultados práticos desejados. Evitar-se-ia, assim, não apenas a criação de falsas expectativas, mas também o manejo de medidas jurídicas graves (penais, por exemplo) claramente inócuas em relação ao problema identificado.

Não há dúvida de que todo o instrumental da Legística, se aceito e bem empregado, pode gerar consequências *fundamentais* no plano da aplicação e da interpretação do Direito. De acordo com Mader, sob o ponto de vista jurídico a produção de conhecimento acerca dos efeitos concretos da legislação poderia conferir um novo sentido “a princípios gerais legais

¹ Opta-se pelo emprego do termo “Legística”, já consagrado na doutrina brasileira especializada. Todavia, é possível encontrar outros termos empregados em idêntico sentido, tais como *Teoria da Legislação*, *Ciência da Legislação* e *Legisprudência*.

ou constitucionais, tais como o princípio da igualdade perante a lei, a proteção contra a arbitrariedade e, em particular, o princípio da proporcionalidade”² (MADER, 2001, p. 8, tradução nossa). Como os direitos fundamentais reconhecidos não podem ser ilusórios, devendo ser efetivos (e efetivados), a justificação do impulso legislativo, antes excluída de um controle constitucional, deve ressoar na própria *validade* do Direito produzido.

1.2. A experiência europeia na implementação das recomendações da Legística

No plano internacional, sobretudo europeu, pode-se afirmar com segurança que a Confederação Suíça é o país no qual as recomendações da *Legisprudence* apresentam maior grau de institucionalização e juridicidade. Não por acaso, a primeira obra sistemática sobre a Teoria da Legislação pertence a um advogado criminalista dessa nacionalidade: Peter Noll (1973). Desde então, as pesquisas não cessaram. Tamanho desenvolvimento acadêmico, acompanhado do seu reconhecimento pelos agentes políticos, fez com que o problema da avaliação legislativa – e da sua eficácia – adquirisse caráter *constitucional*.

Em 1999, a Constituição da Suíça sofreu amplo processo de reforma, momento em que se optou por inserir, no artigo 170, a exigência de avaliação da eficácia (*Wirksamkeit*)³ das medidas estatais. Eis a redação do dispositivo: “o Parlamento Federal deve assegurar que a eficácia das medidas tomadas pela Confederação seja avaliada” (*Die Bundesversammlung sorgt dafür, dass die Massnahmen des Bundes auf ihre Wirksamkeit überprüft werden*).⁴

Conforme relata Mader (2003, p. 83), trata-se de norma que obriga o Parlamento a averiguar a eficácia das *medidas estatais*, o que também inclui, por razões lógicas, o exame das suas próprias medidas (leis). Além disso, costuma-se interpretar tal dispositivo da maneira mais *ampla* possível, englobando não apenas a obrigatoriedade de avaliações *ex ante* (prospectivas), como também a de avaliações *ex post* (retrospectivas). Finalmente, é interessante ressaltar que são pouquíssimas as leis suíças aprovadas sem cuidadoso processo de avaliação (no caso, *pros-*

²No original: “to general legal or constitutional principles such as the principle of equality before the law, protection against arbitrariness and, in particular, the principle of proportionality”.

³Considera-se que o termo *eficácia* seja o que mais corresponde à expressão alemã *Wirksamkeit*. Ademais, um dos principais autores suíços da área da *Legisprudence*, Luzius Mader, emprega o termo *efficacy* em seus escritos em língua inglesa como sinônimo de *Wirksamkeit* (MADER, 2003, p. 82).

⁴Constituição da Confederação Suíça (SUÍÇA, 1998).

pectiva). Tamanho rigor justifica-se, em parte, pelas grandes limitações à possibilidade de controle constitucional material de leis federais e de atos normativos (AESCHLIMANN, 2008, p. 9; MADER, 2009, p. 188).

No plano supranacional, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (*Organization for Economic Cooperation and Development*, OECD) tem-se ocupado do problema da avaliação da qualidade da lei, bem como do seu aprimoramento. A OECD publicou, ainda na década de 90 do séc. XX, as primeiras recomendações internacionais sobre avaliação da qualidade da lei (OECD, 1995, 1997). Essas normativas ressoaram intensamente na União Europeia, que então buscava definir uma política de regulação legislativa clara.

Com esse desiderato, criou-se o “Grupo de Alto Nível para a Melhoria da Qualidade Legislativa” (*Grupo Mandelkern*). As pesquisas realizadas foram indiscutivelmente impulsionadas pelo ingresso na União Europeia de países do Leste, cujas legislações necessitavam de ampla adaptação e de melhoria em termos de legitimidade democrática e eficácia (SOARES, 2007, p. 139). Suas recomendações, dirigidas à Comissão, ao Conselho e ao Parlamento da União Europeia, foram publicadas no conhecido “Relatório Mandelkern” (MANDELKERN GROUP, 2001). A partir delas, firmou-se ainda o Acordo Interinstitucional “Legislar Melhor” (*Interinstitutional Agreement Better Lawmaking*, 2003/C 321/01)⁵, cuja tarefa era a de *reformular* práticas legislativas anacrônicas de Estados-Membros (VOERMANS, 2011, p. 52; ALMEIDA, 2009, p. 95-96).

No âmbito interno, inúmeros países europeus também apresentam práticas importantes em prol do controle da qualidade e da eficácia da legislação – caso, por exemplo, de várias leis alemãs, especialmente as de grande impacto, que são submetidas a diversas técnicas de avaliação *prospectiva* e também *retrospectivas* (monitoramento sistemático dos efeitos) (KARPEN, 2003, p. 44-47). Ademais, é requisito plenamente institucionalizado na Alemanha o preenchimento de *checklist* referente à identificação do problema, à seleção das medidas cabíveis e aos objetivos da norma.

Em países com duas ou mais línguas oficiais, como a Bélgica, a Suíça e o Canadá, as avaliações (especialmente as *prospectivas*) também são etapas necessárias do processo legislativo. Todavia, nesse específico contexto, elas estão incumbidas de uma tarefa a mais: a reprodução de comandos normativos em línguas diferentes. Em tais nações, houve

⁵ O conteúdo do Acordo *Better Lawmaking* pode ser encontrado, em língua inglesa (UNIÃO EUROPEIA, 2003). É importante salientar que um novo pacote de recomendações no âmbito do programa foi recentemente publicado (maio de 2015), com a denominação *Better Regulation Package* (UNIÃO EUROPEIA, 2015).

franco desenvolvimento de técnicas para assegurar que o teor dos dispositivos seja sempre o mais similar possível, superando-se tal dificuldade linguística (BERGESON, 2009, p. 88).

2. Características da avaliação de impacto legislativo na experiência europeia

2.1. Aspectos materiais

Inegavelmente, quando teoriza um método de exame das leis, a *Legística* procura averiguar a capacidade de elas produzirem os efeitos desejados (e prometidos) pelo legislador. Logo, ocupa-se primordialmente (mas não só) da *eficácia* do ato legislativo. Todavia, deve-se bem situar essa questão no contexto da ordem constitucional. Em primeiro lugar, é evidente que atribuir validade a um ato estatal com base apenas na sua capacidade de fomento de dado objetivo seria algo constitucionalmente vedado. Basta pensar no exame de proporcionalidade para concluir, de início, que determinados meios, por mais eficazes que sejam em relação ao fim ambicionado, estão excluídos do raio de ação legítima do Estado.

Em realidade, a avaliação da eficácia da lei, seja *ex ante* (avaliação da prognose), seja *ex post* (constatação dos seus efeitos concretos), poderia ser concebida como critério subsidiário para fins de exame da constitucionalidade – mais um requisito ao lado dos já tradicionalmente aplicados (proporcionalidade, igualdade, proibição do excesso, proibição de insuficiência, razoabilidade etc.) (FLÜCKGER, 2009b, p. 190). Logo, haveria um *agravamento* de tal juízo, o qual ganharia em *rigor*, uma vez que mais um elemento passaria a integrá-lo.

Isso esclarecido, procede-se a uma necessária precisão conceitual. Empregou-se al-

gumas vezes, ao longo do texto, a expressão “avaliação da eficácia da lei”. Contudo, de que *eficácia* se está a falar? Por certo, não se trata do tradicional conceito de eficácia *jurídica*, o qual forma uma tríade juntamente às noções de existência e de validade jurídica.⁶ Está-se a empregar o termo com sentido muito preciso e particular, assim formulado: eficácia é a “natureza de algo que produz o efeito esperado” (FLÜCKGER, 2009b, p. 186, tradução nossa).⁷ No plano legislativo, uma lei pode ser considerada *eficaz* sempre que os efeitos de sua aplicação representem uma suficiente promoção dos fins concretos objetivados pelo legislador (FLÜCKGER, 2009b, p. 186; KARPEN, 2003, p. 34-35; MADER, 2001, p. 5).

Tal termo costuma ser usado junto com *efetividade* e *eficiência*. A efetividade da lei é definida, nos limites deste estudo, como o grau de congruência entre o comando normativo e o comportamento dos seus destinatários (FLÜCKGER, 2009b, p. 186; KARPEN, 2003, p. 34-35; MADER, 2001, p. 5). Ilustrativamente, pode-se questionar o quanto uma proibição é respeitada ou cumprida, um mandado é executado e uma permissão (um direito) é utilizada.

Importante perceber, nesse contexto, a *inexistência* de uma relação necessária entre *efetividade* e *eficácia* da lei. Noutras palavras, é possível que um comando normativo seja

⁶Consoante Guastini, na linguagem jurídica, o vocábulo *eficácia* é utilizado em dois sentidos principais: “(a) em um primeiro sentido, ‘eficácia’ significa capacidade de produzir efeitos jurídicos [...]”; (b) em um segundo sentido, ‘eficácia’ significa aplicabilidade” (GUASTINI, 2011, p. 257-258).

⁷Uma advertência é necessária aqui: no longo do artigo de Alexandre Flückiger, há um equívoco de tradução do francês para o inglês: traduziu-se o termo “*efficacité*” como “*effectiveness*”, quando o correto seria “*efficacy*”. Naquele texto, a expressão “*effectiveness*” deve ser compreendida como “*efficacy*” e vice-versa. Tal equívoco aparece inclusive no título, o qual seria assim reformulado: “*Efficacy: a new Constitutional principle*”.

plenamente respeitado pelos destinatários, mas os objetivos concretos do legislador não sejam promovidos, porque, conforme Mader, “a efetividade é uma condição, mas não necessariamente uma garantia para a eficácia da legislação” (MADER, 2001, p. 5, tradução nossa).⁸ O cumprimento da norma somente gerará *também* sua eficácia quando, de fato, houver uma relação causal entre o seu comando e o objetivo buscado.

Ainda em relação à efetividade, nem sempre é possível afirmar, com segurança, que os comportamentos examinados são decorrência do dispositivo que os determina. Por exemplo, o uso do cinto de segurança, obrigatório por lei. É bem possível que, durante um período inicial, a adoção da conduta devida (utilização do cinto) tenha sido influenciada pelo mandado jurídico. Todavia, caso tal lei fosse revogada, é plausível pensar que esse comportamento não sofreria grande mudança, uma vez que incorporado à prática social. Se assim ocorresse, poder-se-ia afirmar que os cidadãos usavam o cinto por motivos já independentes da norma que os obrigava a tanto. Trata-se, no entanto, de situação fática de difícil aferição ou demonstração. Entre as variáveis envolvidas, como identificar as responsáveis pelos efeitos observados? (DELLEY, 2009, p. 184).

Por fim, o critério da eficiência trata da relação entre os *custos* e os *benefícios* do ato legislativo (KARPEN, 2003, p. 35; MADER, 2001, p. 5). Com ele, examina-se a proporção entre os recursos investidos em uma lei ou política pública e os correlatos resultados concretos obtidos. Por recursos ou custos, devem-se compreender não apenas os valores econômicos empregados, mas também elementos *imateriais*, como inconvenientes emocionais

ou psicológicos eventualmente causados aos destinatários (MADER, 2001, p. 5). Quanto aos benefícios, não apenas aqueles pretendidos pelo legislador devem ser considerados, mas também os que, conquanto não previstos, sejam positivos e importantes (MADER, 2001, p. 5).

Esses são, pois, os conceitos de eficácia, efetividade e eficiência. Para os objetivos do presente estudo, relevante é a avaliação da lei à luz, fundamentalmente, do critério da sua *eficácia*, pois, ao se questionar o quanto uma legislação poderá vir a ser eficaz (*exame prospectivo*) ou o quanto já é eficaz (*exame retrospectivo*), na verdade se questiona a racionalidade e o acerto da prognose do legislador. O exame da eficácia representa, pois, justamente o exame da própria validade da previsão legislativa que subjaz à lei.

A título de síntese, as ideias até aqui expostas podem ser assim reformuladas: (i) a necessidade da análise da *eficácia* da lei pode ser deduzida do próprio conteúdo normativo do postulado da proporcionalidade e (ii) tal critério de avaliação legislativa deve ser entendido como uma pergunta acerca das possibilidades de a lei produzir os efeitos esperados (avaliação *prospectiva* durante o processo legislativo) ou de já estar, de fato, produzindo-os (avaliação *retrospectiva* da lei em vigor).

2.2. Aspectos formais

Em termos formais, a avaliação deve ser o mais metódica possível, de modo a dar credibilidade aos seus resultados. Ademais, os fundamentos de suas conclusões precisam estar plenamente acessíveis a todos para que sejam confrontados. O exame deve ser sistemático e abranger a análise dos efeitos relevantes da maneira mais completa possível (MADER, 2003, p. 76). Finalmente, deve-se prezar pela

⁸No original: “Effectiveness is a condition, but not necessarily a guarantee for the efficacy of legislation”.

objetividade e pela imparcialidade. Logo, as assertivas apresentadas não devem decorrer de visões parciais, nem estar contaminadas por interesses particulares.

Por tais motivos, os exames costumam ser apresentados sob a forma de relatório ou memorando, e elaborados por terceiros *especialistas* na temática. Conforme Mader (2003, p. 77), avaliações que cumpram os pressupostos antes elencados serão muito mais do que meras manifestações subjetivas ou intuitivas. Ao mesmo tempo, o jurista admite que elas ainda não estão aptas a cumprir, de maneira plenamente satisfatória, todas as exigências mais estritas do campo científico (MADER, 2003, p. 77).

Trata-se, pois, de um limite qualitativo do exame. Nesse contexto, é preciso admitir que as avaliações legislativas se situam nesses dois extremos. Entretanto, esforços não faltam para que elas caminhem, mais e mais, rumo à utilização de uma abordagem tão cientificamente rigorosa quanto praticável e possível for.

2.3. Critérios de exame

2.3.1. Avaliação *ex ante*: exame predominantemente hipotético-normativo

As avaliações *ex ante* ou *prospectivas* são realizadas durante o processo legislativo e, portanto, antes de a lei ingressar no ordenamento jurídico. Trata-se de exame que tem por objetivo antecipar, na medida do possível, os eventuais efeitos concretos que advirão da futura aplicação da lei na realidade social. Com tais informações, a escolha do legislador é mais consciente, tornando-o politicamente mais responsável.

Entre os instrumentos utilizados para a realização de avaliações *prospectivas*, destacam-se *checklists*, testes práticos, programa de demonstrações, simulações etc. (KARPEN, 2003, p. 44-45; MADER, 2001, p. 9). Com o intuito de esclarecer a sua funcionalidade, serão agora mencionados alguns exemplos de sua utilização na experiência estrangeira, notadamente na alemã e na portuguesa. Trata-se dos seguintes casos: (i) na Alemanha, a Lei das Catástrofes Naturais do Estado de Nordrhein-Westfalen e o novo Código de Processo Civil (*Zivilprozessordnung*); e (ii) em Portugal, a Lei do Rendimento Mínimo Garantido.

A respeito da prática alemã, Ulrich Karpen (2003, p. 44) afirma que o projeto de lei que deu origem à Lei das Catástrofes Naturais do Estado de Nordrhein-Westfalen (NRW) foi submetido a interessante exame *prospectivo*, a partir da técnica da “simulação *in vitro*” (*in vitro simulation*). O Ministério do Interior teria colocado em um tabuleiro

todas as instituições públicas que entrariam em ação no caso de uma tragédia natural (polícia, bombeiros, exército, autoridades locais, regionais, federais etc.) (KARPEN, 2003, p. 44). Simularam-se alguns desastres e tais instituições foram chamadas a opinar. Esses testes foram fundamentais para a identificação de uma série de falhas, bem como para sua adequada correção antes do ingresso da lei no ordenamento.

Uma segunda técnica de avaliação *ex ante* relatada por Karpen (2003, p. 45) consiste na distribuição da minuta da futura lei àqueles que serão os principais responsáveis por aplicá-la. Exemplificativamente: um projeto de nova lei social relativa ao auxílio a crianças e a adolescentes foi entregue às instâncias administrativas competentes; pediu-se que os administradores indicassem, à luz de novos casos reais que iam surgindo, como decidiriam se a lei já estivesse em vigor; tais respostas foram apresentadas sob a forma de relatórios, com base nos quais foi possível identificar inúmeros problemas, bem como corrigi-los já *a priori*.

A mesma técnica foi utilizada em relação ao novo Código de Processo Civil alemão (*Zivilprozessordnung*). Novamente, a ação partiu do Estado de Nordrhein-Westfalen. O seu Ministério da Justiça submeteu o projeto de novo Código a juízes das mais variadas esferas, pedindo que informassem como decidiriam determinados casos à luz das normas atuais e à luz das inovações trazidas (KARPEN, 2003, p. 45). A ideia era justamente comparar o *ex ante* (Código atual) e o *ex post* (novo Código). A partir disso, observou-se uma diferença importante em termos, sobretudo, de *tempo* e de *custo* do processo.

Na experiência portuguesa, por sua vez, muito interessante é o caso da Lei do Rendimento Mínimo Garantido (PORTUGAL, 1996), que instituiu um regime não contributivo de seguridade social e um programa de integração social (ALMEIDA, 2003, p. 150). A nova política pública, contudo, somente entrou em vigor um ano depois, em julho de 1997. Durante tal período, vários projetos pilotos foram examinados pelo Comitê Nacional para o Rendimento Mínimo Garantido. Tal órgão foi criado pela lei em questão justamente para monitorá-la, estando comissionado pelo Centro de Pesquisa e Estudos Sociais (Universidade de Coimbra, Portugal) (ALMEIDA, 2003, p. 150-151).

Os estudos desenvolvidos permitiram uma caracterização clara do fenômeno da *exclusão social*, bem como da maneira como a política pública deveria intervir nessa realidade, além de apontar as falhas e os méritos dos projetos pilotos existentes (CAPUCHA, 1998). As recomendações e conclusões de tal estudo foram fundamentais para a redação do Decreto-Lei 196 (PORTUGAL, 1997), depois emendado pelo Decreto-Lei 84 (PORTUGAL, 2000), os quais vieram a regulamentar a Lei do Rendimento Mínimo Garantido (ALMEIDA, 2003, p. 150). Quando

em vigor, ela passou novamente por avaliações, desta vez *retrospectivas*. Naquele momento, era fundamental averiguar se a prognose construída de forma tão cuidadosa efetivamente se mostrou acertada.

2.3.2. Avaliação *ex post*: exame predominantemente empírico-estatístico

As avaliações *ex post* ou *retrospectivas* são realizadas quando a lei já está em pleno vigor ou, no caso de legislações com prazo de vigência determinado (como as chamadas *leis experimentais*), imediatamente antes ou após o término da sua eficácia jurídica (RANCHORDÁS, 2014, p. 7). Trata-se de exame que tem por objetivo investigar, de forma razoavelmente precisa, os reais efeitos concretos do ato legislativo. Com tais informações, o legislador poderá tanto *emendar* ou *corrigir* a lei, quanto terá reforçados subsídios para *bem* elaborar novas legislações.

Entre os instrumentos utilizados para realizar avaliações *retrospectivas*, destacam-se métodos quantitativos e qualitativos típicos do campo das ciências sociais, tais como entrevistas, observações, estatísticas, monitoramento, comparação entre população atingida e população não atingida pela inovação legal etc. (KARPEN, 2003, p. 46-47; MADER, 2001, p. 6). Com o intuito de esclarecer a sua funcionalidade, serão agora mencionados alguns exemplos de sua utilização na experiência estrangeira, nomeadamente na suíça e na portuguesa.

Trata-se dos seguintes casos: (i) na Suíça, as obrigações de revisão periódicas previstas em determinadas legislações e o Regulamento da Promoção de Pesquisas Científicas Paralelas e da Melhoria da Condição de Vida de Viciados em Drogas (*Ordinance on the Promotion of Parallel Scientific Research and Improving the Living Conditions of Drug Addicts*) e (ii) em Portugal, o Código da Estrada (PORTUGAL, 1994).

Sem dúvida, uma das formas mais eficazes de institucionalizar avaliações *retrospectivas* é torná-las obrigatórias por meio da sua previsão em dispositivos integrantes da própria legislação que será submetida a exame. O artigo 44 da Lei de Proteção Ambiental (*Umweltschutzgesetz*) da Suíça, por exemplo, determina que a Confederação promova estudos para identificar o grau de sucesso das medidas previstas naquele ato normativo (MADER, 2003, p. 85). Semelhante dispositivo está presente na Lei da Energia (*Energiegesetz*, art. 20), o qual prevê a realização de avaliações *periódicas*, a partir de sistemático monitoramento dos efeitos da norma em vigor (MADER, 2003, p. 86).

Notória é a Lei da Promoção de Pesquisas Científicas Paralelas e da Melhoria da Condição de Vida de Viciados em Drogas (*Ordinance on the Promotion of Parallel Scientific Research and Improving the Living*

Conditions of Drug Addicts, 1992) (MADER, 2003, p. 87). Trata-se de paradigmático exemplo de *lei experimental* aprovada na Suíça. Tais legislações identificam-se, sobretudo, pelo fato de vigorarem por tempo limitado, estabelecido antes mesmo do seu ingresso no ordenamento. A peculiaridade tem por função propiciar o exame da adequação da medida legislativa à realização dos objetivos almejados. Com base em tais dados, pode-se então formular, com redobrada segurança, uma legislação mais duradoura para a temática.⁹

Nesse sentido, relevante é a advertência de Mader (2001, p. 4) e Ranchordás (2014, p. 7-8): toda lei tem uma natureza de *experimento*, na medida em que é parte de um processo de aprendizado amparado em uma lógica de tentativa e erro. Entretanto, não é esse o sentido usualmente conferido à expressão “lei experimental”. Num *conceito estrito*, legislações experimentais são aquelas que apresentam como características fundamentais (i) a limitação da sua eficácia no tempo; (ii) a descrição clara dos seus propósitos; (iii) a indicação precisa dos instrumentos que serão utilizados para avaliar os resultados concretos da sua aplicação e (iv) a previsão de intervalos de tempo em que haverá a coleta de tais dados, com a designação dos órgãos competentes a tanto (submissão a monitoramento sistemático) (MADER, 2001, p. 4).

Desse modo, legislações experimentais apresentam, no seu corpo, a chamada *sunset clause* ou *provision*. Trata-se justamente de disposição que autolimita seu período de vigência (KARPEN, 2003, p. 47; RANCHORDÁS, 2014, p. 8). Elas expirarão após o decurso do

⁹Conforme Sofia Ranchordás, uma vez avaliada a legislação experimental e tendo ela gerado resultados satisfatórios, pode-se, a partir de tais dados, adaptá-la com o intuito de finalmente emitir um texto legal permanente (2014, p. 7).

prazo previsto, a menos que o Parlamento renove o ato ou emita nova legislação em seu lugar. Seu emprego justifica-se, como regra, em contextos nos quais os resultados de avaliações prospectivas são fortemente incertos e inconclusivos (DELLEY, 2009, p. 143). As informações recolhidas durante o intervalo de “teste” permitem, pois, uma deliberação legislativa muito mais segura, consciente e efetiva ao enfrentamento do problema.

No que refere à lei experimental suíça, estava em questão a autorização de propostas – cientificamente fundadas – de desenvolvimento de programa de prevenção e do tratamento para reduzir danos causados pelo uso de drogas (MADER, 2001, p. 4; 2003, p. 87). Conquanto se estivesse lidando com delicado problema – e com temática altamente controversa –, os resultados dos experimentos foram promissores. Permitiu-se, por um curto período de tempo em 1998, que, sob condições, médicos legalmente prescrevessem *heroína* para pacientes. Tal legislação experimental foi renovada em seus efeitos, até a sua inserção no projeto de Reforma da Lei de Narcóticos (*Betäubungsmittelgesetz*), o qual entraria em vigor em 2009 (MADER, 2001, p. 4, 2003, p. 88).

3. A legística na experiência brasileira. Razões e medidas para uma maior institucionalização de avaliações de impacto legislativo.

Apresentados alguns exemplos concretos de avaliação *ex ante* e *ex post* de leis em alguns países europeus, quer-se agora propor uma reflexão sobre o seu papel para o aprimoramento do processo de elaboração legislativo. Por que razão, afinal, deveria o Brasil institucionalizá-las? Muitas são as razões. Ao produzirem

dados úteis para comparações e analogias, avaliações *retrospectivas* constroem bases consistentes para novas avaliações *prospectivas*, possibilitando a emissão de prognoses muito mais acuradas sobre os futuros efeitos de uma dada lei (MADER, 2001, p. 3). Nesse sentido, tais valorações são etapas necessárias de uma metodologia de elaboração legislativa *mais* consciente em suas deliberações e politicamente *mais* responsável.

Há, pois, um caminho analítico a ser seguido: (i) identificação clara do problema sobre o qual se pretende atuar (*diagnóstico*); (ii) formulação precisa do objetivo que se deseja alcançar; (iii) ampla seleção de meios *a priori* adequados a tanto (jurídicos ou não); (iv) avaliação *prospectiva* dos efeitos hipotéticos das principais medidas em discussão (*prognóstico*); (v) redação do projeto; (vi) aprovação da legislação e entrada em vigor; (vii) avaliação *retrospectiva* dos seus efeitos; e, finalmente, (viii) correção ou emenda da lei, se o caso, para adequá-la à luz dos resultados do exame *ex post* (MADER, 2001, p. 2; SOARES, 2007, p. 126; ALMEIDA, 2003, p. 155).

O longo percurso legislativo sugerido tem por pano de fundo uma nova concepção acerca da atividade do legislador. Uma compreensão que vê o ato de legislar como um incessante “processo de aprendizagem” (*learning process*), no qual a avaliação dos efeitos da legislação “é um dos pré-requisitos fundamentais [...] para aprender; um processo no qual também a responsabilidade do legislador pela realidade social e pela adequação social da ação legislativa deve ser garantida”¹⁰ (MADER, 2001, p. 2, tradução nossa).

¹⁰No original: “a process in which the evaluation of the effects of legislation is one of the fundamental prerequisites – and tools – for learning; a process, too, in which the responsiveness of the legislator to social reality and the social adequacy of legislative action should be guaranteed”.

Tem-se, pois, uma mudança fundamental: admite-se que a lei não é mais capaz de dar solução *definitiva* a problemas complexos e em *constante mutação*. Nesse contexto, se antes a publicação da nova lei era a etapa *final* da atividade do legislador, hoje ela é etapa tão somente *inicial* (FLÜCKIGER, 2009, p. 20). O seu papel e a sua responsabilidade não se encerram nesse ponto, senão que dele recomeçam, com reforçada intensidade.

À luz de tais ponderações, ingressa-se finalmente no exame do grau de *institucionalização*, na realidade jurídica brasileira, dos ideais e dos métodos da Legística. Costuma-se apontar o final da década de 90 do século XX como o marco inicial do processo de desenvolvimento desse campo do saber no País (SOARES, 2007, p. 139). São dessa época tanto a Lei Complementar nº 95 (BRASIL, 1998), que cumpre o comando do art. 59, parágrafo único, da Constituição¹¹, como sua norma regulamentadora, o Decreto nº 2.954 (BRASIL, 1999), depois integralmente substituído pelo Decreto nº 4.176 (BRASIL, 2002).

Durante as discussões parlamentares acerca do conteúdo da Lei Complementar nº 95 (BRASIL, 1998), havia certo consenso sobre a necessidade de racionalizar o ordenamento jurídico brasileiro. Tencionava-se promover uma consolidação dos atos normativos, de modo a diminuir o número de textos em circulação. Todavia, a redação final dos dispositivos da lei em questão revelou-se bastante tímida frente a tal objetivo – timidez que, no entanto, não foi reproduzida no Decreto nº 4.176 (BRASIL, 2002), o qual veio a regulamentá-la.

Tal decreto, elaborado durante o segundo mandato de Fernando Henrique Cardoso, teve sua redação *decididamente* influenciada pelo

¹¹“Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis” (BRASIL, 1988).

advogado-geral da União à época – hoje ministro do Supremo Tribunal Federal – Gilmar Ferreira Mendes. Ressalte-se que o Decreto se limita a disciplinar a elaboração de projetos de atos normativos de competência do Poder Executivo Federal (medidas provisórias e decretos) ou, ao menos, projetos por ele elaborados para posterior envio ao Congresso Nacional (projetos de lei).

Da sua leitura atenta, pode-se afirmar, *com segurança*, que o Decreto nº 4.176 (BRASIL, 2002) introduziu, no ordenamento brasileiro, uma série de questões próprias da Legística formal e material. Nesse sentido, seus Anexos I e II apresentam um longo e analítico formulário, de preenchimento “obrigatório” para toda proposta de ato normativo, conforme determina o seu art. 37.¹² Tal questionário nada mais é do que um *sofisticado* modelo de avaliação legislativa *ex ante* ou *prospectiva*. Com ele, pretende-se tanto identificar o problema concreto objeto da lei (diagnose), quanto as medidas eleitas (meio) supostamente capazes de solvê-lo (prognose) e, ainda, os objetivos almejados (fins).

Entre as perguntas da avaliação legislativa (Anexo I), destacam-se as seguintes, a título meramente ilustrativo:

ANEXO I – QUESTÕES QUE DEVEM SER ANALISADAS NA ELABORAÇÃO DE ATOS NORMATIVOS NO ÂMBITO DO PODER EXECUTIVO

1. Deve ser tomada alguma providência? 1.1. Qual o objetivo pretendido? [...] 2. Quais as alternativas disponíveis? [...] 9. As regras propostas afetam direitos fundamentais? As regras propostas afetam garantias constitucionais? 9.1. Os direitos de liberdade podem ser afetados? Qual é o âmbito de proteção do direito fundamental afetado? O âmbito de proteção sofre restrição? A proposta preserva o núcleo essencial dos direitos fundamentais afetados? [...] 9.4. Trata-se de norma de caráter penal? A pena proposta é compatível com outras figuras penais existentes no ordenamento jurídico? Tem-se agravamento ou melhoria da situação do destinatário da norma? Trata-se de pena mais grave? Trata-se de norma que propicia a despenalização da conduta? Eleva-se o prazo de prescrição do crime? A proposta ressalva expressamente a aplicação da lei nova somente aos fatos supervenientes a partir de sua entrada em vigor?

Não restam dúvidas de que o devido cumprimento das exigências previstas em tal instrumento de avaliação legislativa demandaria uma

¹² Eis a íntegra do art. 37 do Decreto nº 4.276: “As propostas de projetos de ato normativo serão encaminhadas à Casa Civil por meio eletrônico, *com observância do disposto no Anexo I*, mediante exposição de motivos do titular do órgão proponente, à qual se anexarão: I – as notas explicativas e justificativas da proposição, em consonância com o Anexo II; [...]” (BRASIL, 2002, grifo nosso).

profunda mudança de postura do Poder Executivo.¹³ Não por acaso, até o presente momento, ele tem sido solenemente ignorado na prática quotidiana, inclusive sob o argumento de que não haveria obrigatoriedade em seu preenchimento.¹⁴ Trata-se, pois, de uma “conduta não internalizada pela Administração Pública” (SOARES, 2007, p. 141), realidade que, por ironia, representa exatamente aquilo que a Legística pretende evitar.

Apesar dessa resistência, a temática tem ganhado, de forma lenta, maior institucionalização noutros campos. Nesse sentido, muito significativa é a recente Resolução 44/2013 do Senado, a qual alterou o Regimento Interno daquela Casa, ao criar um procedimento de avaliação sistemática e periódica de políticas públicas desenvolvidas no âmbito do Poder Executivo (BRASIL, 2013). Nesse sentido, as Comissões Permanentes do Senado deverão selecionar, até o mês de março de cada ano, políticas de sua área de competência, monitorando-as ao longo da sessão legislativa, para, ao final, apresentar relatório avaliativo de seus resultados. Importante salientar que, embora tal Resolução tenha entrado em vigor na data da sua publicação, apenas a Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática cumpriu-a em 2014, ao investigar os impactos do “Programa Nacional de Banda Larga” (BRASIL, 2014).

Ademais, verifica-se que também o Executivo Federal seleciona determinadas políticas por ele gestadas e submete-as a (auto)avaliações retrospectivas, atribuição conferida à Subchefia de Articulação e Monitoramento da Casa Civil.¹⁵ No âmbito de tal poder, merece menção, ainda, uma iniciativa inovadora da Secretaria de Assuntos Legislativos, órgão do Ministério da Justiça. Trata-se do Projeto “Pensando o Direito”, elaborado com o intuito de promover a “democratização do processo legislativo no Brasil”.¹⁶ Sua funcionalidade é simples: lançam-se editais convocatórios da comunidade acadêmica para a realização de pesquisa em tema de interesse da Secretaria em questão, cujos resultados são

¹³ Consoante diagnosticam Felipe de Paula e Guilherme de Almeida, “não é possível derivar da previsão normativa uma prática efetiva ou um programa de avaliação de impacto legislativo” (PAULA; ALMEIDA, 2013, p. 31).

¹⁴ Nesse sentido, o advogado da União, Jandyr Maya Faillace Neto, então assessor especial da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, sustentou que “o envio das propostas ‘com observância do disposto no Anexo I’; não é e nunca foi necessário – não seria sequer viável [...]” (FAILLACE NETO, 2009, p. 204).

¹⁵ Nos termos do art. 17 do Anexo I do Decreto 5.135 (BRASIL, 2004), “À Subchefia de Articulação e Monitoramento compete: [...] II – coordenar, monitorar e avaliar os resultados dos programas e projetos considerados prioritários pelo Presidente da República; [...]”.

¹⁶ Ver Projeto Pensando o Direito. Secretaria de Assuntos Legislativos. Ministério da Justiça. Disponível em: <<http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/o-que-e/>>. Acesso em 4 out. 2015.

posteriormente publicados.¹⁷ A investigação deve ser eminentemente *aplicada*, isto é, de caráter empírico (“quali-quantitativo”), uma vez que a intenção é, justamente, a de “conferir maior efetividade às normas perante a realidade social”.¹⁸ As conclusões apresentadas pelos pesquisadores serão, assim, utilizadas para informar e qualificar a elaboração normativa no País.

