



CONGRESSO INTERNACIONAL DIREITOS HUMANOS

EM HOMENAGEM AO PROFESSOR JORGE MIRANDA

PERSPECTIVAS LUSO-BRASILEIRAS DE DIREITO CONSTITUCIONAL:
A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS CONSTITUIÇÕES DO BRASIL E DE PORTUGAL
12 a 14 de novembro de 2014 – Palmas – Tocantins – Brasil



ANNAIS



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça
Estado do Tocantins



UNIVERSIDADE FEDERAL
do TOCANTINS



ESCOLA SUPERIOR DA
MAGISTRATURA TOCANTINENSE



II CONGRESSO INTERNACIONAL DIREITOS HUMANOS

EM HOMENAGEM AO PROFESSOR JORGE MIRANDA

PERSPECTIVAS LUSO-BRASILEIRAS DE DIREITO CONSTITUCIONAL:
A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS CONSTITUIÇÕES DO BRASIL E DE PORTUGAL



II CONGRESSO INTERNACIONAL EM DIREITOS HUMANOS

Palmas – Tocantins – Brasil

12 a 14 de novembro de 2014

TEMÁTICA:

Perspectivas Luso-Brasileiras de Direito Constitucional: a Efetivação dos Direitos Fundamentais nas Constituições do Brasil e de Portugal

PAÍSES REPRESENTADOS:

Brasil e Portugal

EIXOS TEMÁTICOS:

A Justiça e a Constituição de 1988: Panorama Constitucional Brasileiro

Legitimidade Constitucional do Poder Judiciário na Concretização das Políticas Públicas

Desafios das várias interfaces do Direito a partir das Constituições do Brasil e de Portugal

REALIZAÇÃO

Poder Judiciário – Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins (TJTO – Brasil)

Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT – Brasil)

Universidade Federal do Tocantins (UFT – Brasil)

ORGANIZAÇÃO

Programa de Mestrado Profissional e Interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos

APOIO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL – Portugal)

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC – Portugal)

Instituto do Direito Brasileiro (IDB/FDUL – Portugal)

COMISSÃO CIENTÍFICA ORGANIZADORA

Professora Doutora Gisela Maria Bester (UFT – Coordenadora Geral do Evento)

Professor Doutor Tarsis Barreto Oliveira (UFT)

Professora Doutora Angela Issa Haonat (UFT)

Professora Doutora Patrícia Medina (UFT)

Professora Doutora Maria Benedita Malaquias Urbano (Portugal)

Professora Doutora Carla Amado Gomes (Portugal)

Professor Doutor João Carlos Simões Gonçalves Loureiro (Portugal)

Professor Mestre Gustavo Paschoal Teixeira de Castro Oliveira (UFT)

Diretora Executiva e Mestre Ana Beatriz de Oliveira Pretto (ESMAT)

Assessora e Especialista Maria Luiza da Consolação Pedroso Nascimento (ESMAT)

Assessora e Especialista Débora Regina Honório Galan (ESMAT)

COMISSÃO CIENTÍFICA AVALIADORA DO CONCURSO DE TESES E DE DISSERTAÇÕES

Professor Pós-Doutor Fábio Corrêa Souza de Oliveira (UFRJ, UNIRIO, IMED, UNESA, UFSC)

Professor Pós-Doutor Renato César Cardoso (UFMG)

Professora Pós-Doutora Raquel Fabiana Lopes Sparemberg (FURG e UNESC)

Professor Doutor Alexandre Walmott Borges (UFU e UNESP)

Professor Doutor Altamirando Pereira da Rocha (UFU)

Professor Doutor Fernando Gustavo Knoerr (UNICURITIBA)

Professor Doutor Marco Marrafon (ABDConst, UERJ)

Professor Doutor Saulo de Oliveira Pinto Coelho (UFG, UB)

Professor Doutor Tarsis Barreto Oliveira (UFT)

Professor Doutor Vladimir Oliveira da Silveira (UNINOVE)

Professora Doutora Angela Araujo da Silveira Espíndola (UFSM, ABEDi, IMED)

Professora Doutora Angela Issa Haonat (UFT/ESMAT, FACTO)

Professora Doutora Gisela Maria Bester (UFT/ESMAT)

Professora Doutora Patrícia Medina (ESMAT/UFT)

Professora Doutora Renata Rocha (UFT)

Professora Doutora Viviane Côelho de Séllos-Knoerr (UNICURITIBA)

Professor Mestre Gustavo Paschoal (UFT/ESMAT, ULBRA, UniCEUB)

Professor Mestre José Péricles Pereira de Sousa (UFC)

Professor Mestre Rodrigo Vitorino Souza Alves (UFU)

Professora Mestra Alessandra Monteiro Machado (FDUL)

Professora Mestra Bleine Queiroz Caúla (UNIFOR, FDUL)

Professora Mestra Naíma Worm (UFT/ESMAT, Mackenzie)

Professora Mestra Suyene Monteiro da Rocha (UFT)

TRADUÇÃO SIMULTÂNEA

José de Arimatéia Maciel Ferreira

EDITORAÇÃO DOS ANAIS

Débora Regina Honório Galan – Assessoria

Maria Luiza da Consolação Pedroso Nascimento – Assessoria

Alessandra Malta – Comunicação

Maria Ângela Barbosa Lopes – Revisão Ortográfica

Lily Sany Silva Leite – Supervisão

PROJETO GRÁFICO

Roberto Carlos Pires

IMPRESSÃO

Prime Solution – tiragem 200 cópias

Copyright Escola Superior da Magistratura Tocantinense - 2014

É autorizada a reprodução parcial ou total desde que citada a fonte.

As opiniões expressas pelos autores não são necessariamente reflexo da posição da Escola Superior da Magistratura Tocantinense, do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins ou da Universidade Federal do Tocantins

Congresso Internacional de Direitos Humanos (2.: 2014: Palmas, TO)

Anais do II Congresso Internacional de Direitos Humanos: perspectivas luso-brasileiras de direito constitucional – a efetivação dos direitos fundamentais nas constituições do Brasil e de Portugal. 12 a 14 de novembro de 2014. Palmas: Escola Superior da Magistratura Tocantinense-ESMAT/Fundação Universidade Federal do Tocantins-UFT, 2014.

Em homenagem ao Professor Jorge Miranda

166 p., 21 cm

ISBN: 978-85-63526-72-4

1. Direitos Humanos. 2. Constituição I. Título. II. Escola Superior da Magistratura Tocantinense-ESMAT.

CDU: 342.7

Ficha catalográfica elaborada pela Divisão de Acervo Bibliográfico e Documental



SUMÁRIO

Créditos	6
Apresentação	9
Objetivos	10
Programação	11
Conferência Magna	
◆ Professor Doutor Catedrático Jorge Manuel Moura Loureiro de Miranda.....	13
Concurso Tese e Dissertações	
◆ Pressupostos de uma Cosmovisão Humanista na Constitutividade do “Homo Juridicus” Contemporâneo – Eliseu Raphael Venturi	21
◆ A Adequada Tutela Jurisdicional do Ato Administrativo Discricionário como Instrumento de Promoção e Realização dos Objetivos Fundamentais da República Brasileira – Fundamentos e Contornos da Ação Direta de Ilegalidade da Discricionariedade Administrativa de Interesse Nacional – Phillip Gil França	29
Comunicações Orais	
◆ A Transversalidade dos Direitos Humanos no Ensino Superior como Mecanismo de Acesso à Justiça – Lucimara Andreia Moreira Radatz / Maria da Vitória Costa e Silva	37
◆ Duração Razoável e Efetividade do Processo e o Direito do Idoso ao Acesso ao Judiciário com Prioridade na Tramitação Processual – Pedro Donizete Biazotto / Leandro Finelli Horta Vianna	45
◆ Meios Alternativos de Solução de Conflitos como Instrumento de Aprimoramento do Judiciário Tocantinense – Leila Maria de Souza Jardim / Nelcyvan Jardim dos Santos	50
◆ Os Limites da Intervenção Judicial no Controle de Políticas Públicas – André Luiz de Matos Gonçalves / Fernanda Pontes Alcântara / Yuri Anderson Pereira Jurubeba	57
◆ Execuções Penais e o Acesso à Justiça na Comarca de Araguaína Tocantins – Brasil: Expectativas de Futuro – Fabiano Alves Mendanha / Herisberto e Silva Furtado Caldas	62
◆ Acesso à Justiça no Estado Democrático de Direito – Nilson Afonso da Silva / Sinara Cristina da Silva Pereira	68
◆ Para Transformação do Judiciário e Aperfeiçoamento da Democracia: Ensino do Direito e Formação Permanente Patrícia Medina	74
Think Tank	
◆ Democratização do Poder Judiciário como Fator de Efetivação dos Direitos Fundamentais.....	85
Conferências	
◆ Dos Juízes “Bocas da Lei” aos Juízes Constitucionais “Bocas da Constituição” – Professora Doutora Maria Benedita Malaquias Pires Urbano (FDUC)	89
◆ Constitucionalismo Global, Transconstitucionalismo e Constitucionalismo Multinível – Professor Doutor João Carlos Simões Gonçalves Loureiro (FDUC)	98
◆ Interdisciplinaridade, Pesquisa e Cidadania – Professor Pós-Doutor Antônio Carlos dos Santos (UFS)	106
◆ A Efetivação Judicial do “Direito ao Ambiente”: Um Olhar Europeu – Professora Doutora Carla Amado Gomes (FDUL)	112
◆ O Direito da Bioética: Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais Implicados – Professor Doutor Catedrático José Fernando Borges Correia de Araújo (IDB)	121
◆ Possibilidades de Plebiscito Popular e de Constituinte Exclusiva e Soberana para Reformar o Sistema Político no Brasil: o Desafio do Poder Constituinte – Professor Mestre Luiz Otávio Ribas (UERJ)	131
◆ O Papel do Judiciário na Efetivação dos Direitos Econômicos e Sociais – Professor Doutor Flávio Pansieri (ABDConst)	137
◆ Direitos Humanos Fundamentais na Atualidade Brasileira: Desafios das Políticas de Educação em Direitos Humanos Professor Pós-Doutor Saulo de Oliveira Pinto Coelho (UFG)	144
◆ O Direito Financeiro, as Políticas Públicas e a Concretização dos Direitos Sociais – Professor Doutor José Maurício Conti (EPM)	152
◆ Memória Fotográfica.....	159



CRÉDITOS

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA TOCANTINENSE (ESMAT)

Diretoria Geral

Desembargador Marco Villas Boas

1º Diretoria Adjunta – Presidente do Conselho Editorial

Desembargador Helvécio de Brito Maia Neto

2º Diretoria Adjunta – Presidente do Conselho de Cursos

Juiz José Ribamar Mendes Júnior

3º Diretoria Adjunta – Presidente do Conselho de Altos Estudos e Pesquisa Científica

Juiz Océlio Nobre

Diretoria Executiva

Ana Beatriz de Oliveira Pretto

Assessoria de Planejamento e Desenvolvimento Institucional

Maria Luiza C. P. Nascimento

Assessoria Acadêmica e Pedagógica

Débora Regina Honório Galan

EQUIPE TÉCNICA

Apoio a Direção

Vanice Lunkes Gotz

Alessandra Viana Malta

Irla Honorato Oliveira

Oderval Rodrigues Neto

Núcleo de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados

Andréia Teixeira Marinho Barbosa

Tayná Nunes Quixabeira

Sonia Claudia Bezera Sales

Núcleo de Capacitação e Aperfeiçoamento de Servidores

Jadir Alves de Oliveira

Mária Rúbia G. da Silva Abalem

Supervisão Pedagógica

Lilian Gama da Silva

Supervisão Administrativa e Tecnológica

Lily Sany Silva Leite

Vinícius Fernandes Barboza

Roberto Carlos Pires

Bruno Odate Tavares

Neuton Pereira Melo Junior



Ednan Oliveira Cavalcanti
Paulo Ricardo Nardes Marques
João Leno Tavares Rosa
Francisco Erasmo Batista
Marcos Adão Pereira Carneiro
Mirna Gláucia R. da Silva
Camilo Dácio Noletto

Divisão Financeira

Lucilene aparecida da Silva
Silvana Melo de Oliveira Olortegui
Daniella Tavares de Sá

Secretaria Acadêmica

Maria Ângela Barbosa Lopes
Josilene C. de Oliveira
Marcela Santa Cruz Melo

Secretaria Administrativa e de Controle de Acervo Patrimonial e Bibliográfico

Cynthia Valéria C. Aires
Silvânia Melo de Oliveira Olortegui
Anna Paula A. M. Falcão Coelho
Graziele Coelho Borba
Gilson Onofre Medeiro
Thelni Vloso de Sousa

Estagiária

Tayla Pinto de Sousa

Programa de Mestrado Profissional e Interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos

Corpo Docente

Aline Sueli de Salles Santos (UFT)
Angela Issa Haonat (UFT)
Antonio Claudio da Costa Machado (ESMAT)
Antonio Rulli Junior (EPM)
Estefania Ferreira de Souza de Viveiros (ESMAT)
George Lauro Ribeiro de Brito (UFT)
Guilherme Assis de Almeida (EPM/ESMAT)
Gustavo Paschoal Teixeira de Castro Oliveira (UFT)
João Aparecido Bazolli (UFT)
José Damião Trindade Rocha (UFT)
José Maurício Conti (EPM)
José Wilson Rodrigues de Melo (UFT)
Kathia Nemeth Perez (UFT)
Kherlley Caxias Batista Barbosa (UFT)
Luis Wanderley Gazoto (ESMAT)
Oneide Perius (UFT)
Patrícia Medina (UFT)
Paulo Fernando de Melo Martins (UFT)
Paulo Sérgio Gomes Soares (UFT)
Renata Rocha (UFT)
Suyene Monteiro da Rocha (UFT)
Tarsis Barreto Oliveira (UFT)



UNIVERSIDADE FEDERAL DO TOCANTINS

Reitoria

Reitor
Márcio Silveira

Vice-Reitora
Isabel Cristina Auler Pereira

Chefe de Gabinete
Emerson Subtil Denicoli

Pró-Reitorias

Pró-Reitora de Graduação
Berenice Feitosa da Costa Aires

Pró-Reitor de Pesquisa e Pós-Graduação
Waldecy Rodrigues

Pró-Reitor de Extensão e Cultura
George França

Pró-Reitor de Assuntos Estudantis e Comunitários
George Lauro Ribeiro de Brito

Pró-Reitor de Administração e Finanças
José Pereira Guimarães Neto

Pró-Reitora de Avaliação e Planejamento
Ana Lúcia de Medeiros

Diretores de Campus

Araguaína
Luiz Eduardo Bovolato

Arraias
Idemar Vizolli

Gurupi
Eduardo Andrea Lemus Erasmo

Miracema
Vânia Maria de Araújo

Palmas
Aurélio Pessoa Picanço

Porto Nacional
Juscéia Aparecida Veiga Garbeline

Tocantinópolis
Francisca Rodrigues Lopes

APRESENTAÇÃO

O II Congresso Internacional em Direitos Humanos - Perspectivas Luso-Brasileiras de Direito Constitucional – Em homenagem ao Professor Catedrático Jorge Manuel Moura Loureiro de Miranda tem como objetivo não apenas tecer reflexões dogmáticas acerca das questões constitucionais no Brasil e em Portugal. Assim, objetiva também propiciar o debate crítico-reflexivo a respeito dos temas mais atuais e candentes em termos inter, trans e multidisciplinares neste orbe do conhecimento científico, de modo a tangenciar categorias como efetividade da prestação jurisdicional em relação a direitos humanos fundamentais, neoconstitucionalismo e neopositivismo, ativismos judiciais e jurisdicionais, controle de convencionalidade de normas em paralelo ao já tradicional controle de constitucionalidade, constitucionalismo global, transconstitucionalismo e constitucionalismo multinível, todas plenamente aplicáveis aos dois ordenamentos constitucionais sob enfoque.

A experiência constitucional portuguesa influenciou o constitucionalismo brasileiro, notadamente após a sua atual Constituição, de 1976. Passados 38 anos de sua entrada em vigor, continua irradiando valores “dirigentes” à Constituição da República Federativa do Brasil, que neste ano chega aos seus 26 anos de promulgação e de prática. Do mesmo modo, o constitucionalismo brasileiro também registrou influências em Portugal, e o segue fazendo, principalmente nos dias atuais, com o neoconstitucionalismo na interpretação do STF.

É neste contexto que a troca de experiências acadêmico-científicas e profissionais entre Brasil e Portugal tem o condão de enriquecer e amadurecer o debate, com vistas ao compartilhamento de boas práticas voltadas à adequada aplicação do Direito Constitucional, tanto em termos de desenvolvimento doutrinário como em avaliações comparativas quanto à efetivação e à concretização dos conteúdos de seus textos constitucionais em vigor.

Organização:

Programa de Mestrado Profissional e Interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos



OBJETIVOS

Debater novos desafios da divisão dogmática do Direito Constitucional, notadamente o de abranger a gama de interesses manifestada pela sociedade contemporânea, essencialmente diversa, complexa e multicultural;

Reunir profissionais das instituições parceiras, estudantes de pós-graduação (lato e stricto sensu) e de graduação das IES tocantinenses, professores e comunidade em geral para debater sobre o estado da arte do Direito Constitucional na atualidade;

Oportunizar a docentes e discentes do Programa de Mestrado Profissional e Interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos e à comunidade em geral reflexões e estudos sobre os sub-ramos do Direito Constitucional e sua correlação com a atividade prática da prestação jurisdicional;

Promover o intercâmbio de experiências entre Brasil e Portugal em práticas voltadas à efetivação das Constituições de cada país.



PROGRAMAÇÃO

12 DE NOVEMBRO DE 2014 (QUARTA-FEIRA)

Local – Auditório do Tribunal de Justiça

17h30 às 18h30 – Credenciamento

18h30 às 19h – Solenidade de Abertura

19h às 20h – Conferência de Abertura – Portugal

Tema: **A Justiça Constitucional como Garantia dos Direitos Fundamentais**

Conferencista: **Professor Doutor Catedrático Jorge Manuel Moura Loureiro de Miranda (FDUL)**

Presidente da Mesa: Desembargador Marco Villas Boas (ESMAT/TRE–TO)

20h30 – Concurso Científico de Teses e de Dissertações

Mediadora: **Professora Doutora Gisela Maria Bester**

13 DE NOVEMBRO DE 2014 (QUINTA-FEIRA)

8h às 8h50 – Conferência Portugal

Tema: **Dos Juízes "Bocas da Lei" aos Juízes Constitucionais "Bocas da Constituição»**

Conferencista: **Professora Doutora Maria Benedita Malaquias Pires Urbano (FDUC)**

Presidente da Mesa: Professora Doutora Aline Salles Santos (UFT)

9h10 às 10h30 – THINK TANK – Brasil e Portugal

Tema: **Democratização do Poder Judiciário como Fator de Efetivação dos Direitos Fundamentais**

Mediador: **Desembargador Marco Villas Boas (ESMAT/TRE–TO)**

Integrantes: Professor Doutor Catedrático Jorge Miranda; Professora Doutora Carla Amado Gomes; Professor

Pós-Doutor Antônio Carlos dos Santos; Professor Doutor João Carlos Simões

10h50 às 11h40 – Conferência – Portugal

Tema: **Constitucionalismo Global, Transconstitucionalismo e Constitucionalismo Multinível**

Conferencista: **Professor Doutor João Carlos Simões Gonçalves Loureiro (FDUC)**

Presidente da Mesa: Professor Doutor Antonio Rulli Junior (COPEDEM)

12h às 14h30 – Intervalo para almoço

14h30 às 15h20 – Conferência – Brasil

Tema: **Interdisciplinaridade, Pesquisa e Cidadania**

Conferencista: **Professor Pós-Doutor Antônio Carlos dos Santos (UFS)**

Presidente da Mesa: Professor Doutor Tarsis Barreto Oliveira (UFT)

15h40 às 16h30 – Conferência – Portugal

Tema: **A Efetivação Judicial do "Direito ao Ambiente": Um Olhar Europeu**

Conferencista: **Professora Doutora Carla Amado Gomes (FDUL)**

Presidente da Mesa: Professor Doutor Paulo Sérgio Gomes Soares (UFT)

16h50 às 17h40 – Conferência – Portugal

Tema: **O Direito da Bioética: Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais Implicados**

Conferencista: **Professor Doutor Catedrático José Fernando Borges Correia de Araújo (IDB)**

Presidente da Mesa: Professor Mestre Gustavo Paschoal Teixeira de Castro Oliveira (UFT)

14 DE NOVEMBRO DE 2014 (SEXTA-FEIRA)

8h30 às 10h50 – Comunicações Orais em Direitos Humanos Fundamentais e Efetividade da Prestação Jurisdicional no Brasil

Mediadores: **Professora Doutora Patrícia Medina (UFT) e Professor Doutor Antônio Rulli Junior (ESMAT)**

Mestrandos da 2ª Turma do Programa de Mestrado Interdisciplinar Profissional em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos

10h50 às 11h40 – Conferência – Brasil

Tema: **Possibilidades de Plebiscito Popular e de Constituinte Exclusiva e Soberana para Reformar o Sistema Político no Brasil: o Desafio do Poder Constituinte**

Conferencista: **Professor Mestre Luiz Otávio Ribas (UERJ)**

Presidente da Mesa: Professora Doutora Gisela Maria Bester (UFT)

14h30 às 15h20 – Conferência – Brasil

Tema: **O Papel do Judiciário na Efetivação dos Direitos Econômicos e Sociais**

Conferencista: **Professor Doutor Flávio Pansieri (ABDConst)**

Presidente da Mesa: Professora Mestre Suyene Monteiro da Rocha (UFT)

15h40 às 16h30 – Conferência – Brasil

Tema: **Direitos Humanos Fundamentais na Atualidade Brasileira: Desafios das Políticas de Educação em Direitos Humanos**

Conferencista: **Professor Pós-Doutor Saulo de Oliveira Pinto Coelho (UFG)**

Presidente da Mesa: Professor Doutor Paulo Fernando de Melo Martins (UFT)

16h50 às 17h40 – Conferência – Brasil

Tema: **O Direito Financeiro, as Políticas Públicas e a Concretização dos Direitos Sociais**

Conferencista: **Professor Doutor José Maurício Conti (EPM)**

Presidência de Mesa: Professora Doutora Angela Issa Haonat (UFT)



Conferência Magna A Justiça Constitucional como Garantia dos Direitos Fundamentais

Conferencista: **Professor Doutor Catedrático Jorge Manuel Moura Loureiro de Miranda (FDUL)**
Presidente da Mesa: Desembargador Marco Villas Boas (ESMAT/TRE-TO)

O presente texto é uma gravação da conferência ministrada durante o II Congresso Internacional em Direitos Humanos

“Peço antecipadamente desculpa pela maneira como vou falar, porque a emoção me está afetando a razão. Mas vou tentar, apesar de tudo, ser o mais preciso e claro possível. Mas antes disso, pegando as palavras que o Sr. Desembargador há pouco disse, eu gostaria de dizer que não tenho que falar nos portugueses no Brasil, os brasileiros é que são os portugueses que fizeram o Brasil. Nós somos aqueles que ficamos em Portugal, que não viemos.

Os brasileiros são os portugueses que vieram, que desbravaram a selva, desbravaram a savana, desbravaram os montes, avançaram pelo interior, correram, subiram os rios, afetaram, conseguiram vencer os mosquitos, os jacarés, todas as feras que havia no interior. Foram eles que fizeram, nós não. Nós somos os descendentes dos preguiçosos, dos tuberatos, ficamos lá, somos os que ficamos lá. Mas, no meu caso, aconteceu que eu tenho uma raiz no Brasil.