Conclusão

Diante do exposto, verifica-se que o problema do aprimoramento do processo legislativo, em sentido amplo, tornou-se objeto de interesse de pesquisadores estrangeiros e, mais timidamente, de pesquisadores brasileiros. No âmbito interno, iniciativas difusas de avaliação de impacto já podem ser observadas. Todavia, elas ainda não integram necessariamente o procedimento legislativo brasileiro, em intensa oposição ao observado na prática legislativa de alguns países europeus. Nesse contexto, é fundamental desenvolver um *modelo* de avaliação que, uma vez adequado às *peculiaridades brasileiras*, seja inserido como elemento *obrigatório* para a elaboração normativa nacional, seja no Poder Executivo, seja no Poder Legislativo. De qualquer modo, acredita-se que a falta de maior vinculação entre *avaliação da qualidade da lei* e *controle da validade da lei* ainda comprometa bastante a repercussão prática de iniciativas e de estudos já realizados. A construção no discurso jurídico de uma mútua implicação entre tais categorias seria, sem dúvida, um excelente começo.

Sobre a autora

Raquel Lima Scalcon é doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, RS, Brasil; mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Porto Alegre, RS, Brasil; professora na graduação em Direito do Centro Universitário Ritter dos Reis (Uniritter), Porto Alegre, RS, Brasil.

E-mail: raquelscalcon@gmail.com

¹⁷ As publicações já realizadas então disponíveis em: <<http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/publicacoes/>>. Acesso em 04 set. 2015.

¹⁸ Ver Projeto Pensando o Direito. Secretaria de Assuntos Legislativos. Ministério da Justiça. Disponível em: <<http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/o-que-e/>>. Acesso em 4 out. 2015.

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹⁹

LEGISLATIVE IMPACT ASSESSMENT: THE EUROPEAN LESSONS FOR BRAZIL

ABSTRACT: This paper aims at investigating the use of ex ante and ex post evaluation instruments in the legislative process, in order to compare their standard of institutionalization in Brazil and the standard in some European countries. For such purpose, the European doctrine is studied, specially the German, the Portuguese and the Swiss ones. After presenting the practice of legislative impact assessment in these countries, it is suggested that the Brazilian legislative process also incorporates some kind of evaluative instrument. This attitude would contribute to the construction of a new legislative culture, in which the statute capacity of solving concrete problems would guide the political decision rationally.

KEYWORDS: LEGISLATIVE IMPACT ASSESSMENT. THE EUROPEAN EXPERIENCE. THE BRAZILIAN LEGISLATIVE PROCESS. RATIONALIZATION.

Como citar este artigo

(ABNT)

SCALCON, Raquel Lima. Avaliação de impacto legislativo: a prática europeia e suas lições para o Brasil. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 54, n. 214, p. 113-130, abr./jun. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p113>.

(APA)

Scalcon, R. L. (2017). Avaliação de impacto legislativo: a prática europeia e suas lições para o Brasil. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 54(214), 113-130. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p113

Referências

AESCHLIMANN, Arthur. O sistema de controle de constitucionalidade na Suíça. *Supremo Tribunal Federal*, 22 fev. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfSobreCorte_pt_br/anexo/O_sistema_de_controle_de_constitucionalidade_na_Suica.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2017.

ALMEIDA, Marta Tavares de. Evaluation of legislation: the portuguese experience. In: PITARCH, Ismael E. (Org.). *Legislador i tècnica legislativa*. Barcelona: Publicacions del Parlament de Catalunya, 2003.

_____. A contribuição da legística para uma política de legislação: concepções, métodos e técnicas. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE LEGÍSTICA: QUALIDADE DA LEI E DESENVOLVIMENTO, 2009. Belo Horizonte, MG. *Anais...* Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009.

BERGESON, Robert. The bilingual and bijural learning in Canada. In: CONGRESS OF EUROPEAN ASSOCIATION OF LEGISLATION, 7., 2006, Baden-Baden. *Proceedings...* Baden-Baden: Nomos, 2009.

¹⁹ Sem revisão do editor.

BRASIL. *Constituição da república federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

_____. Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998. *Diário Oficial da União*, 27 fev. 1998.

_____. Decreto-Lei nº 2.954, de 29 de janeiro de 1999. *Diário Oficial da União*. Brasília, 29 jan. 1999.

_____. Decreto-Lei nº 4.176, de 28 de março de 2002. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1ª abr. 2002.

_____. Decreto nº 5.135, de 7 de julho de 2004. *Diário Oficial da União*, Brasília, 8 jul. 2004.

_____. Senado Federal. Resolução n. 44, de 17 de setembro de 2013. *Diário Oficial da União*, 18 set. 2013.

_____. Congresso Nacional. Senado Federal. *Relatório de atividades CMMC 2014*. Brasília: Senado Federal, 2014.

CAPUCHA, Luis Manuel (Coord.). *Rendimento Mínimo Garantido: avaliação da fase experimental*. Coimbra: Centre for Research and Sociological Studies, 1998.

DELLEY, Jean-Daniel. Lei e políticas públicas: mecanismo de avaliação. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE LEGÍSTICA: QUALIDADE DA LEI E DESENVOLVIMENTO, 2009. Belo Horizonte, MG. *Anais...* Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009.

FAILLACE NETO, Jandyr Maya. Lei e políticas públicas: mecanismos de avaliação. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE LEGÍSTICA: QUALIDADE DA LEI E DESENVOLVIMENTO, 2009. Belo Horizonte, MG. *Anais...* Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009.

FLÜCKIGER, Alexandre. A obrigação jurisprudencial da avaliação legislativa: uma aplicação do princípio da precaução aos direitos fundamentais. *Senatus: cadernos da Secretaria de Informação e Documentação*, v. 07, n. 1, p. 14-23, jul. 2009a.

_____. Effectiveness: a new constitutional principle. *Legislação: cadernos de Ciência da Legislação*, n. 50, p. 183-198, 2009b. Disponível em: <<http://archive-ouverte.unige.ch/unige:5417>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

GUASTINI, Riccardo. *La sintassi del diritto*. Turim: G. Giappichelli, 2011.

KARPEN, Ulrich. The evolution of legislation. In: PITARCH, Ismael E. (Org.). *Legislador i tècnica legislativa*. Barcelona: Publicacions del Parlament de Catalunya, 2003.

MADER, Luzius. Evaluation of legislation: contribution to the quality of legislation. *Legislationline*, 2001. Disponível em: <<http://www.legislationline.org/documents/id/15216>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

_____. Improving legislation by evaluating its effects: the swiss experience. In: PITARCH, Ismael E. (Org.). *Legislador i tècnica legislativa*. Barcelona: Publicacions del Parlament de Catalunya, 2003.

_____. The drafting procedure for laws and ordinances in Switzerland. In: CONGRESS OF EUROPEAN ASSOCIATION OF LEGISLATION, 7., 2006, Baden-Baden. *Proceedings...* Baden-Baden: Nomos, 2009.

MANDELKERN GROUP. Better regulation: final report. *European commission*, 13 nov. 2001. Disponível em: <http://ec.europa.eu/smart-regulation/better_regulation/documents/mandelkern_report.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2017.

NOLL, Peter. *Gesetzgebungslehre*. Hamburg: rowohlt taschenbuch verlag, 1973. Disponível em: <<https://www.helveticaarchives.ch/detail.aspx?ID=184855>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

OECD. *Recommendation of the council of the OECD on improving the quality of government regulation*. Paris: Organisation for Economic Co-operation and

Development, 1995. Disponível em: <<http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?doclanguage=en&cote=OCDE/GD%2895%2995>>. Acesso em: 16 mar. 2017.

_____. *The OECD report on regulatory reform synthesis*. Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development, 1997. Disponível em: <<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/2391768.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2017.

PAULA, Felipe de; ALMEIDA, Guilherme Alberto Almeida de. Avaliação legislativa e projeto pensando o direito: uma afortunada aproximação. In: BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de assuntos legislativos. *O papel da pesquisa na política legislativa: metodologia e relato de experiências do projeto pensando o direito*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos, 2013. (Série Pensando o Direito, n. 50).

PORTUGAL. Decreto-Lei nº 114, de 3 de maio de 1994. Código da estrada. *Diário da República*, 3 maio 1994.

_____. Lei nº 19-A, de 29 de Junho de 1996. Cria o Rendimento Mínimo Garantido, instituindo uma prestação do regime não contributivo da segurança social e um programa de inserção social. *Diário da República*, 29 jun. 1996.

_____. Decreto-Lei nº 196, de 31 de Julho de 1997. *Diário da República*, 31 jun. 1997.

_____. Decreto-Lei nº 84, de 11 de maio de 2000. *Diário da República*, 11 maio 2000.

RANCHORDÁS, Sofia. *Constitutional sunsets and experimental legislation: a comparative Perspective*. Cheltenham: Edward Elgar, 2014.

SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma legislação melhor. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, v. 50, p. 124-142, jan./jun. 2007.

_____. Legística: história e objeto, fronteiras e perspectivas. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE LEGÍSTICA: QUALIDADE DA LEI E DESENVOLVIMENTO, 2009. Belo Horizonte, MG. *Anais...* Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009.

SUÍÇA. Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft 1998. *Das Portal der Schweizer Regierung*, 1º jan. 2016. Disponível em: <<http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19995395/index.html>>. Acesso em: 16 mar. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. Acordo interinstitucional legislar melhor 2003/C 321/01. *Jornal Oficial da União Europeia*, 31 dez. 2003. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2003:321:0001:0005:EN:PDF>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

_____. *Better regulation package*. Estrasburgo: European commission, 2015.

VOERMANS, Wim. Quality of EU legislation under scrutiny: what kind of problem, by what kind of standards?. In: MADER, Luzius; ALMEIDA, Marta Tavares de (Orgs.). *Quality of Legislation: principles and instruments: proceedings of the ninth Congress of the International Association of Legislation*. Baden-Baden: Nomos, 2011.

A vinculação do precedente judicial e a segurança jurídica

MARCUS VINÍCIUS BARRETO SERRA JÚNIOR

Resumo: O principal objetivo deste estudo consiste em refletir sobre a adoção de uma teoria dos precedentes judiciais vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro como forma de garantir o princípio constitucional da segurança jurídica. Para tanto, analisa-se o precedente judicial e a sua estrutura, buscando a compreensão do instituto. Para manter a coerência da aplicação dos precedentes judiciais e a própria dinâmica do Direito, pesquisou-se sobre as técnicas de redação, interpretação e superação dos precedentes para compreender de que forma um sistema de precedentes obrigatórios pode garantir o princípio constitucional da segurança jurídica. Em seguida, examinou-se a leitura tradicional do princípio da segurança jurídica, abordando seus principais aspectos e dimensões. Por fim, com fundamento em tais premissas, propõe-se uma releitura do princípio da segurança jurídica, frisando a necessidade de sua aplicação durante o exercício da atividade jurisdicional.

Palavras-chave: Precedentes judiciais. Sistemas jurídicos. Segurança jurídica.

1. Introdução

O aumento e a diversidade das relações jurídicas são as causas preponderantes para a elevação do número de litígios na sociedade contemporânea. Esse fenômeno, expresso pela litigância desenfreada e potencializada pelo aumento do acesso às informações e à própria justiça, tem como principal consequência a proliferação de diversas decisões sobre a mesma matéria que nem sempre seguem a mesma linha de entendimento. Desse modo, ao invés de depender somente das questões fáticas e jurídicas deduzidas em juízo, o provimento ou não da ação passa a ter íntima relação apenas com o entendimento do julgador que, inclusive,

Recebido em 2/2/17
Aprovado em 16/2/17

poderá ser diverso daquele do órgão hierarquicamente superior ao qual ele é vinculado.

Indubitavelmente, a atividade judicial demanda a interpretação das fontes do direito para determinar a sua aplicabilidade ao caso concreto. Partindo do sistema de *civil law*, em que se prioriza tradicionalmente a lei como fonte do direito, há uma vasta margem interpretativa conferida ao operador do direito, visto que, ao aplicar o diploma legal, parte-se de um comando geral e abstrato a ser aplicado a um caso concreto. Como o método interpretativo utilizado por um operador do direito pode ser diferente do utilizado por outro, é muito comum a existência de soluções díspares para demandas que deveriam receber o mesmo tratamento.

Diferentemente, no sistema típico de *common law*, em que são utilizados os precedentes judiciais como principal fonte do direito, a solução para os litígios é encontrada com base em uma fonte concreta para um caso concreto, o que acaba garantindo maior estabilidade e previsibilidade às decisões judiciais e, conseqüentemente, o princípio da segurança jurídica.

Diante desse panorama, discute-se a possibilidade de conferir força vinculante aos precedentes judiciais para que demandas que versem sobre a mesma matéria sejam julgadas no mesmo sentido, observando o princípio da segurança jurídica.

Em que pese a adoção de um sistema considerado predominantemente de *civil law* pelo ordenamento jurídico brasileiro, o anseio por soluções semelhantes para litígios semelhantes é um aspecto que tende a influenciar a implantação de medidas típicas do sistema de *common law*, a exemplo da atribuição de eficácia vinculante dos precedentes.

Seguindo essa tendência, as últimas reformas processuais optaram por instituir mecanismos capazes de vincular a demanda a uma determinada decisão, a exemplo da súmula impeditiva de recursos e do julgamento por amostragem dos recursos repetitivos. Contudo, na prática, tais institutos se revelam paliativos visto que não são suficientes para garantir a uniformização das decisões judiciais.

O objetivo primordial do presente estudo é justamente analisar como a atribuição de efeito vinculante ao precedente judicial pode interferir nessa crise do ordenamento jurídico brasileiro e assegurar o princípio da segurança jurídica. Juridicamente, essa pesquisa se justifica por reivindicar que o Poder Judiciário uniformize as suas decisões e, conseqüentemente, venha a garantir o princípio constitucional da segurança jurídica. Com a previsibilidade das decisões do Poder Judiciário, a sociedade poderá pautar sua conduta, livre da imprevisibilidade característica das atuais decisões. Socialmente, este estudo visa a garantir a harmonia entre as decisões judiciais e o nível de credibilidade do

Poder Judiciário por meio de parâmetros estáveis e uniformes que o norteiem e o representem junto à sociedade. Ademais, um país cujo Judiciário careça de solidez e estabilidade em suas decisões não é atraente para investimentos internacionais, o que afeta diretamente sua economia.

Na primeira seção, analisa-se o precedente judicial e suas diversas modalidades, bem como suas técnicas de redação, interpretação e superação. Feita a análise geral do precedente judicial, aborda-se o princípio proposto pelo presente tema, a segurança jurídica, em suas concepções tradicionais. Na oportunidade, introdutoriamente, fala-se das regras e dos princípios jurídicos, bem como da constitucionalização do processo civil e suas consequências, sob a óptica da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB (BRASIL, 1988). Ressalta-se ainda a importância dada aos princípios processuais pelo Constituinte e a necessidade de garanti-los. Por fim, a análise do tema proposto é finalizada com uma proposta de releitura do princípio da segurança jurídica na seara processual.

2. Do precedente judicial

O estudo do precedente judicial é fundamental para a compreensão dos diversos sistemas jurídicos, uma vez que é possível identificá-lo em todos os modelos existentes, apesar do seu destaque se dar de forma distinta em cada um deles.

A depender do sistema jurídico, será conferida maior ou menor importância ao precedente judicial, variando o grau de compreensão acerca da sua utilização e das suas formas de interpretação, superação e redação.

Tendo em vista o fenômeno da valorização do precedente judicial e de seu efeito vincu-

lante no sistema brasileiro, é evidente que a teoria que envolve o precedente judicial é de alta relevância para a compreensão do próprio ordenamento.

2.1. Conceito

O precedente pode ser compreendido como uma decisão judicial proferida em determinado caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como parâmetro para o julgamento posterior de casos análogos (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015). A diretriz estabelecida com base em determinado caso concreto, tendo sido enfrentadas as questões jurídicas envolvidas, servirá de “modelo” para o julgamento de futuras demandas que passem pelo crivo do Judiciário, garantindo a isonomia, a segurança jurídica, a previsibilidade e a uniformização da jurisprudência.

Segundo a premissa fincada por Tucci (2004, p. 12), “todo *precedente judicial* é composto por duas partes distintas: a) as circunstâncias que embasam a controvérsia; e b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório”. De fácil constatação, as circunstâncias que embasam a controvérsia consistem nos elementos fáticos e seus aspectos apresentados em juízo. Em contrapartida, a *ratio decidendi* (também conhecida pela expressão *holding*, empregada pelos americanos) é o elemento do precedente judicial mais complexo, composto pelos seguintes elementos: “a) indicação dos fatos relevantes (*statement of material facts*); b) o raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*); e c) o juízo decisório (*judgement*)” (TUCCI, 2004, p. 175). Em que pese a maior referência ao efeito vinculante do precedente judicial, na verdade, apenas a *ratio decidendi* tem eficácia vinculante.

É importante salientar que a *ratio decidendi* não será encontrada em destaque na decisão proferida pelo órgão jurisdicional. Com o intuito de facilitar a aplicação do precedente, o Tribunal de Justiça da Bahia, em seu regimento interno, previa a necessidade de indicação da *ratio decidendi* na ementa do julgamento, nos moldes de seu art. 208, parágrafo único (BAHIA, 2008a). Após a edição do novo Código, o referido Tribunal reformou seu regimento interno (BAHIA, 2008b), por meio da Emenda nº 12 (BAHIA, 2016), e a expressão deixou de ser mencionada, mas isso não afasta a necessidade de se indicar a *ratio decidendi* com o objetivo de facilitar a aplicação do precedente. A tarefa de extrair da decisão caberá aos magistrados, em momento posterior, verificando sua compatibilidade com a situação concreta sob análise (TUCCI, 2004).

Ao lado da *ratio decidendi*, o *obiter dictum* ou *dictum* é outro elemento que compõe o precedente judicial, expresso pelos argumentos expostos acessoriamente na decisão, que não têm influência direta e relevante no juízo decisório (FINE, 2011). Para identificar o *obiter dictum* ou os *obiter dicta* presentes num determinado precedente judicial, é necessário fazer uma análise negativa dos elementos. Sendo assim, tudo aquilo que não fizer parte da *ratio decidendi*, será *obiter dictum* (SOUZA, 2008).

Cumpra salientar que usualmente as expressões *dictum* e *obiter dictum* são empregadas indistintamente, mas é preciso ter em mente que existe uma distinção terminológica quanto à precisão dessas expressões. Como bem assinala Souza (2008, p. 140),

dictum é uma proposição de Direito, constante do julgamento do precedente, que, apesar de não ser *ratio decidendi*, tem considerável relação com a matéria do caso julgado e maior poder de persuasão. Em comparação, *obiter dictum* é uma proposição de Direito, constante do julgamento, com ligação muito tênue com a matéria do caso e pouquíssimo persuasiva.

Nesse contexto, como já afirmado, somente a *ratio decidendi* tem efeito vinculante, ao passo que as demais partes do precedente que tenham a natureza de *dictum* e *obiter dictum* gozam apenas de efeito persuasivo inerente à lógica sistemática do Direito. Isso decorre justamente da natureza do sistema adversarial e da ideia de que o juiz somente tem a competência de apreciar e julgar de forma exaustiva as questões indispensáveis à solução da controvérsia deduzida (FINE, 2011).

Examinados os elementos que compõem a estrutura de um precedente judicial, observa-se que a tarefa de identificá-los é complexa, o que demanda uma análise minuciosa acerca do seu conteúdo.

2.2. Classificação

Em virtude da diversidade dos sistemas jurídicos, os precedentes judiciais apresentam modalidades e forças diversas, desde a vinculação total até a mera orientação.

Quanto à vinculação, os precedentes judiciais podem ser classificados em obrigatórios e persuasivos. O que os diferencia é o tipo de influência exercido no julgamento dos casos futuros e na própria administração da justiça (SESMA, 1995).

Os precedentes obrigatórios, controladores ou vinculantes são aqueles que devem ser seguidos e servem de base para o julgamento posterior de questões análogas, podendo ser absolutamente obrigatórios ou relativamente obrigatórios. O precedente absolutamente obrigatório é aquele que deve ser adotado em qualquer caso, mesmo que o órgão julgador o julgue incorreto ou irracional (SILVA, 2005). Por esse motivo, o precedente absolutamente obrigatório “não encontra mais espaço nos diversos ordenamentos jurídicos, pois, ao menos, as Cortes Supremas têm o poder de revogar seus próprios precedentes, quando assim o exigir a evolução social ou a substancial mudança do cenário fático-social” (BASTOS, 2012, p. 101). Os precedentes são relativamente obrigatórios ou condicionalmente obrigatórios quando o tribunal tem o poder de afastar a aplicabilidade de tais precedentes, desde que existam razões para tanto (SESMA, 1995). No Brasil, existem alguns mecanismos que prestigiam a figura do precedente relativamente obrigatório, a exemplo da súmula vinculante, do entendimento consolidado na súmula de cada tribunal (eficácia vinculante interna), dos precedentes oriundos do Pleno do STF e das decisões-modelo prolatadas em sede de recursos extraordinários e especiais repetitivos (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015) e dos incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência.

Os precedentes persuasivos, por seu turno, são os que servem de mera orientação para casos futuros, não sendo dotados de nenhum efeito vinculante, de modo que nenhum magistrado está obrigado a segui-los, mas que correspondem a um norte de solução razoável e adequada. Em que pese essa natureza meramente diretiva, os precedentes persuasivos podem exercer um papel importante pela possibilidade de repercutir em julgamentos posteriores. Isso ocorre especialmente quando o precedente persuasivo serve como base para a interposição de recursos que têm por objetivo uniformizar a jurisprudência, a exemplo dos embargos de divergência e do recurso especial fundado em divergência, previstos no art. 1.043 do CPC (BRASIL, 2015) e no art. 105, III, da CRFB, respectivamente (SOUZA, 2008).

No que se refere à sua direção, o precedente pode ser considerado como vertical ou horizontal. O precedente vertical se funda basicamente sobre a autoridade e o respeito do órgão que emitiu a decisão, de modo que o precedente deve ser observado pelos órgãos hierarquicamente inferiores em um caso idêntico ou similar ao decidido anteriormente. Já a expressão precedente horizontal serve para apontar a eficácia vinculante de um precedente judicial em relação aos órgãos judiciários que pertencem à mesma hierarquia daquele que pronunciou a primeira decisão (TARUFFO, 2011).

Quanto ao conteúdo dos precedentes judiciais, é possível classificá-los como declarativos ou criativos. O precedente declarativo é aquele que simplesmente aplica uma norma jurídica preexistente, ao passo que o precedente criativo é aquele que cria e aplica a norma jurídica para o caso concreto. Entretanto, mesmo precedentes de natureza declarativa não anulam a criatividade judicial, haja vista a criação de uma norma jurídica individualizada pelo magistrado ao decidir um caso concreto à luz da Constituição e dos direitos fundamentais (SESMA, 1995).

Diante desse panorama acerca das diferentes classificações dos precedentes judiciais, constata-se que o conteúdo decisório pode ser valorizado e aplicado de diferentes formas em determinado ordenamento jurídico.

2.3. A dinâmica do precedente judicial vinculante

A aplicação de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios transmite uma impressão de estabilidade, segurança e igualdade aos jurisdicionados. Essa noção é inerente à natureza do Direito (PASSOS, 1997). Ao lado disso, existe a constante necessidade de adequação do Direito à realidade social, o que impõe, com o passar do tempo, a utilização de mecanismos capazes de acompanhar as mudanças sociais.

Em virtude dessa mutabilidade natural do Direito, a doutrina dos precedentes judiciais vinculantes desenvolveu técnicas de redação, superação e interpretação com o intuito de proporcionar a evolução dos precedentes em conformidade com as inovações jurídicas. Tais técnicas servem ainda para evitar arbitrariedades e injustiças nos julgamentos com a aplicação de precedentes ultrapassados a julgamentos que necessitem de uma solução em conformidade com os anseios contemporâneos.

O emprego desses meios de preservação da dinâmica do ordenamento jurídico surge como uma forma de garantir a igualdade ao longo do tempo, pautando-se na regra de justiça (PERELMAN, 2005) e no princípio da universalidade (ALEXY, 2005), que determinam o trata-

mento igual às situações iguais. Sendo assim, para manter o equilíbrio entre a igualdade, a segurança jurídica e a mutação natural do Direito, exige-se a análise da carga de argumentação na utilização dessas técnicas, conferindo coerência e unidade ao ordenamento (ALEXY, 2005). Sobre o tema, vale destacar as ponderações de Portes (2012, p. 183):

A regra do *stare decisis*, presente nos países de *common law*, determina que casos iguais serão julgados da mesma forma, conferindo força vinculante aos julgados precedentes sobre os julgamentos atuais. Entretanto, esta teoria vem sofrendo modificações voltadas à adaptação do direito jurisprudencial aos novos elementos da realidade. As mudanças sociais ocasionaram a elaboração de instrumentos capazes de conferir aos tribunais a possibilidade de revogar precedentes aos quais estariam vinculados obrigatoriamente pelo instituto do *stare decisis*, seja porque, ao reanalisar a questão tratada em caso anterior, a Corte tenha entendido que o julgamento se deu de forma equivocada, de maneira a, eventualmente, suplantar o direito da parte; seja em face da alteração de instituições sociais, o que implicaria no exame dos fatos sob uma nova ótica.

Ao contrário do que pode parecer, a utilização dos precedentes vinculantes não é uma forma de engessamento do sistema jurídico. Como será possível notar adiante, as tradições que utilizam essa forma de lidar com os precedentes judiciais dispõem de mecanismos suficientes para resguardar a natureza dinâmica do ordenamento jurídico, de modo que a atividade jurisdicional não se resumirá à declaração mecânica da lei ou do precedente.

Na elaboração ou redação do precedente judicial, preza-se pela utilização de termos claros e objetivos para facilitar a aplicação do precedente paradigma aos casos futuros. Ressaltando a importância da adoção de técnicas coerentes de redação do precedente, Didier Júnior, Braga e Oliveira (2015, p. 490) sustentam que

A vagueza na proposição normativa jurisprudencial é um contrassenso: nascida a partir da necessidade de dar concretude aos termos vagos, abertos, gerais e abstratos do direito legislado, o enunciado da *ratio decidendi*, tal como se vem dizendo, deve ser formulado com termos de acepção precisa, tanto quanto possível, para que não crie dúvidas quanto à sua aplicação em casos futuros.

Eliminando os termos vagos e dúbios do direito legislado, o Poder Judiciário, ao criar o precedente judicial, estará conferindo maior estabilidade e segurança à decisão, evitando interpretações conflitantes.

Mesmo observando todos os cuidados apontados na elaboração e redação do precedente judicial, exige-se a realização do *distinguishing*,

uma atividade de confronto entre o caso sob análise e o precedente paradigma, para avaliar a possibilidade de sua aplicação vinculante¹. Para produzir a eficácia vinculante, a *ratio decidendi* fixada no precedente paradigma deve guardar uma pertinência substancial com o caso em julgamento, devendo ser considerado um *precedent in point* (TUCCI, 2004). Talvez essa seja uma das tarefas mais árduas e complexas para o operador do direito no exercício de sua função.

Em um primeiro momento, o magistrado deve identificar os elementos objetivos que possam compatibilizar o caso em julgamento e os precedentes judiciais firmados em situações análogas. Passa-se, então, à análise da *ratio decidendi* estabelecida no precedente paradigma norteador da questão. Durante essa atividade, o julgador poderá interpretar as decisões proferidas em casos semelhantes de forma restritiva (*restrictive distinguishing*) ou ampliativa (*ampliative distinguishing*). Assim, os juízes não se submetem cegamente às diretrizes fincadas no precedente, já que é preservada essa discricionariedade interpretativa no momento do *distinguishing* (TUCCI, 2004).

Com base nesse conceito de *distinguishing*, entende-se que é possível estabelecer duas acepções para o termo *distinguish*: uma para identificar o método de comparação entre o caso em análise e o paradigma (*distinguish-método*); e outra para caracterizar o resultado desse confronto, nos casos em que se conclui haver entre eles alguma diferença. (*distinguish-resultado*) (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015).

¹Em complemento a essa posição, Duxbury (2008, p. 113) também considera como *distinguishing* a atividade de separação dos elementos do precedente, a *ratio decidendi* e os *obiter dicta*: “Distinguishing within a case is primarily a matter of differentiating the *ratio decidendi* from *obiter dicta* – separating the facts which are materially relevant from those which are irrelevant to the decision”.

Entretanto, quando uma determinada questão inédita é levada ao conhecimento dos tribunais, caberá aos magistrados a devota apreciação da matéria, sem o subsídio das coletâneas de julgados e sem a necessidade da realização do *distinguishing*, pois não há decisão paradigma a ser analisada.

Passada essa primeira fase de identificação, confronto e interpretação do precedente, faz-se necessário o estudo das técnicas de superação de um precedente judicial.

Antes de adentrar no estudo das técnicas em espécie, é indispensável alertar que a superação dos precedentes judiciais nos sistemas de *common law* é realizada com base na observância de determinados princípios, justamente para manter o respeito aos precedentes vinculantes, sem banalizá-los.

O primeiro princípio norteador revela que o precedente que não preencher os padrões de congruência e consistência sistêmica deve ser revogado. Nesse caso, embora se enquadre perfeitamente ao desenho fático-jurídico inerente ao caso em análise, o precedente judicial não apresenta a melhor solução para o caso concreto. O segundo princípio norteador, por seu turno, preconiza a ponderação entre a necessidade de adequação do precedente para atender aos anseios sociais e a preservação da estabilidade inerente ao *stare decisis*. Isso serve justamente para evitar que, a todo momento, o posicionamento acerca de uma determinada matéria seja modificado inconsequentemente (PORTES, 2012).

Tecidas as considerações introdutórias, observa-se que, em termos gerais, identifica-se o *overruling* como a técnica de revogação do precedente judicial. Nela, o precedente judicial deixa de ser vinculante e é substituído (*overruled*) por outro precedente (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015). Nesse caso, o precedente paradigma, que antes era

completamente adequado aos casos análogos, não é mais suficiente para solucioná-los em virtude de mudanças no cenário social e jurídico, ensejando a criação de um novo precedente mais adequado ao caso concreto.

Como princípio básico para a utilização do *overruling*, Eisenberg (1991) sugere o respeito a dois aspectos: a) a tese do precedente paradigma passou a ser considerada substancialmente falha para satisfazer a congruência social e sistêmica, e b) os valores que orientam o *stare decisis*, tais como a proteção da confiança, prevenção da surpresa desleal, a imparcialidade, entre outros, não estão sendo mais respeitados com a manutenção da tese do precedente paradigma².

Essa técnica de superação do precedente judicial pode ser utilizada de forma expressa (*express overruling*) ou tácita (*implied overruling*). Em sua versão expressa, a substituição do precedente judicial se concretiza no momento em que um tribunal, claramente, adota um novo posicionamento em relação a determinada matéria, deixando de aplicar o anterior. A modalidade tácita, por sua vez, pode ser observada no momento em que o órgão jurisdicional adota uma nova orientação conflitante com a sua posição anterior, mesmo sem haver a menção expressa de sua substituição (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015).

Visando garantir o princípio da segurança jurídica, há a possibilidade de modulação dos efeitos do *overruling* para que operem de

forma retroativa ou prospectiva. Na forma retroativa, o *overruling* opera com uma eficácia *ex tunc*, impedindo que a *ratio decidendi* do precedente substituído seja invocada para os fatos anteriores à substituição e que ainda estejam pendentes de análise pelo Judiciário. Já na forma prospectiva, o *overruling* se concretiza com uma eficácia *ex nunc*, permitindo que a *ratio decidendi* do precedente substituído permaneça válida e vinculante para os fatos e processos anteriores à substituição (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 507).

É de extrema importância a previsão da modulação dos efeitos do precedente substituído, uma vez que o Poder Judiciário poderá determinar em que hipóteses incidirá o “novo” precedente, a depender das circunstâncias que envolvam a questão. Caso não houvesse essa possibilidade, a estabilidade do sistema jurídico poderia ser comprometida, causando prejuízos aos jurisdicionados.

Ao lado dessas técnicas tradicionais de *overruling*, existe ainda a possibilidade do *anticipatory overruling*, criada pelos Estados Unidos, que se caracteriza pela revogação preventiva do precedente judicial pelas cortes inferiores, com o fundamento de que o entendimento, ainda que não expressamente, não é mais adotado pela Corte Superior (TUCCI, 2004).

A técnica de superação conhecida como *overriding* é aquela por meio da qual “o tribunal apenas limita o âmbito de incidência de um precedente, em função da superveniência de uma regra ou princípio legal” (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 507). A superveniência de regra ou princípio legal não é suficiente para revogar o precedente judicial por completo, ocorrendo apenas uma revogação parcial e a manutenção dos efeitos que ainda servem para aplicação a outros ca-

²No original: “The first principle that governs overruling is as follows: A doctrine should be overruled if (i) it substantially fails to satisfy the standards of social congruence and systemic consistency, and (ii) the values that underlie the standard of doctrinal stability and the principle of *stare decisis* – the values of evenhandedness, protecting justified reliance, preventing unfair surprise, replicability, and support – would be no better served by the preservation of a doctrine than by its overruling” (EISENBERG, 1991, p. 104-105).

sos. Em sentido diverso, é importante consignar as lições de Bastos (2012, p. 116) ao afirmar que “parece-nos, contudo, tratar-se de uma particularização do *distinguishing*-método, quando aplicado a elementos surgidos posteriormente à criação do precedente, provocando um *distinguishing*-resultado”.

A *reversal*, por seu turno, não se confunde com o *overruling*. Na *reversal*, ocorre a reforma de uma decisão proferida por um órgão *a quo*, realizada por um órgão *ad quem*, mediante a utilização de um recurso, dentro de um mesmo processo. Na verdade, não se trata de uma técnica de superação propriamente dita, mas apenas de expressão da possibilidade de controle dos precedentes judiciais pelos órgãos hierarquicamente superiores em relação aos inferiores (SOUZA, 2008). No caso, a diferença primordial entre os dois institutos reside no fato de que o *reversal* opera com base em uma reforma realizada por meio de um recurso destinado a outro órgão jurisdicional, ao passo que o *overruling* parte da ideia de revogação do precedente judicial por quem o elaborou³.

Outra técnica utilizada na aplicação do precedente judicial é a *technique of signaling*, técnica intimamente ligada à concepção de segurança jurídica. Apesar de ter conhecimento de que o conteúdo do precedente está equivocado ou não mais deve subsistir, o tribunal deixa de revogá-lo, preferindo apenas apontar para a sua perda de consistência e sinalizar que a sua revogação deverá ocorrer em breve. Trata-se de um nítido exemplo da proteção da confiança e, por via de consequência, da segurança jurídica (PORTES, 2012).

³Sobre a *reversal*, Bastos (2012, p. 116) afirma: “Não deve ser confundida com a *overruling*, que implica a revogação (e não reforma) da decisão pela própria corte que a prolatou, superando o precedente anterior, que não servirá mais de orientação para o deslinde de casos homogêneos”.

Ressalte-se que todas as técnicas de interpretação e superação do precedente judicial acima descritas são utilizadas de forma fundamentada, justamente para preservar a validade dos precedentes judiciais eventualmente superados, bem como a credibilidade do *stare decisis* (BUSTAMANTE, 2012).

Por meio de todos esses mecanismos de redação, interpretação e superação dos precedentes judiciais, os sistemas jurídicos de *common law* superam a aparência de engasamento do ordenamento jurídico em virtude da vinculação do precedente e conseguem perfeitamente acompanhar a evolução natural inerente ao Direito.

3. O princípio da segurança jurídica

Uma breve introdução acerca dos princípios jurídicos é de suma importância, já que o problema científico apresentado pretende analisar os precedentes judiciais vinculantes como forma de garantir o princípio da segurança jurídica.

A introdução a uma noção de princípios precisa ser acompanhada da distinção entre princípios e regras, pois essas duas espécies se relacionam em todo o ordenamento. Os princípios jurídicos e as regras fazem parte de um mesmo gênero: as normas jurídicas. Ambas as espécies são enquadradas como normas jurídicas porque prescrevem o que deve ser com expressões do dever, da permissão ou da proibição (ALEXY, 2008).

As regras “são proposições normativas aplicáveis sob a forma de *tudo ou nada* (*all or nothing*). Se os fatos nelas previstos ocorrerem, a regra deve incidir, de modo direto e automático, produzindo seus efeitos” (BARROSO, 2004, p. 328). Devem ter um conteúdo objetivamente delimitado, de modo que se permita

a sua aplicação imediata, caso haja a subsunção⁴. Por isso, geralmente, quando há um conflito entre regras, uma deve ser extirpada do ordenamento para que a outra prevaleça a fim de que de um mesmo fato não decorram resultados contraditórios entre si⁵.

Os princípios, por sua vez, não são uma novidade implementada exclusivamente pelo pós-positivismo, uma vez que sua presença já era notada, por exemplo, no preceito de respeito ao próximo da tradição judaico-cristã e no princípio da não contradição da filosofia grega, formulado por Aristóteles. Todavia, mesmo presentes desde longa data, os princípios eram vistos apenas como vetores de observação facultativa e somente vieram a ter a sua normatividade reconhecida a partir do pós-positivismo (BARROSO, 2004). Segundo Ávila (2009, p. 78-79),

os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Devido a essa natureza mais maleável, quando há um conflito entre princípios, esse deve ser solucionado através de uma ponderação de bens e interesses de acordo com o caso concreto, de modo que um, ao final, deve ceder (ALEXY, 2008). Contudo, mesmo após um conflito, os princípios podem continuar convivendo harmoniosamente no ordenamento. Assim, quando há um conflito entre princípios, a extirpação de um deles do ordenamento não será a solução, mas sim a prevalência de um em detrimento do outro naquele determinado caso.

Atualmente, é possível falar em um *Estado Principiológico*, dada a importância que os princípios jurídicos assumiram nos últimos tempos⁶, deixando de lado a concepção que reservava a eles somente a função programática, sem uma eficácia concreta. Contudo, juntamente com a valorização, a vulgarização dos princípios se tornou uma realidade, já que eles passaram a ser invocados por qualquer motivo, muitas vezes sem nenhum fundamento (ÁVILA, 2009).

⁴É importante registrar que essa concepção é ideal, pois atualmente os legisladores utilizam frequentemente as normas de conceito aberto, cujo conteúdo não é tão objetivamente delimitado, sendo necessário o preenchimento desse conteúdo pelo próprio intérprete.

⁵Nesse sentido, Alexy (2008, p. 92) leciona: “Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida”.

⁶Ratificando a importância conferida aos princípios, Alves (2003, p. 4) assevera: “O reconhecimento da importância dos princípios foi tão incontestado que, com o tempo, os próprios legisladores originários asseguraram-lhes os lugares mais privilegiados no ordenamento jurídico”.

Ao lado das regras, esses mandamentos de otimização servem para oxigenar o sistema jurídico, possibilitando seu desenvolvimento ao longo do tempo, de modo a evitar seu engessamento. Sobre o tema, é importante registrar as lições de Barroso (2004, p. 25) no seguinte sentido:

Os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. De parte isto, servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie. Estes os papéis desempenhados pelos princípios: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete.

Em razão desse destaque conferido aos princípios jurídicos e da sua utilidade para garantir a unidade e a própria sobrevivência do ordenamento⁷, a CRFB trouxe um arcabouço de princípios processuais, o que concretizou o fenômeno chamado da constitucionalização do processo civil. Por isso, nota-se a estreita relação entre o Direito Processual e o Direito Constitucional, já que “o direito processual tem seus alicerces no Direito Constitucional, que lhe fixa as linhas essenciais, principalmente quanto ao direito de ação e de defesa, ao exercício da jurisdição, função soberana e indelegável ao Estado” (TEIXEIRA, 1989, p. 78).

Além disso, em virtude de sua superioridade hierárquica no ordenamento, a Constituição serve de balizamento para a aplicação e interpretação do processo civil, visando atender às suas máximas. Nessa linha, Lucon (1999, p. 91-92) afirma:

Exige-se, sempre com uma visão crítica de todo o ordenamento jurídico, que as regras relacionadas com o processo subordinem-se às normas constitucionais de caráter amplo e hierarquicamente superiores. O respeito aos preceitos constitucionais torna-se premissa ética na aplicação do direito processual.

É possível notar que a constitucionalização do direito processual civil serve como elemento fundamental para que os operadores do direito validem a importância dada pelo constituinte aos princípios pro-

⁷ Destacando essa unidade conferida pelos princípios, Mello (2009, p. 949) afirma: “Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”.

cessuais. Reiterando de forma expressa o fenômeno, o novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) dispõe, em seu art. 1º, que “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

Com base nessa previsão de regras e princípios processuais da Constituição, surgem o direito processual constitucional e o direito constitucional processual. O direito processual constitucional consiste no conjunto de normas jurídicas que regulam o procedimento para a solução das questões submetidas ao Tribunal Constitucional, ao passo que o direito constitucional processual é expresso pelos princípios e regras processuais positivados na Constituição (CANOTILHO, 2003). Desse modo, no ordenamento jurídico brasileiro, os princípios do devido processo legal e da inafastabilidade da jurisdição, previstos no art. 5º, XXXV e LIV, da CRFB, expressam o direito constitucional processual. Em contrapartida, as normas previstas nos arts. 102, 103 e 103-A. da CRFB, que disciplinam a atuação do STF no ordenamento jurídico pátrio, referem-se ao direito constitucional processual (NERY JÚNIOR, 2009; SIQUEIRA JÚNIOR, 2011).

Realizadas as considerações introdutórias acerca dos princípios jurídicos, segue-se com a análise do princípio objeto do presente trabalho.

A ideia da busca pela segurança é uma aspiração humana contínua com o intuito de ter parâmetros sólidos para o desenvolvimento regular de suas atividades, sem instabilidades repentinas⁸. Em um primeiro plano, essa necessidade não tem relação direta com o ordenamento jurídico, já que o termo segurança pode ser adequadamente empregado no plano não jurídico⁹. De todo modo, é dessa característica eminentemente humana que surge a noção do princípio da segurança jurídica.

Conceituar é uma tarefa árdua e muitas vezes não se obtém o sucesso necessário. Em relação à segurança jurídica não é diferente, visto que frequentemente há o emprego de termos vazios, sem o devido tratamento das diretrizes para o seu preenchimento. É essa a principal crítica levantada por Ávila (2011) em sua obra sobre o tema.

Em termos gerais, Ávila (2011, p. 112) define o princípio da segurança jurídica como a “prescrição, dirigida aos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, que determina a busca de um estado de confia-

⁸ Nessa ordem de ideias, Canotilho (2003, p. 965-966) frisa que “o homem necessita de *segurança* para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsabilmente a sua vida”.

⁹ Sobre o tema, Ávila (2011) refere o emprego do termo segurança de forma não jurídica, que pode significar a característica humana de se proteger contra as ameaças externas, a procura por um estado de liberdade diante do medo e da ansiedade, a confiança, o estado de proteção de bens individuais ou coletivos e a proteção contra as ameaças às condições essenciais de sobrevivência.

bilidade e de calculabilidade do ordenamento jurídico com base na sua cognoscibilidade”. Nesse caso, o citado autor frisou a faceta da previsibilidade referente à segurança jurídica e o respeito ao princípio da boa-fé.

Contudo, o referido autor também destaca a necessidade de examinar a segurança jurídica com base em três acepções distintas: fato, valor ou norma-princípio (ÁVILA, 2011). Essa proposta tem como principal objetivo sanar a vagueza conceitual e esclarecer melhor o substrato do princípio.

Como fato, a segurança jurídica é expressa pela possibilidade de o indivíduo prever, concretamente, os resultados jurídicos decorrentes de fatos ou comportamentos. Nessa hipótese, a segurança jurídica está pautada mais no aspecto da previsibilidade das relações.

A segurança jurídica como valor, por seu turno, é baseada em um ideal a ser buscado por determinada sociedade em razão de influências políticas, históricas, econômicas ou sociais.

Por sua vez, a segurança jurídica como norma-princípio “denota [...] um *juízo prescritivo* a respeito daquilo que deve ser buscado de acordo com *determinado ordenamento jurídico*” (ÁVILA, 2011, p. 109, grifos nossos). A própria elaboração e a aplicação das normas são pautadas em uma ideia de previsibilidade, permitindo que os cidadãos antecipem os efeitos jurídicos futuros dos atos presentes (ÁVILA, 2011). Assim, observa-se que a segurança jurídica vista como norma-princípio serve como um direcionamento ao legislador e ao aplicador do direito, seja ele gestor ou magistrado.

Apresentadas essas concepções gerais acerca do princípio, passa-se à análise da segurança jurídica no ordenamento jurídico pátrio e de seus institutos correlatos.

Inerente ao Estado Democrático de Direito e consagrado no art. 1º da CRFB, o princípio da segurança jurídica foi fixado expressamente no *caput* do art. 5º. Contudo, tradicionalmente, esse princípio é lembrado pela tríplice composição – direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada – retirada da interpretação do inciso XXXVI do art. 5º da CRFB.

O direito adquirido consiste na garantia constitucional segundo a qual, preenchidos os requisitos para o seu exercício regular, um direito incorpora-se ao patrimônio do seu titular (CUNHA JÚNIOR, 2012). Assim, se no momento de seu exercício o titular cumpre as condições necessárias para o gozo do direito, ele poderá continuar a exercê-lo mesmo que posteriormente haja mudanças legislativas ou constitucionais que provoquem sua alteração ou extinção.

A garantia do ato jurídico perfeito, por seu turno, serve para preservar os atos ou negócios jurídicos praticados em consonância com a ordem jurídica existente no momento de sua formação (CUNHA JÚNIOR,

2012). Nesse caso, a segurança jurídica auxilia na manutenção dos atos e negócios praticados validamente no momento de sua edição ou celebração, de modo a evitar surpresas com uma eventual mudança legislativa.

Por sua vez, a coisa julgada é uma garantia constitucional que torna imutável uma decisão judicial, ou melhor, “a coisa julgada é a imutabilidade da norma jurídica individualizada contida na parte dispositiva de uma decisão judicial” (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2014, p. 408). Nessa esteira, o legislador constituinte estabeleceu um marco de segurança no processo civil, evitando que as questões sejam constantemente rediscutidas¹⁰, o que geraria instabilidade nas relações sociais.

Usualmente, essa concepção de coisa julgada é dividida em duas facetas: a formal e a material. A coisa julgada formal consiste na imutabilidade da decisão judicial em relação ao próprio processo em que foi prolatada, não havendo mais disponibilidade de recurso para alterar a decisão. A coisa julgada material, por seu turno, é a impossibilidade de discutir a matéria objeto da decisão judicial naquele processo e em qualquer outro (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2014).

Em que pese essa definição tradicional da segurança jurídica, existem outras manifestações do princípio no sistema brasileiro, a exemplo da regra que instituiu a irretroatividade da lei nova, a prescrição, a decadência e a preclusão (MELLO, 2007). De fato, sem a instituição desses institutos, as relações jurídicas

seriam pouco previsíveis e, constantemente, os sujeitos se surpreenderiam.

Em sua visão, Canotilho (2003) afirma que da necessidade humana de segurança surgem dois princípios basilares: o princípio da segurança jurídica e o da proteção da confiança.

Esses princípios andam lado a lado, de tal modo que é possível enquadrar a proteção da confiança como um subprincípio do princípio da segurança jurídica. Nesse caso, fala-se na existência de um princípio da segurança jurídica em sentido amplo, que tem como espécies a segurança jurídica em sentido estrito e a proteção da confiança.

Em termos gerais, a segurança jurídica em sentido estrito reflete os aspectos objetivos da ordem jurídica, visando precipuamente a garantia de estabilidade jurídica, ao passo que a proteção da confiança se concretiza com base em elementos subjetivos, principalmente a previsibilidade dos indivíduos em relação aos atos do Poder Público.

Em suma, o princípio da segurança jurídica impõe o respeito às relações jurídicas já constituídas e a obrigação de antecipar os efeitos das decisões que interferirão no plano individual ou coletivo. Consequentemente, a noção de previsibilidade torna mais segura e salutar a relação entre os indivíduos e entre estes e o Poder Público, garantindo a efetividade dos direitos fundamentais (CUNHA JÚNIOR, 2012).

4. A vinculação do precedente judicial e o princípio da segurança jurídica

Analisados os pressupostos, este é o momento de ingressar no cerne do tema proposto neste trabalho: a análise da vinculação do precedente judicial como forma de garantir o princípio da segurança jurídica.

¹⁰Sobre o tema, Didier Júnior, Braga e Oliveira (2014, p. 419) afirmam: “Sucede que a *impugnabilidade* das decisões não pode ser *irrestrita*; a partir de certo momento, é preciso garantir a estabilidade daquilo que foi decidido, sob pena de perpetuar-se a incerteza sobre a situação jurídica submetida à apreciação do Judiciário (por ser objeto de um processo, cujo resultado é incerto, a situação jurídica deduzida é uma mera afirmação)”.

Atualmente, observa-se que o sistema jurídico brasileiro passa por uma profunda mudança, importando institutos do *common law*, mas isso ainda não se mostrou suficiente para sanar as contradições corriqueiras presenciadas nos tribunais pátrios. Sem dúvida, atualmente, questões jurídicas idênticas são julgadas de maneira diferente, fenômeno conhecido como jurisprudência lotérica, conforme bem lembra Cambi (2001). Destarte, a procedência ou improcedência do pleito deduzido em juízo não depende tão somente do direito em si, mas também da variável subjetiva conferida ao magistrado, que, definitivamente, tem o poder de dar ou não a prestação jurisdicional.

É preciso assegurar a discricionariedade do magistrado para interpretar as normas e aplicá-las ao caso concreto, mas essa liberdade não pode ser tomada como absoluta, de tal maneira que se consagre o fenômeno da jurisprudência lotérica, afrontando a segurança jurídica, bem como a própria legitimidade do exercício do poder jurisdicional (CAMBI, 2001).

Ressaltando a necessidade de conferir uma maior solidez e uniformidade jurisprudencial, Moreira (2012, p. 5) assinala:

Trata-se, pura e simplesmente, de evitar, na medida do possível, que a sorte dos litigantes e afinal a própria unidade do sistema jurídico vigente fiquem na dependência exclusiva da distribuição do feito ou do recurso a este ou àquele órgão.

Com base em uma releitura do princípio constitucional da segurança jurídica, nota-se que a aplicação da teoria dos precedentes à realidade brasileira, tornando vinculantes as decisões das Cortes Superiores, especialmente o STF e o STJ, passa a ser uma necessidade.

Como abordado na seção anterior, o princípio da segurança jurídica é habitualmente tratado no seu aspecto objetivo, como formas de

lineadas pelo Estado para garantir um padrão de segurança nas relações jurídicas e sociais, a exemplo do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, previstos no art. 5º, XXXVI, da CRFB. Contudo, esse viés tradicional não se mostra suficiente para garantir a segurança esperada da prestação jurisdicional em si, por permitir que demandas idênticas tenham desfechos completamente distintos.

Diante do ideal de segurança fincado no tecido constitucional e do quadro crítico de instabilidade e imprevisibilidade dos provimentos judiciais, observa-se a necessidade de focar em outra vertente referente à segurança jurídica – a segurança dos atos jurisdicionais –, de modo a tentar implementar a noção de previsibilidade, estabilidade e continuidade da ordem jurídica para alcançar uma maior unidade e coerência do sistema brasileiro e garantir o próprio Estado Democrático de Direito (MARINONI, 2012).

Essa linha de raciocínio serve, sobretudo, para atender aos anseios inerentes ao próprio ser humano, já que, em regra, ele pauta suas condutas de acordo com o que foi previsto ou com o que é, pelo menos, previsível¹¹.

Nessa linha de entendimento, Mello (2007, p. 329) sustenta que

é a ordem jurídica que, por corresponder a um quadro diretivo, enseja às pessoas a possibilidade de se orientarem, graças à ciência que, de antemão, lhes é dada sobre as consequências, isto é, os efeitos dos atos e relações jurídicas de que participam ou venham a participar.

¹¹ Sobre a necessidade de garantia da previsibilidade, Polichuk (2012, p. 164) assevera: “Portanto, indene de dúvidas é necessário que o cidadão saiba o que o Estado espera dele, e como deve se portar perante este, e também indispensável que o cidadão tenha a certeza e firmeza na sua ação de que caso aja em desconformidade com as normas, ou assim o façam com relação a ele, pode saber o que esperar do Estado com relação à solução destas transgressões à ordem jurídica”.

A previsibilidade, portanto, é uma característica fundamental para evitar surpresas¹² e garantir o princípio da boa-fé, já que, ao garanti-la, os jurisdicionados poderão pautar as suas condutas de acordo com o previsto ou previsível¹³.

É preciso consignar que a legislação em abstrato exerce o seu papel de previsibilidade, mas isso é quebrado se há diversas interpretações judiciais sobre o direito material. Nesse caso, quem deve ter a previsibilidade garantida é a própria decisão judicial, tendo em vista a sua relação estrita com a segurança jurídica (MARINONI, 2012).

No *common law*, a previsibilidade das decisões judiciais é inerente ao próprio sistema, uma vez que há uma verticalização dos precedentes judiciais em função do instituto do *stare decisis*, conferindo maior segurança jurídica. Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni (2012, p. 562) assevera:

O advogado de *common law* tem possibilidade de aconselhar o jurisdicionado porque pode se valer dos precedentes, ao contrário daquele que atua no *civil law*, que é obrigado a advertir o seu cliente que determinada lei pode – conforme o juiz sorteado para analisar o caso – ser interpretada em seu favor ou não.

Assim, observa-se que, apesar de ser uma garantia fundamental prevista na Constituição, a segurança jurídica não vem sendo garantida de forma plena, uma vez que o sistema atual possibilita uma diversidade de decisões sobre

a mesma matéria. Criticando essa ausência de uniformização da jurisprudência no direito brasileiro, Moreira (2012, p. 5) assinala que

assim se compromete a unidade do direito – que não seria posta em xeque, muito ao contrário, pela evolução *homogênea* da jurisprudência dos vários tribunais – e não raro se semeiam, entre os membros da comunidade, o descrédito e o cepticismo quanto à efetividade da garantia jurisdicional.

Ao lado da previsibilidade, a estabilidade é outro aspecto inerente à segurança jurídica, que serve para completar a sua função.

A estabilidade é considerada um aspecto objetivo da segurança jurídica, pautado na noção de continuidade da ordem jurídica. Da mesma forma como foi tratada a previsibilidade, a estabilidade não deve ser assegurada apenas em relação à legislação, mas também aos precedentes judiciais, tendo em vista que não adianta nada garantir a estabilidade da legislação e ter inúmeras decisões judiciais em diversos sentidos, instaurando um caos no sistema e desrespeitando a segurança jurídica (MARINONI, 2012).

Destarte, a estabilidade é uma característica que dá uma maior durabilidade às decisões judiciais, permitindo que os jurisdicionados tenham mais confiança no Poder Judiciário e se sintam mais confortáveis e seguros em suas relações sociais e jurídicas (PEIXOTO, 2015).

Por se tratar de um ato de poder, a decisão merece um mínimo de estabilidade para não perder a sua credibilidade perante a sociedade e os demais órgãos do Poder Judiciário, de modo a impor que o juiz e o órgão judicial respeitem o que já fizeram e as orientações fixadas pelos tribunais que lhes são superiores acerca da interpretação de uma lei ou da qualificação jurídica de uma situação. Para tanto, os magis-

¹²“A surpresa, o imprevisível, a instabilidade são, precisamente, noções antitéticas ao Direito, que com elas não poderia conviver, nem seria exequível, tanto mais porque tem como função eliminá-las” (MELLO, 2007, p. 329).

¹³“A habilidade de prever o que um juiz fará nos ajuda a melhor planejar nossas vidas, ter algum grau de descanso, e evitar a paralisia de prever apenas o desconhecido” (SCHAUER, 2016, p. 78).

trados devem partir da premissa lógica de que fazem parte de um sistema global e integrado, devendo respeitar a estrutura hierarquizada do Poder Judiciário. Desafortunadamente, no Brasil essa diretriz é flagrantemente desrespeitada, haja vista que cada magistrado decide conforme a sua conveniência e convicção, fazendo a “sua justiça” em detrimento da unidade e coerência do sistema jurídico como um todo (MARINONI, 2012).

Se essa noção de sistema fosse adotada pela cultura jurídica brasileira, o respeito aos precedentes judiciais seria inerente à própria prática forense, já que os magistrados respeitariam as suas próprias decisões e, mais ainda, as decisões dos órgãos hierarquicamente superiores.

5. Conclusão

Após a pesquisa realizada neste trabalho, pode-se concluir que o precedente judicial é um instituto inerente ao próprio exercício da jurisdição, presente nos mais variados sistemas jurídicos, com um grau de importância diferenciado em cada um deles. Desse modo, é evidente que o estudo do precedente judicial auxilia substancialmente na compreensão de um sistema jurídico como um todo e, mais especificamente, de seus aspectos processuais.

A eventual adoção de um sistema de precedentes judiciais não leva ao engessamento do ordenamento, limitando o magistrado a somente repetir as teses jurídicas firmadas nos precedentes paradigmas visto que, como tratado no presente estudo, a adoção de um sistema dessa natureza deve vir acompanhada de um conjunto de técnicas de redação, interpretação e superação dos precedentes judiciais, com o intuito de manter a dinâmica do ordenamento em si e garantir o princípio constitucional da segurança jurídica. Nesse sentido, a elaboração

de precedentes judiciais deve conter termos claros e objetivos, de modo a facilitar a sua futura aplicação aos casos análogos. Além disso, as técnicas de *distinguishing* são suficientes para determinar a aplicabilidade ou não do precedente ao caso sob análise, e os métodos de superação, como o *overruling* e o *overriding*, são elementares para oxigenar os posicionamentos utilizados pelo Poder Judiciário, revogando total ou parcialmente aquele precedente que não reflete a melhor solução para o caso concreto.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, alguns princípios processuais foram elevados ao *status* constitucional, inclusive inseridos no rol de direitos fundamentais do art. 5º, consagrando o fenômeno da constitucionalização do processo civil. Desses, o princípio da segurança jurídica é um dos que mais demonstram uma ligação direta com a necessidade de adoção de um sistema de precedentes judiciais vinculantes no Brasil.

Em termos gerais, o princípio da segurança jurídica se concretiza por meio da ideia de estabilidade e previsibilidade do ordenamento.

Com base em uma releitura dos princípios constitucionais, identifica-se a necessidade de implementação de um sistema de precedentes vinculantes, acompanhado de suas técnicas de redação, superação e interpretação no ordenamento jurídico pátrio.

Tradicionalmente, a visão acerca do princípio da segurança jurídica não se mostra suficiente para garantir um sistema de precedentes exitoso. Contudo, se esse princípio for repensado, no sentido de segurança dos atos jurisdicionais, provavelmente a experiência brasileira melhora, e passe a transmitir maior credibilidade e confiabilidade nas decisões do Poder Judiciário e a oferecer a previsibilidade tão almejada pela sociedade para pautar a sua conduta.

Os meios de vinculação do precedente judicial, a exemplo da súmula impeditiva de recursos, do julgamento dos recursos especiais e extraordinários repetitivos e da súmula vinculante, mostraram-se apenas paliativos, visto que não foram suficientes para sanar as contradições no sistema pátrio e garantir a credibilidade do Poder Judiciário, bem como a segurança jurídica.

Evidentemente, o sistema jurídico brasileiro não preza pela aplicação uniforme do direito, uma vez que é possível constatar, com frequência, a ocorrência de decisões díspares sobre a mesma matéria, fenômeno conhecido como jurisprudência lotérica. Isso serve para demonstrar a falta de comprometimento dos membros do Poder Judiciário com a própria lógica do sistema, visto que as decisões prolatadas por órgãos hierarquicamente superiores frequentemente são desrespeitadas, o que de certa forma compromete sua credibilidade perante a sociedade.

Desse modo, para garantir o princípio constitucional da segurança jurídica, é importante a instituição de um sistema de precedentes judiciais vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro, incluindo-se o respeito aos institutos e técnicas inerentes à matéria.

Sobre o autor

Marcus Vinícius Barreto Serra Júnior é mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), Salvador, BA, Brasil; especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Baiana de Direito, Salvador, BA, Brasil; graduado em Direito pela mesma instituição; advogado.

E-mail: marcus@serra-advocacia.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹⁴

THE JUDICIAL PRECEDENT BINDING EFFECT AND LEGAL CERTAINTY

ABSTRACT: The main objective of this study is to reflect the adoption of a theory of binding judicial precedents in the Brazilian legal system as a way of guaranteeing the constitutional principle of legal certainty. For this, the judicial precedent and its structure are analyzed, seeking the understanding of the institute. In order to maintain consistency in the application of judicial precedents and the dynamics of law itself, the techniques of drafting, interpreting and overcoming precedents have been investigated to understand how a system of mandatory precedents can guarantee the constitutional principle of legal certainty. Next, the traditional reading of the principle of legal certainty was examined, addressing its main aspects and dimensions. Finally, based on such premises, it is proposed

¹⁴Sem revisão do editor.

to re-read the principle of legal certainty, stressing the need for its application during the exercise of the jurisdictional activity.

KEYWORDS: JUDICIAL PRECEDENTS. JUDICIAL SYSTEMS. LEGAL CERTAINTY.

Como citar este artigo

(ABNT)

SERRA JÚNIOR, Marcus Vinícius Barreto. A vinculação do precedente judicial e a segurança jurídica. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 54, n. 214, p. 131-152, abr./jun. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p131>.

(APA)

Serra, M. V. B., Jr. (2017). A vinculação do precedente judicial e a segurança jurídica. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 54(214), 131-152. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p131

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *O princípio jurídico da igualdade e o processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Regimento interno do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. *TJBA*, 4 set. 2008a. Disponível em: <http://www.tjba.jus.br/juizadosespeciais/images/pdf/legislacao/regimento_interno_tribunal_justica_bahia.pdf>. Acesso em: 30 maio 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Regimento interno do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. *TJBA*, 4 set. 2008b. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/images/pdf/regimento_interno_tjba_versao_final_130716.pdf>. Acesso em: 30 maio 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Emenda regimental n. 12, de 30 de março de 2016. *Diário de Justiça Eletrônico*, 31 mar. 2016. Disponível em: <<http://www7.tjba.gov.br/secao/lerPublicacao.wsp?tmp.mostrarDiv=sim&tmp.id=15148&tmp.secao=4>>. Acesso em: 30 maio 2017.

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

BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. *O devido processo legal nas demandas repetitivas*. 2012. 266 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/15817/2/Tese%20com%20elementos%20pr%C3%A9-textuais%20-%20Adonias%20-%20impress%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, 5 out. 1988.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, 17 mar. 2015.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 90, n. 786, p. 108-128, abr. 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e a teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. v. 2.

_____. _____. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

FINE, Toni M. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento paritário das partes. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 91-131.

MARINONI, Luiz Guilherme. O Precedente na dimensão da segurança jurídica. In: _____. (Coord.). *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 559-575.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência. *Revista de Direito do Estado*, v. 2, n. 6, p. 327-338, abr./jun. 2007.

_____. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*. 16. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. 5.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PASSOS, J. J. Calmon de. Súmula vinculante. *Gênesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 2, n. 7, p. 625-638, set./dez. 1997.

PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2015.

PERELMAN, Chaim. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

POLICHUK, Renata. Precedente e segurança jurídica: a previsibilidade. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012. p. 157-170.

PORTES, Maira. Instrumentos para revogação de precedentes no sistema de *common law*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 183-208.

SCHAUER, Frederick. Precedente. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. (Coord.). *Coleção grandes temas do novo CPC: precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3. p. 49-86.

SESMA, Victoria Iturralde. *El precedente en el common law*. Madrid: Civitas, 1995.

SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. *Direito processual constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. 3. reimpr. Curitiba: Juruá, 2008.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*, v. 36, n. 199, p. 139-155, set. 2011.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O processo civil na nova constituição. *Revista de Processo*, v. 14, n. 53, p. 78-84, jan./mar. 1989.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Direito ao trabalho como elemento de inclusão social da pessoa com deficiência

Análise da Lei nº 13.146/2015

RAFAEL DIOGO DIÓGENES LEMOS

Resumo: O presente trabalho visa a analisar criticamente o modelo de inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho. Para isso, tomar-se-ão como pano de fundo os instrumentos previstos antes e depois da edição da Lei nº 13.146/2015. Os modelos serão analisados sob a óptica da inclusão social, abordando o ingresso no mercado de trabalho, a superação das desigualdades e a eliminação da discriminação, objetivos da Convenção sobre Direitos da Pessoa com Deficiência, da Organização das Nações Unidas. Por fim, o modelo brasileiro será comparado com estratégias adotadas em outros países e comparadas criticamente sob o tripé de inclusão, superação das desigualdades e eliminação de atos discriminatórios.

Palavras-chave: Igualdade. Pessoa com deficiência. Inclusão social. Dignidade humana.

Introdução

O tratamento conferido pelo Direito à pessoa com deficiência (PCD) refletiu a abordagem de isolamento e exclusão com que a sociedade historicamente a trata, como a segregação de leprosos narrada na Bíblia e o “descarte” de pessoas com alguma diferença física na sociedade ateniense.

Somente no século XX houve mudança no paradigma excludente para o reconhecimento da PCD como inclusa na sociedade e a necessidade de “aceitá-la” e, até certo ponto, incluí-la na educação, no trabalho e no lazer. Essa aceitação que, inicialmente, ocorria apenas com a proi-

Recebido em 2/3/17
Aprovado em 9/4/17

bição de certos atos excludentes, passou a ser reforçada pela necessidade de atos positivos da sociedade e do Estado de modo a eliminar barreiras e mecanismos que dificultavam ou impossibilitavam sua vida normal.

No século XXI, houve o fortalecimento do paradigma de inclusão, tendo a Convenção sobre Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD), da Organização das Nações Unidas (ONU), em 2007, reforçado a necessidade de o Estado superar barreiras físicas, educacionais e culturais para a necessária igualdade da PCD.

Sob essa óptica, a Lei nº 13.146/2015 (BRASIL, 2015), também denominada Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPCD), praticamente reproduziu a CDPD e estabeleceu diversos campos em que é necessária a atuação estatal para a eliminação de mecanismos que impeçam a cidadania plena da PCD – desde dispositivos legais conferindo-lhe maior autonomia familiar até a previsão de políticas públicas na área de moradia, assistência social e trabalho. Há a nítida superação de um modelo baseado na aceitação da PCD para sua necessária inclusão como ser humano dotado de dignidade, direitos e deveres em igualdade com qualquer outro. Sob o ponto de vista jurídico, as ações afirmativas a serem desenvolvidas pelo Estado devem encontrar respaldo nos princípios da igualdade material e da dignidade humana, não devendo ele ser mero distribuidor de programas assistencialistas que não integram o indivíduo à sociedade.

Dada sua importância, o trabalho – como instrumento de geração de riquezas, de fortalecimento da individualidade e da cidadania, e de concretização da dignidade humana, mormente numa sociedade voltada para o trabalho –, ganhou atenção especial no EPCD, considerado direito fundamental, e mereceu um capítulo específico. É no mercado de trabalho que as pessoas constroem e fortalecem relações so-

ciais, desenvolvem sua independência individual e financeira, testam sua educação e habilitação profissional, constroem sua autoestima e afirmam-se como indivíduos.

O presente estudo buscará demonstrar a importância do trabalho para os objetivos do EPCD e da CDPD, analisar os mecanismos criados ou condensados pelo Estatuto para a concretização desse direito fundamental e trazer exemplos utilizados com eficiência em outros países que adotam políticas diferentes para fomentar o trabalho e permitir a inclusão do PCD.

1. O tratamento jurídico conferido à PCD no Brasil

A inclusão da PCD no ordenamento jurídico, como sujeito de direito e obrigações e como corolário dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana é recente no Brasil e vem ganhando protagonismo após uma trajetória de batalhas, marcada por forte preconceito derivado de séculos de discriminação e segregação.

A história da humanidade aponta que a imagem relacionada às pessoas com deficiência – física ou intelectual, passageira ou permanente – é a de deformação e inferioridade perante as demais. O nascimento de uma PCD era tido como pena ou castigo pelos “pecados” da própria pessoa ou de seus antepassados, e muitos recém-nascidos eram abandonados ou escondidos para não “envergonharem” seus familiares.

A PCD que, por sorte, sobrevivesse ao abandono dos familiares, estava fadada a levar uma vida de segregação social, visto que as comunidades primitivas baseavam sua inclusão naquilo em que as pessoas podiam colaborar; sendo inapta fisicamente para atividades roti-

neiras, a PCD não era bem-vinda ao seio social.

Durante a Idade Média, a ideologia cristã, que permeava boa parte da sociedade europeia, julgava o homem “à imagem e semelhança de Deus”, e, como tal, deveria ser perfeito mental e fisicamente, de modo que a PCD, por não refletir essa “imagem divina”, não seria considerada humana. Apesar dessa exclusão, a doutrina cristã, seguindo os princípios do amor ao próximo e da caridade, acabou por acolher as PCDs, combatendo a prática de eliminação dos filhos com deficiência. Nesse contexto, o instituto da “roda dos expostos” (ou “roda dos desafortunados”) acolheu muitas crianças com deficiência abandonadas, passando à Igreja obrigação de educá-las e criá-las.

No Brasil, a inclusão das PCDs ocorreu inicialmente em 1854, com a edificação do Imperial Instituto dos Meninos Cegos, posteriormente denominado Instituto Benjamin Constant, em funcionamento até hoje no Rio de Janeiro. Apesar de ser considerado marco importante na concretização da cidadania de PCDs, a implantação do Instituto ainda refletia a cultura da época de exclusão e segregação dos deficientes, apartando-os do restante da sociedade como forma de esconder da população pessoas consideradas “diferentes”.