A mãe do meu pai era brasileira, e, por isso, eu também posso orgulhar-me desse laço muito forte com o Brasil. Também gostaria de aproveitar a referência que fez a Marcello Caetano, e não quero deixar, neste momento, mas também, mais uma vez, ele foi o meu mestre, aquilo que eu sou devo a ele. Quero também aqui renovar a homenagem que tantas vezes que tenho prestado, independentemente de todas as circunstâncias políticas havidas, muito infelizes, o atingiram. O tema é muito vasto, eu tomo de certo jeito o enquadramento geral deste Congresso. Irei dividir a minha intervenção em duas partes, uma delas, por assim dizer, histórica, e uma delas, por assim dizer, sistemática. Parte histórica e sistemática. Parte histórica, nós todos estamos racionando no âmbito daquilo que se chama o constitucionalismo moderno, que mexeu, como todos sabem, no século 18 nos Estados Unidos e na França, quase ao mesmo tempo. E largamente sobre a influência das mesmas grandes ideias, embora os Estados Unidos e a França tenham seguido rumos diferentes que se mantiveram praticamente até agora.

Os Estados Unidos seguiram muito mais de perto a doutrina da separação de poderes de Montesquieu que a França. Adotaram um sistema de separação de poderes, de freios e contrapesos, checks and balances, com superação e intercomunicação ou interdependência dos poderes do Estado. A França, pelo contrário, mais marcada ou influenciada por Rousseau, entendeu a separação de poderes, em termos rígidos, de tal sorte que se pensava ou se pensou na França até 2008, portanto, até seis anos atrás os juízes dos tribunais não poderiam

apreciar a constitucionalidade das leis. Enquanto que nos Estados Unidos, desde o início e até ainda antes da independência, se entendia que era um poder normal de os juízes aplicarem uma lei ou uma norma por inconstitucional, e depois houve o no caso *Marbury versus Madison*, de 1803.

Na França, desde o início, isso foi recusado e até chegou a ser feita uma lei vedando aos tribunais conhecer da constitucionalidade das leis, uma diferença fundamental. Outra diferença extremamente importante e talvez ainda mais importante, a Constituição dos Estados Unidos diz expressamente no seu art. 6º que: "Esta Constituição é o direito supremo do país", e desde o início entendeu-se nos Estados Unidos que a Constituição era diretamente aplicável, que a Constituição era suscetível de ser invocada para a defesa dos direitos fundamentais, dos direitos individuais.

Na França, pelo contrário, e quando digo a França, refiro-me também a toda a Europa, marcada pela influência Francesa, e em larga medida também a América Latina; na França, embora se afirmasse a supremacia da Constituição, não se retirava daí a consequência que hoje nos parece lógica, que é a inconstitucionalidade das leis contrárias à Constituição, a aplicação da Constituição quando em confronto com uma lei. É certo que, bem pelo contrário ao infringimento, nos Estados Unidos, como é reconhecido, quando se afirmava a supremacia da Constituição, afirmava-se a garantia dos direitos individuais da separação de poderes, no início se tratava apenas dos descendentes dos colonos que tinham ido para a costa oriental da América do Norte, esquecendo as populações indígenas, os negros, os escravos etc., e levaria muito tempo, quase até os nossos dias até se alcançar a igualdade, ao passo que, na França, logo de início se reconheceu o princípio da igualdade e se tentou retirar do princípio da igualdade as devidas consequências. Portanto, aqui é uma contradição, por um lado nos Estados Unidos vimos desde o princípio que a Constituição é o direito supremo, logo em 1791 são feitos os dez primeiros aditamentos à Constituição contendo uma declaração dos direitos, mas esses direitos são direitos poucos e numa pequena porcentagem da população, e não da totalidade desta.

Na França, ao invés, afirma-se o princípio da liberdade, da igualdade e da fraternidade. E não se retiram destes princípios as consequências que hoje nos parecem absolutamente necessárias. Quero lhes dizer que na França e no resto da Europa, e em larga medida também na América Latina, embora esta a certa altura tivesse querido copiar, mas nos Estados Unidos, a Constituição era uma garantia, mas uma garantia que de certo jeito pairava nas nuvens da qual não se extraíam os corolários necessários. Seria preciso chegar ao século 20, prestes a entrar numa nova fase na Europa, a Constituição não apenas garantia, mas a Constituição carecia ser garantida, pois só garantia quando garantida, a Constituição só garantia os direitos individuais; os direitos fundamentais à medida que houvesse instrumentos de garantia adequados.

E que instrumentos de garantia adequados foram esses ou viriam a ser esses? Naturalmente os tribunais não poderiam deixar de ser. É decerto que no final do século 19, a Constituição Brasileira, devido a Ruy Barbosa, consagraria a Constituição Republicana Brasileira, em 1891, consagraria o controle da constitucionalidade pelos tribunais, e nessa consciência sob influência da Constituição Brasileira, a nossa Constituição de 1911, a Constituição Portuguesa, a primeira Constituição Republicana Portuguesa também iria afirmar o mesmo princípio, mas não se tirariam mais uma vez daí as devidas consequências. Se só depois da Primeira Guerra Mundial, com causa e a criação do Tribunal Constitucional na Áustria, que se daria um passo à frente por meio da ideia de uma jurisdição constitucional, de uma justiça constitucional autônoma, de uma justiça constitucional capaz de enfrentar os outros poderes do estado em pé de paridade.

Mas também é sabido que, entre 1920 ou 1919, em 1939 ou até 1945, o mundo seria marcado pelos regimes autoritários e totalitários de várias cores, de várias tendências, e, portanto, o avanço da justiça constitucional acabaria por não se fazer. Seria apenas a seguir a Segunda Guerra Mundial, aliás, há pouco lembrou o Sr. Desembargador Marco Villas Boas, que se daria um passo à frente com a Constituição alemã, de 1949, a Constituição de Bonn, não por acaso é uma Constituição feita no seguimento da queda e da experiência horrorosa do regime nazista. Aí é que se daria o passo fundamental que nos traria a situação em que nos encontramos hoje.

A criação de um tribunal constitucional, a afirmação é expressamente na Constituição do estado de direito, e mais do que isso, afirmação logo no art. 1º do princípio da dignidade da pessoa humana. Não por acaso isso

aconteceu na Alemanha, como aconteceria em Portugal, em 1976, e no Brasil, em 1988, e aconteceria na Espanha, em 1978, etc. etc. Muitas vezes seriam as experiências terríveis, terrivelmente dolorosas dos regimes ditatoriais que abririam caminho a avanços no sentido da garantia da constitucionalidade e da garantia dos direitos fundamentais.

E essa Constituição Alemã, de 1949, para além do que acabei de mencionar, tem uma norma que representa aquilo a que tenho chamado Revolução Copernicana no Direito Público. Uma norma que no fundo é outra maneira de dizer aquilo que diz o art. 6º da Constituição dos Estados Unidos, mas dito d'outro modo e dito pelos juristas de outra formação. Norma segundo a qual as normas e os preceitos constitucionais sobre direitos fundamentais são diretamente aplicáveis. E essa norma seria reproduzida na Constituição Portuguesa, no art. 18; e na Constituição Brasileira, no parágrafo 2º do art. 5º, a aplicação direta e imediata das normas constitucionais sobre direitos fundamentais. Portanto, enquanto que na França e até no resto da Europa, mesmo dos países de regimes democráticos ou liberais se entendia que os direitos, por assim dizer, estavam sobre reserva da lei, agora se entende que não, os direitos estão, sim, sobre reserva da Constituição.

É a Constituição que define os direitos, o conteúdo essencial dos direitos é dado pela Constituição. As normas constitucionais aplicam-se e explicam-se contra a lei ou até na ausência de lei, de onde mais tarde depois o aparecimento da figura da inconstitucionalidade por omissão na Constituição Portuguesa e também na Constituição Brasileira, e também na jurisprudência constitucional de vários países, a inconstitucionalidade por omissão. A Constituição aplica-se contra a lei e aplica-se mesmo na ausência de lei, os direitos fundamentais primam sobre quaisquer leis, sejam elas quais forem. Os direitos fundamentais prevalecem. Aliás, a situação em que nos encontramos, situação em que há uma justiça constitucional pela defesa dos direitos fundamentais. Esta é parte, por assim dizer, histórica desta minha intervenção para fazer o tal enquadramento de que falava no início. Mas agora passando à segunda parte, um problema que muitas vezes é posto em Portugal e no Brasil, é posto em muitos países, é um problema teórico constante do resto, é o problema de saber como compatibilizar a justiça constitucional e a democracia. Nós compreendemos facilmente a justiça constitucional enquanto posta, enquanto colocada ao serviço dos direitos fundamentais.

A Justiça constitucional enquanto instrumento de garantia dos direitos fundamentais, dos direitos consignados na Constituição. Mas será justiça constitucional, seja a justiça constitucional por meio de um Supremo Tribunal Federal, como no Brasil, ou por um tribunal constitucional como sucede hoje em quase todos os países europeus e também na América Latina (Chile, Peru, Costa Rica, Colômbia, Angola, Coreia do Sul), será a justiça constitucional compatível com a democracia? O princípio da maioria. Como se pode admitir que um órgão, um tribunal, um tribunal eleito venha a julgar inconstitucional ou até mesmo a declarar inconstitucional com força obrigatória geral uma norma por mim feita? Como é que a vontade do povo, que é o tutelar da soberania, o titular do poder político pode ficar presa à vontade de uns tantos juizes ou de uns tantos ministros que não são eleitos, no Brasil, resignados pelo presidente da República com o assentimento do Senado. Em Portugal, quase todos eleitos pelo Parlamento, por maioria qualificada e depois alguns cooptados.

No resto da Europa com as soluções mais ou menos parecidas com esta solução, nunca juizes eleitos diretamente pelo povo. Como é que esses juizes podem dizer que uma norma jurídica votada por um Parlamento democraticamente eleito é inconstitucional e não pode aplicar-se? E como é que, mais do que isso, a declaração de inconstitucionalidade obriga todas as autoridades, incluindo o próprio Poder Legislativo, devo dizer a esse respeito, se me permitem, que tenho uma dúvida angustiosa acerca de Constituição do Brasil, porque no art. 102 da Constituição do Brasil se diz que há discussões do Supremo Tribunal Federal em matéria de declaração de inconstitucionalidade. Outra declaração de constitucionalidade obriga o Poder Judiciário e a administração e não se diz que obriga o Poder Legislativo. Eu julgo que se deve entender haver aí uma lacuna, não posso compreender como é que com o Supremo Tribunal Federal, depois de declarar a inconstitucionalidade de uma norma jurídica, possa no dia seguinte ser ultrapassado por uma votação no Congresso Nacional. Não posso entender.

Aqui o que entendo e acho ser razoável, o normal, é que quando um Tribunal Constitucional declara inconstitucionalidade com força do geral todos os poderes do estado ficam sujeitos à decisão do Tribunal Constitucional. Com certeza o Congresso Nacional possa fazer uma Emenda Constitucional revogando a norma

constitucional que serviu de parâmetro à decisão do Supremo Tribunal Federal. Agora, o que eu não concebo é que só a administração ou só o Poder Judiciário é que expressamente apareçam na Constituição, como vinculados, como obrigados à decisão do Supremo Tribunal Federal. Penso que haverá aí uma lacuna, mas deixo essa dúvida angustiada aqui aos meus colegas juristas brasileiros. Não sei qual é o entendimento que é dado a isto, mas trazida no Brasil uma lei do Congresso contrária a uma decisão desde o Supremo Tribunal Federal, no dia seguinte ou no mês seguinte ou um ano depois, sem ter havido uma Emenda Constitucional prévia, será isso possível? Não me parece que seja possível, mas voltando ao que estava a dizer, como compreender, então, que ministros do Supremo Tribunal Federal que não são eleitos possam impor-se ao Congresso Nacional que é democraticamente eleito? Como compreender que juízes do Tribunal Constitucional de Portugal, da Alemanha, da Espanha, possam impor-se ao um Parlamento democraticamente eleito? Não é o critério da maioria, o critério fundamental da democracia. Mas, há pouco o Sr. Desembargador falava justamente na solução, é que a Constituição fala em estado democrático de direito ou um estado de direito democrático, e se nós, agora voltando um pouco à história, podemos ver que democracias têm havido muitas ao longo dos tempos: a democracia ateniense, a democracia jacobina na Revolução Francesa, a democracia marxista e a helenista, são essas quaisquer dessas democracias, e equivalem à nossa democracia brasileira e portuguesa?

A democracia do tipo ocidental que se envolveu na continuidade das revoluções passando por estado social de direito? Claro que não. Há diferenças nítidas, a democracia dos atenienses, estudada por Benjamin Constant e por tantos autores era bem diferente da nossa, era uma democracia só dos homens, era uma democracia que admitia escravos, era uma democracia em que o povo, os cidadãos os 20 mil cidadãos reunidos na praça pública, na Ágora decidiam tudo, tinham o poder supremo, mas não respeitavam a liberdade íntima, a liberdade individual, a liberdade de pensamento, liberdade de consciência. Daí todos sabem a condenação de Sócrates pela democracia ateniense. A democracia jacobina, na linha do Rousseau, afirmava o princípio da supremacia total da maioria; a maioria equivalendo à vontade geral, a maioria tendo sempre razão. Claro está que não era possível, nunca seria possível qualquer controle de constitucionalidade, muito menos na democracia marxista ou helenista de partir único do domínio do poder por determinada classe, do domínio no poder por um partido de vanguarda dessa classe. Essa democracia nada tem a ver com a democracia que consta da Constituição do Brasil e da Constituição de Portugal.

A nossa democracia é uma democracia com estado de direito, dentro do estado de direito, de estado democrático de direito. E o estado de direito democrático pressupõe justamente o respeito dos direitos fundamentais. É conhecida a expressão de Ronald Dworkin sobre a qual os direitos seriam trunfos contra a maioria. E também por vezes se fala na justiça constitucional como sendo 'contramajoritária', é relativamente corrente esta expressão, a justiça constitucional 'contramajoritária', é uma supressão com a qual não concordo porque a maioria na nossa democracia, no estado democrático de direito, nunca pode ser desrespeitadora dos direitos fundamentais.

Os valores básicos da nossa democracia estão assentes na dignidade da pessoa humana, na liberdade e na igualdade, não há maioria possível contra a liberdade e a igualdade. Uma maioria contra a liberdade e a igualdade é uma maioria ilegítima. Portanto, a justiça constitucional é uma justiça 'contramajoritária', é uma justiça ao serviço da maioria própria do estado democrático de direito. Mas podem ainda objetar: "Mas como poderão os tais juízes não eleitos pelo povo dizerem não à lei votada pelo povo, pelos representantes do povo?".

A resposta invista é que eles também têm legitimidade democrática, justamente porque os ministros do Supremo Tribunal Federal são designados pelo presidente da República eleito por sufrágio universal, que com o assentimento do Senado, eleito pelo Senado por sufrágio universal, e os juízes da generalidade dos tribunais constitucionais europeus são eleitos por maioria qualificada, por Parlamentos eleitos por sufrágio universal. Esses juízes também têm legitimidade democrática, uma legitimidade democrática que não é direta, não seria possível ao eleger por sufrágio universal os juízes de um tribunal constitucional, mas uma legitimidade democrática indireta da mesma natureza da legitimidade dos órgãos legislativos da mesma natureza.

De outro modo, deve dizer-se que, e aqui recorrendo a uma distinção clássica, a distinção entre legitimidade

de título e legitimidade de exercício. No plano da legitimidade de título, os juízes constitucionais têm, portanto, a mesma legitimidade que têm os titulares de órgãos eleitos representativos, a mesma legitimidade democrática. Mas já quanto à legitimidade de exercício, não. Aí eles devem comportar-se como verdadeiros juízes, com todo o instituto dos juízes, portanto, com as garantias, as imunidades, as incompatibilidades, o dever de isenção, o dever de imparcialidade que qualquer juiz tem de ter. Um juiz constitucional não tem de ter um instituto idêntico ao instituto de qualquer juiz, ao instituto do mais modesto juiz de direito de qualquer comarca do interior, tem de ter esse instituto, tem de comportar-se dessa maneira, e tem de assumir como um membro numa instituição. E de resto, um Tribunal Constitucional ou Supremo Tribunal Federal como qualquer tribunal nunca decide por sua iniciativa, mas sempre sujeito ao princípio do pedido, é excerto que jura novit curia, mas é necessário que haja primeiro a propositura de uma ação ou interposição de um concurso. Jura novit curia, sim, relativamente ao conhecimento da norma constitucional aplicável, mas dependendo sempre de uma instância de fora, de uma iniciativa de fora. Portanto, um Tribunal Constitucional ou um Supremo Tribunal Federal deve assumir-se como uma instituição.

Há uma história que eu também costumo contar aos meus alunos, a propósito disso. Uma história verdadeira, a história de um Santo, São Tomás Becket, e que mostra bem o que significa o sentido institucional. O rei Henrique II da Inglaterra estava em conflito com a igreja, com o arcebispo de Cantuária e da igreja da Inglaterra, na altura, a igreja católica do século 13, do século 12 da nossa era. E o arcebispo morreu, e o rei conseguiu que o seu grande amigo Tomás Becket fosse eleito, fosse designado arcebispo de Cantuária, pensando que assim não mais haveria conflito, que a igreja se submeteria ao poder do rei, mas se enganou. Tomás Becket, uma vez investido na função de arcebispo, na função sacral de arcebispo, passou a comportar-se como arcebispo, e o conflito remexeu, até que o rei o mandou assassinar na catedral. Não se sabe quem aqui já foi à Cantuária, podem ver lá a túmulo de Tomás Becket, e até peças literárias sobre esse acontecimento. Tomás Becket foi feito santo, não se assumiu como representante de uma instituição. E é isso também que deve acontecer com os juízes de um Tribunal Constitucional, agir como instrumentos ou como elementos de uma instituição, desprendendo-se de quem os tenha designado. E também não é por acaso que nos Estados Unidos os juízes do Supremo Tribunal Federal são vitalícios, no Brasil são até os 70 anos, em Portugal têm um mandato longo e não podem ser renováveis também, e o mandato não pode ser renovável para se cortar qualquer laço com aqueles que os tenham designado. Para se reforçar, portanto, o elemento institucional, a independência relativamente a quem os tenham designado.

Os direitos fundamentais são componentes essenciais do estado democrático de direito a par da justiça constitucional. Hoje não é concebível um estado democrático de direito sem uma garantia de direitos fundamentais e sem uma justiça constitucional. De resto, pode também dizer se isso no fundo corresponde ao que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da França, em 1789, proclamava: "Uma sociedade só tem Constituição quando nela existe separação de poderes e nela existem garantias dos direitos individuais".

Nós agora vemos mais garantias dos direitos individuais por meio da justiça constitucional. Só mais duas notas que julgo serem importantes. Em primeiro lugar, quando o constitucionalismo moderno nasceu, nasceram com o constitucionalismo liberal os direitos fundamentais, nós hoje falamos em direitos fundamentais, mas deve-se dizer a expressão conhecida na Alemanha no século 19 que só começou a ser utilizada a partir da Constituição de Weimar, em 1919. Portanto, uma Constituição relativamente recente. A Constituição Portuguesa usa a Brasileira também, mas as Constituições anteriores não usavam essa expressão, mas é o termo que me parece mais adequado. Diferente do termo direitos humanos, porquanto nós falamos em direitos humanos, ou como eu prefiro 'direitos da pessoa', estamos situados no nível diferente e já estando de certo jeito a passar as fronteiras nacionais para nos deslocarmos para outro nível que é hoje também extremamente importante da defesa dos direitos: um nível jurídico internacional.

Hoje não é apenas o meio do Estado e dos seus órgãos que se defendem os direitos fundamentais, é também pelos órgãos internacionais, mas isso seria outro tema em que naturalmente não vou entrar. Só o que eu queria dizer é que quando se começou a falar em direitos, falava-se ou pensava-se em direitos individuais. Direitos individuais num duplo sentido, direitos do indivíduo, do indivíduo abstrato, sem estar inserido em determinado contexto concreto de determinada sociedade, e direitos individuais reconduzíveis à liberdade, à segurança e à propriedade, como diziam as Constituições claramente nos séculos 18 e 19. A partir da Primeira Guerra

Mundial, na linha de resto de lutas, de reivindicações vindas do século 19 aparecem os novos direitos, os direitos sociais, e aqui é o que vai também distinguir o estado democrático de direito que equivale ao estado social de direito. É que no estado democrático de direito são tão direitos fundamentais os direitos de liberdade, das garantias individuais vindas dos séculos 18 e 19, e agora também largamente reforçados até perante os desafios das novas tecnologias, são tanto os direitos fundamentais, esses direitos quanto são direitos fundamentais os direitos sociais. E depois há larga discussão acerca da efetivação de uns e de outros direitos, e há quem faça contraposição radical e há quem, pelo contrário, tenta fazer uma identificação total. Eu, por mim, não vou num sentido, nem noutro, considero os sociais direitos fundamentais, tento aproximar os direitos sociais tanto quanto possível dos direitos de liberdade, sujeitando-os aos mesmos grandes princípios que, sobretudo, a jurisprudência constitucional tem elaborado, mas reconheço que há diferenças necessárias naturais em particular quanto à efetivação. Mas esse seria um tema para outra ocasião.

O que eu quero apenas dizer para concluir é que a justiça constitucional tem por função garantir uns e outros direitos, os direitos da liberdade, as garantias individuais e também os direitos sociais. Porventura, nem sempre da mesma forma, mas não pode deixar de garantir uns e outros direitos. Também, e ainda um último ponto, é corrente a tendência para dizer que as normas de direitos fundamentais são princípios, e não regras. É muito recorrente essa ideia, não concordo com ela.

Naturalmente há muitas normas de direitos fundamentais que são princípios, em particular isso verifica-se em relação a alguns dos direitos sociais. Mas a grande maioria das normas de direitos fundamentais são regras, particularmente há em Constituições como a Portuguesa e a Brasileira, em outras não serão, mas na Constituição Portuguesa e na Constituição Brasileira, as normas de direitos fundamentais aparecem quase todas como regras, e não como princípios. Não iria agora discutir a distinção entre regras e princípios. Mas regras têm importantes implicações no domínio da jurisprudência constitucional e no domínio do controle da constitucionalidade, porque é óbvio que é muito mais fácil reconhecer uma inconstitucionalidade perante uma regra do que perante um princípio, embora não seja impossível reconhecer uma inconstitucionalidade perante um princípio como, por exemplo, o princípio da igualdade desde logo, e tantos outros princípios. Mas de todo modo há essa diferença que não pode deixar de ser assinalada. E com isto, fiz aqui como propunha fazer: que é esta introdução, este Congresso Internacional de Direitos Humanos.

Agradeço muito, renovo meu agradecimento sincero, profundo pela homenagem que me é prestada, é imerecida. Eu diria é uma homenagem, sim, aos constitucionalistas do Brasil e de Portugal que depois, em Portugal de 1976, e no Brasil, depois, em 1988, construíram uma doutrina constitucional que hoje não se envergonha perante as doutrinas constitucionais dos países mais avançados no plano jus científico. Os juristas brasileiros e portugueses constitucionalistas, brasileiros e portugueses, felizmente são muitos. Eu tenho uma verdadeira biblioteca de obras de Direito Constitucional de autores brasileiros. E é, portanto, uma homenagem aos constitucionalistas do Brasil e de Portugal, que entendo este Congresso, e não uma homenagem a mim, um modesto professor universitário.