Até a Segunda Guerra Mundial, outras instituições – muitas com natureza filantrópica – foram criadas com caráter eminentemente assistencial, não havendo ainda preocupação de inclusão e de conscientização da cidadania e da igualdade com os demais membros da sociedade.

Entre 1957 e 1993, foram adotadas políticas educacionais de âmbito nacional, com a criação de campanhas e estratégias voltadas especificamente para a PCD. Nesse período, houve uma mudança de paradigma no Brasil, deixando para trás o tratamento instituciona-

lizado, que excluía a PCD do convívio social e até mesmo familiar, para incluí-la na sociedade, que passava a aceitá-la como membro, apesar das diferenças. Além disso, a sociedade como um todo passou a estudar com mais afinco o tema, merecendo destaque os trabalhos de Vygotsky, que concentrou seus estudos na formação e implemento de habilidades das crianças com deficiência, que poderiam formar a estrutura para o desenvolvimento integral de suas capacidades.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, alterou o paradigma nos países signatários e norteou movimentos de PCDs e seus familiares, que criticavam a discriminação. Assim, foi-se paulatinamente adotando o critério do assistencialismo, entendendo que as PCDs precisavam de ajuda do Estado e da sociedade, justificando o progressivo desaparecimento de instituições específicas em virtude do alto custo que recaía sobre o Estado para sua manutenção. O critério econômico justificou, então, a possibilidade de que crianças com deficiência frequentassem as mesmas escolas que outras ou a possibilidade de que realizassem o mesmo trabalho quando atingissem a vida adulta.

Depois da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), em 1988, foi adotado no País um paradigma de integração, que permitia a “adaptação” da PCD à sociedade por meio de treinamento e educação especial que possibilitassem o reingresso ou a entrada no mercado de trabalho. A CRFB prevê, em seu art. 7º, XXXI, a proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e a critérios de admissão da PCD e estabelece como competência concorrente da União legislar sobre a proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência (art. 24, XIV) (BRASIL, 1988). Três anos após a promulgação da CRFB, a Lei nº 8.213/1991

previa assistência social específica para as PCDs e estabelecia a habilitação e a reabilitação profissional, conferindo-lhes meios para a (re)educação e a (re)adaptação profissional (art. 89), e estabelecia política obrigatória de cotas para empresas com cem ou mais empregados, sendo considerada uma das primeiras ações afirmativas para PCD adotadas no Brasil (BRASIL, 1991).

A despeito da inovação e da nítida evolução na abordagem às PCDs, ainda estava clara a adoção do assistencialismo no modelo de inclusão. A demora na superação daquele modelo para este, baseado nos direitos humanos, levou a críticas diretas da ONU, que em 2015 afirmou que o Brasil ainda tratava as PCDs sob a óptica do modelo médico de deficiência, sendo urgente a adoção do modelo de direitos humanos preconizado pela Organização.

A supressão daquele modelo, pelo menos sob o plano normativo, ocorreu somente em 2008, com a edição do Decreto Legislativo nº 186 (BRASIL, 2008), que aprovou o texto da CDPD, que passou a integrar o ordenamento jurídico nacional conforme o disposto no art. 5º, § 3º, da CRFB (BRASIL, 1988). Em 2015, o EPCD instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, destinada a assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício do direito e das liberdades fundamentais da PCD, visando à sua inclusão social e cidadania (BRASIL, 2015).

1.1. A PCD na sociedade: os paradigmas da exclusão, aceitação e inclusão

Os modelos de tratamento conferidos às PCD são definidos pela doutrina, em geral, como: o modelo de prescindência, o modelo médico (ou de reabilitação) e o modelo social. A alteração desses modelos leva também à mudança de paradigmas na abordagem sócio-

jurídica das PCDs: o da exclusão, o da integração (ou da adaptação social) e o da inclusão, respectivamente (LOPEZ GONZÁLES, 2006).

O primeiro modelo considerava que as causas da deficiência eram de cunho religioso ou, de certo modo, divinas, considerando inúteis as pessoas que nasciam com alguma deficiência, por não contribuírem para a sociedade; por isso, mereciam o ostracismo ou até mesmo a morte – um lembrete constante da punição divina à pessoa ou a seus familiares. Esse modelo, utilizado fortemente até o início do século XX pode ser exemplificado com o *jure patrio* na Lei das XII Tábuas, que estabelecia que filho nascido monstruoso fosse morto imediatamente.

O modelo médico ou de reabilitação surgiu no final da Primeira Guerra Mundial; com a necessidade de cuidados aos milhares de feridos, passou-se a considerar que as causas da deficiência eram científicas; como tais, necessitavam ser estudadas e podiam ser mais bem compreendidas e, algumas vezes, até curadas. As pessoas não eram mais consideradas inúteis, uma vez que passavam a ser estudados meios de aceitação social e mesmo tentativas de sua reabilitação e seu reingresso na sociedade. O paradigma de exclusão deu lugar ao paradigma de integração, em que a sociedade *aceitava* a existência e a convivência com pessoas diferentes, desde que elas se adaptassem às regras comuns e ao cotidiano da sociedade; eram tratadas igualmente sob a óptica formal, sem considerar diferenças justificadoras de eventual tratamento desigual.

Trata-se, inegavelmente, de uma evolução no tratamento das PCDs. Não mais se falava em expurgá-las do convívio social, mas *aceitava-as* como integrantes da sociedade. A evolução dos estudos médicos sobre reabilitação física, desenvolvimento de medicamentos, intervenções cirúrgicas e genéticas

são contribuições importantes que até hoje existem e devem ser fomentadas no acompanhamento da PCD. Por outro lado, nas relações sociais desenvolvidas sob essa óptica, considerava-se sempre a PCD com sua identidade reduzida. A sociedade, ao *aceitar* as PCDs, fazia-o tratando-as como cidadãos de segunda categoria. A deficiência e, sobretudo, as limitações dela advindas, eram entendidas em parte como uma construção social, enraizando um preconceito até hoje visível.

Por fim, o modelo social, surgido em meados da década de 60 no Reino Unido como resposta às abordagens médicas, estabeleceu que a deficiência não devia ser entendida como problema individual, mas como questão eminentemente social, transferindo então a responsabilidade pelas limitações e desvantagens da PCD para a sociedade, que deveria arcar com o ônus de superá-las. Medeiros e Diniz (2004, p. 8) explicam que:

O ponto de partida teórico do modelo social é ser a deficiência considerada uma experiência resultante da interação entre características corporais do indivíduo e as condições da sociedade em que ela vive, isto é, da combinação de limitações impostas pelo corpo com algum tipo de perda ou redução de funcionalidade (“lesão”) a uma organização social pouco sensível à diversidade corporal.

O conceito social trazia consigo o paradigma da inclusão, que estabelece que não basta a sociedade *aceitar* as PCDs, já que em direitos e obrigações são iguais a qualquer outro membro da sociedade. O paradigma de inclusão, proveniente do conceito inclusivo de direitos humanos, trata-as como cidadãos aptos a ter uma vida com total independência e pleno desenvolvimento de todas as capacidades individuais.

Esse modelo justifica ações afirmativas como políticas de cotas no trabalho, temas como educação inclusiva, supressão de barreiras físicas e arquitetônicas, possibilitando o exercício de direitos fundamentais básicos de qualquer cidadão, entre outras. Adota-se o conceito material de isonomia, em substituição à igualdade formal, aplicada sob o modelo médico ou de reabilitação. Os princípios da dignidade humana, da igualdade material e da solidariedade são norteadores no paradigma inclusivo que fundamenta axiologicamente os textos normativos sobre PCD após a CDPD.

A necessária inclusão da PCD envolve questões de identidade dos cidadãos, solidariedade, autonomia e dignidade humana. A ordem jurídica, como conjunto de normas eticamente impregnadas, deve conter mecanismos para a promoção da coexistência com igualdade de direitos entre todos os indivíduos, fomentando a inclusão com sensibilidade para as diferenças. Deve haver equilíbrio entre o necessário reconheci-

mento das PCDs como grupo social; não devem ser tratadas à margem da sociedade, pois são sujeitos de direitos e obrigações como qualquer outra pessoa (KALUME, 2005).

Esse conceito não é imune a críticas por ser utópico, no sentido de que a mera eliminação de barreiras ou a concessão de oportunidades diferenciadas para o exercício do direito à educação e ao trabalho são suficientes para o desenvolvimento integral das capacidades da PCD, tornando-a completamente independente. Diante de casos severos de deficiência, essas atitudes isoladamente pouco ou em nada contribuirão para a concretização dos direitos da PCD, sendo necessária a adoção em conjunto de outros parâmetros que discutam a vulnerabilidade desse grupo em situação ainda mais desvantajosa.

Busca-se, então, a aplicação concomitante dos modelos médico e social, a relativização do lema *os limites são sociais e não do indivíduo* e a defesa de que os cuidados médicos, psicoterápicos e farmacêuticos, indispensáveis para a vida em sociedade da PCD mais debilitada; as políticas públicas não devem somente buscar tornar as pessoas independentes, mas “criar condições para que o cuidar seja exercido”. A CDPD assume, em seu preâmbulo, a premência de se reconhecer a diversidade das PCDs, sendo ilegítimo tratá-las de igual forma, como se houvesse apenas um tipo de deficiência ou as dificuldades e limitações fossem as mesmas para todos.

A mera eliminação de barreiras físicas às PCDs não implica que elas não existem e que não fazem parte da rotina dessas pessoas. Liz Crow, militante feminista com deficiência e que trabalha em consultoria para a igualdade entre PCDs, afirma categoricamente que sua vida tem duas fases, uma antes e outra depois do modelo social. Descobre, por exemplo, que seu corpo não era responsável por todas as dificuldades, que eram causadas por barreiras (visíveis ou não) externas construídas pela sociedade. Por outro lado, testemunha que:

External disabling barriers may create social and economic disadvantage but our subjective experience of our bodies is also an integral part of our everyday reality. What we need is to find a way to integrate impairment into our whole experience and sense of ourselves for the sake of our own physical and emotional well-being and, subsequently, for our individual and collective capacity to work against disability (CROW, 1996, p. 58).

A dor e o desafio interno da deficiência podem ser tão sacrificantes, que as barreiras externas são dificuldades secundárias. É premente pensar a deficiência em seu conceito objetivo e científico, explorando o modelo médico-científico de tratamento, a interpretação individual da deficiência e, por último, a influência do contexto social sobre a

deficiência, com a necessária inclusão do deficiente à sociedade, eliminando-se quaisquer barreiras (tangíveis e intangíveis) ao pleno desenvolvimento de suas capacidades individuais, sem que seja perdido de vista o fato de que a inclusão eficiente dar-se-á com a conjugação da eliminação de barreiras existentes (arquitetônicas, preconceituosas etc.) e com a necessária aceitação das limitações e/ou necessidades da PCD.

1.2. A CDPD e o EPCD – principais disposições e natureza jurídica

O EPCD trouxe significativas alterações na abordagem da PCD pelo Direito brasileiro. Antes do seu advento, vigoravam comandos destinados primordialmente à destinação de vagas em concursos públicos e em empresas privadas para a PCD (Lei nº 8.112/1990 e a Lei nº 8.213/1991) (BRASIL, 1990; 1991) bem como os que tratavam da concessão de aposentadoria à PCD, regulamentando o disposto no art. 201, § 1º, da CRFB (Lei Complementar nº 142/2013)¹ (BRASIL, 2013a), além da CDPD, incorporada pelo ordenamento jurídico com *status* de norma constitucional.

A CDPD baseia-se nos princípios do *in dubio pro capax* e da intervenção mínima (MENEZES, 2015). Apresenta, entre outras mudanças, a substituição da expressão “pessoa portadora de deficiência” por “pessoa com deficiência”, o reconhecimento da deficiência como um conceito em evolução, a necessidade da superação de barreiras sociais e o reconhecimento da diversidade das PCDs como temas primordiais na elaboração de qualquer política que preveja a sua inclusão social.

Embora se aproxime do modelo social de abordagem médica, ao reconhecer a diversidade

de das pessoas, a Convenção assume a necessidade de uma abordagem diferenciada para cada uma delas, entendendo que, em alguns casos, não é suficiente a mera supressão de barreiras físicas e sociais para a total inclusão social da PCD. Estabelece que os Estados signatários devem promover sistemas de apoios e salvaguardas, assim definidos como aquelas providências que visam a evitar que os mecanismos de apoio venham a prejudicar os direitos das pessoas por eventuais abusos ou excessos cometidos (MENEZES, 2015, p. 6). No âmbito de fortalecimento da dignidade humana, a CDPD reconheceu a autonomia da PCD em igualdade com as demais pessoas, garantindo-lhe também o direito à integridade fisiopsíquica, liberdade de locomoção, o direito à nacionalidade, à vida independente, à ampla mobilidade e à constituição e proteção da família como parte fundamental da dignidade e autonomia do ser humano.

Após a internalização desse tratado internacional como norma constitucional, emergiu a necessidade da elaboração de uma norma geral que versasse sobre a PCD, abordando os diversos aspectos de sua existência – desde temas como a avaliação da deficiência, os conceitos necessários, a capacidade civil, o direito à igualdade e à não discriminação, os direitos à vida, à saúde, até temas mais específicos, como a habilitação e a reabilitação profissional, os projetos de acessibilidade, os crimes e as infrações administrativas, e os meios de inclusão da PCD no trabalho.

O sexto capítulo da Lei nº 13.146/2015, que aborda a inclusão da PCD no trabalho, a habilitação e a reabilitação profissional estampa o que fora preconizado pela Convenção, ao estatuir o conceito de ambiente de trabalho aberto, inclusivo e acessível, proibir a discriminação e promover a igualdade de oportunidades com outras pessoas, incluir condições justas e favo-

¹ Ver Silva, Leitão e Dias (2016, p. 5-6).

ráveis de trabalho e igual remuneração para trabalho de igual valor e vedar qualquer restrição ao trabalho da PCD, tanto nas etapas de seleção ou recrutamento quanto nas de ascensão profissional. A Lei da Inclusão, assim como a Convenção, estabelece a manutenção de programas de estímulos ao empreendedorismo e ao trabalho autônomo, incluindo o cooperativismo e o associativismo. O fortalecimento do cooperativismo é importante meio de fortalecimento da identidade de um grupo social e de promoção de fins econômicos, educativos e sociais entre seus membros com base na ajuda mútua de seus membros (BRASIL, 2015).

O EPCD reproduz a CDPD em diversos pontos, mas especifica ou mesmo amplia os direitos nela previstos. Todavia, se por um lado a CDPD tenha sido incorporada ao direito nacional com *status* de norma constitucional, positivando novos direitos fundamentais individuais e sociais, o EPCD foi aprovado com *status* de lei ordinária. Assim, os direitos previstos nesse dispositivo poderiam ser revogados por leis posteriores? Ou, dito de outra forma, os direitos estampados no EPCD estão gravados com cláusula de proibição de retrocesso, inalienabilidade, irrevogabilidade ao entrarem em conflito com outros direitos fundamentais, assim como ocorrem com os direitos previstos na norma constitucional?

As normas constitucionais gozam de superioridade formal e demandam, portanto, procedimento específico para sua revogação. Há, também, normas constitucionais cuja proibição de supressão ou diminuição de seu alcance é prevista pela CRFB como forma de impedir o esvaziamento do conteúdo axiológico constitucional. Entretanto, dada a impossibilidade de o texto constitucional especificar o âmbito normativo de toda norma nele inserta, cabe à legislação infraconstitucional especificar o campo de atuação – muitas vezes, alargando a previsão originária da Constituição.

Essas normas “acessórias” ao texto constitucional são denominadas “bloco de constitucionalidade”, uma tentativa de se estabelecer um conceito material de Constituição que não coincide exatamente com seu conceito formal (RUBIO LLORENTE, 1989). O reconhecimento desse bloco visa a conferir unidade axiológica ao ordenamento, de modo que qualquer lei, decisão ou outro ato estatal que contrarie essa unidade axiológica seja considerada inconstitucional bem como possa permitir que os tribunais constitucionais, em países em que atuam como tais, apreciem qualquer desobediência à norma que, apesar de não constar formalmente do texto constitucional, com ela se coadune e, por isso, esteja inserta no “bloco de constitucionalidade”.

Conquanto o segundo objetivo do bloco não tenha tanta razão de ser no Direito brasileiro, já que o Supremo Tribunal Federal (STF) não é

tribunal constitucional propriamente dito, é certo que o STF já reconheceu em diversos julgados a existência desse bloco, ampliando o controle de constitucionalidade difuso ou concentrado, pois “a exata qualificação conceitual dessa categoria jurídica projeta-se como fator determinante do caráter constitucional, ou não, dos atos estatais contestados em face da carta política” (BRASIL, 2002).

O EPCD reproduz o que já fora positivado pela Convenção, em especial os direitos fundamentais e sociais da PCD, bem como o fortalecimento da igualdade, a inclusão como fundamento do princípio geral da solidariedade e da igualdade, a dignidade e a autonomia humana assim como direito ao trabalho, à não discriminação, à vida, à habilitação e a reabilitação, entre outros.

Os textos contêm idêntico fundamento axiológico e o EPCD afirma textualmente que toma como base a CDPD e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 (BRASIL, 2008). Essa afirmação seria mesmo desnecessária, mas fortalece a posição dessa norma como elemento indissociável da Convenção. Ambas devem ser lidas e aplicadas em conjunto, complementando-se mutuamente e fortalecendo direitos e posicionamentos que devem ser adotados pelo Estado e pela sociedade brasileira com relação à PCD. A adoção da CDPD e o EPDC decorrente desta resultam na ampliação dos direitos previstos constitucionalmente, “inovando-a, integrando-a e complementando-a com a inclusão de novos direitos” (PIOVESAN, 2013, p. 164).

O EPCD insere-se no “bloco de constitucionalidade” e deve ser utilizado como parâmetro de controle de adequação de atos estatais contestados em face da CRFB, quer pelo STF, quer pelos demais juízes, em controle difuso de constitucionalidade, devendo considerar como fundamentais os direitos previstos pelo Estatuto, apesar de não estarem formalmente previstos na Constituição.

2. O direito da PCD ao trabalho

A reserva de mercado para a PCD foi inserida no Direito brasileiro pela Lei nº 8.213/1991, garantindo, em empresas com mais de cem empregados, percentuais variáveis entre dois a cinco por cento dos seus cargos aos reabilitados ou aos portadores de deficiência (BRASIL, 1991).

As cotas estabelecidas para as PCDs garantiram a criação das vagas e a sua manutenção, com o fortalecimento de institutos processuais, assegurando a destinação do percentual estabelecido legalmente às PCDs, bem como prevendo acordos entre empresa e o Ministério Público do Trabalho e a elaboração de Termos de Ajustamento de Conduta (TACs);

e, por fim, a imposição e a cobrança de multas àquelas que não cumprissem as determinações legais.

A exegese dos textos normativos sobre a PCD remete ao papel secundário assumido pela política de cotas, uma vez que os preceitos éticos fundantes do EPCD e da CDPD – isto é, a igualdade de oportunidades, a vedação à discriminação, a autonomia e a independência da PCD – não possibilitam a criação ou o aumento de cotas para PCD como remédio geral e irrestrito para a sua inclusão na sociedade.

Há basicamente sete concepções distintas acerca da PCD e sua inclusão no campo de trabalho: i) a espiritual; ii) a baseada em pressupostos de normalidade; iii) a baseada na inclusão; iv) a baseada no desempenho; v) a baseada na percepção do vínculo; vi) a baseada nos benefícios da contratação para o empregador; e vii) a baseada na necessidade de treinamento. Esses modelos são pensamentos construídos ao longo dos tempos por empregadores, empregados com ou sem deficiência e pela própria sociedade. O EPCD, todavia, fundamenta-se nos paradigmas da inclusão e da autonomia, relevando ou pretendendo superar as demais abordagens.

2.1. O direito da PCD ao trabalho na legislação brasileira

O EPCD trata o direito da PCD ao trabalho primordialmente nos artigos 34 a 38, abordando disposições gerais, a reabilitação e habilitação profissional e, por fim, a inclusão da PCD ao trabalho. A previsão do direito ao trabalho, como elemento de inclusão social e de fortalecimento de autonomia individual, buscou resguardar direitos já conquistados e consolidar princípios como a não discriminação, a igualdade de oportunidades e a acessibilidade no ambiente de trabalho. Essas disposições

normativas elencam direitos fundamentais da PCD, obrigando o Estado a elaborar políticas públicas e a realizar ações para a efetivação de tais direitos; e, em alguns itens, em particular, ao promover o meio ambiente de trabalho inclusivo e acessível.

O texto normativo inserto no art. 34 do EPCD (BRASIL, 2015) prevê a eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, estabelecendo obrigações ao particular de adaptar o ambiente de trabalho em obediência aos princípios enunciados no dispositivo legal. A eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares foi referendada pelo STF com relação a direitos tipicamente de defesa, ou seja, a exigência da observância do devido processo legal em ato de exclusão de associado.

Nesse caso, exige-se a adaptação do particular a parâmetros arquitetônicos e de engenharia de inclusão demandando custos para a transformação do ambiente de trabalho. Tais normas principiológicas, por prescreverem fins almejados pelo Estado e pela sociedade, exigem do poder público especificações para o estabelecimento de direitos e condições mínimas de realização desses direitos (MADRUGA, 2013). É que, como norma principiológica, sua aplicação “demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção” (ÁVILA, 2009, p. 90).

O relatório anexo ao EPCD dispõe que, quando necessárias, as adaptações no ambiente de trabalho deverão ser feitas sob pena de prática de discriminação. Nos termos da Lei nº 9.029/1995 (BRASIL, 1995), alterada pela Lei nº 13.146/2015 (BRASIL, 2015), é proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso ou manutenção da relação de trabalho – por motivo de sexo,

origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, entre outros –, tipificando também condutas classificadas como crime e estabelecendo sanções administrativas, além de ser causa de rescisão indireta do contrato de trabalho e gerar danos morais ao trabalhador discriminado.

O EPCD também estabelece que os programas de fomento ao empreendedorismo, cooperativismo e associativismo deverão prever a participação da PCD e disponibilização de linhas de crédito especiais, quando necessário. Assumir que a PCD tem a mesma capacidade de empreender, associar-se ou cooperar como qualquer outra pessoa, não limitando o direito ao trabalho com o “direito de ser empregado” é um importante avanço no objetivo de transformação da cultura de inclusão que deve permear a sociedade. A PCD deve ser entendida como sujeito de direitos e obrigações como qualquer outra pessoa, com limitações e possibilidades – assim como qualquer outro indivíduo – que não retiram *per se* sua capacidade laboral, empreendedora ou investidora, contribuindo para o desenvolvimento econômico da sociedade.

O Decreto nº 8.163/2013 (BRASIL, 2013b) instituiu o Programa Nacional de Apoio ao Cooperativismo Social – Pronacoop Social –, que, entre outros objetivos, visa a planejar, coordenar, executar e monitorar ações voltadas ao desenvolvimento das cooperativas sociais. Esse decreto considera as cooperativas sociais como aquelas cujo objetivo seja a promoção da inserção social, laboral e econômica das “pessoas em desvantagem”, nos termos da Lei nº 9.867/1999 – ou seja, as pessoas com deficiências físicas ou sensoriais, psíquicas ou mentais, os dependentes de acompanhamento psiquiátrico permanente, os egressos de hospitais psiquiátricos, os dependentes químicos, os egressos das prisões, os condenados a penas

alternativas à detenção e os adolescentes em idade adequada ao trabalho e situação familiar difícil do ponto de vista econômico, social e afetivo. Essa lei, a despeito de prever uma larga gama de beneficiados, acaba por tratar igualmente diversos indivíduos e grupos sociais em situações distintas e que, por isso, demandam tratamento diferenciado. De acordo com dados oficiais, até 2015, o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) já atendeu a mais de 7.800 beneficiários, destinando mais de dez milhões de reais para o desenvolvimento do Pronacoop Social. Essas cooperativas, em geral, buscam primordialmente a inclusão social e, apenas em última análise, o aspecto econômico. Em sua maioria, são formadas sob o conceito de economia solidária, trabalhando-se alguns dias por semana e gerando renda insuficiente ou mesmo nula em diversos casos.

A despeito da inegável importância de programas dessa natureza, visando à inclusão social e independência financeira das PCDs, estas não podem ser tratadas da mesma forma que pessoas com outras dificuldades de adaptação social, como os egressos de hospitais psiquiátricos ou os egressos de prisões. Há de haver políticas e regimentos específicos para as PCDs, de acordo com suas dificuldades, aptidões e possibilidades para que seja maximizado o resultado pretendido pelo EPCD.

O objetivo primordial do direito da PCD ao trabalho é indispensável para o fortalecimento de sua cidadania, tratando-se de elemento indispensável para a inclusão numa sociedade que gravita em torno da necessidade do trabalho como meio de manutenção da vida. Consistindo a sociedade moderna na “forma na qual o fato da dependência mútua em prol da subsistência, e de nada mais, adquire importância pública, e na qual as atividades que dizem respeito à mera sobrevivência são admitidas em praça pública” (ARENDE, 2007,

p. 78), alijar a PCD desse elemento aglutinador equivaleria a excluí-la da sociedade.

Quanto à habilitação e reabilitação profissional, a Lei nº 13.146/2015 (BRASIL, 2015) prevê a obrigatoriedade de implementação de serviços e programas completos de habilitação e de reabilitação profissional para que a pessoa possa ingressar, continuar ou retomar ao campo de trabalho, conforme sua vocação e seu interesse. A reabilitação e habilitação profissional devem observar a multidisciplinaridade, o atendimento a todas as PCDs, a prioridade à PCD com maior dificuldade de inserção no campo de trabalho, a individualização no atendimento de acordo com as necessidades e a deficiência, a promoção de cursos profissionalizantes que capacitem para o ingresso no mercado de trabalho, a acessibilidade de ambientes de habilitação e reabilitação profissional e a formação de parcerias com empresas, auxiliando-as para o cumprimento da reserva de vagas prevista em lei. Além disso, há a garantia do auxílio-inclusão à PCD moderada ou grave que exerça atividade remunerada enquadrada no Regime Geral da Previdência Social.

A lei prevê também a reserva de vagas para PCD, mantendo incólume a proporção prevista pela Lei nº 8.213/1991 (BRASIL, 1991), que estabelece cotas de dois a cinco por cento em empresas com mais de cem empregados, tendo sido vetada a proposta original que previa a reserva de um empregado com deficiência nas empresas entre cinquenta e noventa e nove empregados – alegou-se que tal exigência poderia inviabilizar empresas de pequeno e médio porte com uso de mão de obra intensiva. A Lei nº 8.112/1990 (BRASIL, 1990), por sua vez, garante para PCDs a reserva de até vinte por cento das vagas oferecidas em concursos.

2.2. Críticas ao modelo brasileiro anterior ao EPCD – a “inclusão indesejada”

A observância da “lei de cotas” ocorre mediante fiscalização direta ou indireta pelas Superintendências Regionais do Trabalho e do Emprego (SRTE) e pela atuação judicial do Ministério Público do Trabalho (MPT), por meio de ações civis públicas que geram a condenação de empregadores ou a assinatura de TACs por eles.

A atuação em conjunto desses órgãos traz resultados imediatos, razão pela qual o MPT tem preferido a utilização de mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos nesses casos. No Ceará, em 2013, foram realizadas 577 ações fiscais, tendo sido contratadas 2.359 PCDs (SILVA; LEITÃO; DIAS, ?, p. 20). Dada sua onerosidade e a demora para sua conclusão, as ações judiciais atingem aproximadamente 10% do número de fiscalizações pela SRTE.

Em sua linha de defesa, as empresas normalmente alegam dificuldade de serem encontradas PCDs habilitadas ao trabalho, em especial em regiões distantes das grandes cidades. Além disso, quando são impelidas à contratação de uma PCD para o cumprimento da reserva imposta por lei, as empresas preferem a contratação daquelas que não obriguem à adaptação no ambiente de trabalho, nem impliquem perda de produtividade ou exijam especialização, minimizando custos (RIBEIRO; CARNEIRO, 2009, p. 557).

Há, assim, uma marginalidade na contratação das PCDs, relegadas a trabalhos de menor complexidade e contratadas exclusivamente para o cumprimento de cotas, apesar de serem aptas a trabalhos mais específicos ou sobrequalificadas para a atividade contratada. No seguinte relato de um cidadão – com nível superior, professor universitário, que, ao buscar recolocação profissional, apenas recebia propostas de emprego de menor complexidade, apesar de sua alta qualificação –, constata-se que a reserva de mercado, apesar de possibilitar o ingresso no mercado de trabalho da PCD, não foi capaz de atingir o objetivo primordial, que é sua dignidade, sendo a atividade laboral apenas um meio de se alcançar tal objetivo:

Certa vez, na empresa que trabalhei, convidamos um Coordenador de Diversidade de uma grande empresa para uma palestra e, nesta reunião, ele me disse que eu era o deficiente que toda empresa gostaria de ter, pois tinha formação, conteúdo e principalmente, não precisariam de investimentos estruturais para a minha contratação. Concordo com ele, mas me decepciono com a realidade a partir do momento que envio um *e-mail* solicitando uma recolocação para 87 pessoas ligadas a empresas que apoiam a causa PCD/Lei de Cotas (tenho um mailing dessas pessoas, pois participava como membro da empresa em que atuava) e, destes 87 *e-mails*, apenas 1 pessoa me respondeu!!! Ou seja, as empresas querem incluir os deficientes ou apenas participam de *workshops* e feiras por questões de responsabilidade social para que conste no relatório anual da companhia e, com isso, valorize suas ações? [...] Tenho a impressão de que estas vagas de cotas não são bem vistas por alguns dos empregados das empresas, pois passam a ideia de que temos algumas vantagens em relação aos demais, o que não é verdade, pois em alguns casos, o serviço executado é tão irrelevante que sequer somos vistos pelos gestores e analistas de outras áreas (RELATO..., [2015?], [n.p.]).

Os preconceitos com relação à capacidade da PCD, sobretudo sua capacidade física e intelectual de contribuir para o sucesso do empreendimento empresarial, ainda estão arraigados e são fatores culturais não atacados diretamente pela política de cotas. Um estudo realizado com oitocentos estudantes de diversos cursos universitários de Minas Gerais em 2014 comprovou que mais da metade deles ainda discorda

dos pressupostos de normalidade, acreditando que no ambiente profissional ou escolar deve haver separação das PCDs das demais pessoas (SIMAS; SOUTO; CARVALHO-FREITAS, 2014). É importante a realização desse estudo com alunos das áreas de administração, engenharia, arquitetura, psicologia e outras, pois em breve serão os responsáveis pelo treinamento, seleção e contratação de PCDs em diversas empresas ou estarão trabalhando lado a lado com as PCDs, apesar de claramente acreditarem que devam ser transferidas para outro local.

O preconceito está presente não apenas nos contratantes, mas nas próprias PCDs, com relação à capacidade e habilidade de exercer um trabalho. Em pesquisa realizada nas cidades de Belo Horizonte e Curvelo com empregados com deficiência, um deles afirma que “existem algumas pessoas que não têm capacidade nem deveriam trabalhar, e sim aposentar; tem uns que não têm um dos braços” (GOULART; COIMBRA, 2010, p. 112). O mesmo trabalhador demonstra a percepção de todos os empregados com deficiência sobre a desvalorização deles no mercado de trabalho, uma vez que são alocados em cargos de menor valor dentro da empresa, sem funções de chefia ou coordenação, apenas para preenchimento de cotas e, usualmente, após atuação dos órgãos de fiscalização trabalhistas (GOULART; COIMBRA, 2010, p. 112).

Essa “inclusão forçada” não convém à própria dignidade da PCD, bem como não realiza a contento o pressuposto da inclusão social, pois não a concebe como ser humano igual em direitos e deveres a qualquer outro cidadão.² Na Ação Direta de Inconstitucionalidade

² O pressuposto da igualdade é jurídico e não físico. O ser humano, por sua natureza, tem distintas feições, comportamentos, opções, vontades, manifestações psíquicas, necessidades e aptidões. Isso significa que a “pessoa com

(ADI) interposta pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Confenem) contra dispositivos da Lei nº 13.146/2015, encontram-se claramente expostos os preconceitos sociais à PCD: “todos os alunos que fizeram opção pelo ensino privado, arcarão com os custos extraordinários, de mensuração impossível e inimaginável, causados pelos portadores de necessidades especiais, típicas e individualizadas, conforme a natureza e grau de deficiência pessoal” (BRASIL, 2017).

Vê-se, claramente, que a PCD é tida como um “custo” e sua inclusão, um “ônus” social – não consequência natural da vida em sociedade e da aceitação de todos os seres humanos como iguais. Numa sociedade onde se multiplicam os polos de conflito pela igualdade social – igualdade de gêneros, de cor ou de preferência sexual ou religiosa –, é ineficiente a inclusão social por meio de sanções negativas e criação de cotas que mais dividem do que congregam os grupos.

A imposição de cotas ou qualquer outra espécie de “inclusão forçada” é ineficiente e não traz os objetivos desejados de inclusão e de erradicação do preconceito. Tem eficácia de curto prazo e, com os debates sociais e seguidos descumprimentos, tende a ter sua eficiência social questionada. Deve-se lembrar que a Lei nº 8.213/1991 é seguidamente descumprida por empresas, e há alto grau de descumprimento às diretrizes por ela estabelecidas no tocante à reserva de vagas para PCDs. A despeito de ter sua importância imediata, sobretudo no tocante à autonomia financeira das PCDs, deverá ser gradualmente substituída por medidas de proibição ao preconceito e

deficiência” tem sentido normativo, com as ramificações dadas pelo ordenamento jurídico vigente, sendo apenas mais uma forma de dizer que todos os seres humanos são diferentes entre si e, por essa mesma razão, devem ser tratados igualmente, sem distinção ou preconceito de qualquer natureza.

de inclusão ampla e irrestrita, e não uma “inclusão apartada”, por meio de vagas diferenciadas.

2.3. A inclusão “desejada” – o exemplo internacional e novos modelos estatuídos pelo EPCD

A destinação de vagas no mercado de trabalho às PCDs é política utilizada em diversos países há mais de duas décadas. A técnica utilizada, todavia, varia de acordo com os objetivos e o próprio sustentáculo axiológico e social dos respectivos ordenamentos jurídicos. Assim, países como Grécia, Áustria, Portugal e Suécia usam a técnica de fomento, concedendo isenções ou descontos fiscais ou mesmo preferência nas contratações públicas para empresas que empregam determinado percentual de PCDs; outros ordenamentos jurídicos optam por uma sanção pecuniária, tal qual ocorre no Brasil; e há ainda outros que não impõem qualquer sanção ou técnica indutiva, possibilitando diferentes *ratings* por agências de classificação, como a ISO, a AA ou a SA.

O *Americans with Disabilities Act* (ADA) de 1990, que proíbe qualquer discriminação baseada em deficiência, recomendando também a acessibilidade a todos os empregadores que contratarem PCD, é tido como um dos principais motivos da redução do número de PCDs empregadas nos Estados Unidos da América (EUA) desde a data de sua vigência. Ao estabelecer proibições de discriminação, criando a obrigação de acessibilidade e inclusão no interior das empresas, criou-se um custo indesejado aos empregadores que acabou por gerar o efeito contrário ao pretendido pela legislação. Bagenstos pondera que:

By imposing liability for disability-based discrimination in hiring, the ADA does of course create an incentive to hire people with disabilities. But in at least two respects the statute creates a countervailing disincentive to hire people with disabilities. First, as with other employment discrimination statutes, the ADA increases the cost of discharging protected-class members; the higher firing costs, in turn, make hiring people with disabilities a less attractive prospect. Second, the Act's requirement of accommodation imposes a cost that is, at least on the surface, different from the kinds of costs imposed by other employment discrimination statutes (BAGENSTOS, 2004, p. 536).

Além dos custos citados, o autor explica que a proibição de discriminação tem baixa eficácia social, dada a dificuldade de sua fiscalização (BAGENSTOS, 2004, p. 536).

Na Espanha, vislumbrou-se um aumento de 64%, de 2009 a 2014 de PCDs capazes de exercer atividade econômica remunerada, desocupadas, ao passo que houve um aumento de somente 19%, no mesmo

período, de pessoas sem deficiência desocupadas (ESPAÑA, 2016). Esse aumento do número de pessoas com capacidade para o trabalho desocupadas deveu-se à crise econômica vivenciada pelo país, de 2008 até pelo menos 2013. O ano de 2014 foi o primeiro em que houve alta no número de empregos desde o início da crise (A CRISE..., 2016).

No Reino Unido, o objetivo primordial do *Personal Advisor Pilot Projects* – considerado o *New Deal* para as PCDs, e que teve início em 1998 – é assistir a PCD na busca por emprego e ajudar a manter o emprego daqueles que já estão empregados. Atua por meio de “conselheiros pessoais” que auxiliam empregados e empregadores nas fases de pré-contratação e de manutenção do emprego e ascensão profissional e a concessão de benefícios diretos e indiretos aos empregadores. Esse projeto piloto demonstrou um avanço significativo na inserção no mercado de trabalho (COMISIÓN EUROPEA, 2004), sendo as próprias limitações decorrentes dos mais variados tipos de deficiência o principal obstáculo relatado pelas pessoas atendidas pelo Programa (LOUMIDIS et al., 2001).

A política de cotas é um dos principais exemplos de política legislativa destinada à contratação de PCDs e usada, com algumas nuances, em diversos países, quer obrigando somente o poder público (Irlanda e Bélgica, por exemplo), quer o poder público e os empregadores privados (Áustria e Brasil, exemplificativamente). Nos países da União Europeia, as sanções aos empregadores que descumprem as cotas são tidas como ineficientes; alguns Estados não chegam a estabelecer sanções, apesar da obrigação legal (como Luxemburgo, por exemplo). Nesses países, as receitas advindas da aplicação das multas pecuniárias servem para financiar medidas complementares, como assessoria específica a empregados e em-

pregadores, readaptação profissional, emprego subvencionado e incentivos para a criação de empresas por PCDs (COMISIÓN EUROPEA, 2004). Chega-se à conclusão de que o sistema de cotas não cria inclusão social, mas somente uma obrigação de contratação, vista mais como custo do que obrigação social, derivada do dever de solidariedade e do necessário reconhecimento indistinto da dignidade humana a qualquer ser humano.

A tendência observada nesses países é a progressiva adaptação do sistema de cotas, substituindo-o ou aplicando-o combinado com outras políticas que se mostram mais eficientes na inclusão pelo trabalho e, em última análise, de inclusão social. Essa substituição já foi vivenciada no Reino Unido (com a abolição do sistema de cotas em 1996), progressivamente na Grécia e nos países escandinavos, em que as cotas são tidas como incompatíveis com a igualdade entre as pessoas e capazes de perpetuar o preconceito contra as PCDs. Nesses países, instrumentos como o trabalho protegido, políticas de formação continuada e adaptada para a PCD e agências governamentais especializadas em alocação e realocação de PCDs no mercado de trabalho são os mecanismos mais utilizados em paralelo com a necessária educação continuada para a eliminação da discriminação na própria empresa por empregadores e demais empregados e a formação de uma política inclusiva, permitindo ascensão profissional com igualdade de oportunidades a qualquer outro trabalhador (MAJA et al., 2011).

Considerações finais

A inclusão social da pessoa com deficiência física é indispensável para a concretização de sua dignidade e da igualdade com os demais cidadãos. Sob essa perspectiva, a CRFB

prevê, além da competência para cuidar da saúde, proteção e garantia das PCDs, a proibição de qualquer discriminação no tocante a salários e critérios de admissão do trabalhador com deficiência, bem como o percentual a ser destinado a elas em cargos e empregos públicos (BRASIL, 1988).

O tratamento conferido pela legislação à PCD sofreu importantes alterações paradigmáticas ao longo da história, saindo de um contexto de exclusão, em que crianças nascidas com deficiência eram mortas ou excluídas de sua família, e as que sobreviviam eram alijadas do convívio social, tratadas em locais distantes das cidades e longe dos olhos das outras pessoas. Posteriormente, passou-se à aceitação das PCDs, com base no tratamento médico, entendendo a deficiência como doença e, portanto, carecedoras de cuidado específico. Em seguida, passou-se à necessária inclusão da PCD à sociedade, sendo a deficiência um conceito social, e as PCDs iguais às outras pessoas. O princípio da dignidade humana, em especial após a Segunda Grande Guerra, norteou o tratamento jurídico da PCD, entendendo-a igualmente digna e, portanto, igual a quaisquer cidadãos.

Todavia, a mera igualdade não é suficiente para a total inclusão social das PCDs, em virtude de inúmeros tipos e graus de deficiência. Assim, a tendência atual é a junção do tratamento médico ao tratamento social, sendo a deficiência um conceito em evolução e um signo bilateral, que afeta psíquica e fisicamente as pessoas por ela acometidas e, em termos culturais e sociais, o restante da sociedade.

As normas internacionais evoluíram seguindo esses conceitos e a CDPD contém essa abordagem: confere-lhes maior autonomia e direitos e, sobretudo, entende como necessária a sua inclusão social. O avanço axiológico dessa Convenção – e, posteriormente, do EPCD

– é reforçar que todos os seres humanos são iguais, na medida da distinção funcional de cada um deles. O EPCD deve ser tratado como parte do bloco de constitucionalidade, sendo interpretado e aplicado sempre em conjunto com a CDPD. É norma que tem como fundamentos axiológicos a autonomia, participação e a igualdade, e consolidou diversas normas esparsas existentes até então sobre o tema.

O direito da PCD ao trabalho é tratado no Brasil desde o início da década de 90, quando se estabelecerem cotas em concursos públicos e em empresas com mais de 100 empregados. Esse ponto permaneceu inalterado na atual legislação, sendo a principal política estabelecida pelo EPCD, ao lado de objetivos como o estímulo ao empreendedorismo e ao trabalho autônomo, o fortalecimento do cooperativismo e o estabelecimento de políticas públicas visando ao acesso e à manutenção do emprego da PCD.

O modelo de inclusão da PCD no mercado de trabalho adotado pelo Brasil até a edição do EPCD baseava-se numa concepção compensatória, impondo um limite mínimo de contratação de PCD ao poder público e ao particular. A adoção desse modelo, a despeito de aumentar o número de PCDs trabalhando, relegou-as a mero número de preenchimento de cotas, consistindo em mais um custo para a empresa, num ambiente não inclusivo e que não considerava suas aptidões, fortalecendo o cenário social discriminatório.

O EPCD, apesar de manter a política de cotas, prevê o estímulo ao empreendedorismo, com base em cooperativas e associações e reforça a importância da educação e da capacitação para a adaptação ou readaptação no mercado de trabalho. Apesar da inegável importância, são políticas que contam com tímido apoio do poder público até o momento, não sendo possível tecer considerações concretas acerca de sua aplicação.

Ademais, o modelo de inclusão adotado no Brasil é focado tão somente no ingresso ou reingresso da PCD no mercado de trabalho, sem se preocupar com a forma de contratação ou da efetiva diminuição ou eliminação de desigualdades e superação do preconceito, ainda muito presente na sociedade como um todo e nas empresas que cumprem as políticas de cotas.

Nesse cenário, as PCDs geralmente são vistas como meros objetos de preenchimento das vagas reservadas, relegadas a funções sem importância na empresa e sem possibilidade de elevação ou destaque profissional, independentemente de suas capacidades e aptidões, aprofundando o estigma de incapacidade que historicamente assola as PCDs.

O modelo adotado no Brasil, apesar de nítidos avanços trazidos pela Lei nº 13.146/2015, falha na concretização da proposta de inclusão social e eliminação da discriminação, por não estimular o reconhecimento das aptidões e necessidades da PCD pelo poder público e pelas empresas, e reforçar o preconceito com relação às suas capacidades no âmbito laboral.

Sobre o autor

Rafael Diogo Diógenes Lemos é mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), Natal, RN, Brasil; professor de Direito na instituição DeVry-Fanor, Fortaleza, CE, Brasil.
E-mail: rafael.diogo@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês³

RIGHT TO WORK AS SOCIAL INCLUSION OF THE PERSON WITH DISABILITIES:
13.146/2015 ACT ANALYSIS

ABSTRACT: he present work aims to critically analyze the model of inclusion in the labor market of the disabled person. To this end, the instruments provided for before the publication of Law 13.146/2015 and subsequent to this law will be taken as a background. The models will be analyzed from the perspective of social inclusion, addressing the labor market, overcoming inequalities and eliminating discrimination, objectives of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Ultimately, the Brazilian model will be compared with strategies adopted in other countries and critically compared under the tripod of inclusion, overcoming inequalities and eliminating discriminatory acts.

KEYWORDS: EQUALITY. PERSON WITH DISABILITIES. SOCIAL INCLUSION.
HUMAN DIGNITY.

³Sem revisão do editor.

Como citar este artigo

(ABNT)

LEMOS, Rafael Diogo Diógenes. Direito ao trabalho como elemento de inclusão social da pessoa com deficiência: análise da Lei nº 13.146/2015. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 54, n. 214, p. 153-173, abr./jun. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p153>.

(APA)

Lemos, R. D. D. (2017). Direito ao trabalho como elemento de inclusão social da pessoa com deficiência: análise da Lei nº 13.146/2015. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 54(214), 153-173. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p153

Referências

A CRISE na Espanha acabou? [on-line]. ¡Esto es Madrid, Madrid!, [S.l.], 2016. Não paginado. Disponível em: <<http://www.estoemadriidmadriid.com/2016/03/02/crise-na-espanha-2/>>. Acesso em: 19 maio 2017.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

BAGENSTOS, Samuel R. Has the Americans with disabilities act reduced employment for people with disabilities?. *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, v. 25, n. 2, p. 527-564, set. 2004. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1343&context=bjell>>. Acesso em: 18 maio 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, 5 out. 1988.

_____. Lei nº 8.112, de 1º de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. *Diário Oficial da União*, 19 abr. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 19 maio 2017.

_____. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 25 jul. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 19 maio 2017.

_____. Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 17 abr. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9029.HTM>. Acesso em: 19 maio 2017.

_____. Lei nº 9.867, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre a criação e o funcionamento de Cooperativas Sociais, visando à integração social dos cidadãos, conforme especifica. *Diário Oficial da União*, 11 nov. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9867.htm>. Acesso em: 19 maio 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Informativo nº 258*, de 25 de fevereiro de 2002 a 1º de março de 2002. Elaborado a partir de notas tomadas nas sessões de julgamento das Turmas e do Plenário, contém resumos não oficiais de decisões proferidas pelo Tribunal.

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo258.htm>>. Acesso em: 19 maio de 2017.

_____. Senado Federal. Decreto legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. *Diário Oficial da União*, 10 jul. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/congresso/DLG/DLG-186-2008.htm>. Acesso em: 19 maio 2017.

_____. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. *Diário Oficial da União*, 26 ago. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 19 maio 2017.

_____. Lei Complementar nº 142, de 8 de maio de 2013. Regulamenta o § 1º do art. 201 da Constituição Federal, no tocante à aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social - RGPS. *Diário Oficial da União*, 9 maio 2013a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp142.htm>. Acesso em: 19 maio 2017.

_____. Decreto nº 8.163, de 20 de dezembro de 2013. Institui o Programa Nacional de Apoio ao Associativismo e Cooperativismo Social - Pronacoop Social, e dá outras providências. *Diário Oficial da União - Edição Extra*, 20 dez. 2013b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D8163.htm>. Acesso em: 24 maio 2017.

_____. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). *Diário Oficial da União*, 7 jul. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>. Acesso em: 19 maio 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.357. Embargante: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino. Embargado: Presidente da República. Embargado: Presidente do Congresso Nacional. Relator: Min. Edson Fachin. *Diário da Justiça Eletrônico*, 6 mar. 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12527456>>. Acesso em: 19 maio 2017.

CARVALHO-FREITAS, Maria Nivalda, MARQUES, Antônio Luiz (Org.). *Trabalho e pessoas com deficiência: pesquisas, práticas e instrumentos de diagnóstico*. Curitiba: Juruá, 2010.

COMISIÓN EUROPEA. Dirección General de Empleo y Asuntos Sociales. *Programas activos de empleo para las personas con discapacidad: hechos y cifras sobre su utilización y impacto*. Traducción española Gabriela Díaz Pérez. [S.l.]: CERMI, 2004. Disponível em: <http://riberdis.cedd.net/bitstream/handle/11181/3852/programas_activos_de_empleo_personas_con_discapacidad.pdf?sequence=1&rd=0031360811173160>. Acesso em: 19 maio 2017.

CROW, Liz. Including all of our lives: renewing the social model of disability. In: BARNES, Colin; MERCER, Geof (Ed.). *Exploring the divide: illness and disability*. Leeds: The Disability Press, 1996. Disponível em: <<http://pf7d7vi404s1dxh27mla5569.wpengine.netdna-cdn.com/files/library/Crow-exploring-the-divide-ch4.pdf>>. Acesso em: 18 maio 2017.

ESPAÑA. Ministerio de Empleo y Seguridad Social. *Informe del mercado de trabajo de las personas con discapacidad em España: datos 2015*. [Madrid]: Servicio Público de Empleo Estatal, 2016. Disponível em: <http://www.sepe.es/contenidos/observatorio/mercado_trabajo/2635-1.pdf>. Acesso em: 19 maio 2017.

GOULART, Íris Barbosa; COIMBRA, Cristiane Elias Penido. Análise da inserção das pessoas com deficiência segundo suas percepções. In: CARVALHO-FREITAS, Maria Nivalda; MARQUES, Antônio Luiz (Org.). *Trabalho e pessoas com deficiência: pesquisas, práticas e instrumentos de diagnóstico*. Curitiba: Juruá, 2010.

KALUME, Pedro de Alcântara. *Deficientes: ainda um desafio para o governo e para a sociedade*. São Paulo: Ltr, 2005.

LOPEZ GONZÁLEZ, María. Modelos teóricos e investigación en el ámbito de la discapacidad: hacia la incorporación personal. *Revista Docencia y Investigación de la Universidad Castilla-La Mancha*, v. 31, n. 16, p. 215-240, 2006. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2250512>>. Acesso em: 19 maio 2017.

LOUMIDIS, Julia et al. Evaluation of the New Deal for Disabled People Personal Adviser Service pilot. Huddersfield, UK: Charlesworth Group, 2001. Research report n. 144. Disponível em: <https://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/ier/publications/2001/loumidis_et_al_2001_rrep144.pdf>. Acesso em 19 maio 2017.

MADRUGA, Sidney. *Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAJA, PA et al. Employing people with disabilities in South Africa. *South African Journal of Occupation Therapy*, v. 41, n. 1, p. 24-32, 2011. Disponível em: <<http://www.sajot.co.za/index.php/sajot/article/view/16/22>>. Acesso em: 19 maio 2017.

MEDEIROS, Marcelo; DINIZ, Debora. A nova maneira de se entender a deficiência e o envelhecimento. Brasília, Ipea, 2004. Texto para discussão. Disponível em: <http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/td_1040.pdf>. Acesso em: 19 maio 2017.

MENEZES, Joyceane Bezerra. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Civística.com*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 1-34, jan./jun. 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica-com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 19 maio 2017.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RELATO sincero de um profissional (qualificado) com deficiência [on-line]. *i.social*, [S.l.], [2015?]. Não paginado. Disponível em: <<http://blog.isocial.com.br/relato-sincero-de-um-profissional-qualificado-com-deficiencia/>>. Acesso em: 19 maio 2017.

RIBEIRO, Marco Antônio; CARNEIRO, Ricardo. A inclusão indesejada: as empresas brasileiras face à lei de cotas para pessoas com deficiência no mercado de trabalho. *Revista Organizações e Sociedade*, Salvador, v. 16, n. 50, p. 545-564, jul./set. 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/osoc/v16n50/08.pdf>>. Acesso em: 19 maio 2017.

RUBIO LLORENTE, Francisco. El bloque de constitucionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, v. 9, n. 27, set./dez. 1989. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/79403.pdf>>. Acesso em: 19 maio 2017.

SIMAS, André Luiz Barreto; SOUTO, Jéssica Faria; CARVALHO-FREITAS, Maria Nivalda de. Inclusão de pessoas com deficiência no trabalho: percepção dos universitários. *Psicologia: teoria e prática*, São Paulo, v. 16, n. 3, p. 30-42, dez. 2014. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-36872014000300003&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 18 maio 2017.

A eficiência dos Tribunais de Contas no Brasil

Uma abordagem teórica

BRADSON CAMELO

MARCÍLIO TOSCANO FRANCA FILHO

Resumo: Há grande relevo em encontrar meios para medir a eficiência do controle externo, de maneira que possa haver um combate mais efetivo às irregularidades das contas públicas. Entretanto, essa tarefa é extremamente difícil, principalmente no que concerne à mensuração dos benefícios do controle, já que a percepção/sensação de probabilidade de impunidade é uma variável importante na conduta lesiva ao patrimônio, mas de medição incerta. Nesta pesquisa, foi feito um corte epistemológico para analisar apenas o controle externo realizado pelos Tribunais de Contas, tentando-se, em um primeiro momento, construir as diversas formas de medir o custo e o benefício médios de um processo nas cortes de contas. Além da apresentação de técnicas de cálculo de custo e benefício dos julgamentos, será discutido um conceito teórico sobre os níveis de eficiência de uma auditoria pública (controle externo), passando pela evolução e pelas controvérsias desse instituto.

Palavras-chave: Corrupção. Eficiência. Controle Externo. Tribunal de Contas. Direito e Economia.

Introdução

Crise econômica e corrupção são dois temas centrais na atual agenda do país. Se, à primeira vista, esses temas tão espinhosos não parecem resultar em nenhuma consequência positiva, eles, pelo menos, podem servir para bem legitimar o presente *paper*, que almeja, em última instância, compreender melhor e tornar mais eficiente o combate à

Recebido em 14/10/16

Aprovado em 10/11/16

corrupção¹ com base no exame de alguns modelos de mensuração da eficiência do controle externo a cargo dos Tribunais de Contas.

Os efeitos nocivos da corrupção sobre o desenvolvimento econômico dos países são amplamente reconhecidos na literatura econômica, evidenciando que a corrupção prejudica os investidores, reduz a produtividade dos gastos públicos, distorce a alocação de recursos e, assim, mina o crescimento econômico. Autores como Shleifer e Vishny (1993) analisam como a corrupção pode afetar o bem-estar da sociedade, já que o consumo do Estado é em torno da metade de todo o produto nacional. Parece altamente factível, portanto, que a eficiência do setor público em geral e do controle externo em particular tem um potencial enorme de impacto sobre o crescimento e a renda *per capita* de um país.

A lógica que ampara este trabalho é a lógica realista de, neste momento, tentar compreender melhor o conceito de eficiência/ineficiência no controle externo a cargo dos Tribunais de Contas para, numa oportunidade futura, aprimorar ou eliminar os mecanismos de controle externo que se mostrem antieconômicos ou ineficientes. Conhecer melhor para tornar mais eficiente, enfim.

Em seu clássico estudo sobre a profissionalização da Administração Pública, Woodrow Wilson (1887) já sinalizava o importante papel que a eficiência deveria desempenhar nos governos, em um cenário de recursos escassos e demandas crescentes. No Direito Comparado, constata-se com facilidade que o tema da eficiência está longe de ser monopólio americano. Constituições de 70 países – de A, de Andorra (art. 72.3), a Z, de Zimbábue

(art. 9.1) – associam-na à principiologia das atividades administrativas do Estado.²

Apesar dessa ampla abrangência, foi apenas com a Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, que instaurou uma ampla reforma administrativa no Brasil e procurou incorporar alguns preceitos do chamado *New Public Management* inglês à legislação brasileira, que o texto originário da Carta Magna, de 05 de outubro de 1988, passou a acolher, explicitamente, no *caput* do artigo 37, o postulado da eficiência – a *Effizienz* da doutrina alemã – como um dos princípios reitores da administração pública (BRASIL, 1988). Desde a sua origem, é justo lembrar, o mesmo texto constitucional de 1988 já estabelecia (art. 70, *caput*), contudo, que a “economicidade” – a *Wirtschaftlichkeit* da doutrina alemã – seria um dos cânones norteadores dos controles externo e interno dos Poderes Públicos (BRASIL, 1988).

Pelo menos juridicamente, não há grande distância conceitual entre os dois princípios (*Effizienz* e *Wirtschaftlichkeit*), uma vez que ambos visam concretizar uma certa racionalização (ou maximização) da relação existente entre a alocação de recursos e meios (custos) e a consecução de fins públicos (benefícios). Em outras palavras, ao se falar em eficiência ou economicidade, *it is a measure of the ratio of output to input* (MANZOOR, 2014). Logo, produtividade, desempenho, excelência, qualidade e resultados constituem corolários evidentes de ambos os conceitos – tanto da eficiência do art. 37 como da economicidade do art. 70 – que, constitucionalmente, gozam do estatuto epistemológico de vetores principiológicos da administração pública.

¹Dreher e Herzfeld (2005) afirmam, em seu estudo, que um aumento da corrupção em cerca de um ponto do índice reduz o crescimento do PIB em 0,13 pontos percentuais e do PIB *per capita* em US \$ 425.

²Dados da maior base de dados constitucionais do planeta: *Constitute: the world's constitutions* do read, search and compare. Disponível em: < <https://www.constitute-project.org/>>. Acesso em: 4 abr. 2017.

Tal estatuto lhes garante uma força normativa peculiarmente significativa (BUGARIN, 2001), que requer constantes medidas administrativas, legislativas e judiciais densificadoras, bem como concretiza-se em verdadeiro direito público subjetivo dos administrados (BUGARIN, 2003). Quer como critério de decisão (*Entscheidungskriterium*) judicial ou administrativo, quer como programa normativo (*Normatives Programm*), eficiência e economicidade exigem constante concretização (EIDENHÜLLER, 2005).

Ressalte-se que não se pretende restringir aqui a análise das questões enfrentadas pelo controle externo exercido pelos Tribunais de Contas a uma abordagem meramente quantitativa (produtivista). Aliás, como o professor Boaventura de Sousa Santos, em estudo sobre o Poder Judiciário, bem analisa:

A pressão quantitativa que recai sobre os tribunais e sobre os juízes contribuiu para degradar as condições de funcionamento da administração da Justiça, a maioria das vezes em detrimento da qualidade necessária à função jurisdicional (SANTOS, 2005, p. 23).

Mais do que um exame quantitativo, a análise da relação custo-benefício da atuação das cortes de contas apresenta, em última análise, um importante aspecto qualitativo sobre o gasto público. Da mesma forma, poder-se-á inferir que um aumento da eficiência dos Tribunais de Contas estará ligado a aspectos qualitativos das decisões, e não apenas a aspectos quantitativos. É o que será visto a partir de agora.

1. Controle externo no Brasil

Com o desenvolvimento do Estado nacional, em que os bens e receitas geridos pelo ente estatal são majoritariamente oriundos da sociedade, surge a crescente necessidade de um mecanismo de controle dos atos administrativo-financeiros, em decorrência do próprio princípio republicano ou da boa gestão pública (PASCOAL, 2013). Nessa mesma linha, ensina o Professor Caldas Furtado (2014):

O fenômeno que coloca coisas alheias nas mãos de terceiros tem o condão de fazer surgir, concomitantemente, a respectiva responsabilidade pelo seu destino. Como decorrência inexorável dessa responsabilidade, vem o correspondente dever de prestar contas. Tem-se, então, a figura do devedor de contas, que é o administrador de bens ou interesses alheios, e a do credor delas, que é o beneficiário em favor de quem se efetivou a administração.

O Professor Regis de Oliveira (2011) também vaticina:

Após excelente análise sobre a República, finaliza Celso Antônio Bandeira de Mello dizendo que, “se o Estado de Direito supõe que todas as condutas estatais mantenham-se aprisionadas aos parâmetros pré-traçados que lhe regulam os comportamentos, para que o princípio da legalidade se imponha como um todo íntegro, sem fissuras, é indispensável não apenas sua submissão ao controle judicial, quando sua conduta seja agressiva aos direitos subjetivos, mas é requisito também que exista um mecanismo controlador de toda a ação estatal, graças ao que possa ser reconduzido à legalidade, mesmo quando de sua conduta não haja resultado violação de direito individual”. Ensina que decorrência lógica e necessária do Estado de Direito é a existência de um órgão controlador de toda a atividade estatal, ou seja, que nada escape ao controle de mecanismos destinados a evitar a ilegalidade. Ao lado de controles estruturais de comportamentos, institui-se, também, controle de contas. Todas as despesas devem estar sujeitas ao controle de um órgão. É ele, no Brasil, o Tribunal de Contas.

Assim, os Tribunais de Contas, que têm história secular em nosso país, têm como objetivo executar o controle externo da administração pública no aspecto de legalidade, legitimidade e economicidade, tentando atenuar o problema agente-principal³ subjacente ao poder público. Para alcançar o objetivo citado, a lógica das instituições jurídicas e sociais deveria ser criar desestímulo para os agentes públicos representarem inadequadamente a população. Com esse propósito, parte-se do pressu-

³ O problema do agente-principal ocorre quando o representante (agente), em vez de defender os interesses do representado (principal), defende interesses particulares. No caso do controle externo, ocorre esse problema quando o gestor público utiliza a coisa pública para benefício individual, e não coletivo.

posto de que os agentes sociais são racionais⁴, ou seja, usando a razão, ponderam o custo e o benefício de suas ações nefastas. Essa ponderação se dá com base no princípio da utilidade, que impele os indivíduos a agirem de modo a maximizar suas satisfações pessoais, evitando desprazer e buscando felicidade.

Para atingir esses objetivos, a doutrina nacional entende que os Tribunais de Contas detêm as seguintes competências:

1. função opinativa – elaboração dos pareceres prévios das contas de governo que são julgadas definitivamente pelo poder legislativo;

2. função jurisdicional – julgamento das contas de gestão dos administradores e dos responsáveis por bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluindo todos os que gerem qualquer tipo de prejuízo para o ente público;

3. função fiscalizadora – apreciação e registro de atos de pessoal (admissão, aposentadoria, reforma e pensão), auditorias a qualquer órgão ou poder público, seja por iniciativa própria ou por demanda do legislativo, fiscalizações dos convênios públicos;

4. função informativa – prestação de informações ao poder legislativo, em seu mister de controle, incluindo os relatórios das auditorias;

5. função sancionadora – permissão legal para aplicar sanções a quem realiza despesas irregulares ou ilegais;

6. função corretiva – permissão para assinar prazos para que os gestores e órgãos adotem providências, podendo, em caso de não atendimento, sustar atos ou sugerir ao legislativo que suste contratos;

7. função de ouvidoria – possibilidade de qualquer cidadão exercer controle social, denunciando irregularidades;

⁴ Modelo de racionalidade utilizado por Simon (1957).

8. função consultiva – possibilidade de os gestores públicos consultarem os Tribunais de Contas sobre determinadas situações em abstrato;

9. função normativa (regulamentar) – possibilidade de criar seu próprio regimento interno e de estabelecer instruções normativas sobre as matérias de sua competência.

É importante perceber que, com a evolução da democracia e do Estado de Direito, tornou-se possível um controle maior da administração pública (GUERRA, 2012), permitindo verificar não apenas a legalidade das escolhas públicas como os próprios objetos selecionados. Nesse sentido, o Professor Valdecir Pascoal (2013) fala sobre as mudanças na forma de controle exercido pelos Tribunais de Contas:

No início, o controle exercido pelos Tribunais de Contas era meramente formalístico, enfatizando apenas aspectos atinentes à legalidade (sentido estrito) dos atos públicos. O sistema de controladorias, por sua vez, enfatizava, a partir de sofisticadas técnicas de auditoria (*test audit*), aspectos atinentes ao mérito dos atos administrativos: economicidade e resultado de gestão.

Nessa mesma linha, o Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, Antônio Roque Citadini (1995), analisa a evolução da forma de controle e a compara em vários países:

No sistema de Tribunais de Contas, cuja origem é marcada pelo controle da legalidade, esses novos conceitos de controle, que têm como base as auditorias, trouxeram grandes mudanças em suas formas de atuação. Hoje é praticamente inconcebível uma fiscalização do ato administrativo ater-se apenas ao julgamento de legalidade. Procura-se agora incorporar as novas técnicas de auditoria que permitam a apreciação das contratações e execuções de obras e serviços de modo mais abrangente, superando mera análise formal. Esse caminho vem sendo adotado em várias partes do mundo, como ocorre no Tribunal de Contas da Comunidade Econômica Europeia (que analisa a sadia gestão financeira), Alemanha, França, Portugal e Brasil, que analisam também a boa gestão do ato administrativo, tendo cada órgão formas próprias de atuação.

Assim, a análise da eficiência é realizada *ex post* e se concretiza por meio do princípio da economicidade (FONSECA, 2002, p. 42); da mesma forma que a eficiência deve ser analisada nas políticas públicas, também deve ser utilizado esse princípio para o próprio controle externo. Nas palavras do Desembargador Federal Marcus Abraham (2013):

O princípio da relação custo-benefício recomenda que a atividade de fiscalização e controle não se torne mais onerosa que seu próprio obje-

to de aferição. Nesse sentido, cada caso concreto indicará a forma e os meios mais adequados e compatíveis para a realização da fiscalização e controle, com ponderação, razoabilidade e eficiência.

Desse modo, a investigação da eficiência no controle externo é de grande importância, pois, quando se lida com recursos públicos, é necessário haver coerência.

2. Eficiência: algumas questões econômicas

O conceito de eficiência é usado, segundo Caliendo (2009), para significar a realização de processos que maximizam os resultados dos meios utilizados, ou seja, é a relação otimizada entre os custos dos meios utilizados e o benefício do resultado final obtido (MATTOS; TERRA, 2015). Assim, é uma análise comparativa entre situações reais ou ideais de custos *versus* benefícios.

O primeiro conceito de eficiência adotado na economia foi o de Pareto⁵, que analisa a situação real, verificando se seria possível melhorar a situação de alguém, sem piorar a de outrem, sendo ótima a situação em que isso não seja possível. Nas palavras do Professor português Vasco Rodrigues (2007),

A Economia tem procurado instrumentos teóricos que lhe permitam responder a estas questões de forma positiva, sem que os valores pessoais de quem aprecia a situação interfiram no julgamento efectuado. Os conceitos que mais se aproximam deste ambicioso propósito são os de melhoria de Pareto e ótimo de Pareto. [...] alteração constitui uma melhoria de Pareto se beneficia, pelo menos, uma pessoa e não prejudica ninguém [...] a situação resultante da alteração é superior à situação inicial ou mais eficiente do que essa situação.[...] depois de uma sucessão de melhorias de Pareto, acabará inevitavelmente por se atingir uma situação em que já não é possível aumentar a utilidade de mais ninguém sem prejudicar outrem. Diz-se então que esta situação é um ótimo de Pareto ou, para evitar o conteúdo valorativo da palavra 'ótimo', Pareto-eficiente.

Dizer que uma situação é Pareto-eficiente implica dizer que há, segundo Schäfer e Ott (2004), eficiência de produção, de consumo e de estrutura de produção. Os dois professores alemães definem essa situação da seguinte forma:

⁵ Em homenagem ao economista italiano Vilfredo Pareto, que foi um dos precursores dos estudos sobre o tema.

efficient production is that point where it is no longer possible to produce more of one good without reducing the output of another [...]. Efficient consumption is that point when it is no longer possible to increase utility by further exchanges [...]. Efficient production structure is achieved at that point where producing a marginal unit of one good results in a reduction in the production of another good such that the members of society are unwilling to give up some of the production of good Y in order to obtain an extra unit of X.

No caso da aplicação dessas ideias ao controle externo, há clara limitação, porque o conceito não foi adequadamente trabalhado para o serviço público, principalmente em instituições de controle.

Outro importante conceito de eficiência que se trabalha em economia é o conceito de Kaldor-Hicks⁶, que prevê a maximização da satisfação na sociedade, mesmo que implique prejuízo para uma parte, pois essa perda é superada (numericamente) pelo ganho da outra parte beneficiada ou, como tratada por Veljanovski (2007, p. 33):

To circumvent his difficulty the concept of Kaldor-Hicks efficiency – also called potential Pareto improvement, hypothetical compensation test, cost-benefit analysis, wealth maximization, allocative efficiency, maximization of joint (producers' and consumers') surplus, or simply efficiency – is used. A policy is Kaldor-Hicks efficient if those that gain can in principle compensate those that have been 'harmed' and still be better off.

Os resultados das mensurações nos órgãos de governo são notoriamente difíceis de avaliar. No caso da eficiência de auditoria, os critérios de Pareto e de Kaldor-Hicks não têm muita aplicação, pois não há trocas entre pessoas, e a eficiência da estrutura de produção não significa que os objetivos dos Tribunais de Contas são alcançados, sendo importante, para construir esse conceito, estudar quais são os custos e os benefícios dos Tribunais de Contas, já que, segundo Chiavenato (2003, p. 155),

[a] eficiência preocupa-se com os meios, com os métodos e procedimentos mais indicados que precisam ser devidamente planejados e organizados a fim de assegurar a otimização de utilização dos recursos disponíveis. A eficiência não se preocupa com os fins, mas simplesmente com os meios. O alcance dos objetivos visados não entra na esfera de competência da eficiência; é um assunto ligado à eficácia. Na medida em que o administrador se preocupa em fazer corretamente as coisas, ele estará se voltando para a eficiência (melhor utilização dos recursos disponíveis).

⁶ Assim designado em referência aos economistas Nicholas Kaldor e John Hicks.