CONCURSO CIENTÍFICO DE TESES E DISSERTAÇÕES

Mediadora: Professora Doutora Gisela Maria Bester



Pressupostos de uma Cosmovisão Humanista na Constitutividade do “homo Juridicus” Contemporâneo

Eliseu Raphael Venturi

Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná

Orientador: Professor Doutor Celso Luiz Ludwig

Eixo Temático: Hermenêutica Constitucional e Humanismo Jurídico, Pós-Humanismo e Transhumanismo

1. Resumo simples: a discussão veiculada na dissertação ora inscrita se fundamentou no conceito de homo juridicus desenvolvido pelo jurista francês Alain Supiot (Homo juridicus: ensaio da função antropológica do Direito) enquanto construção dogmática, coligada às noções de pessoa e de personalidade, e recuperada, na proposta do trabalho, em torno dos homens concretos em suas vidas particulares e em coletividade, sob o imperativo da manutenção, desenvolvimento e reprodução da vida (Enrique Dussel e Celso Ludwig). Baseou-se, igualmente, nas preocupações de Supiot por se compreender o Direito como “técnica de humanização das técnicas” (o que já indica a relevância do tema ao pós-humanismo e à Filosofia da Tecnologia) e, ainda, em se ter uma das tarefas da ciência do Direito como a de se identificar déficits antropológicos das teorias jurídicas. Abordaram-se, em tal contexto, algumas dimensões de uma possível mundividência nominável como humanista (visão de mundo, ou Weltanschauung, e que foi motivadamente distinta de uma ideologia, de uma pré-compreensão, de um paradigma e de demais categorias possíveis), imprescindível do raciocínio jurídico, compreendida nas esteiras de uma tutela humana (frise-se: também dos animais e do meio ambiente) total e incondicional, a ser obtida por meio da construção compreensivo-hermenêutica e argumentativa, bem como do implemento das categorias de direitos subjetivos (da personalidade, fundamentais e humanos), dos quais todos são titulares, assim como dos microsistemas protetivos e de princípios sempre presentes (dignidade da pessoa humana; regra de interpretação pro homine; atingimento de um bem-estar social e individual e assentados nos princípios republicano e democrático, bem como instrumentalizados que devem ser via diversos atos e processos públicos e privados). Neste sentido, abordaram-se alguns elementos filosóficos componentes desta cosmovisão, ao exemplo das discussões sobre a condição humana, a ética e os modelos do cuidado, as questões da antropologia filosófica, da alteridade, da subjetividade, da vulnerabilidade e hipervulnerabilidade, da política do reconhecimento, entre outros aportes, cientes da fragilidade da vida e da responsabilidade social partilhada por ela, que apontam ao apreço pelo humano e por sua proteção enquanto finalidades ínsitas ao ordenamento jurídico e indissociáveis de suas técnicas hermenêuticas. Enfatizou-se, também, na dissertação, a humanização do direito internacional dos direitos humanos, assim como do direito internacional privado e, ainda, a categoria constitucional do humanismo e o modelo de Estado humanista como importantes ferramentas de construção desta visão de mundo garantista e tuitiva.

Palavras-chave: humanismo jurídico; hermenêutica jurídica; homo juridicus.

2. Contribuições: considera-se que a dissertação contribua para o fomento do debate dos problemas e dos autores do humanismo e também do pós-humanismo, tanto em suas dimensões filosóficas quanto em suas projeções jurídicas. Com isso, crê-se contribuir com a ampliação das possibilidades de discussão sobre direitos subjetivos, princípios e hermenêutica jurídica de um modo geral, enfocando o Direito enquanto técnica de proteção humana (animal e ambiental), o que concorre, também, com elementos de filosofia política e de filosofia geral, igualmente insertos no trabalho, revelando que o conhecimento do Direito é intimamente ligado à concepções políticas em torno de uma cosmovisão. Portanto, a contribuição se dá, sobretudo, no sentido do aporte multidisciplinar, focado no tema específico de Filosofia do Direito, qual seja, o do “humanismo jurídico”, construído a partir de múltiplos aportes filosófico-jurídicos e conferindo validade à interrelação de diferentes ferramentas intelectuais para a construção do pensamento e do trabalho acadêmico. Considera-se, por fim, que a maior contribuição possa se dar no sentido da projeção do estudo para o campo dos problemas do “pós-humanismo”, eis que este abre o horizonte de sentido que a tradição humanista-jurídica enfrentará, cada dia mais, na busca de promoção da cidadania, proteção dos direitos humanos, expansão da democracia e correção da exclusão social – trabalho hermenêutico este que não poderá prescindir do conhecimento e discussão do humanismo jurídico. Deste modo, o trabalho pretende contribuir tanto epistemologicamente em sua área quanto, também, politicamente, pela vinculação tanto da ciência quanto do direito à política.

3. Originalidade: o trato do assunto do humanismo jurídico é raro, considerando-se o volume de produção nacional e internacional em Filosofia do Direito que realizem tal abordagem, sobretudo, frontalmente, sem apenas referir o humanismo como paradigma da cultura clássica, por exemplo. O aporte axiológico proposto na dissertação incrementa ainda mais a originalidade do estudo, em específico, considerando que o “humanismo jurídico” consiste em escola jurídica pré-moderna (proposta de sistematização moderna dos institutos jurídicos romanos, daí o humanismo enquanto referência à cultura clássica), o que diferencia a proposta, conferindo-lhe contemporaneidade de abordagem e construção (afinidade ao sistema democrático atual), sem prejuízo da contextualização da forma histórica em seu conteúdo, ampliando-se, assim, o plexo semântico do humanismo, sem excluir a dimensão nominal de Escola. Tendo em vistas que o estudo é corolário ao enfrentamento do pós-humanismo, pode-se afirmar que se trata de estudo com considerável carga de originalidade, tanto em sua construção específica quanto em sua potencial vinculação ao pós-humanismo. A utilização de obras de arte no contexto da argumentação do trabalho também eleva seu grau de originalidade, distinguindo o trabalho e aumentando sua complexidade e fluidez argumentativa.

4. Possibilidade de impacto do trabalho: pela especialidade do tema, o trabalho, por exemplo, inserido em uma publicação afim, poderia contribuir com o número de citações do periódico, produzindo, assim, efeitos sobre o fator de impacto do meio. Mais uma vez, considerando a relativa escassez de estudos sobre o humanismo jurídico, tem-se que o trabalho possa ser relevante neste contexto.

5. Motivação do trabalho: o trabalho decorreu de pesquisas multidisciplinares, tanto em Direito Constitucional e Direito Internacional dos Direitos Humanos quanto em Filosofia do Direito, no específico da hermenêutica jurídica, no cerne da qual se buscou uma categoria apta à valoração da realidade proposta a partir dos direitos subjetivos (de personalidade, fundamentais e humanos). Assim, o motivo principal do trabalho foi o desafio de se pensar a relevância do conhecimento jurídico para a reflexão e propositura de soluções sobre problemas contemporâneos, em geral complexos e argumentativos, tendo-se em mente, mais do que a casuística, o estabelecimento de elementos antecedentes de compreensão da realidade, envoltos na noção de cosmovisão. Com isso, a motivação se deu na afirmação da normatividade jurídica como elemento diferencial da cosmovisão no Direito, utilizando-se como parâmetros envolvidos questões como o direito de proteção, os direitos humanos, a democracia, a cidadania e a inclusão social, visando-se a superação de discursos de senso comum, senso comum jurídico, midiáticos e ideológicos.

6. Relevância do tema: o tema do humanismo jurídico é relevante na medida em que revela a formação do pensamento jurídico ocidental contemporâneo, auxiliando, assim, na compreensão da tradição jurídica e valores envolvidos em sua constituição própria. Além disso, o humanismo jurídico tem sua relevância potencializada em muito diante do chamado cenário desumano, na medida em que se apresenta como medida contemporânea que resgate a compreensão e interpretação dos fatos à luz de princípios protetivos e direitos subjetivos igualmente afirmantes de uma dignidade humana violada. Ainda, o humanismo jurídico

também se projeta na discussão contemporânea sobre os limites e desafios da técnica e da tecnologia na construção do social. Por fim, diante do cenário pós-humano, o humanismo jurídico oferece valores de confronto, pontos de risco, possibilidades de expectativa, compatibilização e harmonização, assim como aponta riscos de ruptura e agravamento. Por isso, em um amplo plexo temporal, o humanismo jurídico se justifica como pertinente objeto de estudo, quanto mais pensado no contexto da Filosofia do Direito, tal como proposto.

7. Metodologia: a pesquisa ora submetida pode ser classificada como primordialmente bibliográfica, eis que as referências foram sobretudo de leitura e reflexão (sem recurso ao trabalho de campo), assim como descritivo-qualitativa, posto se ter levantado características, problemas e questões do humanismo jurídico, sendo, ainda, em alguns aspectos, explicativa e exploratória, com finalidades tanto puras (manejo e desenvolvimento do debate teórico) quanto aplicadas - ainda que, neste sentido, seja mais remota a solução de casos, considerando o enfoque teórico-reflexivo. Além disso, considerou-se a análise documental de referências legislativas e judiciais em ramificações de interesse ao tema, ainda que tomados de modo sintomático e específico, sem constituir tal análise o objeto propriamente dito e isolado da dissertação. Enquanto método de abordagem fez-se o emprego das formas indutiva, dedutiva e dialética, determinantes na construção das abordagens feitas ao longo do texto, e, quanto ao método de procedimento: o comparativo, brevemente, na medida em que se confrontam os horizontes intertemporais em busca de harmonização, sobretudo na figura das interfaces do humanismo jurídico (tradição) com o horizonte de expectativas do pós-humanismo; o tipológico, na medida em que constantemente se está no confronto de conceitos do humanismo e seus componentes, na busca da construção hermenêutica jurídica; e, por fim, o funcionalista, na medida em que os temas maiores do humanismo, em seus aportes teóricos, não são abordados como uma finalidade temática pura, mas sim funcionalizada em razão e a partir do Direito, o que produz resultados completamente distintos daquele da pesquisa filosófica propriamente dita nestes campos.

8. Resultados: como resultado da dissertação tem-se o trabalho escrito final, assim como a continuidade de investigação do objeto por meio de apresentações orais em eventos científicos, e artigos tanto em publicações acadêmicas quanto em jornais, sobretudo, exaltando as relações com os fenômenos da desumanização e do pós-humanismo. No item 9 são expostas as considerações finais sintéticas do trabalho, que são em verdade conclusões das análises, mas, sobretudo, novos pontos de partida de desdobramentos futuros dos assuntos envolvidos com o humanismo no modo como construído na dissertação.

9. Desenvolvimento do trabalho e considerações finais pontuais: o problema central da pesquisa consistiu na definição, elementos e características de uma cosmovisão humanista decorrente do humanismo jurídico. Assim, no primeiro capítulo da dissertação (“o problema de uma cosmovisão humanista”) se abordou a colocação do problema do humanismo jurídico, expondo-se as razões de sua relevância no complexo contexto da Filosofia do Direito atual e justificando os desdobramentos feitos nos dois capítulos seguintes. Em desdobramentos do capítulo, investigou-se o humanismo no debate filosófico, em acepção ampla, elegendo-se o humanismo ético-sociológico crítico como mais próximo ao que se pretendeu desdobrar no trabalho, pela feição do humanismo jurídico, sem prejuízo de temperar a proposta com críticas severas ao humanismo. Ainda no mesmo capítulo se realizou uma análise do estado da arte do “humanismo jurídico”, abordando tanto estudos do “humanismo jurídico” como escola do direito, pré-moderna, centrada na construção metodológico-positivista do direito a partir do referencial clássico do direito romano, quanto estudos do “humanismo jurídico” em seu caráter atual, axiológico e voltado ao problema do “humano” no contexto dos direitos humanos. Por fim, abriram-se categorias epistêmicas para fundamentar a escolha de “cosmovisão” como fundamento do trabalho. Assim, discorreu-se sobre os sentidos da pré-compreensão, da ideologia e do paradigma, apontando-se características que permitiriam e negariam a possibilidade do “humanismo jurídico” para, então, se argumentar pelo cabimento e oportunidade da cosmovisão. Assentado o primeiro capítulo no esclarecimento das intenções do trabalho e no enfrentamento de seus conceitos basilares, passou-se, no segundo capítulo (“pressupostos filosóficos de uma cosmovisão humanista”) a especificar dimensões filosóficas do problema, a partir do critério fonte da ética, centrado na afirmação, manutenção e reprodução da vida humana em coletividade, protegendo-se as vidas afirmadas e transformando-se as negadas. Assim, debateu-se a condição ou situação humana, tanto em sua dimensão existencial quanto em seus problemas atuais diante da globalização exploradora e excludente, o que levou, no contexto da condição humana, ao

breve debate sobre os paradoxos dos direitos humanos. Ainda, abordou-se a ética do cuidado, como contraponto à ética da justiça, evidenciando-se que diante de cenários de abandono se impõe uma ética do cuidado (ao compasso de ante a opressão se impor a justiça), que traz dinâmicas de compreensão, de vínculo, de emoção, de altruísmo, de prática, que nem sempre estão contidas no raciocínio da justiça como fundamento ético, donde se concluiu que um “humanismo jurídico” deva comportar tanto uma ética da justiça quanto de cuidado. Ainda na esteira das dimensões filosóficas do “humanismo jurídico” investigaram-se sentidos contidos na Antropologia Filosófica, disciplina de questionamento sobre a natureza humana e suas potencialidades, fortemente construída no plano especulativo e reflexivo, a qual se contrapôs à proposta de concretude informada por Enrique Dussel no ponto da condição humana. Assim, a Antropologia Filosófica foi utilizada no trabalho como contexto para o estabelecimento, então, da figura do “homo juridicus” proposta por Alain Supiot, em capítulo posterior, ao mesmo tempo em que permitiu exaltar a reflexão sobre a existência do ser humano, reflexão esta em suas virtudes e vícios, porém, indispensável para a pretensão de racionalidade e construção científico-filosófica do problema. Por sua vez, alteridade, identidade e subjetividade foram conjuntamente tratados no sentido tanto da construção individual da subjetividade quanto nos laços coletivos de afirmação de identidades e, ainda, estabelecimento de diferenciações por meio da alteridade. Assim, pretendeu-se interrelacionar as dinâmicas destes conceitos de forma a integrar suas dimensões em torno do sentido comum de preservação de tais valores de convivência. Vulnerabilidade, respeito e reconhecimento, igualmente, foram temas do humanismo agrupados de modo a se comunicarem com a condição humana, reiterando o sentido do imperativo direito de proteção, coligando-se o respeito como dimensão de preservação das diferenças e o reconhecimento como valorização positiva do outro. Por fim, propôs-se o sentido da vida e a inclusão social como temas também pertinentes às preocupações filosóficas do trabalho, depreendendo-se que a vida digna que o direito pretende garantir estatui um sentido para a vida humana, sem lhe definir um conteúdo, mas preocupando-se com a garantia de um bem-estar individual e coletivo, o qual não se pode visualizar em cenários de degradante exclusão social. Destaca-se que todos os temas foram desenvolvidos ressaltando-se a conexão deles entre si, e desta conexão e sentido partilhado entre si de tais temas que se pretendeu enfatizar um sentido comum e forte, o qual, nesta maior amplitude, fundamenta uma cosmovisão. No capítulo final, “pressupostos jurídicos da cosmovisão humanista-jurídica”, desenvolveu-se uma linha similar de construção, porém, desta vez, com conteúdo jurídico, este compreendido enquanto teor depreendido de normas jurídicas insertas em sistema de direito positivo. Assim, tratou-se de uma linha de desenvolvimento do “humanismo jurídico” propriamente dito, na proposta filosófica de Antonio Carlos Wolkmer, bem como se abriu a “técnica de humanização das técnicas” (dogmática jurídica e interpretação jurídica) proposta por Alain Supiot como definição precípua do Direito, no qual se insere a figura central do “homo juridicus”, a compreensão ocidental estabelecida no Direito sobre o que seria e deveria ser o ser humano (essencialmente na dimensão de sua tutela, em peso, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos). Abordou-se, ainda, a humanização do direito, em peso com a dinâmica da humanização das penas, a humanização do direito internacional, assim como a absoluta vedação de penas e tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, seja em qual nível e organização for, ao mesmo tempo em que se discorreu sobre o diálogo das fontes como técnica hermenêutica de integração protetiva, portanto, humanização também da técnica de humanização das técnicas. No mesmo capítulo, como subtópico, abriu-se a análise da proposta da categoria constitucional do humanismo, segundo estudo de Carlos Ayres Britto, que realizou uma detalhada leitura do fenômeno constitucional e hermenêutico tendo por referência o humanismo em suas diversas manifestações filosóficas e concretização jurídica. Por fim, tratou-se de direitos subjetivos e normatividade tuitiva, momento em que se expuseram normas jurídicas indicadas como protetivas, verificando-se a linguagem empregada em alguns tratados, assim como em princípios jurídicos e na doutrina dos direitos de personalidade, dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, em especial na dimensão política destas categorias.

Considerações finais sintéticas. O Direito pode ser compreendido como um complexo sistema de fontes orientado à produção de compreensões diversas sobre a vida coletiva, marcados pela normatividade (cogência), que distingue o Direito de outras formas de intervenção social. O procedimento hermenêutico do Direito parte de uma cosmovisão específica cuja função inafastável é a de proteção do ser humano, seja em qual situação se encontrar.

- A Filosofia do Direito contemporânea abarca uma diversidade de discussões que torna possível o



debate legítimo sobre o humanismo jurídico enquanto expressão própria de uma cosmovisão específica, com referência aos objetivos do Direito (depreensíveis, por exemplo, dos objetivos constitucionais do art. 3º).

- A Filosofia do Direito, conjugada com as disciplinas de Direito Constitucional e de Direito Internacional dos Direitos Humanos, fornece o referencial hermenêutico fundamental para entendimento de toda interpretação jurídica, provendo conceitos interpretativos e balizas axiológicas essenciais para toda compreensão jurídica a ser feita sobre a realidade da convivência humana.
- O debate filosófico sobre o “humanismo” é tão polissêmico quanto o próprio termo, apontando tanto para a significação de momentos históricos delimitados quanto para modos de entender a existência humana, indicando, contudo, uma ênfase nos problemas do “humano”: suas necessidades, natureza e condição, ainda que, muitas vezes, trate de antropocentrismos. Portanto, embora amplo, o debate pode ser apreendido com especificidade e transformado em problema em uma dimensão executável.
- O “humanismo” pode receber diversas qualificações, mesmo que de ideologias contrárias: humanismo cristão, humanismo marxista, humanismo proletário, humanismo burguês, humanismo liberal, humanismo religioso, humanismo científico, humanismo artístico, humanismo econômico, entre outros, dentre os quais se pode afirmar haver um “humanismo jurídico”.

O “humanismo” não possui um campo de significação preciso, exato e definitivo, não sendo possível conceituá-lo peremptoriamente, embora seja um termo indicativo de preocupações epistêmicas, políticas e jurídicas, sendo assim um conceito orientador.

O “humanismo jurídico”, na atualidade, tem sido utilizado, na veiculação intersubjetiva, enquanto expressão para indicar estudos que abarcam os problemas da dignidade da pessoa humana, assim como dos fundamentos da organização política, delimitando uma hierarquia de preferências que enfatiza a preocupação com o ser humano nas múltiplas organizações sociais e institucionais possíveis, trançando debates interdisciplinares.

- Regra geral, o “humanismo jurídico” toma a dignidade da pessoa humana como centro de gravidade, daí se poder falar que o ordenamento jurídico possa ser considerado humanista, embora não exclua outras dimensões de vida tuteláveis, como o meio ambiente e os direitos dos animais, por exemplo, o que não permite reduzir o humanismo jurídico ao antropocentrismo, quanto menos um antropocentrismo individualista, pois a tutela dos direitos metaindividuais também é de interesse.
- O “humanismo jurídico” pode, também, ser compreendido como uma visão de mundo consoante aos preceitos dos direitos humanos, de direitos fundamentais e de personalidade, todos prevalentes na hermenêutica jurídica contemporânea como núcleos de proteção de dimensões da existência humana, sem prejuízo de demais princípios tuitivos.
- O debate sobre o “humanismo jurídico” a partir de categorias epistêmicas como a pré-compreensão, o paradigma, a ideologia e a cosmovisão auxilia a identificar o entendimento sobre o humanismo jurídico, em especial, por pontuá-lo dentro de um grande sistema de hermenêutica jurídica, enquanto estrutura cognoscente e valorativa ínsita ao intérprete.
- O “humanismo jurídico” reúne dimensões de ciência social aplicada e de ciências humanas na medida em que abre o campo de preocupações do Direito a diálogos com outras formas de conhecimento preocupadas com o entendimento, ainda que provisório, do ser humano.
- A condição humana integra o humanismo jurídico obtemperando a rigidez da racionalidade e informando elementos conjunturais da existência humana, contextualizando demais fatores envolvidos no debate jurídico e informando uma apreciação sensibilizada à conduta humana.
- A ética do cuidado contribui com a identificação das conexões humanas na vida coletiva, ressaltando,

assim, uma abordagem contextual de interesse pelos aspectos comunitários e de interesse e estima pelas necessidades humanas.

- A antropologia filosófica expressa a preocupação em compreender o ser humano por meio de linhas gerais, ainda que sem referência às culturas específicas no espaço-tempo (objeto da antropologia cultural), permitindo, assim, construções abstratas que fornecem elementos indicativos da condição humana, sobre os quais o Direito pretende intervir e permitindo compreender a sistemática de construções de imagem do homem, na qual o Direito age, propondo uma construção própria. O “homo juridicus” é uma afirmação desta imagem do homem construída no âmbito do Direito.
- A alteridade, espaço comunicativo essencialmente dialógico, consistiu-se enquanto instância hermenêutica de abertura ao outro, indicando, assim, caminho de construção do sentido, que não pode prescindir de ultrapassar a mesmidade, produzindo significados relevantes ao problema do humano, que se constrói coletivamente e que depende do enfrentamento do outro. A alteridade, portanto, viabiliza pensar a diferença, afirmando a diversidade.
- A identidade e subjetividade possibilitam, sob um enfoque sociocultural (embora sejam conceitos mais específicos de psicologia), identificar pontos de assentamento da noção de pessoa, fundamental para a consolidação da personalidade jurídica, e que constituem processos e espaços de solidificação do indivíduo, especificando assim o cerne de tutela jurídica individual, estabelecendo mais uma camada de proteção e promoção do homem pelo Direito.
- As noções de vulnerabilidade e de hipervulnerabilidade, entendidas no contexto da condição humana, reforçam o imperativo caráter primeiro, tuitivo do Direito, reforçando o papel ético das formas jurídicas para a proteção do ser humano e sua existência concreta multidimensional. Seja por uma vulnerabilidade dada pela condição humana, seja pelas diferentes vulnerabilidades e hipervulnerabilidades nominadas especialmente pelo Direito, tem-se elemento do humanismo jurídico evidenciado por tal preocupação, que, inclusive, fundamenta uma ética do cuidado.
- O respeito e o reconhecimento fundamentam a ética primeira de contato com o outro, no espaço da alteridade, fornecendo interdições fundamentais na relação humana e convivência social; além disso, os temas possuem profundas implicações político-jurídicas;
- A vida concreta do sujeito em comunidade fornece os moldes de foco de atenção e projeção das categorias jurídicas, sem cuja fusão de horizontes não pode resultar em produção legítima de norma jurídica aplicável ou, ainda, produção de compreensão jurídica adequada.
- O sentido da vida integra a cosmovisão do humanismo jurídico, sendo que o dado coletivo é composto a partir das formas jurídicas, em especial, a exposição de motivo dos documentos tuitivos, ao farto exemplo dos tratados internacionais de direitos humanos;
- A constitutividade do “homo juridicus” contemporâneo aponta a legitimidade do esteio teórico na constituição do ser humano ao Direito, que exerce uma função de antropologia filosófica abstrata previamente ao caso concreto, interditando o embate violento e a violação de direitos;
- As categorias de direitos subjetivos, tanto individuais como metaindividuais, fornece sentido à dogmática fundamental do “homo juridicus”, permitindo posições jurídicas determinadas que se antecipam pelo imperativo de tutela.
- Os campos do transhumanismo como teoria do melhoramento humano e o pós-humanismo como exaltação das tecnologias como meios de humanização necessitarão manter seus vínculos com o humanismo, ciente de seus limites arrogantes, sob pena de se rever os efeitos deletérios de destruição, desumanização, exterioridade e reificação dos seres humanos, presentes e futuros; a missão do humanismo jurídico, assim, será a de vigilância crítica e axiológica, com o movimento institucional de

promoção e proteção das bases do ser humano, sua vida coletiva e seu meio ambiente, assim como da crítica do discurso ideológico deslegitimador e naturalizante.