Dessarte, a eficiência no controle externo deve ser entendida como a melhor relação dos meios (recursos públicos) para atingir os objetivos, ou seja, é necessária uma análise dos custos e dos benefícios dos Tribunais de Contas ou dos seus processos.

3. Custos e benefícios dos Tribunais de Contas

Apesar de a sociedade considerar que a justiça ou o controle dos gastos públicos não têm preço, é indiscutível que há um custo que é pago pela sociedade (HOLMES; SUNSTEIN, 1999). Nessa prestação de serviço de auditoria pública, há uma importante e custosa estrutura para o exercício desse mister, que inclui recursos humanos, tecnológicos e materiais para atingir um nível satisfatório de controle.

Também é importante destacar que as consequências nefastas decorrentes da pouca efetividade do controle das contas públicas não serão consideradas custos para a sociedade, pois, no outro lado da balança, são analisados como benefícios os desestímulos para o comportamento corrupto.

Conforme ressaltado em Estudo do IPEA (2011),

A mensuração de custos na administração pública é um grande desafio metodológico, em virtude da dificuldade não apenas de mensurar os benefícios gerados, mas também de identificar todos os elementos de custo e de atribuir-lhes valores monetários com alguma precisão.

Assim, para facilitar uma análise futura, sugere-se considerar custos somente os gastos diretos e indiretos com o controle externo, deixando a complexidade da mensuração apenas para os benefícios decorrentes da atividade desempenhada.

Com relação aos benefícios, conforme destacam Blume e Voigt (2007; 2011) em estudos comparativos, se os Tribunais de Contas funcionam efetivamente, eles podem alcançar resultados de longo alcance que afetam desde a política fiscal até a diminuição dos níveis de corrupção. As despesas do governo poderiam ser menores, o que teria impacto nos níveis de receita e déficit público e melhoraria a eficácia governamental, que envolve a monitoração do comportamento de gastos dos agentes do governo.

Segundo Schelker e Eichenberger (2003), quando têm uma atuação forte, as unidades de controle externo levam a uma diminuição da carga fiscal e das despesas. Esses autores postulam que instituições de auditoria fortes levam a níveis de tributação mais baixos; assim a eficácia dos

Tribunais de Contas reflete-se nos indicadores gerais de eficiência do governo.

Por outro lado, segundo Niskanen (1971), a teoria econômica da burocracia identificou uma série de razões para a dificuldade de avaliar as atividades das agências (problema do agente-principal), uma das quais é a dificuldade de monitoramento do comportamento burocrático porque muitas vezes é um monopólio bilateral (entre o Controle Externo e o Executivo), que não está sujeito à pressão da concorrência que poderia aumentar a eficiência, além de outros problemas típicos do setor público, conhecidos como falhas de governo.

4. Mensuração da eficiência

Para medir a eficácia e a eficiência da atividade, é necessário estabelecer um processo de avaliação de desempenho. Segundo Aksoy e Kahyaoglu (2013), para criar medidas eficazes de desempenho, é preciso estabelecer um processo para identificar categorias críticas de desempenho, tais como a satisfação das partes interessadas, processos de auditoria, de inovação e capacidades. Entretanto, é importante lembrar as ponderações de Afonso, Schuknecht e Tanzi (2006 apud MATTOS; TERRA, 2015, p. 219-220) sobre as dificuldades dessa incursão:

Afonso, Schuknecht e Tanzi (2006) destacam que a eficiência na produção de bens de um modo geral se baseia na relação entre quantidade de insumos e produtos ou custos e benefícios, e requer geralmente: (i) uma estimativa de custos; (ii) uma estimativa de produtos; e (iii) a comparação entre os dois. Com isso, para medir a eficiência na produção de bens, pode-se comparar essa relação produto/custo de uma determinada firma, país ou unidade de decisão (DMU) com um padrão ideal em que a produção é ótima do ponto de vista teórico; ou, na falta desse padrão, comparar com outras firmas, países ou unidades de decisão. No caso da produção de bens públicos, esse procedimento também é válido. Mas há algumas dificuldades adicionais envolvidas. Primeiramente, como será visto adiante, a mensuração dos custos da atividade pública é complicada. Além disso, os objetivos do governo são distintos daqueles das firmas. Para que o benefício à sociedade seja máximo, além do quanto produzir de um bem, o setor público deve decidir qual bem produzir e de que forma.

Para identificar uma boa técnica de mensuração, alguns estudos, como o de Rajgopal, Zheng e Srinivasan (2015), investigam os antecedentes e consequentes da mensuração da qualidade, sendo considerados os seguintes *proxies* para medir a qualidade de uma auditoria: (i) valor absoluto do contrato, (ii) continuidade das opiniões da auditoria,

(iii) honorários de auditoria, e (iv) atendimento ou superação da meta de lucros trimestrais.

Outro importante método para se calcular a eficiência de instituições é a utilização do DEA (*Data Envelopment Analysis*), mas é necessário estabelecer um fluxo de *inputs* e *outputs* para calcular os níveis de eficiência.

Uma forma mais simples é a análise histórica (séries temporais, mesmo que simplificadas), mas há um problema: no serviço público, são poucas as informações e poucas as variáveis calculadas periodicamente. Assim, as análises desse tipo costumam ser superficiais.

Também é importante lembrar que a qualidade dos gastos públicos pode ser vista como *proxy* da eficiência do controle externo. Esse ponto de vista parte da presunção de que há correlação entre qualidade do gasto e controle; não há, porém, evidências empíricas que comprovem tal presunção.

Outro importante estudo sobre formas de calcular a eficiência de auditorias foi realizado por Lin e Chen (c2011), o qual identifica como medidas de eficiência de auditoria privada aspectos ligados ao mercado, como percentual de atendimento do plano de auditoria, recomendações aceitas e implementadas, número de achados na auditoria, entre outros.

Além desses modelos de estudos internacionais, este trabalho inicia a discussão para que surjam propostas de mensuração que envolvam relação de valores com a quantidade de processos, seja considerando o orçamento da entidade, seja considerando o valor total imputado para repetição de indébito e multas.

Conclusão

A corrupção é um mal que gera graves prejuízos para a sociedade. Entretanto, para alcançar melhores resultados, o combate a essa mazela por meio do controle externo deve ser feito de modo eficiente, sendo muito importante ter indicadores para avaliar e melhorar a aplicação dos recursos públicos, como destacado por Mattos e Terra (2015, p. 228):

A elaboração de indicadores de desempenho do setor público é crucial para o monitoramento das atividades, para a mensuração do bem-estar social e para a determinação da eficiência do setor público, tanto do ponto de vista técnico quanto do social.

Da mesma forma que o princípio da economicidade deve ser analisado pelos Tribunais de Contas no controle das contas públicas, deve ser

verificada a eficiência do próprio controle externo, preferencialmente com base em um índice confiável, que permita a melhor aplicação do recurso público no controle.

Há grande demanda da sociedade para que os Tribunais de Contas, no exercício de suas funções, aloquem os recursos da forma mais eficiente, como ressaltam Vieira, Bugarin e Garcia (2004). A título de exemplo, é importante destacar que o *US Government Accountability Office* orgulha-se de ter gerado 54,4 bilhões em benefícios financeiros mensuráveis ou “sobre um retorno de US \$ 100 em cada dólar investido em GAO” (ESTADOS UNIDOS, 2016, tradução nossa).

Apesar de não ser conclusivo, o presente artigo buscou demonstrar a importância de um controle de eficiência na atuação dos Tribunais de Contas e a necessidade de se realizarem novas pesquisas, preferencialmente empíricas, sobre o tema.

Sobre os autores

Bradson Camelo é mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB), João Pessoa, PB, Brasil; professor de Direito do Instituto de Educação Superior da Paraíba (IESP), Cabedelo, PB, Brasil; procurador do Ministério Público de Contas da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil.
E-mail: bcamelo@tce.pb.gov.br

Marcílio Toscano Franca Filho é pós-doutor em Direito pelo Instituto Universitário Europeu (EUI), Florença, Itália; doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal; professor do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (UFPB), João Pessoa, PB, Brasil; procurador do Ministério Público de Contas da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil.
E-mail: mfilho@tce.pb.gov.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês⁷

THE EFFICIENCY OF THE AUDIT COURTS IN BRAZIL: A THEORETICAL APPROACH

ABSTRACT: There is great significance in finding ways to measure the efficiency of external control, so that there may be a more effective fight against irregularities in public accounts. However, this task is extremely difficult, especially with regard to the measurement of the benefits of control, since the perception/sensation of probability of impunity is an important variable, but of uncertain measurement. In this research, an epistemological cut was made to analyze only the external control carried out by the

⁷Sem revisão do editor.

Audit Courts, trying to, at first, build the various ways to measure the average costs and benefits of a procedure in the Audit Court. Along with the demonstration of techniques for calculating the costs and benefits of judgments, a theoretical concept on the efficiency levels of a public audit (external control led by Audit Courts) it will be built, through all developments and controversies of this institute.

KEYWORDS: CORRUPTION. EFFICIENCY. EXTERNAL CONTROL. AUDIT COURTS. LAW AND ECONOMICS.

Como citar este artigo

(ABNT)

CAMELO, Bradson; FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. A eficiência dos Tribunais de Contas no Brasil: uma abordagem teórica. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 54, n. 214, p. 175-188, abr./jun. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p175>.

(APA)

Camelo, B., & Franca, M. T., F^o. (2017). A eficiência dos Tribunais de Contas no Brasil: uma abordagem teórica. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 54(214), 175-188. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p175

Referências

ABRAHAM, Marcus. *Curso de direito financeiro brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

AKSOY, Tamer; KAHYAOGU, Sezer. Measuring the internal audit performance: tips for succesful implementation in turkey. *American International Journal of Contemporary Research*, v. 3, n. 4, 2013.

BLUME, Lorenz; VOIGT, Stefan. Supreme audit institutions: supremely superfluous?: across country assessment. *International centre for economic research*, n. 3, 28 fev. 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, 5 de out. de 1988.

BUGARIN, Paulo Soares. O Princípio constitucional da eficiência: um enfoque doutrinário multidisciplinar. *Revista do Tribunal de Contas da União*, v. 32, n. 87, jan./mar. 2001, p. 39-50.

_____. Dimensões significativas do princípio constitucional da economicidade: uma abordagem multidisciplinar. *Fórum Administrativo*, v. 3, n. 33, p. 3049-3054, nov. 2003.

CALIENDO, Paulo. *Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

CHIAVENATO, Idalberto. *Introdução à teoria geral da administração*. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

CITADINI, Antônio Roque. *O controle externo da administração pública*. São Paulo: Max Limonad, 1995.

DREHER, Axel; HERZFELD, Thomas. The economic cost of corruption: a survey and new evidence. SSRN, jun. 2005. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=734184>. Acesso em: 27 mar. 2017.

EIDENHÜLLER, Horst. *Effizienz als rechtsprinzip*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005.

ESTADOS UNIDOS. Government Accountability Office (GAO). GAO at a Glance. *Government Accountability Office*, 2016. Disponível em: <<http://www.gao.gov/about/gg glance.html>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

FONSECA, Antônio. O Princípio da eficiência: impacto no direito público e improbidade. In: SAMPAIO, José Adércio Leite et al (Org.). *Improbidade administrativa: comemoração pelos 10 anos da Lei 8.429/92*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FURTADO, J. R. Caldas. *Direito Financeiro*. 4. ed. rev. ampl. atual. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

GUERRA, Evandro Martins. *Direito financeiro e controle da atividade financeira estatal*. 3. ed. rev. ampl. atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

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

IPEA. *Custo unitário do processo de execução fiscal na justiça federal: relatório de pesquisa*. Brasília: IPEA, 2011.

LIN, Wan-Ying; CHEN, Jiin-Feng. *Measuring internal auditing's value: report III*. Florida: The Institute of Internal Auditors Research Foundation, c2011. Disponível em: <https://www.iaa.org.uk/media/91495/measuring_internal_auditing_s_value_-_jia_global_cbok_survey.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2017.

MANZOOR, Azhar. A look at efficiency in public administration: past and future. *Sage open*, v. 4, n. 4, dez. 2014.

MATTOS, Enlinson; TERRA, Rafael. Conceitos sobre eficiência. In: BOUERI, Rogério; ROCHA, Fabiana; RODOPOULOS, Fabiana (Org.). *Avaliação da qualidade do gasto público e mensuração da eficiência*. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, 2015.

NISKANEN JUNIOR, W. *Bureaucracy and representative government*. Chicago: Aldine-Atherton, 1971.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 4. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PASCOAL, Valdecir. *Direito financeiro e controle externo: teoria, jurisprudência e 200 questões comentadas*. 8. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

RAJGOPAL, Shivaram; ZHENG, Xin; SRINIVASAN, Suraj. Measuring audit quality. *Scheller college business*, 1º jun. 2015. Disponível em: <<https://www.scheller.gatech.edu/academics/conferences/Rajagopal-Srinivasan-Zheng.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

RODRIGUES, Vasco. *Análise económica do direito: uma introdução*. Coimbra: Almedina, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Os actos e os tempos dos juízes: contributos para a construção de indicadores da distribuição processual nos juízos cíveis*. Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, 2005.

SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *The economic analysis of civil*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2004.

SCHELKER, M.; EICHENBERGER, R. Starke rechnungsprüfungskommissionen: wichtiger als direkte demokratie und föderalismus?: ein erster blick auf die daten. *Swiss Journal of Economics and Statistics*, v. 139, n. 3, p. 351-373, 2003.

SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert. Corruption. *Quarterly Journal of Economics*, v. 108, n. 3, p. 599-617, 1993.

SIMON, Herbert. A behaviour model of rational choice. In: _____. *Models of man: social and rational: mathematical essays on rational human behaviour in a social setting*. New York: Wiley, 1957.

VELJANOVSKI, Cento. *Economic principles of law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

VIEIRA, Laércio Mendes; BUGARIN, Maurício Soares; GARCIA, Leice Maria. Benefícios compartilhados: um mecanismo para induzir a participação da sociedade no controle dos gastos públicos no Brasil. *Economia Aplicada*, v. 8, n. 1, 2004.

WILSON, Woodrow. The study of administration. *Political Science Quarterly*, v. 2, n. 2, jun. 1887.

***Backlash* às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre união homoafetiva**

MARIANA BARSAGLIA PIMENTEL

Resumo: A ampliação do espaço institucional do Poder Judiciário, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, desencadeou um engajamento da população quanto ao que vem sendo decidido nas instâncias jurisdicionais. Surge, nesse cenário, a possibilidade de reações sociais e institucionais negativas às decisões que interpretam o texto constitucional, às quais a teoria constitucional deu o nome de *backlash*. Com base na leitura que o Constitucionalismo Democrático faz do *backlash*, o presente artigo pretende analisar como a população brasileira reagiu à decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 4.277 e na ADPF nº 132, na qual se reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar. Visa-se demonstrar que as respostas negativas da sociedade, muito embora possam trazer consequências indesejadas, não constituem uma ameaça ao jogo democrático, expressando o dissenso em um contexto marcado pelo pluralismo.

Palavras-chave: *Backlash*. Constitucionalismo Democrático. Supremo Tribunal Federal. União homoafetiva.

1. Introdução

A expansão da atuação do Poder Judiciário no Brasil depois da promulgação da Constituição Federal de 1988, principalmente do Supremo Tribunal Federal, que vem resolvendo cada vez mais questões sociais, políticas e morais, potencializou o engajamento da população quanto ao que vem sendo decidido nas cortes.

Muitas decisões proferidas pelo Poder Judiciário – como é de se esperar em um contexto plural como o do Brasil – causam reações negativas por parte da população. A essa resposta contrária da sociedade às decisões

Recebido em 18/1/17
Aprovado em 20/2/17

proferidas pelos órgãos do Judiciário, em específico àquelas em que se interpreta a Constituição, a teoria constitucional deu o nome de *backlash*.

Inserido no contexto do denominado Constitucionalismo Democrático, o fenômeno *backlash* é visto como uma ferramenta de ampliação da legitimidade democrática do sistema jurídico, na medida em que representa a possibilidade de participação do povo na leitura dos significados do texto constitucional.

E é exatamente com base nessa leitura que o presente trabalho visa analisar o *backlash* à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277 (BRASIL, 2011a) e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132 (BRASIL, 2011b), na qual se reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, com todos os direitos e deveres que emanam da união estável entre homem e mulher, consagrados no art. 226, § 3º da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB (BRASIL, 1988), e no art. 1.723 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Para tanto, na seção 2, aponta-se a ampliação do espaço institucional do Poder Judiciário no Brasil, evidenciando a atuação do Supremo Tribunal Federal frente a temas que interessam à população brasileira como um todo. Na seção 3, apresenta-se o conceito do fenômeno *backlash*, com base na leitura feita pelo Constitucionalismo Democrático, utilizando-se como marco teórico Robert Post e Reva Siegel. Na seção 4, examina-se a histórica decisão da Suprema Corte sobre a união homoafetiva, bem como as reações negativas a essa decisão, que surgiram em todos os espaços da sociedade. Finalmente, na seção 5, demonstra-se que o *backlash* pode ser visto como um mal por alguns filósofos da teoria constitucional (e que deve ser evitado), concluindo-se, contudo, que essas reações negativas integram o jogo democrático, não podendo sobrepor-se ao dever do Poder Judiciário de assegurar o direito das minorias. Por derradeiro, após a ponderação das consequências do *backlash* especificamente no contexto da decisão da Suprema Corte que reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, sugere-se a ideia de *backlash* como parte do diálogo constitucional que deve ter lugar nas sociedades democráticas, traduzindo um dissenso que, a par de trazer alguns prejuízos, é inevitável e maximiza a legitimidade da democracia.

2. A ampliação do espaço institucional do Poder Judiciário no Brasil

Passados quase 30 anos da vigência da Constituição Federal de 1988, torna-se inegável a afirmação de que o Poder Judiciário vem ga-

nhando cada vez mais espaço no cenário institucional brasileiro, tanto seu órgão de cúpula, revestido de competência para a proteção da Constituição, quanto suas demais estruturas, na aplicação difusa de um Texto Fundamental que, por seu caráter analítico, se comunica com vários planos da vida cotidiana (VALLE, 2013).

O Supremo Tribunal Federal tem papel de destaque nessa estrutura, respondendo por grande parte das questões morais, sociais e políticas que interessam a todos os cidadãos brasileiros. Para Katya Kozicki e Eduardo Borges Araújo, no artigo intitulado “Um contraponto fraco a um modelo forte: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo”,

O desenho institucional traçado pela Constituição de 1988 reserva ao Supremo Tribunal Federal a “última palavra” no circuito decisório formal, que compreenderia os procedimentos de deliberação e de decisão previstos pela Constituição (MENDES, 2010, p. 217). Em razão dessa circunstância, a arena jurídica é palco de resolução de questões moral, social e politicamente relevantes, devido a uma transferência de poder ao Judiciário, hoje autorizado a decidir questões que estavam fora das suas competências. Inserida no processo mundial de adoção ou de revisão de constituições que adotam cartas de direito e revisão judicial (HIRSCHL, 2004, p. 1), a Constituição de 1988 promove transferências de poder das instituições representativas a órgãos judiciários (ARAÚJO; KOZICKI, 2015, p. 114-115).

A par das críticas que podem ser feitas à Suprema Corte¹ e ao Poder Judiciário como um todo, fato é que atualmente não há como o Estado Democrático de Direito ser dissociado de um Poder Judiciário presente e atuante.

Segundo o Professor Clemerson Merlin Clève,

É preciso considerar, entretanto, que democracia não significa simplesmente governo da maioria. Afinal a minoria de hoje pode ser a maioria de amanhã, e o guardião desta dinâmica majoritária/contramajoritária, em última instância, é, entre nós, o próprio Poder Judiciário que age como uma espécie de delegado do Poder Constituinte. Ou seja, a democracia não repele, ao contrário, reclama a atuação do judiciário nesse campo (CLÉVE, 2006, p. 35).

No mesmo diapasão, Streck (2007) observa, hodiernamente, uma tendência para uma maior atuação do Poder Judiciário, uma vez que em seu entendimento, sob o prisma do Estado Democrático de Direito,

¹ Ressalta-se, aqui, a contundente crítica feita no mencionado artigo de Kozicki e Araujo (2015, p. 114), que coloca o Supremo Tribunal Federal “entre a retórica do Guardião entrincheirado e a prática do Guardião acanhado”.

aquele deveria atuar com independência e mais fortemente como forma de efetivar direitos fundamentais.

Nesse contexto, as questões de reflexão atuais versam menos sobre se o Poder Judiciário deve exercer papel significativo dentro do funcionamento dos três poderes e se deslocam para *como* a atuação do Poder Judiciário deve ser desenvolvida na coordenação do convívio da sociedade brasileira, principalmente por meio do Supremo Tribunal Federal, “que com a reivindicada condição de detentor da última palavra quanto ao sentido constitucional, tem maior capacidade de interferência no exercício do jogo ordinário político” (VALLE, 2013, p. 3).

Considerando que a Suprema Corte vem decidindo questões sensíveis ao imaginário da sociedade brasileira, como a interrupção da gestação de fetos anencéfalos, pesquisas com células-tronco, responsabilidade criminal de agentes públicos, entre outras, não é surpreendente que a população tenha cada vez mais se engajado nas discussões desses temas e reagido (positiva ou negativamente) a essas decisões.

Há, contudo, um novo elemento que merece ser destacado e que surge com a maior visibilidade do Poder Judiciário brasileiro, que seria a possibilidade do despertar de reações populares mais significativas, acompanhadas (ou não) por instâncias políticas, às decisões judiciais (VALLE, 2013). De acordo com Vanice Regina Lírio do Valle,

O fenômeno da reação social ou institucional a uma decisão originária do Tribunal Constitucional não é novo no cenário internacional e tem merecido especial atenção na elaboração doutrinária americana dedicada ao estudo do fenômeno que ali se identifica como *backlash* (VALLE, 2013, p. 4).

O fenômeno do denominado *backlash*, associado a recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, servirá de pano de fundo aos próximos tópicos deste trabalho.

3. Constitucionalismo democrático e *backlash*

Antes de abordar, especificamente, os aspectos teóricos do fenômeno *backlash*, importante é que se faça uma breve incursão no chamado Constitucionalismo Democrático.

Em contraposição ao Constitucionalismo Popular, teoria que preconiza que as decisões concernentes às Constituições devem ser tomadas apenas pelo povo, e não mais pelo Poder Judiciário (KRAMER, 2007) e, também, ao Minimalismo Judicial, de acordo com o qual as cortes não deveriam decidir questões “desnecessárias” na resolução de

um caso concreto, limitando-se a respeitar seus próprios precedentes e exercer “virtudes passivas”², o Constitucionalismo Democrático legitima a atuação do Poder Judiciário por meio da utilização de princípios constitucionais de abertura argumentativa no processo de interpretação constitucional, de modo a potencializar o engajamento político expresso em termos de interações entre as cortes e a sociedade em geral (BUNCHAFT, 2011).

Robert Post e Reva Siegel, ambos professores da *Yale Law School*, no texto “Democratic Constitutionalism and Backlash”, afirmam que

O Constitucionalismo Democrático afirma o papel do governo representativo e dos cidadãos mobilizados na garantia da Constituição, ao mesmo tempo em que afirma o papel das Cortes na utilização de um raciocínio técnico-jurídico para interpretar a Constituição. Diferentemente do Constitucionalismo Popular, o constitucionalismo democrático não procura retirar a Constituição das Cortes. Constitucionalismo Democrático reconhece o papel essencial dos direitos constitucionais judicialmente garantidos na sociedade americana. Diferentemente do foco juricêntrico nas Cortes, o Constitucionalismo Democrático aprecia o papel essencial que o engajamento público desempenha na construção e legitimação das instituições e práticas do judicial *review* (POST; SIEGEL, 2007, p. 379, tradução nossa).

Para os autores, a premissa do Constitucionalismo Democrático reside justamente no fato de que a autoridade da Constituição depende de sua legitimidade democrática, o que se dá no momento em que os cidadãos reconhecem a Constituição como a *sua* Constituição. Essa crença, para Robert Post e Reva Siegel, é sustentada por tradições de engajamento popular, que autorizam os cidadãos a não só interpretar a Constituição, como também a se opor a quem quer que a esteja desrespeitando (POST; SIEGEL, 2007).

Dentro do Constitucionalismo Democrático, fortemente marcado pelo pluralismo de posicionamentos políticos e pela possibilidade de debate acerca da interpretação da Constituição (como tem acontecido no Brasil hodiernamente), torna-se inquestionável que as manifestações e/ou reações populares contrárias a certa interpretação constitucional feita pelo Poder Judiciário engrandecem a legitimidade do sistema jurídico (KOZICKI, 2015).

Considerando que é dada ao povo a abertura necessária para o debate acerca de como a Constituição deve ser aplicada, nada mais razoável e esperado do que haver discordâncias da posição adotada pelo Poder Judiciário naquelas decisões em que se interpreta a Magna Carta.

²Defendido, principalmente, por Sustain (1999).

A essas reações populares “negativas” mais significativas, a teoria constitucional deu o nome de *backlash*. O termo, então, pode ser entendido como a contraforça que surge, no seio da sociedade, ante decisões do Poder Judiciário que interpretam a Constituição. Conforme leciona Katya Kozicki,

O termo *backlash* pode ser traduzido como reação, resposta contrária, repercussão. Dentro da teoria constitucional, vem sendo concebido como a reação contrária e contundente a decisões judiciais que buscam outorgar sentido às normas constitucionais. Seriam, então, reações que acontecem desde a sociedade e questionam a interpretação da Constituição realizada no âmbito do Poder Judiciário. No Brasil, penso ser o caso, especialmente, das reações populares às decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas em sede de controle concentrado/abstrato de constitucionalidade. O engajamento popular na discussão de questões constitucionais não apenas é legítimo dentro dessa perspectiva, mas pode contribuir, também, para o próprio fortalecimento do princípio democrático (KOZICKI, 2015, p. 194).

O fenômeno do *backlash* não é novidade no cenário internacional e tem merecido especial aprofundamento na doutrina americana. Na história dos Estados Unidos, despontam reações de toda ordem havidas em decorrência do julgamento dos conhecidos casos *Brown v. Board of Education*³ e *Roe v. Wade*⁴, que provocaram intensa discussão acerca do poder da Suprema Corte de dar respostas a questões de ordem social e institucional tão caras à população.

Neste ponto, esclarece-se que o conceito de *backlash* não se associa com erro ou acerto da decisão objeto da reação. Não há, por assim dizer, um liame inexorável entre a reação social e a correção da decisão. Nesse sentido,

É de Krieger (2001, p.1-76) a explicitação de que o *backlash* resulta de uma relação entre um regime legal instituído para promover uma mudança social, e o sistema de normas e práticas consolidadas destinatário dessa nova disciplina normativa. O *backlash* tende a emergir quando a aplicação de um regime legal transformativo gera resultados que divirjam visceralmente da normatização já consagrada ou de instituições em relação às quais segmentos influentes da população mantenham uma consciente e significativa fidelidade normativa. [...] Está-se então no plano puro e simples da manifestação do dissenso a uma alteração brusca do *status quo* – sem que se possa afirmar aprioristicamente que

³ Nesse caso, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu ser inconstitucional a divisão racial entre estudantes brancos e negros em escolas públicas do país.

⁴ Nesse caso, a Suprema Corte decidiu que a mulher, amparada pelo direito à privacidade e pela cláusula do devido processo legal da “Décima Quarta Emenda”, detém o poder de decidir, por si só, acerca da continuidade ou da interrupção da sua gravidez.

essa divergência seja em si boa ou ruim; o que ela expressa é em princípio, o descontentamento com a solução. A reação à mudança brusca – e em síntese é disso que se cuida quando se alude a *backlash* – só pode receber signo valorativo quando se tem uma avaliação sobre a bondade ou maldade do regime anterior (superado pela decisão) que funcione como elemento de orientação quanto à pertinência da mudança em si (VALLE, 2013, p. 9).

É exatamente em razão dessa alteração na ordem das coisas que, muitas vezes, existem reações negativas àquelas decisões do Judiciário, principalmente as proferidas pela Suprema Corte, que interpretam a Constituição de modo a ampliar e reconhecer o direito das minorias.

Fixado o conceito de *backlash* e pontuado que não se trata apenas de reações negativas a “decisões ruins”, passa-se à análise desse fenômeno da teoria constitucional no contexto das uniões homoafetivas.

4. A união homoafetiva e a reação popular às decisões do Supremo quanto ao tema

O reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, digna de proteção e regulamentação, integrou a luta do movimento LGBT e de uma parcela da população durante muitos anos.

No Brasil, as relações homoafetivas vinham sendo chanceladas, diariamente, pelos Tribunais Estaduais e pelos magistrados de primeiro grau, mediante a concessão de diversos direitos a parceiros homossexuais, como a partilha de bens, a pensão por morte, a condição de dependente em planos de saúde, entre outros.

A doutrina nacional há muito tempo defendia que a previsão do art. 226 da Constituição Federal⁵ seria meramente exemplificativa, pois “não se pode deixar de reconhecer que há relacionamentos que, mesmo sem a diversidade de sexos, atendem a tais requisitos. Têm origem em um vínculo afetivo, devendo ser identificados como entidade familiar a merecer a tutela legal” (DIAS, 2010, p. 193).

⁵“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (BRASIL, 1988).

Finalmente, no ano de 2011, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277 (BRASIL, 2011a) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132 (BRASIL, 2011b), proferiu decisão histórica, na qual reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, com todos os direitos e deveres que emanam da união estável entre homem e mulher, consagrados no art. 226, § 3º, da CRFB e no art. 1.723 do Código Civil⁶.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277 foi protocolada na corte inicialmente como ADPF nº 178. A ação buscou a declaração de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Visava, também, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis fossem estendidos aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Já na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, o governo do Estado do Rio de Janeiro (RJ) alegou que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria preceitos fundamentais como igualdade, liberdade (da qual decorre a autonomia da vontade) e o princípio da dignidade da pessoa humana, todos da Constituição Federal. Com esse argumento, pediu que a Suprema Corte aplicasse o regime jurídico das uniões estáveis, previsto no art. 1.723 do Código Civil, às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis do Rio de Janeiro.

⁶“Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. § 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente. § 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável” (BRASIL, 2002).

Seguido pelos demais Ministros do Supremo, o Ministro Relator das ações, Ayres Britto, votou no sentido de interpretar a norma do art. 1.723 do Código Civil Brasileiro conforme a Constituição Federal de 1988, a fim de excluir qualquer significado do dispositivo legal que pudesse impedir que a união entre pessoas do mesmo sexo fosse reconhecida como entidade familiar:

O sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional aqui reproduzido em nota de rodapé (inciso IV do art. 3º) é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos. Tratamento discriminatório ou desigualitário sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos” (este o explícito objetivo que se lê no inciso em foco). [...] Óbvio que, nessa altaneira posição de direito fundamental e bem de personalidade, a preferência sexual se põe como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana” (inciso III do art. 1º da CF), e, assim, poderoso fator de afirmação e elevação pessoal. A teor do § 1º do art. 5º da nossa Lei Maior [...] se deduz que a liberdade sexual do ser humano somente deixaria de se inscrever no âmbito de incidência desses últimos dispositivos constitucionais (inciso X e § 1º do art. 5º), se houvesse enunciação igualmente constitucional em sentido diverso. Coisa que não existe. [...] Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme a Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva (BRASIL, 2011b, p. 24).

Essa decisão do Supremo Tribunal Federal, muito embora tenha agradado a uma parcela da população, principalmente àqueles que defendem o direito de igualdade no tratamento da comunidade LGBT, desencadeou reações contrárias, que aconteceram em diferentes espaços da sociedade.

Entre essas reações negativas (feito *backlash*), menciona-se, em primeiro lugar, na esfera política, o crescimento de vozes favoráveis ao chamado Estatuto da Família, que pretende excluir as relações homoafetivas da proteção estatal.

O Estatuto da Família é um projeto de lei (PL 6583/13) ainda em trâmite no Congresso Nacional, que propõe regras jurídicas para definir quais grupos podem ser considerados como entidade familiar perante a lei. Nos termos do art. 2º do Estatuto da Família: “Para os fins desta Lei, define-se entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (BRASIL, 2013a).

O apoio ao projeto de lei, ressaltou-se, não se restringe aos membros do Congresso Nacional. A Câmara dos Deputados realizou uma enquete em seu sítio eletrônico, criada em fevereiro de 2014 e encerrada em agosto de 2015, na qual questionava: “Você concorda com a definição de família como núcleo formado a partir da união entre homem e mulher, prevista no projeto que cria o Estatuto da Família?”. Ao ser finalizada, a enquete registrou 5,3 milhões de votos contrários à proposta, isto é, 51,6%. Os votos a favor da proposta somaram 4,9 milhões, ou seja, 48,09%.

Outras pesquisas feitas recentemente demonstram que muitos brasileiros não aprovam a união homoafetiva. Segundo a pesquisa

realizada no ano de 2015, pela *Hello Research*, agência de pesquisa de mercado e inteligência, quase a metade da população brasileira é contra o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Das pessoas que foram ouvidas, 21% declararam serem indiferentes ao tema e 30% totalmente a favor do casamento homossexual (BARBOSA, 2015).

Nas redes sociais também é possível verificar a forte reação negativa à decisão do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu o direito dos casais homossexuais. Não são raras as publicações que negam veementemente o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar. Vislumbra-se, também, um forte apoio a políticos extremamente conservadores que defendem abertamente que o conceito de família se restringe à união entre um homem e uma mulher.

Não só por meio de seus computadores, todavia, as pessoas expressaram a sua insatisfação com a decisão da ADPF nº 132/RJ e da ADI nº 4.277/DF (BRASIL, 2011a, 2011b) e com o reconhecimento, em geral, de direitos à comunidade LGBT. Muitos brasileiros foram (e continuam indo) às ruas protestar contra o movimento LGBT, o governo federal e o Poder Judiciário, em razão do tratamento juridicamente igualitário atualmente dado aos casais homossexuais⁷.

Essas reações da sociedade brasileira demonstram o desapontamento da população com a equiparação da união homoafetiva com a união heterossexual, que se concretizou com a decisão da Suprema Corte. Contudo, como será visto a seguir, essa reação social negativa faz parte do jogo democrático, não constituindo uma ameaça ao seu funcionamento.

⁷Tem-se, como exemplo, o protesto liderado por Silas Malafaia no ano de 2013, do qual aproximadamente 40 mil pessoas participaram (BRESCIANI, 2013).

5. O *backlash* como um “mal” necessário

Como visto, a postura liberal do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF nº 132/RJ e na ADI nº 4.277/DF causou reações negativas da sociedade, com uma forte ascensão do conservadorismo no que concerne ao tema das uniões homoafetivas. Segundo George Marmelstein Lima, “a mudança jurídica decorrente da decisão judicial obriga que os conservadores explicitem seus pontos de vista claramente e, nesse processo, um sentimento de intolerância que até então era encoberto pela conveniência do *status quo* opressivo tende a surgir de modo menos dissimulado” (LIMA, 2015, p. 1).