10. Referências sintéticas: considerando a limitação editalícia do número de folhas do presente resumo, submete-se a esta banca avaliadora versão sucinta das referências, condensadas apenas nos autores e títulos principais (suprimindo-se local da obra, data, tradução, entre outros elementos de referência), eis que, ao longo do trabalho, foram feitas maiores e detalhadas citações e completa referência.

ACCARDO, Alain. Humanismo para quê?; AGUDELO RAMIREZ, Martín. Humanismo jurídico: el derecho desde una actitud humanista; ARENDT, Hannah. A condição humana; ATKINS, Kim. Self and subjectivity; AYRES, José Ricardo de Carvalho Mesquita. Hermenêutica e humanização das práticas de saúde; AZEVEDO, Fernando de. Na batalha de humanismo. Aspirações, problemas e perspectivas; BASBAUM, Leôncio. Alienação e humanismo; BARBOSA, Vanderlei. Da ética da libertação à ética do cuidado; BAIER, Annette. The Need for more than justice; BLACKHAM, Harold. Objecções ao humanismo; BIGNOTTO, Newton. Humanismo cívico hoje; BLOCH, Ernst. Derecho natural y dignidad humana; BOBBIO, Norberto. A era dos direitos; BOFF, Leonardo. Saber cuidar: ética do humano – compaixão pela terra; BRITTO, Carlos Ayres. O humanismo como categoria constitucional; BUBER, Martin. Sobre comunidade, Eu e tu, O caminho do homem. Segundo o ensinamento chassídico; CARNEIRO, Maria Francisca. Pesquisa jurídica na Complexidade e Transdisciplinaridade. Temas Transversais, Interface, Glossário, Teoria jurídica contemporânea. Semiótica, proporções e filosofia do direito, Pesquisa jurídica. Metodologia da aprendizagem. Aspectos, questões e aproximações; CARPINTERO, Francisco. “Mos italicus”, “mos gallicus” y el Humanismo racionalista. Una contribución a la historia de la metodologia jurídica; CASELLA, Paulo Borba; CELLI JÚNIOR, Umberto; MEIRELLES, Elizabeth; POLIDO, Fabrício. (Org.). Direito Internacional, Humanismo e Globalidade; CASSIRER, Ernst. Antropologia filosófica. Ensaio sobre o homem; CASTAN TOBEÑAS, José. Humanismo y derecho; CAVALCANTE JUNIOR, Francisco Silva; SOUSA, André Feitosa. [Org.]. Humanismo de funcionamento pleno; CHARDIN, Pierre Teilhard de Chardin. O fenômeno humano; CLEWELL, Tammy. Subjectivity; CUNHA, Paulo Ferreira da. O ponto de Arquimedes. Natureza humana, direito natural, direitos humanos; DAL RI JUNIOR, Arno; PAVIANI, Jayme. O humanismo latino no Brasil de hoje; _____; BOMBASSARO, Luiz Carlos; PAVIANI, Jayme. As interfaces do humanismo latino; _____; ORO, Ari Pedroso. Islamismo e humanismo latino: diálogos e desafios; _____; LUPI, João. Humanismo Medieval. Caminhos e Descaminhos; DERISI, Octávio Nicolás. Valores básicos para a construção de uma sociedade realmente humana; DOUZINAS, Costas. Os paradoxos dos direitos humanos; DUSSEL, Enrique. Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão, El humanismo semita, El humanismo helénico; DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério, O direito da liberdade. A leitura moral da constituição norte-americana, O império do direito, Uma questão de princípio; ELIAS, Norbert. A condição humana: considerações sobre a evolução da humanidade por ocasião do quadragésimo aniversário do fim de uma guerra (8 de maio de 1985); ENGISCH, Karl. La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales; EMORY UNIVERSITY. Vulnerability and the human condition; FELICE, Massimo Di; PIREDDU, Mario. [Org.]. Pós-humanismo. As relações entre o humano e a técnica na época das redes; FELINTO, Erick; SANTAELLA, Lucia. O explorador de abismos. Vilém Flusser e o pós-humanismo; FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón: teoría del garantismo penal; FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. Introdução ao estudo do direito. Técnica, decisão, dominação; FLORES, Joaquín Herrera. A (re)invenção dos direitos humanos; FOUCAULT, Michel. O nascimento da biopolítica; FRANKL, Viktor Emil. Um sentido para a vida: psicoterapia e humanismo; FRANÇA, Rubens Limongi. Hermenêutica Jurídica; FREUD, Sigmund. A questão de uma Weltanschauung. In: Novas conferências introdutórias sobre a psicanálise; FROMM, Erich. El humanismo como utopia real; FUNK, Ken. What is an worldview?; GADAMER, Hans Georg. Verdade e método, Verdade e método II; GILLIGAN, Carol. Uma Voz Diferente; GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. Das necessidades humanas aos direitos; HALL, Donald E. Subjectivity; HEIDEGGER, Martin. Que é isto – a filosofia? Identidade e diferença, Carta sobre o humanismo; HERKENHOFF, João Baptista. O direito processual e o resgate do humanismo; JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit internationale privé postmoderne; JARROSON, Bruno. Humanismo e técnica. O humanismo entre economia, filosofia e ciência; KEIL, Ivete Manetzder. Paradoxos dos direitos humanos no capitalismo contemporâneo; KUHN, Thomas. A estrutura das revoluções científicas; KURZ, Paul. Os paradoxos dos direitos humanos; LE MONDE DIPLOMATIQUE. Um outro ser humano é possível. Manifesto pela libertação dos animais; LÉVINAS, Emmanuel. Entre nós: ensaios sobre a alteridade, Humanismo do outro homem, Ética e infinito; LOUREIRO, Maria Fernanda; CARNEIRO, Maria Francisca. Hermenêutica como método de aplicação do direito constitucional; LORENZETTI, Ricardo Luis.

Teoria da decisão judicial. Fundamentos de direito; LUDWIG, Celso Luiz. Para uma filosofia jurídica da libertação. Paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo; MACCORMICK, Neil. Argumentação jurídica e teoria do direito; MAIA, Marisa Schargel. Por uma ética do cuidado; MALRAUX, André. A condição humana; MARCUSE, Herbert. Humanismo socialista; MARMOR, Andrei. Direito e interpretação; MARITAIN, Jacques. Humanismo integral: uma visão nova da ordem cristã; MARQUES, Claudia Lima. Diálogo das fontes. Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro; MAZZUOLI, Valério de Oliveira; GOMES, Luiz Flávio. Direito supraconstitucional. Do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito; MEZZARROBA, Orides. Humanismo latino e Estado no Brasil, Humanismo político: presença humanista no transversal do pensamento político; MONDIN, Battista. O homem, quem é ele? Elementos de antropologia filosófica; MOUNIER, Emanuel. El personalismo; MORRISON, Wayne. Filosofia do direito. Dos gregos ao pós-modernismo; MÜLLER, Friederich. Teoria estruturante do direito; NOGARE, Pedro Dalle. Humanismos e anti-humanismos. Introdução à antropologia filosófica; NODDINGS, Nel. Caring: a Feminine Approach to Ethics and Moral Education; NOGUEIRA, Alcântara. Poder e humanismo; RABENHORST, Eduardo Ramalho. Dignidade humana e moralidade democrática; RAMIS BARCELO, Rafael. La recepción de las ideas jurídicas de Ramon Llull en los siglos XV y XVI; RESTANY, Pierre. Hundertwasser: o pintor-rei das cinco peles; RODRIGUEZ PUERTO, Manuel Jesús. Derechos subjetivos y sistema en la primera modernidad; ROGERS, Carl; ROSENBERG, Rachel. A pessoa como centro; ROGERS, Carl. Tornar-se pessoa; RÜDIGER, Francisco. Cibercultura e pós-humanismo; SANCHEZ RÚBIO, David; HERRERA FLORES, Joaquín; CARVALHO, Salo de. [Org.]. Direitos humanos e globalização. Fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica; SAID, Edward Wadie. Humanismo e crítica democrática; SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, Dimensões da dignidade; SACHS, Ignacy. O desenvolvimento enquanto apropriação dos direitos humanos; SALDANHA, Nelson. Humanismo e história; SÁNCHEZ RUBIO, David. Filosofía, derecho y liberación en América Latina; SARTRE, Jean-Paul. O existencialismo é um humanismo; SÉRRES, Michel. A grande narrativa do humanismo; SLOTERDIJK, Peter. Regras para o parque humano: uma resposta a carta de Heidegger sobre o humanismo; SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O direito geral da personalidade; SUPIOT, Alain. Homo juridicus. Ensaio sobre a função antropológica do Direito; SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A humanização do direito internacional, Tratado de direito internacional dos direitos humanos. (3 volumes); VACCARO, Salvo. Biopolítica e zoopolítica; VASCONCELOS, Arnaldo. Direito, humanismo e democracia; VANDENBERGHE, Frederic. Jamais fomos humanos; VIEHWEG, Theodor. Topica y filosofia del derecho; VILA NOVA, Sebastião. Ciência social: humanismo ou técnica?; VILLEY, Michel. Filosofia do Direito: definições e fins do direito, os meios do direito, A formação do pensamento jurídico moderno; VIVERET, Patrick. É hora de um novo humanismo; WALZER, Michael. Da tolerância; WOLKMER, Antonio Carlos. [Org.]. Humanismo e cultura jurídica no Brasil, Fundamentos do humanismo jurídico no ocidente; WOLF, Susan. O sentido da vida.



A Adequada Tutela Jurisdicional do Ato Administrativo Discricionário como Instrumento de Promoção e Realização dos Objetivos Fundamentais da República Brasileira – Fundamentos e Contornos da Ação Direta de Ilegalidade da Discricionariedade Administrativa de Interesse Nacional

Philip Gil França

Tese apresentada, como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Orientador: Professor Doutor Carlos Alberto Molinaro

Eixo Temático: Hermenêutica Constitucional e Humanismo Jurídico, Pós-Humanismo e Transhumanismo

A tese apresentada neste momento gira em torno de um tema muito claro, o controle das consequências do ato administrativo, especialmente sobre o seu aspecto discricionário. A relevância de saber das consequências do ato administrativo é representada na necessidade de percepção sobre como os atos administrativos influem na vida das pessoas. Isto é, importa para o bom desenvolvimento das pessoas saber como sua vida será conduzida por atos administrativo e quais são os limites desse ato administrativo. A tese, defendida em 30/03/2012, tornou-se obra jurídica que já está na sua 2ª edição, publicada pela respeitável editora RT-Thomson Reuters. O título da respectiva obra é 'Ato Administrativo e Interesse Público – Gestão Pública, Controle Judicial e Consequencialismo Administrativo'. Ou seja, o rápido esgotamento da primeira edição da obra indica a boa absorção das ideias pelos leitores. De igual forma, importa sublinhar que a tese ganhou nota máxima em banca de defesa de doutorado composta por respeitados juristas, qual seja, foi 'aprovada com voto de louvor'. Desse modo, resta claro que os critérios de originalidade, relevância do seu conteúdo (e respectivo impacto) foram avaliados em grau máximo.

O núcleo essencial da tese consistiu na formulação de novas, ou renovadas, técnicas jurídicas – inclusive, processuais-judiciais – para viabilizar um melhor controle da atividade administrativa discricionária do Estado, com a finalidade de promover uma concreta efetividade dos objetivos da República do Brasil estampados no art. 3.º da CF/88. Visou apresentar o ato administrativo discricionário como parte, também, do âmbito de plena sindicabilidade jurisdicional, visto que representa a expressão do ônus público estabelecido no atual Estado republicano democrático de Direito, conforme dicção constitucional. Para tanto, realizou-se análise do papel da Administração Pública no dever estatal de concretização e realização do interesse público, por meio de um concatenado e harmônico regime jurídico administrativo, viabilizado pelo exercício de prerrogativas (poderes) e sujeições (princípios) da atividade administrativa do Estado. Nesse cenário, evidenciou-se a estruturação e a operacionalização dos atos administrativos, com destaques aos que possuem determinada margem legal de gestão pública, denominados discricionários. Demonstrou-se, também, a atual tendência jurisprudencial dos Tribunais Superiores sobre a tutela jurisdicional do ato administrativo discricionário, apontando a heterogeneidade de decisões sobre o tema, fato que demanda o estabelecimento de um novo norte a ser seguido para a prestação da constitucional adequada tutela judicial da atividade administrativa estatal.

Assim, analisou-se a necessidade de se adaptar antigas técnicas de interpretação do ato administrativo discricionário e indicaram-se caminhos para a superação de práticas que não mais se sustentam no atual contexto constitucional, tais como: a blindagem do mérito administrativo ante o respectivo controle judicial; a rasa interpretação da teoria da tripartição dos poderes; a falta de legitimação democrática do Estado-Juiz. Desse modo, teve-se como caminhos adequados para auxiliar a manutenção e a sustentabilidade do sistema, a interpretação consequencialista, a ponderação racional dos valores envolvidos e a inclusão do critério do ato administrativo de demonstração do nexo causal entre a produção do ato e o interesse público a ser concretizado.

Finalmente, a tese sugeriu técnica de direito, processual-judicial, apta a tratar de ameaças e agressões a direitos provenientes de atos administrativos discricionários de interesse nacional que abalam o sistema estatal, trazendo instabilidade sistêmica, fato gerador de consequências negativas para o desenvolvimento intersubjetivo dos partícipes do Estado. Concluiu-se, então, que existem atividades administrativas estatais fora do alcance do princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional, criando, assim, zonas de sombra da atividade administrativa do Estado, disforme aos valores republicanos e democráticos estampados na Constituição. Isso posto, tais atividades discricionárias precisam ser reincorporadas ao constitucional tecido jurídico, em respeito à sua necessária sustentabilidade, por meio das técnicas sugeridas, visando à objetivação, ao máximo possível, da sindicabilidade do mérito administrativo, com destaque àquelas que tragam relevante abalo sistêmico nacional, como demonstração de que todo e qualquer ato público precisa estar sob a égide do constitucional regime republicano de responsabilidade e de controle da atividade pública. Acerca da obra, destacam-se os seguintes pontos:

No primeiro capítulo, objetivou-se analisar e verificar o ato administrativo mediante uma construção da manifestação administrativa estatal do procedimento que o conforma sinergicamente com os valores do sistema público instituído. Isto é, a partir das causas, da organização, do desenvolvimento e das consequências de determinada atividade administrativa do Estado voltada à concretização de um estabelecido interesse público. A perspectiva adotada na tese é de que o ato administrativo é a atuação jurídica unilateral e concreta, exteriorizada pela Administração Pública, ou pelos legitimados ao para tanto, advinda de seu exercício de função administrativa do Estado. Trata-se de manifestação do maquinário público para que se façam valer para que se justifiquem, para que se sustentem a escolha e a confiança da sociedade em um regime estabelecido com vistas a melhorar sua vida incessantemente.

Assim, foram apontados os princípios que dão substância aos atos administrativos, no geral e, aos atos discricionários, em particular, a partir das seguintes ideias: a) toda a atividade desenvolvida pela Administração deve encontrar sustentação em normas jurídicas; b) as normas jurídicas regem tanto a atividade interna quanto externa da Administração; c) na hierarquia normativa, nenhuma norma ou ato de órgão inferior poderá deixar sem efeito o disposto em outra de nível superior, diante da unidade de sistemas e da ordem jurídica; d) nenhum ato administrativo específico deixará sem efeito o disposto em norma geral, atendendo ao tratamento igualitário que caracteriza a atividade administrativa; e) todo ato administrativo específico deve estar de acordo com a norma geral; f) toda a norma administrativa deve ser produto jurídico de processo racional, resultante de preceitos legais, fatos, condutas e circunstâncias geradoras; g) o poder de criar e aplicar normas nada vale se não encontrar sua causa em fatos ou normas que justifiquem a decisão que declara resultar de preceitos legais, fatos, condutas e circunstâncias geradoras; h) para o Direito Administrativo, todos os atos gerais e específicos devem ter uma causa, razões motivantes; todos os atos administrativos podem ser controlados jurisdicionalmente, porque o Direito é a razão e justiça dentro da norma.

Na tese, ficou evidenciado que o ato administrativo é estruturado por algumas fases que facilitem a sua identificação e compreensão acerca da composição das engrenagens que definem a sua finalidade, sempre com o objetivo final de realização de um concretizável interesse público. Essas fases podem ser divididas entre os pressupostos – que caracterizam quais são as condições primordiais para se definir um ato jurídico como ato administrativo; elementos – peças jurídicas que formam um ato administrativo; e atributos, as prerrogativas jurídicas que se conferem o status de determinado ato jurídico como ato administrativo. Já no segundo capítulo, o foco ficou para o instituto do interesse público. Conforme exposto na tese, o interesse tem origem



na esfera psíquica do indivíduo e transcende, conforme sua intensidade, reflexos e consequências, para o mundo jurídico. O interesse público é a aglomeração de interesses intersubjetivos. Não pode se contrapor ao conjunto de interesses individuais, porém pode confrontar-se com um direito individual.

O interesse público define a priorização dos anseios e das necessidades de uma sociedade, a partir de critérios temporais e espaciais, para que as escolhas públicas possam ser tomadas para a concretização de um interesse público determinado ou determinável, mediante um constitucional procedimento administrativo estabelecido para o alcance específico desiderato. Assim, controlar a determinação de um interesse público, a partir das escolhas administrativas exaradas para promover a sua realização, é tarefa primordial do Estado, fato que demanda uma adequada instrumentalização da atuação jurisdicional estatal para contemplar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, mediante o alcance da concretização do interesse público e efetiva contribuição decorrente dessa tarefa do cotidiano dos administrados”. Logo, pode-se afirmar que o interesse público é união de interesses individuais representando o interesse majoritário da sociedade em um determinado tempo e espaço. Adiante, a tese preocupa-se sobre a necessidade da Administração Pública cumprir com seus deveres constitucionais. Para tanto, são concedidas para Administração prerrogativas, que a deixa em uma posição privilegiada, diferenciada diante dos particulares, de modo a estipular condições para que promova a realização dos valores fundamentais instituídos na Constituição.

Sobre estas prerrogativas, cumpre destacar a posição de supremacia do interesse público sobre o particular, manifestada através dos poderes administrativos que lhes são conferidos. Estes poderes são assim descritos: (i) poder normativo/regulamentar; (ii) poder hierárquico; (iii) poder disciplinar; (iv) poder de polícia. Assim estabelecido, conforme se depreende do texto, a fim de o Estado buscar a realização do interesse público deve se ter em primeiro lugar, a organização e os limites bastante claros, a fim de prestar seus serviços de forma eficaz, atendendo, assim a demanda imposta por seus destinatários. Estes limites determinados ao agir do Estado são constituídos por princípios e eles é que delineiam a forma em que a Administração Pública pode e deve realizar seus serviços a fim satisfazer o interesse público. Princípios são metas e propósitos a serem alcançados pelo gestor público para atingir o fim desejado, bem como são meios de limitar a atuação administrativa, face as limitações jurídicas. Eles são criados para nortear as atividades da Administração Pública, a fim de que sejam alcançados seus objetivos, protegendo e promovendo, o desenvolvimento do cidadão. Dessa forma, no presente caso, tratar-se-á das sujeições da Administração Pública, basicamente expressadas pelos seguintes princípios (i) princípio da legalidade; (ii) princípio da impessoalidade; (iii) princípio da moralidade; (iv) princípio da publicidade; (v) princípio da eficiência; (vi) princípio da proporcionalidade.

O capítulo terceiro objetivou tratar sobre gestão e consequencialismo administrativo. Nesse capítulo, buscou-se tratar sobre mecanismos ou instrumentos de controle pelos quais seria possível garantir uma boa gestão pública. Foram elaboradas tabelas que demonstram as etapas em que o controle deve ser exercido para harmonizar o interesse público materializada nas políticas públicas com os esforços empenhados na sua execução. O texto, então, voltou-se a explicar determinadas etapas da ideia de controle, quais sejam: concatenação de esforços, definição de um objetivo, planejamento de ações para dar efetividade ao objetivo predeterminado e emprego sinérgico de mecanismos de concretização da adequada gestão pública. Já no que diz respeito ao controle, o estudo contempla: controle anterior, controle durante e controle posterior. Depois de fazer um entrecruzamento matricial dessas diferentes etapas, é feita uma conclusão que pode ser assim sintetizada:

- a) O que se faz é tão importante do que como se faz;
- b) Qualquer exercício de gestão pública é passível de responsabilização;
- c) É obrigatória a consideração dos reflexos dos atos administrativos ao longo do tempo e viabilização do controle das respectivas consequências;
- d) As consequências do ato administrativo extrapolam o universo pessoal do gestor público e atinge, indistintamente, outras pessoas, bens e direitos;
- e) Suas ações precisam ser sustentáveis, sob a perspectiva socioambiental do sistema estatal estabelecido.

O conceito de gestão pública construída ao longo do texto é “a organização de esforços estatais para alcançar um claro objetivo predeterminado, mediante um planejado caminho, a partir da demonstração objetiva de

realização de um interesse público constitucionalmente previsto”. O eixo central das políticas públicas é a dignidade da pessoa humana para a qual fez-se uma alusão a tese defendida por Ingo Wolfgang Sarlet. De acordo com Sarlet, a dignidade da pessoa humana consubstancia-se na “qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade”.

Os desafios da adequada gestão pública é analisado a partir do consequencialismo. Destarte, a tese tratou sobre problema da legitimidade da gestão pública em face de quem não se sente representado pelas políticas implementadas pela administração, mormente em face da subjetividade que invariavelmente permeia a conduta humana. Como seria possível, então, criar mecanismos de controle através dos quais fosse possível garantir uma atuação objetiva e mais equânime da consecução dos fins do Estado? A busca da objetividade significa a viabilização de se fazer conforme a legitimidade do sistema, por meio de um responsável e responsabilizável mecanismo de atuação pública”. A conclusão a que ele chega é a de que, na gestão pública fazem-se necessárias a consideração, a interpretação e a aplicação da dimensão objetiva do tecido administrativo com o viés de concretização do bem maior a ser alcançado, conforme ditames constitucionais estampados no art. 3º da CF/1988, qual seja: o bem geral intersubjetivo e o permanente desenvolvimento sinérgico do partícipe do Estado.

Restou proposto, então, a busca de um “desenvolvimento intersubjetivo” a partir da “realização de valores fundamentais criado pelo próprio homem para o alcance do seu bem estar”, o que só poderia ser alcançado adotando-se critérios de regulação pelo Estado capaz de promover: a orientação do indivíduo, a determinação da atuação do cidadão, o fomento de atividades voltadas ao seu bem-estar, a fiscalização como meio de controle e a correição como atividade que se exprime por meio de respostas estatais perante a atuação agressiva ao sistema jurídico. Já no quarto capítulo, buscou-se tratar sobre o controle judicial do ato administrativo. Conforme a expressão da tese, o controle judicial do ato administrativo é a força do Estado-juiz aplicada à atividade executiva estatal com o objetivo de impedir ou corrigir sua atuação fora dos limites do sistema legal institucionalizado, ou contrária aos valores que conformam o Direito, e de, até mesmo, cancelar a regularidade do ato administrativo. É, basicamente, a atividade que tutela, com força definitiva final, como a Administração deve se portar para cumprir sua missão constitucional – quando assim se distancia deste seu desiderato fundamental. Restou-se estabelecido, então, que o controle do ato administrativo como uma importante engrenagem para o desempenho da atividade executiva estatal, pois é por meio desse controle que se depreende a possibilidade de superação de eventuais falhas provenientes da atuação administrativa do Estado e, desse modo, o alcance de melhores caminhos para estabelecer o contínuo desenvolvimento de suas engrenagens.

A possibilidade de optar por um caminho, dentre alguns, que estão à disposição do gestor público, mediante um contexto de legalidade para o alcance de um concretizável interesse público, pode indicar o que se denomina discricionariedade administrativa. Mas, não apenas isso. Discricionariedade administrativa sugere a margem legal de atuação estatal, conforme a realização dos valores que constituem o Direito, sob o eixo da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, em que pese a utilização desta expressão por respeitada doutrina, nenhuma liberdade (ou faculdade) existe para a efetivação das escolhas públicas que fundam o aspecto discricionário administrativo. A cada verificação de conformação do ato administrativo com os valores do Direito, novos anseios surgem para, assim, serem novamente verificados e, desse modo, tornar a máquina administrativa apta a atender ao cidadão e à sociedade que estarão em constante movimento. Defende-se, então, o caminho do Estado passível de desenvolvimento sustentável – próprio de um regime socioambiental –, mediante a superação das questões enfrentadas e absorvidas como degraus de sua evolução, assim como de todos os seus partícipes.

A inafastável atuação do Judiciário na aplicação do Direito ao caso concreto é capital para a estrita observância da segurança jurídica dos atos da Administração Pública e para a proteção do cidadão, mesmo considerando as atuais limitações que este Poder encontra para a revisão da mecânica estatal administrativa. O controle judicial da discricionariedade administrativa deve ser realizado como um controle de congruência, ou discordância, da solução eleita pelo gestor público com a realidade que tal solução pode ser aplicada, o que pressupõe uma prática de controle da racionalidade intrínseca da decisão e não um mero controle formal da atividade



administrativa. Já no último capítulo a tese busca o fechamento natural das ideias desenvolvidas ao longo do texto. Além da sugestão da ação direito de legalidade, com competências originária, inclusive, no STJ, trata sobre a necessidade do ato administrativo necessariamente deve estar ligado ao interesse público a ser realizado a partir de sua produção. Desse modo, apresenta-se como critério para validação deste deve promovê-lo/concretiza-lo, mas isso ainda encontra dificuldade de adequação na atividade administrativa do Estado com os valores constitucionais. A principal questão levantada foi: Como operacionalizar essa busca do interesse público através do ato administrativo? A sugestão do autor a fiscalização não só da finalidade alcançada, mas de todo o caminho para sua concretização, assim, estabelecendo um novo critério de objetivação do controle do ato administrativo.

A técnica destacada foi a inclusão de um novo requisito objetivo da conformação legal de um ato administrativo, controlando a discricionariedade administrativa: o nexa causal entre a produção do ato administrativo e a realização do interesse público a ser concretizado, estabelecendo a obrigatoriedade de demonstração do nexa causal entre o ato administrativo exarado e o interesse público concretamente promovido para viabilizar o amplo controle do ato administrativo. Para que isso aconteça, deve ocorrer a operacionalização da ferramenta jurídica, a fim de reforçar a capacidade de controle judicial do ato, segundo o autor, conforme 13 premissas, a seguir: i) afirmação do dever estatal de concretização do interesse público a ser promovido e protegido; ii) ideias de conceitos jurídicos determináveis quando concretizados para realização de um ato para alcance de um dado fim, pois nesse momento, desaparece a indeterminação para viabilizar o respectivo controle judicial; iii) afirmação do dever de viabilizar o controle de tudo o que é público; iv) afirmação da Teoria da Tripartição dos Poderes, adaptada ao atual contexto social e jurídico brasileiro; v) retomada do caminho jurisprudencial voltado ao amplo controle da atividade administrativa estatal; vi) afirmação da ampla possibilidade de sindicabilidade jurisdicional sem, assim, a ocorrência de desnecessária substituição do ato administrativo vii) afirmação de ausência de liberdade discricionária – tendo em vista a determinação de proporcionalidade administrativa (adequação objetiva entre meios e fins) na gestão de escolhas públicas exercitada sob o manto da discricionariedade administrativa; viii) adequado exercício do regime jurídico administrativo estabelecido no país, conforme valores constitucionais, bem como interpretação sistêmica e consequencialista de tal atividade; ix) necessidade de estabelecimento de novo critério de legitimação para se cancelar ou para corrigir o ato administrativo, voltado ao real controle da atividade discricionária estatal; x) afirmação da coerência entre a motivação e os procedimentos administrativos viáveis para a realização do concreto interesse público xi) dever estatal de viabilização do controle do ato administrativo via simplificação dos respectivos motivos conformados; xii) dever estatal de máximo aproveitamento do ato administrativo; xiii) conexão lógico-jurídica entre a ação (ou omissão) administrativa e o fim buscado

Assim, necessária a verificação do nexa de causalidade entre o ato administrativo e o concreto interesse público como um critério objetivo do controle do ato administrativo, com o fim de viabilizar a sua ampla sindicabilidade, pois verificada a sua lógica na “síntese constitucional de um sistema administrativo harmônico e coerente com o dever estatal de proteção e promoção do cidadão. O agir administrativo busca a realização do interesse público, fazendo o que se confia ao Estado: a responsabilidade de indicar os caminhos de desenvolvimento de todos, isonomicamente, para que a luz de um futuro melhor não esbarre nas sombras da ineficiência pública – m todas as suas dimensões – ou nas barreiras criadas pelos detentores de poder, invariavelmente tentados a promover fuga dos controles do agir público definidos pela Constituição. Finalmente, o destaque ficou para a ideia de controle judicial sobre ‘o que’, ‘para que’ e ‘como se faz’ acerca da realização do interesse público. A partir da proteção do cidadão, conforme a Constituição Federal. Assim exposto, evidenciou-se que “a falta da realização e da demonstração do nexa causal entre a produção do ato administrativo e o interesse público a ser concretizado é mácula objetiva de legalidade que torna o ato imperfeito e, deste modo, passível de invalidade”. Desse modo, sublinha novamente a importância da tese ora apresentada em razão da verificação e determinação de falhas do ato administrativo que causem reais malefícios aos cidadãos. E, assim verificadas, caminhos para a concreta superação dessas falhas em nome de realização do desenvolvimento intersubjetivo dos partícipes do Estado, conforme determina o art. 3º da Constituição Federal (objetivos fundamentais da república).”



COMUNICAÇÕES ORAIS

Mediadores:
Professora Doutora Patrícia Medina
Professor Doutor Antonio Rulli Junior



A TRANSVERSALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS NO ENSINO SUPERIOR COMO MECANISMO DE ACESSO À JUSTIÇA

Maria da Vitória Costa e Silva¹
Servidora Pública do TRE

Lucimara Andreia Moreira Raddatz²
Professora da UFT

RESUMO

A cidadania representa a busca por uma vida digna que se consubstancia a partir do direito de acesso à justiça como força de propulsão para a defesa e promoção dos direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal do Brasil e nas Declarações Humanitárias. A reflexão do estudo proposto busca evidenciar que a via de acesso aos direitos humanos perpassa a educação básica e superior sob a ótica transversal e interdisciplinar, aspecto que se evidenciou pelas respostas dadas ao questionário aplicado, por amostragem, aos docentes do curso de Direito da Universidade Federal do Tocantins, no segundo semestre de 2014, no qual o ensino em direitos humanos representa o ponto de partida para a consecução dos demais direitos, principalmente o respeito à vida.

Palavras-Chave: projeto pedagógico – equilíbrio de vulnerabilidades – dignidade humana – luta democrática – promoção da cidadania.

¹ Servidora Pública do TRE-TO, bacharel em Direito (FAFICH atual UNIRG), pós-graduada em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho (UNITINS), Direito Civil e Processual Civil (UNITINS), Direito Constitucional (LFG/UNIDERP), Direito Tributário (LFG/UNIDERP), Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos (UFT/ESMAT), e mestranda do curso de mestrado profissional em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos (UFT/ESMAT).

² Professora da Universidade Federal do Tocantins, bacharel em Direito, pós-graduada em direito civil e processual civil (UNIRITTER) e mestranda do curso de mestrado profissional em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos (UFT/ESMAT).

³ Os protestos no Brasil, em 2013, também conhecidos como Manifestações dos 20 centavos, Manifestações de Junho ou Jornadas de Junho, foram várias manifestações populares por todo o País que inicialmente surgiram para contestar os aumentos nas tarifas de transporte público, principalmente nas principais capitais (...) Em seu ápice, milhões de brasileiros estavam nas ruas protestando não apenas pela redução das tarifas e a violência policial, mas também por uma grande variedade de temas como os gastos públicos em grandes eventos esportivos internacionais, a má qualidade dos serviços públicos e a indignação com a corrupção política em geral. Os protestos geraram grande repercussão nacional e internacional. Em resposta, o governo brasileiro anunciou várias medidas para tentar atender às reivindicações dos manifestantes, e o Congresso Nacional votou uma série de concessões (a chamada "agenda positiva"), como ter tornado a corrupção como um crime hediondo, arquivado a chamada PEC 37 e proibido o voto secreto em votações para cassar o mandato de legisladores acusados de irregularidades. Houve também a revogação dos então recentes aumentos das tarifas nos transportes em várias cidades do País, com a volta aos preços anteriores ao movimento. http://pt.wikipedia.org/wiki/Protestos_no_Brasil_em_2013 Visto em 12/9/2014.

INTRODUÇÃO

As reivindicações eclodidas na sociedade brasileira, a partir de junho de 2013³, refletem o desejo de a população ver implementadas políticas públicas de qualidade que promovam o mínimo existencial a uma vida digna. Esse clamor ressuscita o debate sobre direitos humanos, cidadania, legitimidade da “desobediência civil” e acesso à justiça. Hannah Arendt realça, a partir dos problemas jurídicos suscitados pelo totalitarismo, que o primeiro direito humano é o direito a ter direitos, o que significa pertencer, pelo vínculo da cidadania, a algum tipo de comunidade juridicamente organizada e participar das discussões que dizem respeito ao presente e ao futuro que se almeja (CELSO LAFER, 1989, pp. 153-154, 200, 232-234). Assim, a desobediência civil só pode se legitimar quando representar uma “reação não violenta” às injustiças plantadas pelo poder político e pelo mercado que insistem em ressuscitar a lógica totalitária do “biopoder” e do “estado de exceção” (suspensão sistemática de direitos e garantias jurídicas de grupos sociais economicamente marginalizados) – modelos de governos constitucionais modernos dentro do Estado de Direito, bem delineados por Giorgio Agamben (Roma, 1942) que, nos textos sobre o Poder Soberano e a Vida Nua (2002) e o Estado de Exceção (2004), evidencia o que está em jogo entre o político e o jurídico e entre a ordem jurídica e a vida, ou seja, a instrumentalização da vida humana pelo poder econômico.

Em razão desse contexto, o tema “Acesso à Justiça” oxigena o debate entre juristas, sociólogos, economistas, filósofos, cientistas políticos, antropólogos, enfim diversos ramos do conhecimento, com vista a influenciar ações práticas de promoção da dignidade humana, o que justifica trazer para reflexão, no II Congresso Internacional de Direitos Humanos em homenagem ao professor Jorge Miranda, o estudo sobre a transversalidade dos direitos humanos no ensino superior como mecanismo de acesso à justiça.

Parte da discussão de Boaventura de Sousa Santos (2001, pp. 48-69) que, com base nas lições de Cappelletti e Garth (1978), utiliza como metáfora três ondas (vagas) no movimento de acesso à justiça:

- a defesa e promoção de mecanismos judiciais aos cidadãos carenciados. O que torna “imprescindível aparelhar as máquinas jurisdicionais com um número suficiente de defensores públicos, a fim de que pessoas carentes, economicamente falando, pudessem ser bem representadas em juízo” (José Mário W. G. Neto, 2005, p. 12);
- a segunda onda, procura encorajar a defesa dos interesses coletivos e difusos em Juízo (o judiciário deve reforçar o exercício da cidadania, principalmente de grupos sociais vulneráveis e marginalizados);
- a terceira fase do movimento “processual-civil-ideológico” busca expandir a concepção clássica de resolução judicial de litígios por meio de um conceito amplo de justiça e expansão de novas vias alternativas de soluções de conflitos, como a conciliação, a mediação, a criação de juízos e tribunais com competência para processar e julgar causas de menor relevância jurídico-financeira, por procedimentos com menor rigor formal que os tradicionais (José Mário W.G. Neto, 2005, p. 12).

Portanto, os mecanismos de acesso à justiça devem evoluir com a sociedade e em benefício desta, principalmente no mundo globalizado, de expansão do neoliberalismo econômico e das novas tecnologias, com o fim de evitar a instrumentalização da vida pelo poder e impulsionar o espírito em defesa e proteção do humanismo. Essa pretensão será bem administrada se o estudo dos direitos humanos estiver contextualizado na educação básica e superior, não olvidando das lições de Norberto Bobbio (2004, p.25) para quem:

os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra os velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

Nesse sentido, as conquistas em prol dos direitos humanos não podem retroceder, “a democracia tem de ser julgada não apenas pelas instituições que existem formalmente, mas também por diferentes vozes, de diversas partes da população, na medida em que de fato possam ser ouvidas” (Amartya Sen, 2011, p. 15), ou como esclarece Tercio Sampaio Ferraz Junior:

Com a globalização da economia, sobretudo em termos de acesso aos meios eletrônicos de comunicação, é preciso cuidar para que a hegemonia das sociedades funcionais sobre as sociedades estamentais e o consequente reconhecimento da importância do Estado de Direito no crescimento econômico e na transformação estrutural, isto é no desenvolvimento, não venha escamotear os esquemas de inclusão/exclusão (2003, p. 284).

Com isso, por ocupar as políticas públicas um lugar privilegiado, esclarece Ada Pellegrini que:

O direito de acesso à justiça é o direito sem o qual nenhum dos demais se concretiza. Assim, qualquer óbice ao direito de acesso à justiça tem condições de provocar limitações ou mesmo de impossibilitar a efetivação dos demais direitos e, portanto, a concretização da cidadania, a realização da igualdade (2013, p. 10).

Nesse contexto, o grau de responsabilidade do Poder Judiciário e de toda a sociedade requer não só o conhecimento da legislação ou sua interpretação normativa, mas também a concretização de novos mecanismos de acesso à justiça como a utilização de meios alternativos a salvaguardar esses conflitos. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, vista por Peter Häberle, “os juízes constitucionais não participam de forma isolada deste processo, sofrendo influências dos intérpretes latos de modo a colher as informações necessárias à obtenção de um resultado mais justo e razoável”⁴. O juiz deve sair da zona de conforto e experimentar o contato direto com o povo, saber ouvir, informar e intermediar conflitos de forma construtiva. À luz do exposto, a análise sobre a transversalidade dos direitos humanos sob a ótica do ensino superior justifica-se por constituir uma ferramenta de disseminação de novas práticas de inclusão social de vidas marginalizadas, bem como instrumentaliza a distribuição igualitária de riquezas.

METODOLOGIA

O método adotado neste estudo foi o hipotético-dedutivo, e o procedimento de coleta de dados inicialmente foi o questionário; aplicado no curso de Direito da Universidade Federal do Tocantins, em setembro de 2014, a 17 professores, com o fim de averiguar a percepção que possuem acerca do melhor caminho para o desenvolvimento dos direitos humanos no ensino superior: transversalidade/interdisciplinar ou disciplinar.

A pesquisa bibliográfica também foi utilizada em seus procedimentos-padrão: a) escolha do tema, b) coleta do material, c) compilação, d) análise e interpretação, e e) redação a partir especialmente do capítulo “O acesso à justiça” obra Santos, Boaventura de Sousa, Para uma revolução democrática da justiça. São Paulo: Cortez, 2011 e outras fontes doutrinárias que corroboram com o tema acesso à justiça e ensino de direitos.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

O acesso à justiça constitui-se de múltiplos aspectos, dentre eles a educação, primordialmente tratando-se de direito humano. A partir dessa perspectiva, objetiva-se refletir sobre a melhor via para se trabalhar os direitos humanos no ensino superior: transversalidade/interdisciplinar ou disciplinar. Nessa inclinação, a abordagem perpassa pela análise do acesso à educação como promoção dos direitos humanos. Com isso, cumpre prenunciar que a dignidade da pessoa humana, elevada à condição de princípio, passa a resguardar, com muito mais ênfase, direitos realçados pelos horrores das atrocidades perpetradas nas primeira e segunda guerras mundiais. No cenário atual, os princípios recebem o status de norma, e a dignidade humana passa a ocupar o núcleo central do Ordenamento Jurídico. Daí se observa uma importante ferramenta à tutela dos direitos humanos, qual seja, a educação como força de propulsão da transformação da sociedade democrática de direito. Por meio da educação, conceitos vagos tornam-se tangíveis e perceptíveis aos olhos da massa, principais destinatários da proteção que deflui dos direitos humanos.

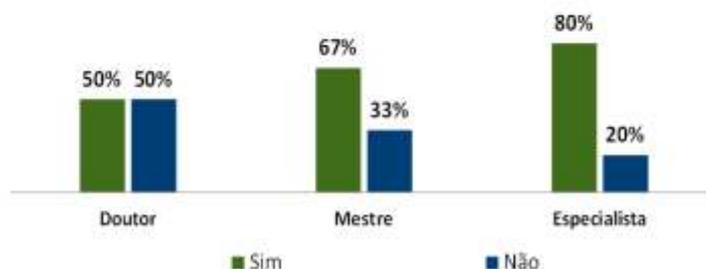
Com a mesma intenção em defesa do respeito às diferenças e às questões humanistas, a inserção dos direitos humanos no ensino superior, sob a via transversal, merece reflexão especial por incutir, no seio da academia, tanto no corpo docente quanto no discente, a problematização no tocante ao objeto e, ainda, a difusão da responsabilidade social e intelectual que existe no centro irradiador das ideias e de formação de opinião. Com o escopo de averiguar o efetivo exercício do ensino dos direitos humanos na Universidade Federal do Estado do Tocantins e o método que conduz a ação transformadora da sociedade no que diz respeito às questões humanistas, o estudo parte da aplicação de um questionário por amostragem com respondentes docentes do curso de Direito⁵.

⁴ SILVA JÚNIOR, Antônio Soares. A hermenêutica constitucional de Peter Häberle. A mudança do paradigma jurídico de participação popular no fenômeno de criação/interpretação normativa segundo a teoria concretista. Jus Navigandhi, Teresina, ano 11, n. 1208, 22 out. 2006, Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9070>>. Acesso em: 1 nov. 2014.

Assim, no universo de 27 professores, foram obtidas 17 respostas. As questões formuladas procuraram saber sobre a definição de direitos humanos, a via de inserção desse conteúdo no âmbito do curso de Direito e no ensino superior, como ementa disciplinar e/ou transversal de forma interdisciplinar, especificando os mecanismos de sua execução. O tipo de questionário aplicado continha questões dicotômicas ou de múltipla escolha, e foram respondidos por um público composto por 8 doutores, 12 mestres e 7 especialistas, dentre servidores efetivos e professores substitutos. O resultado é apresentado nos gráficos abaixo e, ao final, são apresentadas críticas de seu conteúdo com a indicação de ações de melhorias. O resultado é apresentado nos gráficos abaixo e, ao final, são apresentadas críticas de seu conteúdo com a indicação de ações de melhorias.

Questionário aplicado no período de 22/9 a 2/10/2014.

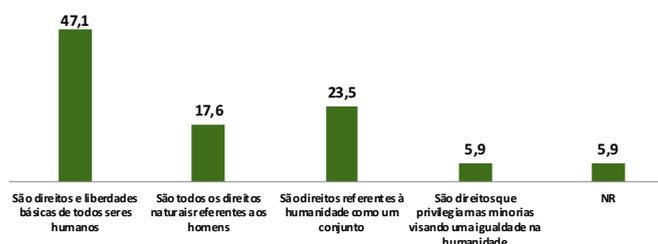
		Você conhece algum programa ou projeto da Universidade Federal do Tocantins que tenha por objeto o fomento do ensino em Direitos Humanos ou solução de conflitos					
		SIM		NÃO		Total	
		Frequência	Percentual	Frequência	Percentual	Frequência	Percentual
Titulação	DOUTOR	2	50,0%	2	50,0%	4	100,0%
	ESPECIALISTA	2	66,7%	1	33,3%	3	100,0%
	MESTRE	8	80,0%	2	20,0%	10	100,0%



No item acima, infere-se a existência de programas ou projetos envolvendo o tema Direitos Humanos na UFT.

Dentre as alternativas abaixo, o que você entende por direitos humanos

	Frequência	Percentual
São direitos e liberdades básicas de todos seres humanos	8	47,1
São todos os direitos naturais referentes aos homens	3	17,6
São direitos referentes à humanidade como um conjunto	4	23,5
São direitos que privilegiam as minorias visando uma igualdade na humanidade	1	5,9
NR	1	5,9
Total	17	100,0



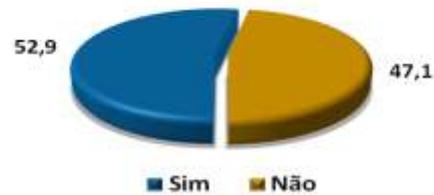
O tema Direitos Humanos não se encontra bem claro entre os educadores da UFT.

⁵ GONÇALVES, André L. de Matos; CARVALHO, Bruno Nolasco de; RADDATZ, Lucimara A. Moreira e SILVA, Maria da Vitória Costa. Trabalho desenvolvido e apresentado como requisito à aprovação na disciplina obrigatória – Metodologia da Pesquisa, ministrada pelo Professor Dr. José Wilson R. de Melo e pela Professora Msc. Suyene M. da Rocha, no Mestrado Profissional em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos da Universidade Federal do Tocantins (UFT) e Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT).

A UFT, pela demonstração acima, precisa ampliar o debate sobre o respeito à dignidade da pessoa humana.

Como professor(a), você já presenciou algum comportamento de ofensa aos direitos humanos na UFT?

	Frequência	Percentual
SIM	0	52,9
NÃO	8	47,1
Total	17	100,0



Na disciplina que você ministra, o conteúdo programático contempla o estudo ou debate acerca dos direitos humanos?

	Frequência	Percentual
SIM	16	94,1
NÃO	1	5,9
Total	17	100,0



Você já foi indagado(a), por algum aluno em sala de aula, a respeito de violação aos direitos humanos e/ou como proceder ao sofrer ofensa a esses direitos?

	Frequência	Percentual
SIM	16	94,1
NÃO	1	5,9
Total	17	100,0



Em caso positivo, em quais situações (indique até duas)

	Frequência	Percentual
Referente a raça	5	31,3%
Referente a crença	0	,0%
Referente ao gênero	8	50,0%
Referente a dignidade da pessoa humana	10	62,5%
Outros:	0	,0%
NR	1	6,3%



	Na disciplina que você ministra, o conteúdo programático contempla o estudo ou debate acerca dos direitos humanos?						
	SIM		NÃO		Total		
	Frequência	Percentual	Frequência	Percentual	Frequência	Percentual	
No exercício da docência, qual o melhor eixo que você considera para a execução dos Direitos Humanos	Interdisciplinaridade	7	100,0%	0	,0%	7	100,0%
	Transversalidade	7	100,0%	0	,0%	7	100,0%
	Disciplina própria do curso	2	66,7%	1	33,3%	3	100,0%



Entre os que consideram o eixo **interdisciplinaridade**, como melhor 100% tem o conteúdo de direitos humanos contemplado nas disciplinas que ministram, o mesmo para **transversalidade**. Entre os que consideram **Disciplina própria do curso** o melhor eixo 66,7% contemplam o conteúdo nas disciplinas que ministram

Na UFT, os Direitos Humanos devem ser tratados de forma transversal e interdisciplinar, na visão dos docentes do curso de Direito.