O *backlash* à decisão da Suprema Corte não se restringiu ao mero inconformismo da população, por meio de discursos de intolerância, mas desencadeou, também, a atuação do Poder Legislativo, por intermédio do mencionado Estatuto da Família (PL 6583/13). Abriu-se espaço, por assim dizer, a uma eventual vitória dos políticos conservadores, com a possibilidade de aprovação de uma lei que visa piorar a situação dos casais homossexuais⁸.

O “mal” causado pelo *backlash*, consistente no fortalecimento de correntes políticas contrárias à decisão, levou muitos pesquisadores a afirmarem que esse fenômeno mais obstaculiza do que promove os direitos protegidos pelas Cortes Constitucionais. Segundo Robert Post e Reva Siegel,

Uma das muitas razões para essa resistência é que os progressistas passaram a ter medo de que uma decisão judicial possa causar

uma reação política e cultural que mais prejudique do que promova os valores progressistas. Uma geração atrás, progressistas responderam a um violento *backlash* contra *Brown v. Board of Education*, tentando desenvolver princípios de teoria constitucional que ajudariam a justificar decisões que causam controvérsia. Hoje, há muitos progressistas que perderam as esperanças nesse projeto. Eles temem que decisões judiciais causem *backlash* do tipo que eles atribuem ao caso *Roe v. Wade*, o qual acreditam que desencadearam o Novo Direito. Perplexos com a ferocidade do contra-ataque dos conservadores, os progressistas concluíram que a melhor tática é não agir quando há possibilidade de ressentimentos por parte da população (POST; SIEGEL, 2007, p. 373-374, tradução nossa).

Sustein (1999), nesse sentido, ressalva a possibilidade de o ativismo judicial potencializar a articulação de forças políticas contrapostas ao sentido da decisão. De acordo com o autor, “a decisão da Corte pode ativar forças opostas e desmobilizar os atores políticos que ela favorece. Ela pode produzir um intenso refluxo social, em um processo de deslegitimação de si própria assim como do objetivo que ela procura promover” (SUSTEIN, 1999, p. 59, tradução nossa).

Post e Siegel (2007) argumentam que, embora esses “custos” do *backlash* sejam inevitáveis, o Constitucionalismo Democrático identifica certos benefícios dessa reação social. Para os autores, o *backlash* pode promover a solidariedade constitucional e revigorar a legitimidade democrática da interpretação constitucional.

De fato, “a divergência expressa no ambiente democrático veicula um ponto de vista que não foi considerado, [...] este é um elemento que necessariamente enriquece a discussão sobre o efetivo acerto da decisão havida em *judicial review*” (VALLE, 2013, p. 16).

No caso específico do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar,

⁸ Adverte-se, aqui, que, muito embora exista a possibilidade de que o Estatuto da Família vire lei, o Supremo Tribunal Federal detém a competência para, eventualmente, declarar essa norma inconstitucional.

não há como negar que a decisão do Supremo Tribunal Federal, ainda que tenha causado diversas controvérsias, foi fundamental para a promoção do direito à igualdade das pessoas da comunidade LGBT.

Em outras palavras, sem a decisão judicial, dificilmente se conseguiria a necessária mobilização social para que a situação fosse abertamente discutida, uma vez que há um déficit de representação de determinadas minorias nas instâncias deliberativas, o que, em muitas situações, demanda uma expansão da atuação judicial.

Há que se ressaltar, outrossim, que a decisão do Supremo não causou apenas reações negativas por parte da população e dos órgãos institucionais. Pelo contrário, ela contribuiu para que direitos dos casais homossexuais fossem ampliados.

É o que se deu, por exemplo, através da Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013, do Conselho Nacional de Justiça, que estabeleceu a proibição aos cartórios brasileiros de se recusarem a realizar a habilitação, a celebração de casamento civil ou a conversão de união estável em casamento entre as pessoas do mesmo sexo.⁹

O que se denota é que a recusa dos cartórios em fazer valer a decisão da Suprema Corte levou o CNJ a garantir a efetivação dos direitos assegurados pela Constituição Federal.

A abertura do espaço de discussão quanto às decisões de interpretação constitucional feita pelo Poder Judiciário (premissa do Constitucionalismo Democrático) e os conflitos sobre determinados significados constitucionais no seio da sociedade, nesse contexto,

⁹“Art. 1º. É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre as pessoas do mesmo sexo. Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.” (BRASIL, 2013b)

inserir-se dentro de um cenário de normalidade de uma cultura constitucional, não representando, por si só, um risco à democracia.

O dissenso faz parte dos valores da sociedade e nunca deixará de existir. Desse modo, o receio de uma contraforça às decisões judiciais que interpretam a Constituição não pode sobrepor-se ao dever do Poder Judiciário de garantir direitos de minorias, *a fortiori* porque as instâncias deliberativas do Poder Legislativo não são capazes de fazê-lo.

6. Conclusão

O Direito, como fundamento de ordem social, assume caráter de força propulsora quando visa proporcionar, por via principal aos indivíduos e por via de consequência à sociedade, o meio favorável ao seu aperfeiçoamento. A constante evolução da sociedade se reflete de maneira significativa no campo do Direito, em especial no âmbito da teoria constitucional, responsável por analisar, entre outras questões, a atuação do Poder Judiciário na guarda da Constituição.

É no Supremo Tribunal Federal que se localiza a última etapa do circuito decisório delineado pela Constituição Federal de 1988, resultado de um processo de concentração das funções de controle de constitucionalidade em torno do Poder Judiciário, principalmente em seu órgão de cúpula.

Essa atuação da Suprema Corte na interpretação da Constituição, como visto, tem o condão de desencadear reações e respostas negativas por parte da sociedade, denominadas pela doutrina *backlash*.

No contexto da decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF nº 132 e da ADI nº 4.277, que trata do reconhecimento de direitos a indivíduos que vivem em

união homoafetiva, houve, por parte da sociedade e de alguns órgãos institucionais, uma intensa reação negativa, que levou não só a protestos e discursos de intolerância, mas também a respostas no âmbito do Poder Legislativo.

O *backlash* à referida decisão, muito embora possa trazer consequências indesejáveis, com um possível retrocesso dos direitos dessa minoria em específico – caso seja aprovado o Estatuto da Família, por exemplo –, não é capaz de desconstituir os benefícios que a decisão do Supremo trouxe à comunidade LGBT.

Somente a partir da decisão da Suprema Corte é que os casais homossexuais passaram a ter “automaticamente” reconhecidos direitos assegurados aos casais heterossexuais em união estável. Se dependessem do Poder Legislativo para tanto, presume-se que jamais teriam a representatividade necessária para discutir abertamente o problema.

A divergência por parte da população, nesse aspecto, não deve ser vista com receio a ponto de se defender que o Judiciário não deva proferir decisões que garantam direitos das minorias. Muito pelo contrário, o dissenso integra o jogo democrático e legitima as decisões proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário, na medida em que permite que o povo faça a sua própria interpretação da Constituição.

O dever do Poder Judiciário de atuar de modo a interpretar a Constituição, assegurando os direitos fundamentais ali previstos, portanto, sobrepõe-se a uma possível reação negativa, que faz parte da normalidade em um contexto de diálogo entre as Cortes e a sociedade em geral.

Sobre a autora

Mariana Barsaglia Pimentel é mestranda em Direito das Relações Sociais pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, PR, Brasil; advogada atuante no escritório Medina & Guimarães Advogados Associados, Curitiba, PR, Brasil.

E-mail: maaribpimentel@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹⁰

BACKLASH TO THE SUPREME FEDERAL COURT DECISIONS ABOUT HOMOSEXUAL RELATIONSHIP

¹⁰ Sem revisão do editor.

ABSTRACT: The expansion of judiciary's institutional space, after the promulgation of the constitution, set off an engagement of the population about the decisions issued by the courts and the judges in general. Arises, in this context, the possibility of social and institutional negative responses to decisions that interpret the constitution, which the constitutional theory named *backlash*. Based on the ideas of democratic constitutionalism about the *backlash*, this article aims to analyze how the population reacted to the decision of the supreme federal court, which recognized the homosexual union as a family entity. The aim is to demonstrate that the negative responses of society, even though may bring unintended consequences, are not a threat to the democratic process, expressing dissent in a context marked by pluralism.

KEYWORDS: BACKLASH. DEMOCRATIC CONSTITUTIONALISM. SUPREME FEDERAL COURT. HOMOSEXUAL RELATIONSHIP.

Como citar este artigo

(ABNT)

PIMENTEL, Mariana Barsaglia. Backlash às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre união homoafetiva. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 54, n. 214, p. 189-202, abr./jun. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p189>.

(APA)

Pimentel, M. B. (2017). Backlash às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre união homoafetiva. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 54(214), 189-202. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p189

Referências

ARAÚJO, Eduardo Borges; KOZICKI, Katya. Um contraponto fraco a um modelo forte: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo. *Sequência*, Florianópolis, v. 36, n. 71, p. 107-131, 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n71/2177-7055-seq-71-00107.pdf>>. Acesso em: 9 maio 2017.

BARBOSA, Daniela. Quase metade dos brasileiros é contra casamento gay. *Exame*, 11 maio 2015. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/quase-50-dos-brasileiros-sao-contra-casamentos-gays/>>. Acesso em: 5 jun. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, 5 out. 1988.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, 11 de jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 8 maio 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 4.227. Requerente: Procuradoria Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. *Diário da Justiça Eletrônico*, 14 out. 2011a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 8 maio 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 132. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto. *Diário da Justiça Eletrônico*, 14 out. 2011b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 8 maio 2017.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 6.583/2013*. Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências. 16 out. 2013a. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597005>>. Acesso em: 8 maio 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 175, de 14 de maio de 2013. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. *Diário da Justiça*, 15 maio 2013b. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf>. Acesso em: 8 maio 2017.

BRESCIANI, Eduardo. Em ato contra gays, Silas Malafaia diz que união homoafetiva é crime. *O Estado de S. Paulo*, 5 jun. 2013. Política. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,em-ato-contra-gays-silas-malafaia-diz-que-uniao-homoafetiva-e-crime,1039203>>. Acesso em: 5 jun. 2017.

BUNCHAFT, Maria Eugênia. Constitucionalismo democrático versus minimalismo judicial. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 38, p. 154-180, jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/189/171>>. Acesso em: 9 maio 2017.

CLÈVE, Clemerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 14, n. 54, p. 28-39, jan./mar. 2006.

DIAS, Maria Berenice. Família homoafetiva. In: _____. *Manual de direito das famílias*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 192-206.

KOZICKI, Katya. Backlash: as “reações contrárias” à decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de et al. (Org.). *O Direito Achado na Rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina*. Brasília: UnB, 2015. v. 7. p. 192-194. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/15-12-15-direito-achado-na-rua-vol-7_web-versao-10mb-1.pdf>. Acesso em: 9 maio 2017.

KRAMER, Larry. The interest of the man: James Madison, popular democracy. *Valparaiso University Law Review*, v. 41, n. 2, p. 697-754, 2007. Disponível em: <<http://scholar.valpo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1174&context=vulr>>. Acesso em: 19 maio 2017.

LIMA, George Marmelstein. *Efeito backlash da jurisdição constitucional: reações políticas à atuação judicial* [online]. 2015. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisdicao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/>>. Acesso em: 9 maio 2017

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and the backlash. *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review*, v. 42, n. 2, p. 373-433, 2007. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=990968>. Acesso em: 9 maio 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Backlash à decisão do Supremo Tribunal Federal: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática* [online]. 2013. Disponível em: <https://www.academia.edu/5159210/Backlash_%C3%A0_decis%C3%A3o_do_Supremo_Tribunal_Federal_pela_naturaliza%C3%A7%C3%A3o_do_dissenso_como_possibilidade_democr%C3%A1tica>. Acesso em: 9 maio 2017.

A razão pública conforme John Rawls e a construção legítima do provimento jurisdicional no STF

VINÍCIUS SILVA BONFIM
FLÁVIO QUINAUD PEDRON

Resumo: Para além das formações teóricas relativas à atividade da jurisdição constitucional, a questão que este trabalho ressalta é a importância de se analisar também a estrutura e a configuração das instituições, sob o risco de que todo o processo normativo de aplicação e de justificação possa ser desprezado. Assim, pretende-se, com base na concepção de razão pública de John Rawls, analisar criticamente se a estrutura de julgamento e de construção do provimento no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF) é de fato legítima e se a instituição – órgão do poder Judiciário – possibilita a implementação do uso público da razão para a construção da razão pública.

Palavras-chave: Fundamentação das decisões judiciais. Razão pública. Legitimidade democrática.

1. Introdução

Não é de hoje que a discussão acerca do dever de fundamentação dos provimentos jurisdicionais toma a cena do debate jurídico brasileiro, de modo que o Código de Processo Civil – CPC (BRASIL, 2015), notadamente com seu art. 489¹, apenas vem representar um marco

¹Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

dessa conquista, mas nunca encerrar o debate acerca dessa questão. Por outro lado, grande parte dos autores de direito constitucional e de teoria geral do processo têm enaltecido a atividade jurisdicional como uma maneira de encontrar alternativas representativas no ato decisório, pois, ao Judiciário caberia, sobretudo, garantir o devido processo constitucional. Isso significa que, entre os processos de efetivação de direitos, em um ordenamento jurídico composto por normas – regras e princípios –, a atividade jurisdicional *não pode ser discricionária*; quer dizer, não podem as convicções pessoais do decisor, por mais que sejam determinadas por um horizonte histórico de sentidos, definir subjetivamente o conteúdo da decisão. É preciso que se atente a todo um contexto de aplicação e de justificação das normas no ordenamento jurídico. Nesse sentido, cada vez mais a doutrina tem encontrado amparo em princípios constitucionais que regem a atividade jurisdicional, haja vista o dever da fundamentação das decisões, hoje, ser compreendido como norma constitucional² primeiro, por expressa disposição; segundo, por ser um desenvolvimento do princípio do contraditório³ – que desde muito sob a lógica da cooperação, mostrasse como verdadeiro dever de participação e influência sobre a decisão –, além de estar conectado com os princípios da eficiência, da não surpresa, do duplo grau de jurisdição e com os princípios institutivos do processo, entre tantos outros.

Para além das formações teóricas relativas à atividade da jurisdição constitucional, a questão que este trabalho ressalta é a importância de se analisar também a estrutura e a configuração das instituições, sob o risco de que todo o processo normativo de aplicação e de justificação possa ser desprezado. Assim, tomando como referência a concepção de razão pública de John Rawls, pretende-se analisar se a estrutura de julgamento e de construção do provimento no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF) é de fato legítima e se a instituição – órgão do poder Judiciário – possibilita a implementação do uso público da razão para a construção da razão pública.

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento” (BRASIL, 2015).

²“Art. 93. [...] IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação” (BRASIL, 1988).

³Para maiores detalhes sobre a atual compreensão do princípio do contraditório, remetemos a Theodoro Jr. et al. (2016).

2. Rawls e o contexto democrático de construção da razão pública

No âmbito da filosofia política, John Rawls (1921-2002) ocupa lugar singular nas discussões sobre democracia tanto por produzir novas explanações que dizem respeito à moral e ao direito, quanto por incentivar novos escritores e críticos a pensarem sobre questões por ele levantadas.⁴ Com a publicação de *A theory of justice* (RAWLS, 1971), o autor ganhou notoriedade mundial ao resgatar a discussão fundamental sobre liberdades individuais e igualdades de oportunidades.⁵

O contexto da Guerra Fria, no qual Rawls estava inserido, levou-o a refletir com maior atenção sobre a ordem política e a ordem econômica, já que, após as duas Grandes Guerras, o mundo estava dividido entre dois blocos radicalmente diferentes. De um lado, estava o capitalismo tardio, em defesa dos direitos humanos e da soberania popular, e, de outro, as ideologias emergentes do século XX, como a proposta pela URSS, que, à época, crescia alarmantemente.

Em sua juventude, Rawls participou diretamente do exército norte-americano na II Guerra Mundial, acompanhando os lançamentos das duas bombas nucleares em Hiroshima e Nagasaki (OLIVEIRA, 2003; POGGE, 2007). Esse fato não encobre sua insatisfação com a ordem capitalista dos EUA; muito pelo contrário, torna-o atento à agitação geopolítica e ao

conjunto de fatores que emergem do mundo globalizado, como as lutas econômicas e ideológicas de seu país com a URSS.

Já em Harvard, o autor acompanhou a guerra dos EUA com o Vietnã. Segundo Oliveira,

Rawls encontrava-se numa posição intermediária com relação a seus colegas de Harvard, entre o conservadorismo de W.V. Quine e o maoísmo de Hilary Putnam. Além de assumir publicamente seus posicionamentos pacifistas opostos à política externa dos republicanos americanos, Rawls também se preocupava com o destino dos programas previdenciários e das políticas públicas do chamado “Estado de bem-estar social”, o *welfare state* (2003, p. 11).

Com pouco mais de vinte anos, em Princeton, Rawls especializou-se na área de filosofia moral para, posteriormente, elaborar seus principais escritos em teoria da justiça (POGGE, 2007). Desde seus primeiros estudos da década de 50, *Outline of a decision procedure for ethics* (1952), até suas últimas obras, o autor passou por um ponto estruturante e fundamental da filosofia e da política, que foi a temática da possibilidade de construção das instituições públicas por cidadãos livres, iguais e democráticos.

Rawls é profundamente influenciado pelo pensamento de Kant, o que ele afirma abertamente na TJ: “A teoria que resulta é de natureza fortemente kantiana” (RAWLS, 1971, p. xviii, tradução nossa).⁶ Ele é leitor também dos autores clássicos da política, como Hobbes, Locke e Rousseau. A influência kantiana é que o leva a pensar, em um nível de abstração teórica, a concepção de justiça e a organização social contratualista.

⁴Intelectuais das mais diversas áreas do conhecimento discutiram com Rawls, o que faz do trabalho do autor verdadeiro estudo e interlocução interdisciplinar. Na psicologia comportamental, Kohlberg foi um desses interlocutores. Na economia, constam nomes premiados com o Nobel, como John Nash, Amartya Sen e John Harsanyi; no cenário jurídico, na filosofia do direito e na política, Ronald Dworkin, Thomas Nagel e Herbert Hart; nas ciências sociais, Robert Dahl.

⁵Utilizar-se-á aqui a sigla TJ para fazer menção à obra *A theory of justice* (RAWLS, 1971).

⁶No original: “The theory that results is highly Kantian in nature”.

Observa-se a repercussão e amplitude da pesquisa de Rawls pela dimensão que suas discussões alcançaram no cenário acadêmico mundial. Na medida em que suas investigações teóricas ganharam notoriedade, emergiram autores tanto para confrontá-las quanto para reafirmá-las, o que, de certa forma, mostra a importância do filósofo para as teorias da democracia.

Gargarella afirma que a notoriedade alcançada por Rawls, tanto a atribuída pelos seus críticos quanto por aqueles que pretendem contribuir para a menor vulnerabilidade de sua teoria, é “fato que nos revela menos a quantidade de dificuldades ou erros em sua teoria”, e mais “a atração que ela soube despertar” nos teóricos (2008, p. xx).

Rawls se considera um opositor dos modelos teleológicos da filosofia moral, que definem o que é “bem” independentemente do que realmente seria justo: “Essa prioridade do justo diante do bem na justiça como imparcialidade acaba por ser uma característica central da concepção” (RAWLS, 1971, p. 31-32, tradução nossa).⁷ Em virtude da grande notoriedade, aplicação e reconhecimento alcançados por essas teorias é que Rawls as coloca como objetos de análise e crítica.

Em sua primeira grande obra, *A theory of justice* (RAWLS, 1971), o autor elabora sua teoria para que seja aplicada às instituições públicas e à sociedade em geral. O objetivo é permitir acesso aos bens primários e a igual oportunidade, e não a intervenção ou determinação de qual é o melhor modo de vida para as pessoas; com isso, preservar-se-ia o pluralismo de concepções e de projetos de vida boa, que é inerente a uma concepção democrática de sociedade.

As instituições, antes de serem eficientes, devem ser justas e ter como primeira virtude a justiça. A instituição que assim não for deve ser transformada para que se torne justa. A tensão entre o justo e o injusto só acaba mesmo com a transformação e a reformulação das instituições – ou das leis que são consideradas injustas.

A justiça como imparcialidade⁸ configura a estrutura de base da sociedade, de tal modo que as principais instituições sociais distribuam os direitos e os deveres fundamentais e determinem a divisão das vantagens decorrentes da cooperação social (RAWLS, 1971). A instituição,

⁷No original: “This priority of the right over the good in justice as fairness turns out to be a central feature of the conception”.

⁸Vamos aqui discordar da opção feita pelas traduções brasileiras que utilizam o termo *equidade* em vez de *imparcialidade*, pois não se trata da melhor tradução da palavra de língua inglesa *fairness*. Além disso, o emprego da palavra *equidade* pode confundir o leitor e sugerir uma falsa adesão do pensamento de Rawls à tradição aristotélica, o que não é correto! Dessa forma, o sentido de *fairness* se mostra muito mais como um *respeito às regras do jogo democrático* ou mesmo como *jogo limpo*, razão pela qual a expressão *imparcialidade* mostra-se mais adequada.

que existe em determinado local e momento, somente pode ser criada pela regulamentação do “entendimento público de que se deve obedecer ao sistema de normas que a define” (RAWLS, 1971, p. 55, tradução nossa).⁹ Por instituição Rawls entende um sistema público de normas que definem cargos e funções com seus direitos e deveres. Ao afirmar que as instituições são um sistema público de normas, aponta que as pessoas que dela participam têm conhecimento de quais são os princípios de justiça que serão adotados em uma posição original. Segundo suas palavras:

Ao afirmar que a instituição, e, portanto, a estrutura básica da sociedade, é um sistema público de normas, quero dizer que todos nela envolvidos sabem o que saberiam se tais normas e sua participação nas atividades que essas normas definem fossem resultantes de um acordo. A pessoa que participa da instituição sabe o que as normas exigem dela e das outras. Também sabe que as outras pessoas sabem disso, e assim por diante (RAWLS, 1971, p. 56, tradução nossa).¹⁰

O autor oferece as “principais características estruturais da concepção alternativa de justiça que estão implícitas na tradição contratualista” (RAWLS, 1971, p. viii, tradução nossa).¹¹ Para isso, discorre sobre a alternativa que “melhor se aproxima dos nossos juízos ponderados acerca da justiça e constitui a base moral mais apropriada para uma sociedade democrática” (RAWLS, 1971, p. viii, tradução nossa).¹² Essa base moral apropriada sustenta a ideia de coexistência de valores, como os de igualdade e de liberdade de todos, levando em consideração a relação necessária de todos os interessados dentro da sociedade plural e bem ordenada que formula os princípios de justiça que determinam a justiça das instituições públicas.

A sociedade bem ordenada, para Rawls, não é aquela que tão somente proporciona o bem a seus membros, mas é a que possui uma

⁹No original: “[...] understanding that the system of rules defining the institution is to be followed”.

¹⁰No original: “In saying that an institution, and therefore the basic structure of society, is a public system of rules, I mean then that everyone engaged in it knows what he would if these rules and his participation in the activity they define were the result of an agreement. A person taking part in an institution knows what the rules demand of him and of the others. He also knows that the others know this and that they know that he knows this, and so on”.

¹¹No original: “One to see more clearly the chief structural features of the alternative conception of justice that is implicit in the contract tradition”. Apesar de Rawls afirmar que sua teoria é contratualista, ele não a reconhece como completa nesse sentido, pois a ideia dos contratualistas pode ser ampliada à escolha de princípio de qualquer virtude, não só de justiça, como o autor faz.

¹²No original: “[...] best approximates our considered judgments of justice and constitutes the most appropriate moral basic for a democratic society”.

concepção de justiça. Basicamente, o autor procura legitimar as instituições públicas através de uma *justiça distributiva*, uma vez que algumas pessoas têm deveres demais e direitos de menos, ao contrário de outras que têm direitos demais e deveres de menos. Se todos devem ter igual acesso a direitos socialmente reconhecidos, por que alguns têm maiores facilidades para alcançá-los que outros? Rawls assim explica a ideia central de sua teoria da justiça:

Meu objetivo é apresentar uma concepção de justiça que generalize e eleve a um nível mais alto de abstração a conhecida teoria do contrato social conforme encontrada em, digamos, Locke, Rousseau e Kant. Para isso, não devemos achar que o contrato original tem a finalidade de inaugurar determinada sociedade ou de estabelecer uma forma específica de governo. Pelo contrário, a ideia norteadora é que os princípios de justiça para a estrutura básica da sociedade constituem o objeto do acordo original. São eles os princípios que pessoas livres e racionais, interessadas em promover seus próprios interesses, aceitariam em uma situação inicial de igualdade como definidores das condições fundamentais de sua associação. Esses princípios devem reger todos os acordos subsequentes; especificam os tipos de cooperação social que se podem realizar e as formas de governo que se podem instituir. Chamarei de justiça como imparcialidade essa maneira de encarar os princípios da justiça (RAWLS, 1971, p. 11, tradução nossa).¹³

¹³No original: "My aims to present a conception of justice which generalizes and carries to a higher level of abstraction the familiar theory of the social contract as found, say, in Locke, Rousseau, and Kant. In order to do this we are not to think of the original contract as one to enter a particular society or to set up a particular form of government. Rather, the guiding idea is that the principles of justice for the basic structure of society are the object of the original agreement. They are the principles that free and rational persons concerned to further their own interests would accept in an initial position of equality as defining the fundamental terms of their association. These principles are to regulate all further agreements; they specify the kinds of social cooperation that can be entered into and the forms of government that can be established.

É a partir da perspectiva contratual que Rawls (2001) cria seus princípios de justiça, que estruturam a imparcialidade da teoria da justiça (*justice as fairness*). Mas foi em *Political liberalism*¹⁴, de 1993, um conjunto de conferências que versavam sobre filosofia política, que Rawls buscou resolver os problemas de aplicação dos princípios de justiça.¹⁵ Nessas conferências, além de responder aos seus críticos, ele também trata de problemas abertos na obra *A theory of justice* (1971), procurando afastar possibilidades de realização de um projeto irrealista no livro ora publicado. Isso porque a TJ tinha deixado um legado difícil para Rawls resolver: concretizar a ideia de estabilidade das instituições livres e plurais de um regime democrático, bem como o de realizar o projeto de uma sociedade bem ordenada da justiça como imparcialidade.

Na década de 80, a revisão de alguns conceitos expostos em TJ¹⁶ e também a criação de outros na obra LP fizeram com que Rawls passasse a tratar a questão da justiça como imparcialidade, desde o princípio, como uma concepção política de justiça.¹⁷

This way of regarding the principles of justice I shall call justice as fairness".

¹⁴Utilizar-se-á aqui a sigla LP para fazer menção à obra *Political liberalism*.

¹⁵A expressão *filosofia política* foi utilizada por Rawls em publicações anteriores (1986, 1987, 1988), conforme comenta o próprio autor em LP (2005, p. xiv).

¹⁶Uma das alterações ocorridas, por exemplo, foi a do conceito de pessoa da TJ, que sofreu modificação em LP. Antes, a base teórica estava fundada na moral kantiana; agora, o conceito de pessoa passa a ser político, de acordo com as teorias do liberalismo. Esse tema será mais trabalhado à frente neste artigo. Para melhor compreensão da questão, veja-se Kant (2003) e Rawls (2005), no capítulo "The political conception of the person".

¹⁷Rawls modifica uma família de ideias, o que, no decorrer da década de 80, acaba por criar novos conceitos que são apresentados na obra LP. Essas alterações focaram o direcionamento da sua teoria para que toda sua estrutura fosse voltada para a filosofia política, e não mais somente para a filosofia moral. Com isso, o autor passa a interpretar a TJ, que fora publicada em 1971, como uma teoria política que também faz parte

A teoria da justiça como imparcialidade dispõe sobre o procedimento de realização de uma democracia deliberativa, que constrói politicamente o conceito de justiça. Esse procedimento deliberativo tem por função atender a relação necessária entre o direito e a política, em que a política constitui o direito e o direito possibilita o legítimo exercício político do cidadão. É sob esse aspecto dual que a justiça como imparcialidade permite que a pessoa, no exercício de suas liberdades básicas, possa configurar e possa legitimar suas instituições públicas e democráticas.

Rawls, em TJ (1971), utilizou a concepção de pessoa fundada em Kant, na qual encontrou fundamentado o conceito de liberdade, de dignidade e de autonomia. Já em LP (2005), o autor se afasta de alguns fundamentos teóricos kantianos, sem esquecê-los, para melhor elaborar uma teoria que proporcionasse ao sujeito moderno o exercício de sua autonomia por meio do exercício político igual e, agora, de maneira intersubjetiva, o que era irrealizável conforme tão somente a matriz kantiana.¹⁸

Rawls reduziu os traços metafísicos de TJ (1971) e transformou sua teoria da justiça como imparcialidade em uma concepção política de justiça capaz de se sustentar por si só. Portanto, o conceito de pessoa ao qual Rawls se refere é agora político e normativo.

Em LP, a pessoa política é vista como apta a participar e desempenhar deveres e direitos:

da justiça como imparcialidade. Nesse sentido, afirma: “Surpreendentemente essa mudança, por sua vez, obriga a que muitas outras sejam feitas e requer toda uma família de ideias que antes não eram necessárias.” (RAWLS, 2005, p. xvi, tradução nossa). No original: “Surprisingly, this change in turn forces many other changes and calls for a family of ideas not needed before.”

¹⁸ Apesar de Kant ser um dos maiores pensadores da história da filosofia, a ideia de pessoa epistêmica por ele apresentada está fadada ao fracasso por estar inserida em um “solipsismo metodológico”, presa ainda ao paradigma chamado de “mentalista” (GALUPPO, 2002, p. 107; HABERMAS, 2004, p. 190).

“alguém que é capaz de ser um cidadão, isto é, um membro normal e plenamente cooperativo da sociedade ao longo da vida inteira.” (RAWLS, 2005, p. 18, tradução nossa)¹⁹. A obra pressupõe a construção de um núcleo normativo com base no construtivismo político permanente, que só é possível por meio do exercício das liberdades cívicas. Assim, a democracia constitucional tem como fundamento o procedimento deliberativo e igualitário, que garante aos cidadãos, com base em suas atribuições cívicas, a igual participação na construção das instituições e na escolha dos princípios que as conduzem.

O procedimento construtivo de escolha dos princípios de justiça pelos próprios cidadãos torna possíveis a concepção política de justiça e o apoio de doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis.

O objetivo central de *Political liberalism* é dar vazão à possibilidade de uma base de justificação pública razoável que visa responder às principais questões de justiça liberal igualitária em uma sociedade bem ordenada (*well-ordered society*), formada por doutrinas abrangentes razoáveis.²⁰ Acerca do objetivo que persegue, observe-se o que Rawls afirma: “O objetivo da justiça como imparcialidade é, por conseguinte, prático: ela se apresenta como uma concepção de justiça que pode ser compartilhada pelos cidadãos como a base de um acordo político refletido, bem informado e voluntário.” (RAWLS, 2005, p. 10, tradução nossa).²¹

¹⁹No original: “Person is someone who can be a citizen, that is, a normal and fully cooperating member of society over a complete life”.

²⁰Aqui, o termo “doutrina” não significa fonte do direito; não se trata de “doutrina do direito”. Antes, diz respeito a “visões abrangentes de todos os tipos”: morais, filosóficas, religiosas, de crenças e práticas sociais as mais diversas (RAWLS, 2005, p. 441).

²¹No original: “The aim of justice as fairness, then, is practical: it presents itself as a conception of justice

Assim, com base na problematização que se coloca aqui, indaga-se: O principal órgão do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal, contribui para a construção da razão pública com a maneira como instaura as sessões plenárias e constrói o provimento?

Para responder a essa indagação, é importante saber mais a respeito do que John Rawls entende por razão pública e qual seria o papel da Suprema Corte no ato de efetivá-la.

O conceito de razão pública (*public reason*) está intimamente ligado ao fundamento de uma sociedade democrática justa. A razão pública se apresenta na teoria da justiça como imparcialidade como elemento central de sua composição, seja para aplicação no âmbito institucional, no ato da decisão das instituições públicas que são regulamentadas por uma Constituição democrática, seja no ato individual, da pessoa ao professar seus valores e realizar a defesa de seus interesses de maneira a exercitar seu dever de civilidade. Para sua própria existência, essa razão necessita da virtude política, que é imprescindível para a construção de instituições políticas justas.

Exercitar o ato de dar e pedir razões, não somente de dar e aceitar razões, mas de cobrar, fiscalizar e verificar a legitimidade de dada decisão com base na justificação pública das instituições democráticas é parte do dever de civilidade e constitui papel central da razão pública. Do ponto de vista normativo constitucional, a construção do sentido normativo para as práticas sociais deve ser feita através do uso da racionalidade que passa pelo crivo da intersubjetividade.

A razão pública exige que o debate ocorra abertamente nos espaços procedimentais formais institucionalizados, no processo legisla-

tivo ou no judicial, por exemplo. Fora desses espaços institucionais, no âmbito da cultura de fundo da sociedade civil, nas escolas de pós-graduação, nas igrejas, na conversa cotidiana de cidadãos no exercício de correção do que entendem por ser o direito legítimo, não se aplica a razão pública, como se verá a seguir. As doutrinas abrangentes razoáveis professadas nesses espaços da sociedade civil têm, cada qual, seu próprio conceito de bem. Assim, quando alguém defende interesses específicos e não tem o compromisso de justificar publicamente suas decisões, não se aplica a ideia de razão pública.

Rawls pensa a pessoa política responsável no espaço intersubjetivo de tomada de decisões, que utiliza suas práticas e opiniões para a realização de um debate público intersubjetivo. Assim, para ele, “a justificação pública não se reduz à argumentação válida, mas trata-se da argumentação dirigida aos outros.” (RAWLS, 2005, p. 465, tradução nossa).²²

Nessa dinâmica de exigir razões e de dar razões é que o sentido normativo de uma conduta ou de uma decisão judicial passa pela triagem do que seja justo ou não, nem que seja um consenso provisório, posteriormente refutado por um novo e melhor argumento, por uma nova deliberação pública, por um melhor debate público, com novas ideias, possibilidades e descobertas para o alcance do consenso sobreposto. Para Rawls, a justificação “procede corretamente a partir de premissas que aceitamos e achamos que os outros poderiam razoavelmente aceitar.” (RAWLS, 2005, p. 465, tradução nossa).²³

²²No original: “Public justification is not simply valid reasoning, but argument addressed to others”.

²³No original: “[...] it proceeds correctly from premises we accept and think other could reasonably accept to conclusions we think they could also reasonably accept”.

that may be shared by citizens as a basis of a reasoned, informed, and willing political agreement”.