O panorama final revela a importância do estudo dos direitos humanos pela via transversal e interdisciplinar no ensino superior, com vista a contribuir para a formação de profissionais qualificados e eficientes para o enfrentamento de questões concernentes à violação à dignidade humana ou mesmo para o conhecimento e a difusão de práticas humanistas. A transversalidade surge como meio assegurador dos aspectos culturais e multifacetários da academia, com vigor, nos matizes filosóficos, psicológicos e sociais. Fundamentos que devem estar devidamente enraizados no senso comum dos profissionais das mais diversas áreas. Nesse sentido, o que se busca é dar concretude ao discurso a partir de uma visão verdadeiramente plural e depurada pela crítica.

Com intuito de tornar concreta a base científica dessa reflexão, a busca é levada a efeito no sentido de prospectar o

nível de inserção dos direitos humanos na universidade. Nesse sentido, a aplicação de questionário sobre a Política Educacional e Inserção dos Direitos Humanos na Universidade Federal do Tocantins consubstancia a via eleita para aferir o grau de transformação da sociedade dentro do extrato social ou espaço amostral da academia, mormente o desenvolvimento e compreensão dos direitos humanos no ensino superior, como caminho de difusão de práticas humanistas. A introdução de uma aplicação transversal do tema Direitos Humanos deve ser realizada num projeto pedagógico que possibilite o diálogo entre os docentes, de forma a haver uma complementação contínua e interligue os conteúdos em prol dos direitos humanos. Uma visão sistêmica dos saberes aplicados ao curso, unindo teoria e prática, de maneira que o conjunto seja a formação de profissionais capacitados e comprometidos pela defesa dos direitos humanos e a superação de práticas escolares excludentes.

Uma das alternativas para essa inclusão é o oferecimento de cursos de formação continuada em direitos humanos para os docentes, fazendo com que haja uma postura conjunta de enfrentamento e disseminação de práticas que possibilitem a efetivação dos direitos humanos e sejam estes repassados aos discentes de maneira que propicie um ambiente de debate e crítica a favor da preservação da dignidade da pessoa humana e o respeito das diversidades. É em direção desse novo horizonte que a luta democrática, ou seja, a luta pela construção de alternativas solidárias e participativas passa a se convergir para o exercício de um novo tempo em que o processo econômico esteja a serviço da vida humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos humanos se voltam para o equilíbrio e o revolvimento das injustiças cometidas aos vulneráveis, excluídos do acesso às políticas públicas mínimas à vida digna. Esse processo requer a contribuição não só das ciências jurídicas, mas também de todas as áreas do conhecimento e da sociedade interna e internacional, com o fim de que o agir criativo evolua para a revelação de um poder econômico em favor da promoção da vida. A educação é, sem dúvida, o principal instrumento para o avanço das questões humanistas. É de elementar constatação que, por meio do aprofundamento científico e crescimento contínuo de expansão do conhecimento, os novos horizontes se convirjam em direção à tutela efetiva dos direitos humanos. Nesse contexto, realça-se a importância de a formação em direitos humanos perpassar pela educação superior por meio da via transversal e interdisciplinar, pois esse eixo funcionará como bússola condutora à democracia participativa, criativa e inclusiva dos grupos marginalizados.

AGRADECIMENTOS

Os agradecimentos, pela realização deste magnífico evento, dirigem-se ao Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, na pessoa de sua presidente, a desembargadora Angela Prudente; à Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT), Brasil, na pessoa de seu diretor geral, desembargador Marco Villas Boas; à Universidade Federal do Tocantins (UFT), Brasil, na pessoa de seu magnífico reitor Márcio Silveira; à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL), Portugal; à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC), Portugal; e ao Instituto do Direito Brasileiro (IDB/FDUL), Portugal.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer. O poder soberano e a vida nua**. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

_____. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ANNONI, Danielle. **O direito humano de acesso à justiça no Brasil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. Ed., 2008.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

BOBBIO, Norberto, **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, reimpresso em 2002.
- BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990. (Série Legislação Brasileira).
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito**. São Paulo: Atlas, 2003.
- FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica**. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- GOMES NETO, José Mário Wanderley. **O acesso à justiça em Mauro Cappelletti**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kasuo. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2ª ed. Editora Forense: 2013.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1997/Reimpressão 2002.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição (DIE normative Kraft der Verfassung)**. Tradução Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- NEVES, Marcelo. **Constitucionalização Simbólica**. 3ª Ed. Saraiva, 2011.
- PAROSKI, Mauro Vasni. **Direitos fundamentais e acesso à Justiça na Constituição**. São Paulo: LTr, 2008.
- SANTOS, Boaventura Sousa. **Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 1997.
- _____. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2011.
- SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Trad. Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- SILVA JÚNIOR, Antônio Soares. **A hermenêutica constitucional de Peter Häberle. A mudança do paradigma jurídico de participação popular no fenômeno de criação/interpretação normativa segunda a teoria concretista**. Jus Navigandhi, Teresina, ano 11, n. 1208, 22 out. 2006, Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9070>>. Acesso em: 1º nov. 2014.
- SOUZA, Carlos Aurélio Mota. **Direitos Humanos, urgente**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.



DURAÇÃO RAZOÁVEL E EFETIVIDADE DO PROCESSO E O DIREITO DO IDOSO AO ACESSO AO JUDICIÁRIO COM PRIORIDADE NA TRAMITAÇÃO PROCESSUAL

Leandro Finelli Horta Vianna ¹
Advogado

Pedro Donizete Biazotto ²
Advogado

RESUMO

Trata-se da questão da dicotomia entre as garantias legais e constitucionais do acesso à justiça a todos os cidadãos, com prioridade ao idoso, como previsão teórica, e a realidade da lentidão da tramitação dos processos do Judiciário Brasileiro, como realidade concreta. Procura-se confrontar a inocuidade da previsão legal de plenitude de acesso à justiça e de proteção a grupos fragilizados, no caso em análise os idosos, à falta de efetividade da norma, se não se aparelhar o Poder Judiciário, com estrutura material e recursos humanos, para dar efetividade a direitos garantidos em norma positivada. Para tal se apontará, a título de exemplo, um processo que tramita em vara cível da comarca de Palmas – Tocantins – Brasil, em que um idoso é parte, (OBSERVAÇÃO: JÁ ESTAVA ASSIM) e que se arrasta, ainda em primeira instância, por mais de seis anos. Expõe a necessidade de desenvolver novos instrumentos para a solução de conflitos, a par da tradicional decisão imposta pelo juiz, a fim de que a garantia constitucional de acesso de todos à justiça se concretize, com efetividade, especialmente para aqueles que compõem grupos reconhecidos pela sociedade como hipossuficiente, no presente exame, os idosos.

Palavras-Chave: Acesso à justiça; direitos humanos; direito material e instrumental; hipossuficiência em razão de idade; alternativas processuais.

INTRODUÇÃO

Como exarado na Exposição de Motivos/MJ 204 da Emenda Constitucional 45/2004,

Poucos problemas nacionais possuem tanto consenso no tocante aos diagnósticos quanto à questão judiciária. A morosidade dos processos judiciais e a baixa eficácia de suas decisões retardam o desenvolvimento nacional, desestimulam investimentos, propiciam a inadimplência, geram impunidade e solapam a crença dos cidadãos no regime democrático.

¹ Advogado, graduado em Direito, pós-graduado em Direito Trabalho e Processo Trabalho, pós-graduado Direito Tributário, pós-graduado Direito Público; Leandrofinelli@yahoo.com.br

² Advogado, professor de Direito Civil, graduado em Direito e História, pós-graduado em Instituições do Direito Processual Civil.

É notória a morosidade do andamento dos processos judiciais brasileiros, o que é deletério a qualquer pessoa que necessite da atividade jurisdicional para a efetivação de um direito. Entretanto, a lentidão é mais gravosa ao idoso que, por razões óbvias, presume-se dispor de menos tempo para aguardar o deslinde de um processo.

Quando se trata de direitos de idosos, de pronto vem à mente atendimento preferencial em órgãos públicos e prestadores de serviços e comércio privados, dispensa de aguardar em filas, vagas especiais, transporte público de graça, desconto em passagens interestaduais. A deficiência da prestação jurisdicional ao idoso, talvez por mais restrita e de menor interesse da mídia, via de regra, não é apontada e, muito menos, divulgada como uma agressão aos direitos humanos dessa cada vez mais significativa parcela da sociedade brasileira. A Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, acrescentou ao elenco dos direitos fundamentais do art. 5º da Carta Magna: “LXXVII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Assim como em outros nichos de atendimento se faz necessário que o legislador ordinário e os aplicadores do direito busquem criar e implementar mecanismos que possam garantir a efetividade do aludido preceito constitucional em benefício dos idosos. Trata-se de direito fundamental à razoável duração do processo, direito resguardado a todos os cidadãos a uma Justiça célere. No que tange aos idosos, o preceito constitucional se encontra estatuído em legislação ordinária qual seja a Lei Federal nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, que trata sobre o Estatuto do Idoso e normatiza a facilitação do acesso do idoso à justiça, em condições prioritárias. Entretanto, a prioridade legalmente garantida ao idoso não pode se converter em inócuo carimbo na capa dos Autos ou, agora, em inócua anotação na página do processo eletrônico com a expressão “Prioridade - Idoso”. É preciso que se dê efetividade à norma, com a criação e implementação de mecanismos que garanta aos idosos a efetividade do acesso aos direitos materiais, com razoável duração de processos judiciais, autêntico direito de todo ser humano, que não pode ser negligenciado.

METODOLOGIA

O presente trabalho tem como fito verificar a efetividade da previsão constitucional de duração razoável do processo e da garantia, em lei ordinária, de prioridade ao idoso. Para tanto, utilizou a análise das disposições constitucionais sobre duração razoável do processo judicial e da legislação ordinária, recém referida, que garante prioridade de tramitação de feitos em que idoso figure como parte, bem como entendimentos doutrinários sobre a questão, frente a análise de um processo paradigma em que um idoso aguarda por mais de seis anos a prolação de sentença de primeiro grau, em processo de cognição simples e de provas de fácil produção.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

A preocupação do mundo globalizado com a efetivação dos direitos humanos, quanto ao acesso à justiça, tem se manifestado de diversas formas, todas exigindo do Estado Nacional que concretize em tempo razoável a prestação jurisdicional.

A disposição constitucional contida no artigo 5º, inciso LXXVII, introduzido pela EC 45/2004, a rigor, já se encontrava em nosso ordenamento jurídico. Ocorre que o Art. 25, da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, tratado internacional ratificado e, portanto, com eficácia de lei federal, dispõe no Art. 25:

Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

É preciso destacar que, especialmente a partir da edição da EC 45/2004, passou a tratar a questão da duração razoável do processo como se se tratasse de celeridade máxima do processo, quase que a pretender que o processo seja instantâneo. Tal concepção é equivocada, pois, pela sua própria natureza, o processo demanda tempo. Não se pode pretender a supressão do tempo do processo. O direito processual oscila entre a necessidade de decisões rápidas e a segurança na defesa do direito dos litigantes. Nesse sentido, de um lado, a demora no processo representa a descrença



no sistema jurídico e a falibilidade do direito na proteção das situações concretas que sofrem deformações com o decurso do tempo. Em outra banda, representa o aqodamento dos ditos provimentos sumários ou medidas de cognição parcial que resulta na fragilização da ampla defesa e do contraditório, fazendo desmornar a consolidada construção do devido processo legal.

Razoável duração do processo significa que não pode ser demasiado lento, que possa repercutir em inefetividade da norma, e nem tão célere, que possa comprometer a qualidade da prestação jurisdicional pretendida. Não se pode sacrificar a qualidade da prestação jurisdicional e, por consequência a justiça da decisão, no altar da celeridade absoluta, com vistas a produzir estatísticas agradáveis. A duração razoável corresponde ao tempo mínimo necessário para a prestação jurisdicional justa, qualitativamente esperada. É sabido que a pessoa ao bater às portas do Poder Judiciário, não deseja propriamente ter um processo; pretende o acesso a um bem material, a um direito ou a correção de uma injustiça contra si praticada. Assim, a pessoa que propõe a ação, o Autor, além da garantia material de direitos, espera que o processo seja eficiente na garantia da pretensão manifestada. De outro lado, a pessoa que resiste à pretensão, o Réu, acredita que a situação fática impugnada pelo Autor seja declarada correta em seu favor e que o seja em tempo razoável. Acesso ao Poder Judiciário e acesso à Justiça são coisas diversas. A celeridade de acesso ao Judiciário depende da parte, posto que acionar o Judiciário é seu direito. Acesso à Justiça, que corresponde a garantir a cada um o que lhe é devido, depende da atividade do Estado.

A desmedida demora na prestação jurisdicional é deletéria a ambas as partes, além de ser nociva à crença no Estado de Direito, pois se não se pode confiar no aparato estatal para fazer justiça, passa-se a duvidar da validade da regra de que não se deve partir para a autotutela de direitos. O preceito constitucional determina que a todos deverá ser garantido a razoável duração do processo, como corolário ao princípio da igualdade. Entretanto, é sabido que a igualdade pressupõe tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida e proporção em que se desigalam. Em razão disso, é comum que a lei estabeleça tratamento diferenciado a pessoas que pertençam a grupos reconhecidos como hipossuficientes. No que se refere à razoável duração do processo, os idosos gozam de especial proteção, em razão de que, nesse particular, são considerados hipossuficientes.

A lentidão processual não razoável atenta contra o direito humano de efetivo acesso à justiça, pois acesso à justiça corresponde a garantia de direitos e não a mero acesso ao Poder Judiciário. O excesso desmedido de tempo na tramitação processual agride mais o direito humano do idoso, pois, embora a morte seja um evento futuro e certo igualmente para todos, para o idoso, na ordem natural, se apresenta como mais próximo. Em razão disso, o Art. 1211-A do CPC, incluído pela Lei 10.173/2001, disciplinava que as "... pessoas com idade igual ou superior a 65 anos, terão prioridade na tramitação de todos os atos e diligências em qualquer instância". O referido dispositivo restou derogado pelo disposto no Art. 71 da Lei 10.741, de 01/10/03 (Estatuto do Idoso), que determinou a prioridade na tramitação dos processos de pessoas com idade superior 60 anos de idade. É certo que se trata de norma dispositiva, mas diante do texto constitucional de acesso à justiça e de que o processo tem que ter uma duração razoável, ganha contornos de norma de ordem pública. Assim, havendo elementos nos autos, o juiz pode conceder a prioridade no trâmite processual de ofício.

O esforço legislativo brasileiro para garantir ao idoso efetivo acesso à justiça retrata preocupação mundial. Rocha e Lima (2012) apontam atividades normativas internacionais para garantia de acesso do idoso à justiça:

A preocupação mundial com o envelhecimento institucionalizou-se a partir da primeira Assembleia Mundial em 1982 que elaborou o Plano de Ação Internacional de Viena sobre o Envelhecimento considerando 63 itens que mereceram a atenção daquelas pessoas envolvidas com o evento e esses itens foram estruturados em sete grandes áreas, e uma delas é a proteção ao consumidor idoso, vislumbra-se com essa proteção o seu acesso à justiça.

Em 1991, a Assembleia Geral adotou o Princípio das Nações Unidas em Favor das Pessoas Idosas, enumerando 18 direitos das pessoas idosas, e, de forma mais expressiva e significativa, no item assistência há previsão da seguinte regra "Ter acesso a serviços sociais e jurídicos que lhe assegurem melhores níveis de autonomia, proteção e assistência." Como uma vertente do acesso à justiça.

Em 2010 foi realizada a 2a. Conferência de Proteção à pessoa idosa promovida pela Secretaria de Justiça e Direitos Humanos em Brasília, que traçou como um dos objetivos: promover agilidade no judiciário e na tramitação de processos envolvendo idosos; e transformou numa proposta que foi criar e equipar centros integrados de proteção e defesa da pessoa idosa, compostos por ouvidoria, defensorias públicas, promotorias de justiça, Ordem dos Advogados do Brasil, delegacias de polícias, juizados e varas especializadas dotando-os de equipes multidisciplinares. E ainda, viabilizar o cumprimento do art. 71 da lei 10.741/03, que prioriza a tramitação dos processos e procedimentos na execução dos atos e diligências

judiciais que o idoso figure como parte ou interveniente em qualquer instância. E o recorte desta pesquisa foi justamente constatar se esse objetivo foi alcançado ou não na esfera dos tribunais superiores tanto pelo Supremo Tribunal Federal e quanto pelo Superior Tribunal de Justiça.

No que tange ao idoso, além do determinado pelo preceito constitucional de razoável duração do processo, foi fixado pela lei ordinária que os processos em que figurasse teria tramitação prioritária. Entretanto, não foi determinada mudança alguma na conformação do processo e na estrutura do Judiciário que pudesse ensejar maior celeridade ao processo em que figure um idoso. No fim e ao cabo, no dia a dia das serventias judiciais, a determinação legal se converteu em inócuo carimbo na capa dos Autos ou, agora, em inócua anotação na página do processo eletrônico com a expressão “Prioridade – Idoso”.

Exemplo da inocuidade da previsão legal de prioridade de tramitação de processo em que figure idoso como parte é um feito que tramita na comarca de Palmas/TO³. Trata-se de processo simples, em que se discute a validade de um negócio jurídico cujo objeto é um caminhão. Quando da protocolização da Petição Inicial, em 11 de setembro de 2008, o autor contava com 65 anos de idade. A audiência de conciliação e instrução ocorreu em 2 de maio de 2011. A instrução processual foi encerrada em 18 de setembro de 2013, desde então o processo aguarda julgamento. O autor já passou da casa dos setenta anos. Após o julgamento em primeira instância, há possibilidade de interposição de recurso de apelação ao tribunal estadual, em cuja instância são cabíveis diversos recursos incidentais, e, ao menos em tese, poderá ocorrer a interposição de recursos especial e extraordinário ao STJ e STF. Se na primeira instância o processo se arrasta por mais de seis anos, não se pode sequer prever quando se terá decisão final transitada em julgado. E quando tal ocorrer, haverá ainda a fase de cumprimento de sentença.

Diante de tal situação, é forçoso admitir que o idoso que precisar se valer do Estado, via Poder Judiciário, para ver efetivado um direito ou para reagir a uma agressão a um direito não verá o resultado prático de sua demanda, salvo se os céus lhe concederem que seja longo para além do que dita o versículo 10 do Salmo 89 (90): “A setenta anos vai a duração de nossa vida, fato notável quando chega a oitenta! (...)”.

Se, pois, o idoso tem direitos materialmente garantidos, mas estes não são efetivados em razão da ineficiência de o Estado tornar concreto aquilo que garantiu em abstrato, tal equivale, na prática, a não ter o amparo de uma ordem jurídica estatal.

A criação de varas especiais para idosos, a regularizar realização de sessões de conciliação e mediação de processos em que idosos sejam partes, a realização de audiências unas de conciliação, instrução e julgamento, a tentativa de conciliação e mediação dos processos em grau de recurso ordinário e a instituição de necessidade de depósito recursal para a interposição de recursos de decisões favoráveis a idosos seriam medidas salutares a serem implementadas para a efetiva realização do direito humano de acesso à justiça para este segmento social.

CONCLUSÕES

Quais são os fundamentos primordiais de um processo? Resolver um conflito de interesses. Entretanto, para que se atinja a justiça, finalidade última do processo judicial, tem contundente importância o tempo que decorre da propositura da ação até a sua solução. O acesso à justiça para a pessoa idosa precisa ser tratado de forma diferenciada. O idoso, biologicamente mais vulnerável, pode não sobreviver, ou já estar bastante debilitado para aproveitar o resultado da demanda, tornando inútil para ele, a prestação jurisdicional. Nesse passo, a inovação processual da prioridade é legítima, salutar e atende ao princípio da igualdade, entendido como a dispensa de tratamento igual aos iguais e desigual, aos desiguais.

Observa-se que o legislador brasileiro já tinha dado sinais de sensibilidade quanto ao atendimento especial a hipossuficientes com as alterações ao Código de Processo Civil com o advento da Lei nº 10.173, de 2001, e, por último, da Lei nº 12.008, de 2009, que acrescentaram e modificaram, respectivamente o artigo 1.211, introduzindo os arts. 1.211-A, 1.211-B e 1.211-C, estendendo, ainda, o alcance da tutela aos portadores de deficiências e doenças graves ao Código de Processo Civil, o qual determina que “os procedimentos judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a sessenta anos e não mais sessenta e cinco anos, terão prioridade na tramitação de todos os atos e diligências em qualquer instância”.

O Estatuto do Idoso, regulamentação para a priorização dos idosos, constitucionalmente estabelecida, inovou quando repetiu dispositivo especial, alterando, no entanto, a idade. Agora, em razão do contido no artigo 71



do Estatuto, é assegurada a mesma prioridade, mas quando houver como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a sessenta anos. Com legislação moderna, o País se serve de mecanismos que impõem a adoção de políticas públicas de conscientização da população, de modo que os direitos possam não só ser exercidos, como também acompanhados com o rigor que a celeridade processual exige.

São dignos de louvor os esforços do legislador na criação de mecanismos legais de proteção aos idosos, quanto ao direito de acesso à justiça, é preciso avançar. É necessário que sejam alterados procedimentos processuais (OBSERVAÇÃO) e desenvolvidos espaços materiais para que os processos que tenham idosos como parte apresentem tempo razoável de tramitação, a fim de que tenham acesso ao bem da vida buscado quando da instauração do processo judicial.

REFERÊNCIAS

_____. **Lei n.º 10.741 de 01 de outubro de 2003.** Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/fed_leidec/lei_federal/1994/lf88_42_94.htm>. Acesso 07 nov 2014.

ABREU FILHO, Hélio; SILVA, Franciny B. Abreu de Figueiredo e. Mecanismos de Exigibilidade. In: ABREU FILHO, Hélio (Org.). **Estatuto do Idoso - Comentários.** Florianópolis: [s.n.], 2004. p. 19-37.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** 1988 – texto constitucional de n. 1, de 1992, a 30, de 00, e pela Emendas Constitucionais de Revisão de n. 1 a 6, de 1994. Brasília, DF: Senado, 2000.

CÂMARA, Alexandre. **O Acesso à Justiça no Plano dos Direitos Humanos.** In.: Acesso à Justiça. Org. Raphael Augusto Sofiati de Queiroz. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre; Sergio Antonio Fabris Editor; 1988, reimpresso 2002; 168p.

CHEIM, Flávio; Didier Júnior, Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A nova reforma processual – Comentários às Leis n. 10.317/01, 10.352/01, 10;358/01, 10.444/02.** São Paulo: Saraiva, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** 4ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GODINHO, Robson Renault. **A Proteção Processual dos Direitos dos Idosos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Teoria Geral do Processo.** 24ª ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2008.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 10ª ed. São Paulo: Saraiva.

MARINS, James. **Processo Instantâneo Versus Processo Razoável: A Dualidade Temporal Da Garantia Constitucional.** Disponível Art. 25 <<http://www.univali.br/periodicos>>. Acesso 7 nov 2014

ROCHA, Sheila Marta Carregosa e LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira. **Acesso à Justiça da Pessoa Idosa no Brasil: Aspectos Sociojurídicos e Direitos Humanos**

Disponível.<http://www.aninter.com.br/ANAIS%201%20CONITER/GT18%20Acesso%20%E0%20justi%E7a,%20direitos%20humanos%20e%20cidadania/ACESSO%20%C0%20JUSTI%C7A%20DA%20PESSOA%20IDOSA%20NO%20BRASIL%20ASPECTOS%20SOCIOJUR%20CDDICOS%20E%20DIREITOS%20HUMANOS%20-%20Trabalho%20completo.pdf>. Acesso em 11 nov. 2014

RULLI NETO, Antonio. **Proteção legal do idoso no Brasil – universalização da cidadania.** São Paulo: Fiúza Editores, 2003.



MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS COMO INSTRUMENTO DE APRIMORAMENTO DO JUDICIÁRIO TOCANTINENSE

Leila Maria de Souza Jardim¹
Servidora do TJTO

Nelcyvan Jardim dos Santos²
Servidor do TJTO

RESUMO

Trata-se de reflexão sobre os mecanismos existentes no sistema de justiça atual para resolução de conflitos, com o intuito de minimizar o fluxo de novas ações que aportam diariamente nos tribunais brasileiros e ampliar o acesso à justiça. Na atualidade, não se pode conceber somente o uso do modelo tradicional de entrega da prestação jurisdicional, o qual utiliza procedimentos morosos, onerosos, e complexos ao entendimento dos usuários do sistema de justiça, às vezes inacessíveis ao cidadão, causando um sentimento de inconformidade que o distancia do Poder Judiciário. O excessivo formalismo é a marca dos atos procedimentais e, conseqüentemente, reflete no engarrafamento do aparelhamento judicial. A utilização dos meios alternativos de solução de conflito surge como importante vetor de mudanças, pois possibilita o diálogo entre os litigantes, de modo a evitar a judicialização de demandas. A pesquisa bibliográfica envolveu também o acesso aos dados da plataforma do relatório anual intitulado Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. Os resultados demonstram que os meios alternativos de conflitos devem ser mais utilizados e difundidos para melhor conscientização e pacificação da sociedade, bem como da diminuição das demandas judiciais que é cada vez mais crescente.

Palavras-chave: resolução de conflitos; acesso à justiça; sociedade.

INTRODUÇÃO

A sociedade, de forma dinâmica, sofre constantes transformações e, com isso, nascem as desigualdades e os conflitos de interesses que nem sempre são resolvidos pelas partes envolvidas, fazendo com que, na maioria das vezes, busquem no Poder Judiciário a solução para os desajustes e desencontros. O imaginário de justiça é apreciado por quem a aciona para solucionar dificuldades por meio da aplicação do Direito, com respeito e segurança. Entretanto, alguns fatores, como a burocratização, as deficiências estruturais, o excesso de formalismo contribuem para o descrédito pelo qual atravessa o Judiciário Brasileiro na atualidade.

¹ Graduada em Normal Superior pela Unitins. Bacharel em Direito pela Fundação Unirg. Pós-Graduada em Gestão do Judiciário pela Faculdade da Lapa (FAEL). Técnica Judiciária de 1ª instância – Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins.

² Licenciado em Letras pela Unitins. Bacharel em Direito pela Fundação Unirg. Pós-Graduado em Gestão do Judiciário pela Faculdade da Lapa (FAEL). Oficial de Justiça Avaliador – Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins.

A avalanche de processo torna inviável a entrega da prestação jurisdicional de forma célere. O Relatório intitulado *Justiça em Números*, ano-base 2013, produzido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), possui um indicador intitulado taxa de congestionamento. Esse marcador de efetividade dos tribunais é obtido por período de tempo, considerando-se a totalidade de casos novos ajuizados, os casos baixados e o estoque pendente ao final do período anterior ao período base. De acordo com o Relatório, estão atualmente ^{3,4} em trâmite no Judiciário Brasileiro 74 milhões de processos, sendo que desse total 20 milhões (27%) são casos novos, 54 milhões (73%) estão pendentes e baixados foram somente 19 milhões (93%) em relação ao total de casos novos, apesar do alto índice de produtividade dos magistrados brasileiros correspondente a 1.564 ações julgadas por ano, com acréscimo de 1,7% em relação ao ano anterior.

Segundo informações do Estudo Comparado de Indicadores do Poder Judiciário do Brasil, divulgado pelo CNJ em 2011, em comparação a países Europeus, como França, Itália, Portugal e Espanha, os juízes brasileiros são os que mais julgam, atingindo o total de 1.600 casos decididos anualmente, alcançando alto índice de produtividade em escala mundial. Contudo, a taxa de congestionamento da Justiça não diminuiu.

A utilização do sistema Judiciário Brasileiro é cada vez mais crescente, demonstrando que a cultura da litigiosidade impera principalmente se for comparado com o sistema de justiça de Portugal, pois, conforme informações estatísticas da Direção-Geral da Política de Justiça ⁵, em 2013, o total de processos ingressados foi de 712.719; baixados, 886.603; pendentes, 1.542.031.

O acesso à Justiça é um direito fundamental de todo cidadão juntamente com o direito à duração razoável do processo, não sendo mais concebida a ideia ultrapassada de um Poder Judiciário distante. A acessibilidade à Justiça não deve fundar-se somente na preocupação da prestação jurisdicional ou na celeridade do processo, mas também perpassar pela desburocratização que pode ser alcançada pela utilização dos meios alternativos de resolução de conflitos dos quais são espécies a mediação, a conciliação e a arbitragem.

Petrônio Calmon conceitua a mediação:

Intervenção de um terceiro imparcial na negociação entre os envolvidos no conflito, facilitando o diálogo e incentivando o diálogo inexistente, com vistas a que as próprias partes encontrem a melhor forma de acomodar ambos os interesses, resolvendo não somente o conflito latente, quanto a própria relação antes desgastada, permitindo sua continuidade pacífica (2007, p. 109).

A mediação é especialmente indicada para situações em que a negociação fica bloqueada devido à natureza do conflito ou quando as partes estão excessivamente envolvidas emocionalmente. Assim, a intervenção de um terceiro imparcial torna-se necessária, pois, por meio da prestação de auxílio aos litigantes, possibilita o diálogo e a obtenção de acordo.

Ao referir-se à mediação, Alexandre Faride Pereira:

Ressalte-se, ademais, que a mediação vislumbrada como método alternativo de solução de conflitos de interesse não tem o escopo de inviabilizar ou afastar a utilização do procedimento judicial, mas sim, o de prover mais um meio de pacificação social hábil a atender as prerrogativas do momento histórico atual e cumprir a função de filtrar o acesso ao Poder Judiciário, contribuindo para amenizar a crise pela qual a jurisdição vem atravessando, além de prover maior acesso à justiça, economia, celeridade e efetividade à resolução de controvérsias (2006, p. 104).

Ao Judiciário cabe a missão de pacificar todos os conflitos que lhe são submetidos à apreciação, porém esperar que isso ocorra atempadamente e de forma amplamente satisfatória é uma utopia, evidenciando a importância da abertura para o uso das formas alternativas de solução de litígios. Outro meio bastante utilizado para solução de conflitos é a conciliação que contribui para a diminuição da inflação judicial e abrevia a solução

³ <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros>. Acesso em 28/11/2014.

⁴ <http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/gestao-e-planejamento-do-judiciario/indicadores/576-rodape/acoes-e-programas/programas-de-a-a-z/pesquisas-judiciarias/publicacoes>. Acesso em 05/01/2015.

⁵ [http://www.pordata.pt/Portugal/Tribunais+Judiciais+processos+entrados++findos++pendentes+\(R\)-247](http://www.pordata.pt/Portugal/Tribunais+Judiciais+processos+entrados++findos++pendentes+(R)-247). Acesso em 05/01/2015.

de uma pretensão já apresentada perante os tribunais. Por ela, o conflito é solucionado por meio do consenso entre os litigantes perante um conciliador neutro. Segundo anota Catarina Frade, na conciliação ocorre:

A Intervenção de terceira parte, alheia ao conflito, auxilia os interessados a encontrarem uma plataforma de acordo tendo em vista resolver a disputa, limitando-se o conciliador a promover o contato entre as partes, facilitando sua comunicação (2003, p. 110).

Dessa forma, o conflito é solucionado com o auxílio do conciliador que aproxima as partes e as direciona para o alcance de um consenso, promovendo uma decisão final satisfatória para ambas as partes. E por último, no sistema da Arbitragem a solução para o conflito de interesses ocorre por interesse e declaração de vontade das partes, denominado convênio ou compromisso arbitral, cuja formalização pode ocorrer antes ou depois de instalado o conflito. A arbitragem é definida por Marta Blanco Carrasco, como:

Uma instituição através da qual as pessoas naturais ou jurídicas submetem, mediante uma declaração de vontade, questões litigiosas atuais ou futuras que surjam em uma matéria de livre disposição à decisão de um ou vários árbitros, vinculando-se a dita resolução (2009, p. 74).

As partes obtêm solução para o conflito por meio da decisão de um terceiro denominado árbitro, estando vinculadas a ela, sem a possibilidade de conhecimento do litígio pelos tribunais. A crescente utilização dos meios alternativos de resolução de conflitos foi destacada por Mauro Capelletti, quando mencionou a “terceira onda” do movimento de acesso à justiça:

Primeiro, há situações em que a justiça conciliatória (ou coexistencial) é capaz de produzir resultados que, longe de serem de “segunda classe” são melhores, até qualitativamente, do que os resultados do processo contencioso. A melhor ilustração é ministrada pelos casos em que o conflito não passa de um episódio em relação complexa e permanente; aí a justiça conciliatória ou – conforme se lhe poderia chamar – a “justiça reparadora” – tem a possibilidade de preservar a relação, tratando o episódio litigioso antes como perturbação temporária do que como costuma ser mais acessível, mais rápido, e informal, menos dispendioso e os próprios julgadores podem ter melhor conhecimento do ambiente em que o episódio surgiu e mostrar-se mais capazes e mais desejosos de compreender o drama das partes (1988, p. 190).

As novas vias de acesso à justiça, ofertadas pela conciliação, mediação e arbitragem devem ser mais utilizadas, pois promovem o descongestionamento da máquina judiciária garantindo a redistribuição da Justiça. A mediação leva ao diálogo e aproxima a sociedade do Poder Judiciário inibindo o interminável caminho da decisão advinda de um processo tradicional.

Os meios alternativos de solução de controvérsias são caracterizados pela abertura da inclusão social. As pessoas envolvidas são as protagonistas do processo e contribuem para a democratização e o exercício de sua autonomia no momento da decisão do conflito.

A adoção desses mecanismos de resolução de conflito mostra-se como fator preponderante para o adequado funcionamento do Poder Judiciário. Nessa trilha, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, regulamentando a Política Pública de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, a ser desenvolvida nos tribunais brasileiros, a qual prediz:

Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade. (Redação dada pela Emenda nº 1, de 31.01.13)

Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe oferecer mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão. Nas hipóteses em que este atendimento de cidadania não for imediatamente implantado, esses serviços devem ser gradativamente ofertados no prazo de 12 (doze) meses.

Art. 2º Na implementação da política Judiciária Nacional, com vista à boa qualidade dos serviços e à disseminação da cultura de pacificação social, serão observados: (Redação dada pela Emenda nº 1, de 31.01.13)

I - centralização das estruturas judiciárias;

II - adequada formação e treinamento de servidores, conciliadores e mediadores;

III - acompanhamento estatístico específico.

Art. 3º O CNJ auxiliará os tribunais na organização dos serviços mencionados no art. 1º, podendo ser firmadas parcerias com entidades públicas e privadas.

Portanto, evidente a preocupação do Conselho Nacional de Justiça com a utilização dos meios alternativos de resolução de conflitos para garantir a eficiência operacional, o acesso ao sistema de justiça e a responsabilidade social e, ainda, o comprometimento com a consolidação de uma política pública de incentivo e aperfeiçoamento desses mecanismos.

A Resolução referida trouxe importante novidade quanto à concepção das atribuições concedidas ao Poder Judiciário, pois foi esclarecido é de incumbência dos órgãos judiciários a solução adjudicada mediante sentença; estes “devem oferecer outros mecanismos de solução de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação”⁶ e ainda prestar atendimento e orientação ao cidadão. Seu terceiro capítulo regulamenta a criação dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos pelos tribunais, pois sua criação deveria ocorrer com a composição dos magistrados da ativa ou por aposentados e servidores atuantes na área.

Nesse caminho, o Tribunal de Justiça do Tocantins criou pela Resolução nº 8, de 20 de junho de 2013, os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania das Comarcas de Araguaína, Colinas do Tocantins, Porto Nacional e Gurupi, com o objetivo de promover ações de incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação. Atualmente, os referidos Centros se encontram em fase de instalação, e estão sendo viabilizados a contratação e o treinamento de pessoas para atuarem como conciliadores, como determinado no novo Código de Processo Civil (CPC).

METODOLOGIA

A trilha metodológica utilizada para levar a cabo este trabalho foi do tipo pesquisa bibliográfica, uma vez que as etapas realizadas foram: consulta à base de dados na forma de doutrina; consulta à legislação interna do Conselho Nacional de Justiça (CNJ); consulta à legislação interna do Tribunal de Justiça do Tocantins, as duas últimas encontradas no endereço eletrônico dos referidos Órgãos.

Ademais, para explicitar o problema, foram consultados os dados institucionais do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) – Relatório Anual Justiça em Números –, referente a 2013. Pesquisa no Tribunal de Justiça Tocantinense, seção de estatística (COGES), com o fim de obter dados da semana nacional da conciliação.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

No Brasil, confunde-se acesso à justiça com acesso ao Poder Judiciário para a solução dos litígios. Para certa parcela da sociedade, o acesso à justiça não existe ou se torna cada dia mais difícil e oneroso, pois os obstáculos de natureza econômica, social e cultural contribuem para a seletividade e elitização do acesso aos tribunais superiores, deixando para trás a observância de direito fundamental.

O acesso à justiça no Tocantins não está distante do cenário nacional, pois enfrenta os mesmos obstáculos. Conforme os indicadores levantados e descritos no relatório do Atlas de Acesso à Justiça, ano 2013⁷, elaborado pelo Ministério da Justiça, o Tocantins conta com uma população de 1.496.880, e com 42 comarcas que mantêm o acesso ao Judiciário para atender a toda demanda, localizadas na área urbana e rural, o que dificulta o acesso daqueles que vivem em distritos, que muitas vezes não gozam de condições financeiras favoráveis para acionar a justiça quando dela necessitam.

Outro fator que prejudica o acesso ao sistema de justiça, conforme levantado pelo relatório supramencionado,

⁶ Conselho Nacional de Justiça. Resolução n.º 125, de 29 de novembro de 2010. Disponível em "<http://www.cnj.jus.br/portal/sobre-o-cnj/quem-e-quem/secretaria-geral-sg/projetos/pj-movimento-pela-conciliacao/resolucao-n-125>". acesso em 09.11.2014.

⁷ <http://www.aceessoajustica.gov.br/pub/centraisDeConteudo/monitoramentoIndicadores.faces>.

é o Índice de Desenvolvimento Humano do Estado do Tocantins, qual seja, 0,7, e quanto mais próximo de 1 maior é o desenvolvimento, mas ainda assim o Estado tem registro de atrasos educacionais.

Esse fator faz vislumbrar a dimensão social do problema, mensurando o acesso e considerando a distribuição da renda e fatores educacionais, pressupondo-se que melhorias educacionais e aumento na auferição de renda ampliariam as chances de acesso. Enquanto melhores condições educacionais permitem melhor conhecimento sobre direitos; com melhores condições financeiras diminui o custo marginal do recurso à justiça e o custo de oportunidade, em relação à alocação de tempo para o trabalho.

Conforme relatório, em se tratando dos operadores do sistema de justiça, o estado do Tocantins conta com 109 defensores, 124 juízes, 115 promotores e 3.189 advogados. Observa-se que o número de juizes por habitante no Tocantins é de um para 12.000; o de promotores é de um para 13.000; de defensores, um para 14.000 habitantes; e um advogado para 450 habitantes.

No que se refere ao número de magistrados no Tocantins, percebe-se haver carência. Segundo Cavalcante, se comparado com a Alemanha, essa relação está em um juiz para cada 3.683 habitantes. A proporção ideal, na visão da doutrina brasileira, não deveria ser maior que um magistrado para cada 10.000 habitantes. (Cavalcante, 2002, p. 29)

De acordo com o conselheiro do CNJ, Paulo Tamburini⁷, embora os dados do relatório Justiça em Números revelem que o número de juizes é baixo no Brasil, países como Espanha, França, Portugal e Itália possuem entre 10 e 17 magistrados para cada 100.000 mil habitantes.

Ainda segundo Tamburini, embora sempre se imagine que um dos fatores para a maior celeridade do Judiciário seja o aumento do número de juizes, existem outros pontos a serem destacados no trabalho de combate à morosidade, como boa gestão de recursos humanos nos tribunais, capacitação de servidores e recursos modernos de informática que permitam o processo eletrônico. Além disso, citou uma maior conscientização por parte da população brasileira e uma legislação processual que conceda maior agilidade e celeridade ao processo.

De acordo com os dados constantes do relatório Justiça em Números produzido pelo Conselho Nacional de Justiça, a taxa de congestionamento existente no Judiciário pátrio é de 70,9% o que demonstra o emperramento da máquina judiciária e a deficiência na entrega da prestação jurisdicional de forma satisfatória. A pesquisa demonstrou que existe em nosso país, ainda que timidamente, um movimento pela valorização do uso dos meios alternativos de resolução de conflitos, através da edição pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ da Resolução n.º 125, de 29 de novembro de 2010 que regulamentou a Política Pública de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses. No tocante ao Poder Judiciário do Tocantins, apesar da edição da Resolução n.º 8, de 20 de junho de 2013, que cria os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania das Comarcas de Araguaína, Colinas do Tocantins, Porto Nacional e Gurupi, constatou-se que não foram instalados e, que as audiências de conciliação são realizadas de forma individualizada pelo Juízo onde foi aforada a demanda e nos períodos da semana da nacional da conciliação promovida pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ.

Segundo informações colhidas junto ao departamento de estatística do Tribunal de Justiça do Tocantins, neste ano de 2014, foram realizadas 10.507 audiências de conciliação, obtendo um total de 5.630 acordos homologados o que corresponde a 53,58% de efetividade. Ainda, no Mutirão dos Precatórios realizado durante o mês de agosto de 2014, foram designadas 71 audiências em diversos processos ajuizados nas comarcas, atingindo um total de mais de 19 milhões em acordo, restando comprovado que o movimento pela utilização dos meios alternativos de resolução de conflitos faz parte da pauta da Administração Judiciária.

⁷ <http://www.acessoajustica.gov.br/pub/centraisDeConteudo/monitoramentoIndicadores.faces>.

⁸ Agência CNJ de Notícias: www.cnj.jus.br/noticias.



Percebe-se que, a falta de funcionamento efetivo dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania criados pela Resolução nº 8, de 20 de junho de 2013, no Poder Judiciário Tocantinense têm contribuído para o inchaço da máquina judiciária, para o crescimento do ajuizamento de novas ações elevando a taxa de congestionamento e o baixo índice de produtividade da Justiça no Tocantins como demonstrado no relatório Justiça em Números, ano-base 2013, produzido pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A transformação em realidade da promessa de justiça para todos aponta para a necessidade de mudança de paradigma no tratamento do acesso à justiça no Brasil, exigindo urgente revolução, com vista a garantir a observância a esse reconhecido direito fundamental.

A desburocratização e a democratização da justiça se tornaram iminentes na atual conjuntura da sociedade, pois não se pode pensar a Justiça afastada da sociedade, indiferente às transformações cotidianas.

O Poder Judiciário deve estar preparado para receber a demanda e atender aos anseios da sociedade de forma satisfatória, levando-se em consideração o direito fundamental de acesso à justiça que é inerente a todo cidadão, e, ainda, proporcionar participação nas comunidades de maneira direta, a fim de encontrar respaldo na mesma sociedade, combatendo constantemente suas deficiências.

É imprescindível dispor de um sistema descentralizado e acessível para a entrega da prestação jurisdicional, utilizando-se dos recursos proporcionados pelos meios alternativos e complementares à jurisdição, focando o olhar na conciliação, na mediação e na arbitragem como meio de promoção da pacificação social com a mínima interferência do Estado-juiz.

A regulamentação da Política Pública de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da edição da Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, reafirma a importância da utilização dos mecanismos alternativos de resolução de conflito como uma porta de escape para o descongestionamento do Judiciário Brasileiro, além de abrir novas fronteiras de acesso à justiça, promovendo a desburocratização e a redemocratização desta, contribuindo para a pacificação social.

Nessa linha, o Poder Judiciário do Tocantins, ao editar a Resolução nº 8, de 20 de junho de 2013, criando os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, introduziu-se no cenário de mudança de paradigma pelo qual, atualmente, passa a Justiça Nacional, que incessantemente busca alternativas para resolver de forma menos onerosa seus problemas internos e alcançar avanços na prestação jurisdicional de qualidade, sendo os resultados positivos sentidos com a realização de 10.507 audiências de conciliação, alcançando o total de 5.630 acordos homologados, o que corresponde a 53,58% de efetividade.

Desse modo, é imprescindível que haja uma gestão administrativa voltada para instalação e funcionamento desses Centros nas comarcas do Estado, porque o novo CPC recomenda a implantação da mediação em todas as comarcas do País.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n.º 125, de 29 de novembro de 2010**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/portal/sobre-o-cnj/quem-e-quem/secretaria-geral-sg/projetos/pj-movimento-pela-conciliacao/resolucao-n-125>>. Acesso em 09.11.2014.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em 9.11.2014

_____. Conselho Nacional de Justiça. Agência CNJ de Notícias. Disponível em: www.cnj.jus.br/noticias. Acesso em

19/12/2014.

_____. Ministério da Justiça. **Acesso à justiça – Atlas de Acesso à Justiça**. <<http://www.acessoajustica.gov.br/pub/centraisdeconteudo/monitoramentoIndicadores.faces>>. Acesso em 5/01/2015.

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS. **Resolução nº 8, de 20 de junho de 2013**. Disponível em: <<http://www.tjto.jus.br/elegis>>. Acesso em 09.11.2014.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

CAPPELETTI, Mauro; GARTJ, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CARRASCO, Marta Blanco. **Mediacion y Sistemas alternativos de resolucion de conflictos – uma vision jurídica**. Madrid: Réus S.A., 2009.

CAVALCANTE, Ubaldo Ataíde. **Por uma Justiça mais célere e humana**. Revista ESMAFE 5ª Região, nº 03. Recife, 2002.

NUNES, Dierle José Coelho. CNJ. **Estudo Comparado Sobre Recursos, Litigiosidade e Produtividade: a prestação jurisdicional no contexto internacional**. Brasília: CNJ, 2011.

FRADE, Catarina. **A resolução alternativa de litígios e o acesso à justiça: A mediação do sobreendividamento**. In Revista Crítica de Ciência Sociais, volume 65, pp. 107 – 128. Coimbra: 2003.

PEREIRA, Alexandre Faride. **Estudo analítico do projeto de lei sobre mediação em tramite no Congresso Nacional**. In Revista de Ciências Jurídicas UEM, v 4, nº 2006, pp. 83 – 115.



OS LIMITES DA INTERVENÇÃO JUDICIAL NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Yuri Anderson P. Jurubeba¹
Servidor do TJTO

Fernanda Pontes Alcântara²
Servidora do TJTO

André Luiz de M. Gonçalves³
Conselheiro do TCE

RESUMO

Tendo em vista que os direitos sociais encontram previsão constitucional, não pode o Poder Público deixar de efetivar as políticas públicas. Todavia, é preciso ressaltar que os órgãos públicos encontram dificuldades ao efetuarem despesas, uma vez que normas burocráticas fazem parte do sistema que procura evitar a ocorrência de fraudes. O controle judicial de políticas públicas vem gerando a judicialização dos direitos sociais. É preciso haver o estabelecimento de parâmetros e limites para intervenção judicial, como a tese da reserva do possível (desde que não haja o sacrifício do direito ao mínimo existencial), princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como a atuação do Conselho Nacional de Justiça, por meio de fiscalização administrativa.

Palavras-Chave: Controle judicial. Judicialização dos direitos sociais. Reserva do possível. Razoabilidade. Proporcionalidade.