Argumentar publicamente e também justificar práticas sociais e individuais em ambiente público significa aceitar que qualquer cidadão ou pessoa política possa entrar no debate e argumentar da mesma maneira. Essa é a demonstração de que Rawls está preocupado com a abertura de iguais oportunidades na apresentação das razões públicas, pois faz parte da dinâmica social receber argumentos racionais e justificar publicamente suas ações com razões públicas.

A argumentação pública almeja a justificação pública. Recorremos a concepções políticas de justiça e a evidências e fatos verificáveis e abertos ao escrutínio público para chegarmos a conclusões a respeito do que pensamos serem as instituições públicas mais razoáveis. (RAWLS, 2005, p. 465, tradução nossa).²⁴

O princípio liberal de legitimidade pressupõe que as instituições públicas utilizarão as razões mais adequadas no ato de construir sua justificação pública. A exigência de dar razões na justificação pública coloca frontalmente a pessoa política diante da construção e da concepção de um regime democrático e do sentido político de justiça, que prevê a participação política do cidadão, o diálogo e uma interação pública na construção dos sentidos normativos.

O que importa, no ideal de razão pública, é que os cidadãos devem conduzir suas discussões fundamentais nos marcos daquilo que cada um considera uma concepção política de justiça fundada em valores que se pode razoavelmente supor que outros subscrevam e cada qual se dispõe, de boa fé, a defender tal concepção. Isso significa que cada um de nós deve ter um critério, e se dispor a explicá-lo, acerca de quais princípios e diretrizes acredita que se pode razoavelmente esperar que outros cidadãos (que também são livres e iguais) subscrevam junto. Precisamos dispor de um teste que estejamos dispostos a explicar e que nos permita verificar quando essa condição é satisfeita. O que propus como critério são os valores expressos pelo princípio e diretrizes que seriam acordados na posição original. Muitos preferirão outro critério (RAWLS, 2005, p. 226, tradução nossa).²⁵

²⁴No original: "Public reasoning aims for public justification. We appeal to political conceptions of justice, and to ascertainable evidence and facts open to public view, in order to reach conclusions about what we think are the most reasonable political institutions and policies".

²⁵No original: "The point of the ideal of public reason is that citizens are to conduct their fundamental discussions within the framework of what each regards as a political conception of justice based on values that the others can reasonably be expected to endorse and each is, in good faith, prepared to defend that conception so understood. This means that each of us must have, and be ready to explain, a criterion of what principles and guidelines we think other citizens (how are also free and equal) may reasonably be expected to endorse along with us. We must have some test we are ready to state as to when this condition is met. I have elsewhere suggested as a criterion the values expressed by the principles and guidelines that would be agreed to in the original position. Many will prefer another criterion".

A razão pública capacita a democracia constitucional a reconhecer direitos e a legitimizar a formação política das instituições públicas. Ela se configura como a razão dos cidadãos, que, como corpo coletivo, exercem o poder político uns sobre os outros ao aprovar leis e emendar sua Constituição, aplicando-se somente a questões que envolvem os elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básica (RAWLS, 2005). O filósofo afirma que: “Uma concepção de legitimidade política tem por objetivo identificar uma base pública de justificação e apela à razão pública e, por conseguinte, a cidadãos livres e iguais, percebidos como razoáveis e racionais” (RAWLS, 2005, p. 144, tradução nossa).²⁶

A razão pública não é especificada por uma concepção política em particular, mas seu conteúdo abarca uma gama de concepções políticas razoáveis que muda ao longo do tempo. A sua ideia propõe um modo de caracterizar a estrutura e o conteúdo das bases fundamentais da sociedade que realiza deliberações públicas.

O procedimento pelo qual a sociedade escolhe sua política, seus planos e prioridades é sua razão. Porém, nem todas as razões são públicas; há aquelas que são sociais, como as razões das universidades, das igrejas e das organizações em geral da sociedade civil. Elas, de nenhum modo, são privadas, pois são elas que constituem a cultura de fundo da sociedade e oferecem os valores e princípios da cultura política pública que constituem o objeto das deliberações públicas e da aplicação da ideia de razão pública.

Para Rawls, a razão pública é aquela dos cidadãos que compartilham o ideal da democracia que possibilita aos cidadãos manifestarem

suas identidades e desejos na construção de direitos prioritários para a sociedade, ou seja, ela é a razão dos cidadãos que compartilham o *status* de igual cidadania (RAWLS, 2005).

O autor considera que o objeto da razão pública é o bem do público. O conteúdo da razão pública é fornecido por uma concepção política de justiça que especifica determinados direitos, liberdades e oportunidades fundamentais e, sobretudo, preconiza medidas para assegurar que todos os cidadãos tenham os meios polivalentes que lhes possibilitem fazer uso efetivo de suas liberdades e oportunidades fundamentais (RAWLS, 2005). Dessa forma, a concepção política é uma expressão razoável dos valores políticos da razão pública e da justiça entre os cidadãos considerados livres e iguais.

O conteúdo da razão pública pode mudar de conformidade com as condições históricas e sociais de uma sociedade. A razão pública é aberta à entrada e inclusão de temas que se tornam demanda de um tempo e espaço. Isso teria como objetivo gerar a estabilidade social e a segurança de estabelecer os princípios de justiça.

Entretanto, cabe ressaltar que essa razão não opera em todos os espaços públicos e sociais. Rawls limita esse discurso a fóruns específicos de deliberação democrática, que são três: a) os discursos dos juizes, especialmente os da suprema corte; b) os discursos dos agentes públicos, especialmente os do chefe do executivo e de membros do legislativo; c) os discursos de candidatos a cargos públicos e seus administradores de campanha.

A razão pública não determina nem soluciona nenhuma questão específica de lei ou política pública, mas especifica quais são as razões públicas a serem usadas em decisões das instituições públicas. Quando a ideia de razão pública é efetivada pelos cidadãos, eles são ca-

²⁶No original: “A conception of political legitimacy aims for a public basic of justification and appeals to public reason, and hence to free and equal citizens viewed as reasonable and rational”.

pazes de proteger as liberdades fundamentais e impedir que as desigualdades sociais e econômicas sejam excessivas. O autor expõe que a razão é pública de três maneiras:

Como a razão dos cidadãos, como a razão do público; seu objeto é o bem do público, além de questões de justiça fundamental; e sua natureza e conteúdo são públicos, uma vez que são determinados pelos ideais e princípios expressos pela concepção política de justiça da sociedade e são conduzidos à vista de todos sobre essa base (RAWLS, 2005, p. 213, tradução nossa).²⁷

Os limites impostos pela razão pública não se aplicam a todas as questões políticas, mas apenas àquelas que envolvem o que o autor denomina de elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básica.

Para Rawls, os elementos constitucionais essenciais abarcam os direitos e liberdades políticas, que podem ser incluídos em uma Constituição escrita, supondo que essa possa ser interpretada por uma corte suprema, ao passo que questões de justiça básica envolvem questões de justiça social, econômica e outras matérias que não são abarcadas por uma Constituição. Quer dizer, se na posição original os cidadãos escolhem os princípios de justiça que compreendem o texto constitucional, passando a reger e colocar um parâmetro para a legislação infraconstitucional, para as condutas dos cidadãos e do próprio poder público, os limites da razão pública estão demarcados por aquilo que está constatado, obtido por consenso, nos princípios constitucionais.

Os limites que a razão pública encontraria, para o exercício do debate público, seriam os elementos constitucionais essenciais de determinada sociedade. No espaço deliberativo, nos locais públicos de discussão, onde se constrói o que é possível ser utilizado como argumento público, deve-se vincular a construção da justificação pública ao exercício de dar, exigir e receber razões para a formação de consensos e a geração da normatividade. Nos dizeres do autor:

Eu ressalto que os limites da razão pública não são, evidentemente, os limites da lei ou da norma legal, mas aqueles que respeitamos quando respeitamos um ideal: o ideal de cidadãos democráticos que se empenham em conduzir seus assuntos políticos em termos que têm por base valores políticos que podemos razoavelmente esperar que os outros subscrevam (RAWLS, 2005, p. 253, tradução nossa).²⁸

A razão pública é a ferramenta conceitual para que os cidadãos possam, na ausência de acordo ou de compreensão mútua, escolher quais serão as razões que uns podem oferecer aos outros quando se tratar de assuntos de interesse político fundamental. Mas, para isso, Rawls considera que a ideia de razão pública tem uma estrutura definida por cinco aspectos básicos, sem os quais ela pode parecer implausível:

(1) as questões políticas fundamentais às quais se aplica; (2) as pessoas a quem se aplica (autoridades públicas e candidatos a cargos públicos); (3) seu conteúdo tal como especificado por uma família de con-

²⁷No original: "As the reason of citizens as such, it is reason of the public; its subject is the good of the public and matters of fundamental justice; and its nature and content is public, being given by the ideals and principles expressed by society's conception of political justice, and conducted open to view on that basis".

²⁸No original: "I stress that the limits of public reason are not, clearly, the limits of law or statute but the limits we honor when we honor an ideal: the ideal of democratic citizens trying to conduct their political affairs on terms supported by public values that we might reasonably expect others to endorse".

cepções políticas razoáveis de justiça; (4) a aplicação dessas concepções em discussões de normas coercitivas que devem ser aprovadas na forma de direito legítimo para um povo democrático; e (5) a verificação pelos cidadãos de que os princípios derivados de tais concepções de justiça satisfazem o critério de reciprocidade (RAWLS, 2005, p. 442, tradução nossa).²⁹

O autor distingue a ideia de razão pública do ideal de razão pública, sendo o último realizado ou satisfeito sempre que juízes, legisladores e outras autoridades públicas agem com base na ideia de razão pública, pautam-se por tal ideal e explicam a outros cidadãos suas razões para sustentar posições políticas fundamentais recorrendo à concepção política de justiça que consideram a mais razoável (RAWLS, 2005, p. 444).

O ideal de razão pública pode ser realizado por cidadãos que não são autoridades públicas, desde que os cidadãos se concebam “como se fossem legisladores e perguntem a si mesmos que leis, sustentadas em quais razões que satisfaçam o critério de reciprocidade eles pensariam ser mais razoável aprovar” (RAWLS, 2005, p. 444-445, tradução nossa).³⁰ Ou seja, quando os cidadãos cumprem o dever de civilidade, podem sustentar o ideal de razão pública.

Segundo Rawls, esse ideal se aplica de forma especial ao Judiciário, principalmente a um supremo tribunal: “Em um regime

²⁹No original: “(1) the fundamental political questions to which it applies; (2) the persons to whom it applies (government officials and candidates for public office); (3) its content as given by a family of reasonable political conceptions of justice; (4) the application of these conceptions in discussions of coercive norms to be enacted in the form of legitimate law for a democratic people; and (5) citizens’ checking that the principles derived from their conception of justice satisfy the criterion of reciprocity”.

³⁰No original: “[...] citizens are to think of themselves as if they were legislators and ask themselves what statutes, supported by what reasons satisfying the criterion of reciprocity, they would think it most reasonable to enact”.

constitucional com controle jurisdicional da constitucionalidade das leis ou ‘revisão judicial’; a razão pública é a razão de ser do tribunal supremo” (RAWLS, 2005, p. 231, tradução nossa).³¹ O autor afirma ainda “que a suprema corte é o ramo de poder do Estado que serve de caso exemplar de razão pública” (RAWLS, 2005, p. 231, tradução nossa).³²

O papel do tribunal no controle da constitucionalidade é agir contra a erosão de leis que correspondam a interesses estreitos das maiorias dominantes e organizadas, tendo, assim, papel antimajoritário importante na democracia constitucional. A suprema corte é para Rawls a instituição exemplar de aplicação da razão pública. Em suas palavras: “O papel do tribunal aqui é parte da publicidade da razão e um aspecto do papel amplo, ou educativo, da razão pública”. (RAWLS, 2005, p. 236, tradução nossa).³³

O tribunal terá como base de sua interpretação os valores políticos da razão pública no ato de construção da decisão. Na mesma seara, outro papel do tribunal como modelo de razão pública é “dar força e vitalidade à razão pública no fórum público, o que o tribunal faz mediante julgamentos dotados de autoridade sobre questões políticas fundamentais” (RAWLS, 2005, p. 237, tradução nossa).³⁴ Ele deve realizar a adequada interpretação da Constituição tanto para evitar a democracia majoritária quanto para garantir que a sociedade civil organizada participe dos fóruns

³¹No original: “In a constitutional regime with judicial review, public reason is the reason of its supreme court”.

³²No original: “[...] that the supreme court is the branch of government that serves as the exemplar of public reason”.

³³No original: “The court’s role here is part of the publicity of reason and is an aspect of the wide, or educative, role of public reason.”

³⁴No original: “[...] to give public reason vividness and vitality in the public forum; this it does by its authoritative judgments on fundamental political questions”.

públicos que são fundamentais para que se discutam os princípios de justiça.³⁵ Para o autor, o magistrado deve elaborar e expressar, em suas sentenças fundamentadas, a melhor interpretação da Constituição de que seja capaz.

No caso de aplicação da razão pública pelo Judiciário, cabe aos magistrados elaborar e expressar, em suas sentenças fundamentadas, a melhor interpretação da Constituição de que sejam capazes, e os juízes não podem invocar a própria moralidade pessoal, nem os ideais e as virtudes da moralidade geral, nem suas doutrinas religiosas ou filosóficas, tampouco podem citar valores políticos de modo indiscriminado. Devem recorrer aos valores políticos que julgam fazer parte do entendimento mais razoável da concepção pública e de seus valores políticos de justiça e razão pública (RAWLS, 2005, p.235). Observe o que o autor completa a respeito: “O papel do tribunal nisso é parte da publicidade da razão e constitui um aspecto do papel amplo, ou educativo, da razão pública” (RAWLS, 2005, p. 236, tradução nossa).³⁶ Nesse mesmo sentido, diz que

O papel dos juízes é fazer precisamente isso e, ao fazê-lo, eles não dispõem de nenhuma outra razão, nem de nenhum outro valor, a não ser aqueles de índole política. Fora isso, *devem decidir de acordo com o que pensam os precedentes, as práticas e tradições constitucionais e com o que os textos históricos constitucionalmente importantes exigem* (RAWLS, 2005, p. 235-236, tradução nossa, grifo nosso).³⁷

Rawls determina que o tribunal deve realizar fóruns públicos com a sociedade civil para dar força e vitalidade à razão pública: “A Constituição não é o que a Suprema Corte diz que é. Mais precisamente, ela é o que o povo, agindo constitucionalmente por meio dos outros poderes, por fim, permitirá à Corte dizer o que é” (RAWLS, 2005, p. 237, tradução nossa).³⁸

Quando o autor afirma que a Suprema Corte é um caso exemplar de razão pública, afirma-o em virtude de ter que, ao decidir, elaborar e

³⁵ Interessante ressaltar que Rawls (2005, p. 240), na nota 29, faz menção à expressão “the forum of principle”, usada por Dworkin (1985), para ir além do que é exposto em LP quanto à aplicação dos princípios nos fóruns públicos realizados no âmbito do tribunal.

³⁶ No original: “The court’s role here is part of the publicity of reason and is an aspect of the wide, or educative role of public reason”.

³⁷ No original: “The role of the justice is to do precisely that and in doing it they have no other reason and no other values than political. Beyond that they are to go by what they think the constitutional cases, practices, and traditions, and constitutionally significant historical texts require”.

³⁸ No original: “The constitution is not what the Court says it is. Rather, it is what the people acting constitutionally through the other branches eventually allow the Court to say it is”.

expressar de maneira fundamentada qual é a sua melhor interpretação da Constituição, não podendo invocar a moralidade pessoal para fundamentar suas decisões.

Aqui a melhor interpretação é a que melhor se ajusta ao corpo pertinente desses materiais constitucionais e aquela que se justifica com base na concepção pública de justiça ou em uma variante razoável dela. Ao fazerem isso, espera-se que os juizes possam recorrer – e de fato recorram – aos valores políticos de concepção pública, sempre que a própria Constituição invoque, expressa ou implicitamente, esses valores, como fazem, por exemplo, em uma carta de direitos que garante o livre exercício da religião ou a igual proteção das leis (RAWLS, 2005, p. 236, tradução nossa).³⁹

Ao levar a discussão para o âmbito dos tribunais, Rawls afirma que ele será o centro das controvérsias, fazendo com que a discussão política tenha de ser tratada com base na aplicação de princípios de justiça que são politicamente estabelecidos e afirmados pelos valores da razão pública. Ainda no mesmo sentido, mas agora no controle de constitucionalidade, Rawls afirma que os outros poderes podem, caso queiram, ser também fóruns de deliberação de aplicação dos princípios que versam sobre questões constitucionais. Veja sua afirmação a respeito:

No entanto, temos de distinguir entre o modo como o ideal de razão pública se aplica aos cidadãos comuns e o modo como se aplica às diferentes autoridades estatais. Esse ideal se aplica aos fóruns oficiais e, portanto, aos legisladores, quando se manifestam no plenário do Parlamento, e ao Executivo, em seus atos e pronunciamentos públicos. Também se aplica, *de maneira especial, ao Judiciário* e, sobretudo, a um tribunal supremo em uma democracia constitucional na qual exista um controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. Isso ocorre porque *os juizes têm de explicar e justificar suas decisões com base no entendimento que têm da Constituição e das leis e precedentes pertinentes*. Como os atos dos poderes Executivo e Legislativo não necessitam justificar-se dessa maneira, o papel especial da Suprema Corte faz dela um caso exemplar de razão pública. (RAWLS, 2005, p. 216, tradução nossa, grifo nosso).⁴⁰

³⁹No original: “Here the best interpretation is the one that best fits the relevant body of those constitutional materials, and justifies it in terms of the public conception of justice or a reasonable variant thereof. In doing this it is expected that the justice may and do appeal to the political values of the public conception whenever the constitution itself expressly or implicitly invokes those values, as it does, for example, in a bill of rights guaranteeing the free exercise of religion or the equal protection of the laws”.

⁴⁰No original: “We must distinguish, however, between how the ideal of public reason applies to citizens and how it applies to various officers of the government. It applies in official forums and so to legislators when they speak on the floor or parliament, and to the executive in its public acts and pronouncements. It applies also in a special way to the judiciary and above all to a supreme court in a constitutional democracy with judicial review. This is because the justices have to explain and justify their decisions as based

Rawls, em sua teoria, exige que as instituições públicas, aquelas que estão na estrutura de base da sociedade e que garantem os elementos constitucionais essenciais e as liberdades básicas, justifiquem suas decisões com base na melhor leitura constitucional de que sejam capazes.

Como se viu anteriormente, a Constituição não é o que o tribunal diz que ela é. Não pode o Judiciário julgar afastado do ideal de razão pública e se apropriar da Constituição, pois, se isso ocorresse, violaria os preceitos fundamentais de uma democracia constitucional.

A Constituição deve ser interpretada pelo povo democraticamente por meio de deliberações públicas no interior das instituições públicas, no momento de interpretar qual é a concepção política de justiça a ser adotada em uma sociedade bem ordenada. Rawls, sem dúvida, adota uma teoria coerentista e está preocupado com o ato de justificação pública pelas instituições públicas. Esse é um dos critérios mínimos para a legitimidade das instituições: dar publicidade dos seus atos, quer dizer, apresentar as razões que foram utilizadas para o ato de tomada de decisão.

Essa dinâmica de exigir as razões nas decisões das instituições públicas, a necessidade da justificação pública, acontece no âmbito dos fóruns políticos públicos que ocorrem no interior da estrutura de base da sociedade.

Para discernir o momento de aplicação da razão pública nos fóruns políticos públicos e também para mostrar as peculiaridades que são próprias da sociedade civil, torna-se necessário fazer a distinção entre a cultura pública política e a cultura de fundo. Ambas estão inseridas em uma sociedade bem ordenada e

devem ter o senso de justiça, pois, se assim não for, não buscariam compartilhar um ideal de razão pública e sequer agir de maneira cooperativa.

Por um lado, há a cultura de fundo da sociedade civil, que é a cultura do social, composta por doutrinas abrangentes das diversas maneiras que são caracterizadas por afirmarem seus interesses no uso de suas razões práticas. Para o autor, a cultura de fundo inclui “a cultura de igrejas e associações de todos os tipos e de instituições de ensino de todos os níveis, especialmente universidades e escolas profissionais, as sociedades científicas e outras” (RAWLS, 2005, p. 443, tradução nossa).⁴¹

Essa cultura é aquela da vida cotidiana, individual e coletiva de doutrinas abrangentes específicas, cada qual com seus valores determinados e com ideias individuais de bem. Portanto, por ter caráter difuso, multifacetado e se caracterizar pela não institucionalização, é implausível a aplicação da ideia de razão pública à cultura de fundo.

Na cultura de fundo da sociedade civil, há doutrinas abrangentes das mais diversas concepções filosóficas, morais e religiosas, que não podem criar padrões para a justificação de suas razões, uma vez que estas são sociais.

Na democracia, a cultura de fundo não é guiada por um ideal ou fundamento único, são muitas organizações sociais que manifestam seus valores das mais variadas maneiras.

O direito trata de assegurar a liberdade de escolha, de pensamento, expressão e livre associação (RAWLS, 2005, p. 444). É por isso que Rawls não atribui a aplicação da razão pública às culturas de fundo, pois elas não possuem o rigorismo da justificação pública de suas ra-

on their understanding of the constitution and relevant statutes and precedents. Since acts of the legislative and the executive need not be justified in this way, the court's special role makes it the exemplar of public reason”.

⁴¹No original: “The culture of churches and associations of all kinds, and institutions of learning at all levels, especially universities and professional schools, scientific and other societies”.

zões e têm o interesse de aplicar suas próprias concepções de bem.

Ainda no mesmo raciocínio, o autor argumenta que a razão pública também não se aplica aos meios de comunicação de qualquer tipo. Apesar de desempenharem importante função na sociedade, são instituições privadas de estrutura própria e, porque estão presas ao dinheiro, tenderiam suas ações ao alcance de interesses privados.

As entidades da sociedade civil devem, sim, deliberar a respeito das ações razoáveis e do que deve ser feito, mas essa deliberação “é pública com relação a seus membros, mas não pública com relação à sociedade política e aos cidadãos em geral” (RAWLS, 2005, p. 220).⁴²

Mas a participação da cultura de fundo, ao apresentar suas doutrinas abrangentes razoáveis para a formação do consenso sobreposto, que surgirá como expressão da razão pública compartilhada, é fundamental para a legitimidade das instituições públicas.

Por outro lado, o autor entende que a cultura pública política “compreende as instituições políticas de um regime constitucional e as tradições públicas de sua interpretação (incluindo-se as do Judiciário), bem como os textos e documentos históricos que são de conhecimento comum” (RAWLS, 2005, p. 13-14, tradução nossa).⁴³

É imperativo demonstrar que a razão pública se aplica aos fóruns políticos públicos, que são assim divididos: o discurso dos juízes, em especial do tribunal supremo; o discurso do executivo e do legislativo, em especial realizado

por seus chefes; os discursos dos candidatos a cargos públicos, em especial aqueles que realizam discursos públicos (RAWLS, 2005, p. 443). Essa distinção serve para mostrar que a razão pública se aplica de maneira diferente nesses três âmbitos.

A exigência de justificação pública é maior nessa repartição tripartite e, quando se trata do Judiciário, aplica-se mais estritamente ainda “nas suas decisões e como caso exemplar institucional de razão pública” (RAWLS, 2005, p. 253).⁴⁴

Os fóruns políticos públicos realizados no âmbito do Judiciário desempenham função específica na democracia tanto por justificarem publicamente suas decisões, explicando no fórum público as razões a serem adotadas na decisão, quanto para reforçar a confiança mútua e a confiança pública, que são parte vital da base sociológica que encoraja os cidadãos a respeitarem o ideal de razão pública (RAWLS, 2005, 249). No momento em que não se dá oportunidade à sociedade civil de apresentar fundamentos ou sequer participar na configuração e, portanto, na construção da razão pública, viola-se o critério de reciprocidade, que é fundamental para a legitimidade da democracia deliberativa.

A violação das liberdades fundamentais de participação política nega o critério de reciprocidade defendido pelo autor (RAWLS, 2005, p. 448): “Quando cidadãos deliberam, eles trocam pontos de vista e debatem as razões que os sustentam no que diz respeito a questões de políticas públicas” (RAWLS, 2005, p. 448).⁴⁵ Assim, a justificação pública, pautada na legitimidade da ideia de razão pública, precisa ser construída com base nessas manifestações que

⁴²No original: “[...] is public with respect to their members, but nonpublic with respect to political society and to citizens generally”.

⁴³No original: “[...] comprises the political institutions of a constitutional regime and the public traditions of their interpretation (including those of the judiciary), as well as historic texts and documents that are common knowledge”.

⁴⁴No original: “[...] in its decisions and as the one institutional exemplar of public reason”.

⁴⁵No original: “When citizens deliberate, they exchange views and debate their supporting reasons concerning public political questions”.

ocorrem no interior dos fóruns públicos, mostrando aos cidadãos quais são as razões e os valores políticos públicos mais adequados para a decisão construída pela concepção política de justiça.

Encorajar os cidadãos a participar das deliberações públicas faz parte da justificação pública que seja democrática; portanto, legítima. Ao justificar publicamente as razões adequadas, o ideal de razão pública é aplicada aos cidadãos e, assim, cumpre-se o critério de reciprocidade.

Para que esse ideal seja cumprido, a democracia deliberativa exige que haja cidadãos bem informados e que sejam educados para deliberar. Não é porque a teoria do autor seja liberal que se negligencia essa questão; muito pelo contrário, ela faz parte do seu primeiro princípio de justiça. A passagem a seguir mostra-o claramente:

A democracia deliberativa também reconhece que, sem uma educação ampla sobre os aspectos básicos do governo democrático para todos os cidadãos e sem um público informado a respeito dos problemas prementes, decisões políticas e sociais cruciais simplesmente não podem ser tomadas (RAWLS, 2005, p. 449).⁴⁶

A justificação pública é parte do critério de reciprocidade e legitimidade das instituições públicas que atuam na aplicação da concepção política de justiça na estrutura de base da sociedade.

Exigir o fundamento das razões adotadas pelas instituições públicas no ato decisório é entender que as estruturas dessas instituições estão abertas à inspeção, à testificação.

A justificação pública torna “visível a instituição e possibilita a verificação de erros e lacunas na ordenação política de valores na publicidade da decisão” (RAWLS, 2005, p. 454, tradução nossa).⁴⁷ Somente dessa maneira é que “podemos ter certeza de que a ordenação de valores políticos não é distorcida por determinadas doutrinas abrangentes razoáveis” (RAWLS, 2005, p. 454, tradução nossa).⁴⁸

Concluindo, a sociedade democrática bem ordenada “é aquela em que os cidadãos que prevalecem e exercem o controle agem com base em doutrinas abrangentes inconciliáveis, mas razoáveis” (RAWLS, 2005, p. 490, tradução nossa).⁴⁹ Essas doutrinas abrangentes razoáveis, por meio do

⁴⁶No original: “Deliberative democracy also recognizes that without widespread education in the basic aspects of constitutional democratic government for all citizens and without a public informed about pressing problems, crucial political and social decisions simply cannot be made.”

⁴⁷No original: “[...] institutional structures are open to view and mistakes and gaps within the political ordering will become exposed”.

⁴⁸No original: “[...] we may be confident that the ordering of political values is not distorted by particular reasonable comprehensive doctrines”.

⁴⁹No original: “[...] is one in which the dominant and controlling citizens affirm and act from irreconcilable yet reasonable comprehensive doctrines”.

exercício político, “especificam os direitos, liberdades e as oportunidades fundamentais dos cidadãos na estrutura básica da sociedade” (RAWLS, 2005, p. 490, tradução nossa).⁵⁰ Rawls disserta a respeito:

Começamos, então, a olhar para a própria cultura pública como o fundo comum de princípios e ideias fundamentais que são implicitamente reconhecidos. Esperamos formular essas ideias de forma clara o bastante para articulá-las em uma concepção política de justiça condizente com as nossas convicções mais firmemente estabelecidas. [...] uma concepção política de justiça deve, após cuidadosa reflexão, mostrar-se consistente com os juízos ponderados, em todos os níveis de generalidade, ou em um estado que em outra obra denominei de “equilíbrio reflexivo” (RAWLS, 2005, p. 8, tradução nossa).⁵¹

Se a cultura pública política é o repositório dos princípios e dos ideais da sociedade, é a cultura de fundo da sociedade civil que fornece o seu conteúdo. É por meio do exercício do equilíbrio reflexivo que será estabelecido o procedimento de construção (construtivismo político) para a concepção política de justiça que guiará a própria cultura política pública (instituições políticas públicas).

Em outras palavras, a sociedade civil, participando dos fóruns públicos deliberativos que ocorrem no interior das instituições públicas que aplicam os elementos essenciais constitucionais e de justiça básica, deve ter a possibilidade de configurar a razão pública no ato de decisão das instituições públicas. Para tanto, vital se mostra a figura dos *amici curiae*, principalmente considerando o tratamento dado pelo art. 138⁵² do CPC e do importante papel que a arquetônica do novo Código traz para sua participação na formação das decisões condutoras de precedentes.⁵³

⁵⁰No original: “[...] specify the basic rights, liberties, and opportunities of citizens in society’s basic structure”.

⁵¹No original: “We start, then, by looking to the public culture itself as the shared fund of implicitly recognized basic ideas and principles. We hope to formulate these ideas and principles clearly enough to be combined into political conception of justice congenial to our most firmly held convictions. [...] a political conception conviction, must accord with our considered convictions, at all level of generality, on due reflection, or in what I have called elsewhere ‘reflective equilibrium’”.

⁵²“Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação. § 1º A intervenção de que trata o *caput* não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º. § 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*. § 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas” (BRASIL, 2015).

⁵³Ver art. 984, § 2º: “O conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários.” (BRASIL, 2015).

Embora não se aplique à sociedade civil a ideia de razão pública, como visto anteriormente, na justiça como imparcialidade essa sociedade tem o potencial de configurar a razão pública e de exigir na justificacão pública as razões adequadas para a tomada de decisão.

3. Considerações finais

Rawls apresenta uma alternativa interessante para a construçãõ da razão pública – a configuraçãõ das instituições por meio da racionalidade compartilhada e, de certa forma, cooperativa –, o que se mostra uma exímia maneira de construir um provimento justificado publicamente, atendendo-se, dessa forma, ao pressuposto constitucional de fundamentaçãõ das decisões judiciais (art. 93, IX, CRFB/1988)⁵⁴, bem como ao disposto no art. 489, § 1º, do CPC:

Art. 489. [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisãõ judicial, seja ela interlocutória, sentençã ou acórdãõ, que: I – se limitar à indicaçãõ, à reproduçãõ ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relaçãõ com a causa ou a questãõ decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisãõ; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusãõ adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinçãõ no caso em julgamento ou a superaçãõ do entendimento (BRASIL, 2015).

Todavia, percebe-se que a estrutura do STF, que resume os votos a números e a fundamentaçãõ das decisões a uma perspectiva majoritária, desrespeita por completo o entendimento que encoraja os cidadãõs a participar da vida e dos debates públicos e, sobretudo, atribui legitimidade à instituiçãõ. Ao desconsiderar a formaçãõ de uma razão pública, o STF não colide com as razões que estãõ no interior dos votos.

A regra é que os Ministros não dialogam, não há oposiçãõ de razões no ato decisório, o que conduz a uma decisãõ que se compõe pelo con-

⁵⁴“Art. 93. [...] IX – todos os julgamentos dos órgãõs do Poder Judiciário serãõ públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presençã, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservaçãõ do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informaçãõ;” (BRASIL, 1988).

junto de votos individuais, ou ainda, por um solipsismo metodológico que o próprio Rawls (2011), em *O Liberalismo político*, já deixou para trás. Com base nisso, constata-se que a falta de diálogo interno prejudica as exigências do uso de uma razão pública ancorada na ideia de dar e de exigir razões capazes de justificar/fundamentar racionalmente a tomada de posição e uma decisão em um ou em outro sentido.

Rawls abre-nos as portas para pensarmos a insuficiência desse modelo de decisão institucional, cabendo em outra oportunidade a apresentação de novos estudos e conclusões para a (re)construção da atividade jurisdicional nos tribunais, principalmente no STF, sobre as bases de uma teoria democrática.

Sobre os autores

Vinicius Silva Bonfim é doutor e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas), Belo Horizonte, MG, Brasil; professor adjunto da Faculdade Arquidiocesana de Curvelo (FAC), Curvelo, MG, Brasil.
E-mail: bonfim66@hotmail.com

Flávio Quinaud Pedron é doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, MG, Brasil; professor adjunto do mestrado em Direito da Faculdade Guanambi, Guanambi, BA, Brasil; professor adjunto da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas), Belo Horizonte, MG, Brasil; advogado.
E-mail: qpedron@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês⁵⁵

THE PUBLIC REASON ACCORDING TO JOHN RAWLS AND THE LEGITIMATE CONSTRUCTION OF THE JUDICIAL PROCEDURE IN THE STF

ABSTRACT: The question in this paper points out is that despite the theoretical training with regard to the constitutional court activity, it is important that the structure and the configuration of the political institutions should also be analyzed, at the risk that the entire process of application and justification can be neglected. Thus, we intend to make a critical analysis from the John Rawls' concept of public reason, to consider whether the trial structure and construction of the provision in the Brazilian STF is legitimate in fact and whether the institution – Judiciary organ – enables the implementation of the use of public reason for its construction.

KEYWORDS: SUBSTANTIATION OF JUDICIAL DECISIONS. PUBLIC REASON. DEMOCRATIC LEGITIMACY.

⁵⁵ Sem revisão do editor.

Como citar este artigo

(ABNT)

BONFIM, Vinícius Silva; PEDRON, Flávio Quinaud. A razão pública conforme John Rawls e a construção legítima do provimento jurisdicional no STF. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 54, n. 214, p. 203-223, abr./jun. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p203>.

(APA)

Bonfim, V. S., & Pedron, F. Q. (2017). A razão pública conforme John Rawls e a construção legítima do provimento jurisdicional no STF. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 54(214), 203-223. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p203

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, 5 out. 1988.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código do processo civil. *Diário oficial da União*, 17 mar. 2015.

DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

_____. *Uma questão de princípios*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2004.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos: texto integral*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito, política e filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

POGGE, Thomas. *John Rawls: his life and theory of justice*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

_____. The domain of political science. *Political Science Quarterly*, v. 1, n. 1, 1986.

_____. Overlapping consensus. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 1, n. 7, 1987.

_____. The priority of right and ideas of the good. *Philosophy and Public Affairs*, v. 17, n. 4, 1988.

_____. *Justice as fairness: a restatement*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

_____. *Political liberalism*. Cambridge: Harvard University Press 2005.

_____. *O liberalismo político*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

THEODORO JR., Humberto et al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

Acesse todas as edições da
Revista de Informação Legislativa

www.senado.leg.br/rii