INTRODUÇÃO

Em outubro deste ano, Francisca Neide de Souza procurou diversos meios de comunicação do estado do Tocantins para “denunciar” que há cinco meses sua filha não recebia o remédio contra a Fibrose Cística (FC). Por se tratar de severa enfermidade genética e sem cura, sua filha estava internada há um mês “em estado gravíssimo”. Todavia, o fato que mais se destaca nas reclamações da citada mãe é o descumprimento, por parte do Estado, de decisão do Poder Judiciário, haja vista que, segunda àquela, há uma ordem judicial favorável determinando a entrega do medicamento. A doutrina ensina que os direitos sociais exigem ações afirmativas

¹Yuri Anderson Pereira Jurubeba, bacharel em Direito pela Universidade Cândido Mendes, aluno do Mestrado em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, pela Universidade Federal do Tocantins (UFT) e chefe de gabinete da Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Tocantins.

²Fernanda Pontes Alcântara, bacharel em Direito pela Universidade Cândido Mendes, aluna do Mestrado em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, pela Universidade Federal do Tocantins (UFT) e assessora jurídica dos Conselhos da Justiça Militar do Estado do Tocantins.

³André Luiz de Matos Gonçalves, bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza, aluno do Mestrado em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, pela Universidade Federal do Tocantins (UFT) e conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins.

por parte do Estado, a fim de que as políticas públicas assegurem uma justiça distributiva. A efetivação das políticas sociais por meio de prestações jurisdicionais não é tema novo no ordenamento jurídico brasileiro, segundo exemplifica Gilmar Mendes:

Nesse sentido, registre-se, v. g., o denominado problema da 'judicialização do direito à saúde'. Esse ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo. Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área de saúde e além das possibilidades orçamentárias. (MENDES, 2014, pp. 617-618)

Assim, essas ações afirmativas visam, por exemplo, garantir os direitos à saúde, ao trabalho, à educação, à moradia, à aposentadoria, dentre outros. Nesse sentido, podemos ressaltar o artigo 196 da Constituição Federal, de 1988, que impõe ao Estado a adoção de uma política social e econômica que objetive a redução do risco de doenças, com a manutenção dos serviços pertinentes, assegurando-se a todos os cidadãos o direito à saúde.

Quanto ao tema, a Lei nº 8.080, de 1990, dispõe sobre as condições para a promoção, a proteção e a recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, além de outras providências. Em seu artigo 2º, prevê que a saúde é um direito fundamental do ser humano, competindo ao Estado prover as condições ao seu pleno exercício e aos entes referidos a prestação de serviços devidos à população.

Reconhecendo a fundamentação legal exposta e tendo em vista que não cabe ao Poder Público se esquivar de prestar os serviços assistenciais, quanto mais em se tratando de pessoas carentes de recursos, o Poder Judiciário vem funcionando como instrumento para concretização de direitos, por meio de provimentos judiciais. Todavia, é preciso reconhecer a dificuldade de os órgãos públicos efetuarem despesas, ainda que compelidos pelo Poder Judiciário. Normas burocráticas fazem parte do sistema, até para que fraudes sejam evitadas. Ressalta-se ainda que a limitação de recursos existe e é uma questão que se não pode deixar de analisar.

Pelo exposto, tendo em vista que os direitos sociais não se encontram completamente implementados, e levando-se em consideração que existe uma restrição de recursos do Estado, este trabalho objetiva analisar alguns parâmetros referentes ao controle jurisdicional das políticas públicas, realizados pelo Poder Judiciário, com vista a responder à seguinte pergunta: Quais são os limites da intervenção judicial no controle de políticas públicas?

METODOLOGIA

O trabalho consiste na elaboração de um resumo expandido, com a aplicação do método dedutivo, partindo de uma premissa geral para uma particular, pela modalidade de pesquisa qualitativa, isto é, estudo das principais vertentes dos limites da intervenção judicial, com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, em consonância com a adequação do mínimo existencial em contraponto à reserva do possível orçamentário. Ademais, fez-se uso da pesquisa bibliográfica pelos procedimentos seguintes: levantamento literário de material científico, doutrinário e jurisprudencial, para desenvolvimento da questão, sob uma ótica conceitual e jurídica.

O objetivo do presente trabalho visa precipuamente delimitar o âmbito de alcance da intervenção judicial nas políticas públicas, respeitado o juízo de conveniência e de oportunidade que é privativo do Poder Executivo. Nestes termos, somente será possível a interferência no âmbito discricionário quando os parâmetros do que é razoável e proporcional forem violados.



RESULTADOS E DISCUSSÕES

Os direitos fundamentais devem ser abordados sob dois postulados. Se por um lado há proibição de intervenção, por outro há o dever de sua proteção. Nesse sentido, proíbe-se, também, a proteção insuficiente. Nessa dimensão, ganha relevância a análise das ações afirmativas, as quais buscam concretizar direitos fundamentais que dependem de providências estatais com vistas à criação e conformação de órgãos e procedimentos indispensáveis à sua efetivação.

Cuida-se de uma espécie de direito fundamental que pode se realizar por meio de edição de atos normativos pelo Estado, pela criação de procedimentos e garantias judiciais, na instituição de auxílios pecuniários ou pela realização de políticas públicas, por exemplo. Contudo, é preciso reconhecer que todas as dimensões dos direitos fundamentais representam gastos, o que evidencia o tema da “reserva do possível”. A escassez dos recursos cria a necessidade de se fazerem escolhas alocativas.

Assim, é na perspectiva prestacional dos direitos sociais que se encontra a maior crítica à sua judicialização. Segundo Gilmar Mendes:

A dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Nessa perspectiva, também se defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos poderes e o princípio da reserva do financeiramente possível. (MENDES, 2014, p. 616)

Impende ressaltar ainda que, tratando-se de direitos sociais, a prestação devida pelo Estado se concretiza conforme as necessidades de cada indivíduo, o que resulta na adoção de critérios distributivos (o quanto disponibilizar e a quem atender) para gastos desses recursos, implicando escolhas alocativas.

Segundo Gilmar Mendes, nessa linha de análise, argumenta-se que o Poder Judiciário, vocacionado a efetivar a justiça no caso concreto (microjustiça), muitas vezes não tem condições de, ao examinar determinada pretensão à prestação de um direito social, analisar as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte com invariável prejuízo para o todo (MENDES, 2014, p. 616).

Ao revés, aqueles que defendem a concretização dos direitos sociais por meio de prestações judiciais argumentam que, dessa maneira, o mínimo existencial dos direitos são garantidos, uma vez que indispensável para a dignidade da pessoa humana. Alexy segue linha semelhante de conclusão ao constatar a necessidade de um modelo que leve em conta todos os argumentos favoráveis e desfavoráveis aos direitos sociais, da seguinte forma:

Considerando os argumentos contrários e favoráveis aos direitos fundamentais sociais, fica claro que ambos os lados dispõem de argumentos de peso. A solução consiste em um modelo que leve em consideração tanto os argumentos a favor quanto os argumentos contrários. (ALEXY, 2008, pp. 511-512).

Assim, fica clara a necessidade de se formular mecanismos de parceria para concretizar o pacto republicano, estabelecendo-se limites ao controle judicial em intervir em políticas públicas, mas garantindo, ainda, a efetividade judicial dos direitos. Uma maneira encontrada pelo ordenamento jurídico para diminuir a intervenção do Poder Judiciário, tendo em vista a escassez de recursos orçamentários, bem como a impossibilidade de efetivação de todos os direitos sociais, é conhecida como a tese da reserva do possível.

Conforme essa teoria, o Poder Judiciário analisa, sob o prisma da razoabilidade e mediante a ponderação de bens, as reivindicações de efetivação de um direito social, com base no critério da proporcionalidade. Segundo acórdão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, para implementação de política pública via controle judicial, é preciso analisar, no caso concreto, a razoabilidade da pretensão e a disponibilidade financeira do Estado, devendo ficar evidente a violação arbitrária de direitos mínimos. Segundo acórdão do Supremo Tribunal Federal (STF):



O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível. Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da reserva do possível, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. (STF - ADPF: 45 DF, Relator: Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 29/04/2004, Data de Publicação: DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191)

Todavia, jurisprudência mais recente do STF deixa claro que a tese da reserva do possível não é aplicável quando a questão pretender resguardar o mínimo existencial: A questão da reserva do possível: reconhecimento de sua inaplicabilidade, sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (RTJ 200/191-197). (STF - ARE: 727864 PR, Relator: Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 09/09/2014, Data de Publicação: DJe-180 DIVULG 16/09/2014 PUBLIC 17/09/2014). A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins vai ao encontro do entendimento do Supremo Tribunal Federal:

O agravante não pode escusar-se de sua responsabilidade, com a alegação de inexistência de previsão orçamentária ou de escassez de recursos, uma vez que restou caracterizada a urgência do atendimento à beneficiária que possui a premente necessidade de receber a medicação, sob pena de agravamento de seu estado de saúde, primando-se pelo direito à vida acima de qualquer outro de natureza patrimonial ou administrativa.

Neste contexto, o Estado não pode alegar a seu favor, o princípio da reserva do possível, quando nem mesmo traz aos autos demonstração concreta, específica e satisfatória da absoluta impossibilidade de aquisição do medicamento em questão.

Ademais, não é concebível que o direito à vida e à saúde seja postergado, ante meras alegações de falta de recursos e da impossibilidade de privilegiar situação particular em detrimento da implementação de políticas públicas para atendimento dos direitos sociais da coletividade, quando é público e notório a situação da escassez do atendimento à saúde no Estado do Tocantins. (TJTO, AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º

0002072-45.2014.827.0000, Relator: Des. Ronaldo Eurípes, Data de Julgamento: 21/05/2014).

Impende ressaltar que a citada aplicação da teoria da reserva do possível deve ser ponderada com o princípio da proporcionalidade, uma vez que este deve orientar todas as decisões que envolvam direitos constitucionais fundamentais. Para atendimento do princípio da proporcionalidade, Pedro Lenza ensina que deve se verificar o preenchimento de três elementos:

- necessidade: por alguns denominada exigibilidade, a adoção da medida que possa restringir direitos só se legitima se indispensável para o caso concreto e não se puder substituí-la por outra menos gravosa;
- adequação: também chamado de pertinência ou idoneidade, quer significar que o meio escolhido deve atingir o objetivo perquirido;
- proporcionalidade em sentido estrito: sendo a medida necessária e adequada, deve-se investigar se o ato praticado, em termos de realização do objetivo pretendido, supera a restrição a outros valores constitucionalizados. (LENZA, 2014, p.135)

Tayanne Martins de Oliveira destaca que, na maior parte dos casos, podem-se verificar a adequação e a necessidade por relatórios médicos e demais atestados, mas o respeito à proporcionalidade em sentido estrito merece maior atenção, uma vez que o direito a ser garantido ao paciente poderá ensejar diversas ações judiciais de saúde que poderiam ser promovidas pelo ente público maior da população necessitada (OLIVEIRA, 2011, online).

Reconhecendo a importância, sob o prisma numérico, do contencioso em torno da saúde, o Conselho Nacional de Justiça criou o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência envolvendo aquele direito fundamental social, por meio da Resolução nº 107, de 6 de abril de 2010. O referido Fórum foi criado para monitorar e resolver dilemas em questões de assistência, direito à saúde em razão da litigiosidade e, principalmente, da judicialização de processos relacionados ao tema, para, após diversos debates, apresentar enunciados interpretativos sobre a matéria.

Em razão do referido Fórum, o CNJ editou a Recomendação nº 31, de 2011, que orienta a instituição do Núcleo de Apoio Técnico para subsidiar os magistrados, representantes do Ministério Público e da Defensoria Pública na formação de juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes nas ações

relativas ao Sistema Único de Saúde (SUS). No estado do Tocantins foram criados dois Núcleos, um no município de Araguaína (Portaria Municipal nº 66, de 18 de maio de 2011) e um de âmbito estadual, criado pela Portaria/SESAU nº 337, de 2 de maio de 2013. A título de exemplificação da atuação dos supracitados núcleos, o Relatório do 1º semestre do Núcleo de Apoio Técnico Estadual informa que, de janeiro a junho de 2014, houve 302 consultas, sendo 104 judiciais e 198 extrajudiciais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a explanação aqui aludida, verifica-se, ainda que de forma superficial, um panorama sobre a efetivação de políticas públicas pelo controle judicial. Foi discorrido sobre a questão da judicialização dos direitos sociais, bem como o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a teoria da reserva do possível nos referidos casos. Destacou-se, porém, que a atuação do Poder Judiciário encontra limites na tese da reserva do possível (ressalvados os casos de proteção do núcleo mínimo existencial), bem como na ponderação em face dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Enfatizou-se, também, que os tribunais encontram limites de atuação pelo controle de âmbito administrativo efetuado pelo Conselho Nacional de Justiça. É certo que a problematização da judicialização dos direitos sociais e o comprometimento orçamentário estão longe de serem resolvidos. Todavia, o controle judicial das políticas públicas se mostra um importante instrumento para a consolidação da democracia no Brasil, uma vez que as demandas de natureza social e econômica são efetivadas a partir de decisões ancoradas na Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Org./tradu. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento Fundamental nº 45**. Relator: Celso de Mello. Brasília, 29 abr. 2004. Revista Trimestral de Jurisprudência, Brasília, v. 200, p. 191, maio 2004.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília/DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 7 nov. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 727864 PR**. Relator: Celso de Mello. Brasília, 09 set. 2014. Diário da Justiça Eletrônico, set. 2014.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

OLIVEIRA, Tayanne Martins de. **A judicialização da saúde: atuação do Poder Judiciário para efetivação de garantia constitucional**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2895, 5 jun. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19240>>. Acesso em: 5 nov. 2014.

TOCANTINS. Tribunal de Justiça do Estado do. **Agravo de Instrumento nº 0002072-45.2014.827.0000**. Relator: Ronaldo Eurípedes. Palmas, 21 maio 2014.

_____. Corregedoria Geral da Justiça do Estado do. **Relatório das consultas realizadas ao Núcleo de Apoio Técnico (NAT) no 1º semestre de 2014**, de jul. 2014. Disponível em <<http://www.tjto.jus.br/saude/index.php/resultados>>. Acesso em: 11 nov. 2014.



EXECUÇÕES PENAIS E O ACESSO À JUSTIÇA NA COMARCA DE ARAGUAÍNA TOCANTINS - BRASIL: EXPECTATIVAS DE FUTURO

Herisberto e Silva Furtado Caldas¹
Juiz Substituto do TJTO

Fabiano Alves Mendanha²
Servidor do TJTO

RESUMO

O presente trabalho objetiva demonstrar a situação das execuções penais da comarca de Araguaína, em especial a deficiência jurídico-administrativa, pela inexistência de um juízo especializado para a fiscalização e cumprimento das penas privativas de liberdade, a fim de proporcionar aos reeducandos uma prestação jurisdicional célere e eficaz. As pesquisas utilizadas foram às do tipo bibliográfica e documental, com análise de dados estatísticos fornecidos pela Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Tocantins e Conselho Nacional de Justiça, atinentes ao mês de setembro de 2014, em oposição aos direitos e garantias preconizados na Constituição Federal, de 1988, e na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. A análise dos dados revela a iminente necessidade de se criar, mediante lei, uma vara especializada para condução das execuções penais na referida comarca.

Palavras-Chave: Lei de Execuções Penais; celeridade processual; direitos dos reeducandos.

INTRODUÇÃO

É notório que um dos grandes problemas vividos atualmente pelo Estado Brasileiro diz respeito ao Sistema Penitenciário. Notícias relacionadas ao descumprimento das garantias fundamentais dos presos são veiculadas rotineiramente pela imprensa, notadamente atinentes à questão da superlotação e péssimas condições físico-estruturais verificadas nas unidades prisionais, bem como da lentidão algumas vezes observadas por parte do Poder Judiciário na tramitação dos feitos, o que viola os direitos constitucionalmente previstos.

A situação não é diversa no estado do Tocantins, o qual, além de apresentar tais problemas, padece ainda de

¹ Bacharel em Direito. Pós-graduado em Direito Constitucional. Juiz Substituto do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins e professor de Direito Processual Penal da Universidade Católica Dom Orione.

² Bacharel em Direito. Pós-graduado em Gestão do Judiciário. Técnico Judiciário e Assessor Jurídico de 1ª Instância do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins.

uma questão especial, a saber: ausência de varas especializadas para a fiscalização e o cumprimento de penas privativas de liberdade e restritivas de direitos em comarcas de 3ª entrância, como é o caso da comarca de Araguaína. Para se ter ideia da real situação jurídico-administrativa, a comarca de Araguaína, polo central da região norte, possui o segundo maior acervo geral de processos em tramitação no Estado, e mesmo assim ainda não possui vara especializada em execução penal. A título de informação, é importante consignar que, na área criminal, a comarca de Araguaína congrega um Juizado Especial Criminal, uma Vara de Combate à Violência Doméstica e duas Varas Criminais.

Importante consignar que a 2ª Vara Criminal e Execuções Penais cumula as funções jurisdicionais de conhecimento (ação penal), cumprimento da pena (execução penal), juízo da Central de Penas e Medidas Alternativas (CEPEMA), fiscalização administrativa das unidades prisionais (Unidade de Tratamento Penal Barra da Grota-(UTPBG), Unidade do Regime Semiaberto (URSA) e Casa de Prisão Provisória de Araguaína (CPPA), o que, sem sombra de dúvidas, acarreta uma invencível sobrecarga de serviços.

Malgrado nossa legislação, expressamente, não consigne a obrigatoriedade de um juízo específico para o trato das questões relativas ao processamento das sanções penais, alguns autores defendem a importância de dissociar as figuras do juiz sentenciante do fiscalizador, e, por conseguinte, da necessidade de se criar um juízo especializado em execução penal:

A autonomia do Direito de Execução Penal corresponde o exercício de uma jurisdição especializada, razão pela qual, no art. 2º, se estabelece que a “jurisdição penal dos juízes ou tribunais da justiça ordinária, em todo território nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta lei e do Código de Processo Penal (MARCÃO, 2013, p. 33).

Nunes (2012, p. 44), por sua vez, segue defendendo que:

No âmbito da execução penal, a jurisdição será sempre exercida por autoridade judiciária [...]. Essa autoridade judiciária é o Juiz da Execução Penal ou na sua ausência o Juiz que proferiu a sentença condenatória, dependendo da lei que estabelece a organização judiciária de cada Estado.

Não menos importante, mas que merece bastante atenção por parte dos profissionais das Ciências Jurídicas, é a questão da complexidade das relações contemporâneas, que, a partir de uma perspectiva institucionalizada do Direito, cada vez mais revela a necessidade de se ter uma atuação mais ativa e especializada dos ramos de estudo, evitando-se a opacidade dos sistemas, já que o objetivo precípua do Poder Judiciário é dar uma solução concreta aos problemas sociais, de modo a promover a pacificação.

Nesse sentido, Cárcova (2006, p. 33) leciona:

[...] Con La evolución histórica, es derecho se va fragmentando y especializando, es decir, se va diferenciando. Del derecho civil se desprende el comercial, luego el de La navegación, más tarde el laboral, tributário, minero, etc. Al tiempo que el derecho se diferencia y especializa, nuevas diferenciaciones y especificaciones se producen em el interior de cada una de suas ramas [...].

Feitas essas ponderações, a presente pesquisa traz a seguinte questão como ponto de indagação: a atual disposição jurídico-administrativa da comarca de Araguaína prejudica o acesso à Justiça e a concretização dos direitos dos presos?

METODOLOGIA

As pesquisas, por nós, utilizadas foram às do tipo bibliográfica e documental. Fizemos levantamento teórico de doutrinas, revistas, artigos especializados e da legislação específica sobre a matéria, qual seja, Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984; posteriormente, efetuamos comparativos com os dados estatísticos obtidos na Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Tocantins e Conselho Nacional de Justiça, referentes ao mês de setembro de 2014, acerca da situação das pessoas que cumprem pena na comarca de Araguaína-TO.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

Conforme dados estatísticos extraídos da Corregedoria Geral do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, a 2ª Vara Criminal e Execuções Criminais da Comarca de Araguaína possuía, em setembro de 2014, a quantidade de 7.033 processos em trâmite. Os processos são divididos da seguinte forma:

FIGURA 1: Quantitativo de processos na 2ª Vara Criminal da Comarca de Araguaína – Tocantins – Brasil.

NATUREZA JURÍDICA	NÚMERO DE PROCESSOS
AÇÃO PENAL E PROCEDIMENTOS AFINS	3.929
EXECUÇÃO CRIMINAL	3.104

Fonte: Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado Tocantins

Por sua vez, os processos relacionados à execução penal são distribuídos da seguinte forma:

FIGURA 2: Distribuição dos processos por espécie de cumprimento de pena.

FORMA DE CUMPRIMENTO DA PENA	QUANTIDADES
REGIME FECHADO	490
REGIME SEMIABERTO	86
REGIME ABERTO	567
PRISÃO DOMICILIAR	452
LIVRAMENTO CONDICIONAL	303
SURDIS	606
PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS GRATUITOS À COMUNIDADE	602
INTERDIÇÃO DE DIREITOS	20
MEDIDAS ALTERNATIVAS	199
RESTRITIVA DE DIREITOS	206
TOTAL	3.531

Fonte: Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado Tocantins.

No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, a Lei Complementar nº 10, de 11 de janeiro de 1996, dispõe, em seu artigo 10³, que será criada nova vara quando a quantidade de feitos atingir número superior a 1.500. Dessarte, percebe-se que o quantitativo atual de processos em tramitação na 2ª Vara Criminal, que são em número de 7.033, por si só já representa argumento suficiente para criação de uma terceira vara criminal, especializada em execuções penais.

Não bastasse tal imposição legal, é importante ressaltar, conforme se depreende do artigo 25, §§ 2º e 15, da Lei Complementar nº 10, de 11 de janeiro de 1996, que a referida vara possui competência privativa para processar e julgar, além das ações penais, as execuções criminais e seus incidentes, os delitos relativos ao uso e

³ Art. 10. Somente será criada nova vara cível ou criminal, nas comarcas de terceira entrância, se atendidos os requisitos constantes do artigo 9º, inciso II, letra “c”, desta 3 Lei, quando o volume de feitos em andamento, na vara existente, for superior a mil e quinhentos (1.500).



tráfico de substâncias entorpecentes que causem dependência física ou psíquica, infrações de alta complexidade e que ocasionam inúmeros incidentes processuais.

Ademais, no âmbito criminal, podemos dizer que a cumulação das funções de julgar do processo de conhecimento com as de fiscalizar do processo de execução depõe contra o princípio da imparcialidade, e, por consectário lógico, com a figura da jurisdição, uma vez que esta última pressupõe que a solução do problema seja apresentada por um terceiro imparcial.

Ao tratar do tema jurisdição Didier Jr. (2014, p. 102) leciona:

A jurisdição é técnica de solução de conflitos por heterocomposição: um terceiro substitui a vontade das partes e determina a solução do problema apresentado [...] Essa aplicação substitutiva deve ser feita por terceiro imparcial. É da essência da atividade jurisdicional ser ela exercida por quem seja estranho ao conflito (terceiro, aspecto objetivo) e desinteressado dele (imparcial, aspecto subjetivo).

Outro aspecto importante a ser lembrado diz respeito à autonomia da Execução Penal em relação ao Direito Penal, ou nas palavras de Nunes (2012, p. 39) “dúvidas não existem sobre a autonomia do Direito Penitenciário, posto cumpridos todos os requisitos necessários para que se possa afirmar que é um ramo autônomo do Direito Público Interno”.

Ainda acerca da autonomia do Direito de Execução Penal, relevante transcrever trecho da Exposição de Motivos da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984:

À autonomia do Direito de Execução Penal corresponde o exercício de uma jurisdição especializada, razão pela qual, no art. 2º, se estabelece que a “jurisdição penal dos juízes ou tribunais da justiça ordinária, em todo o território nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta lei e do Código de Processo Penal” (BRASIL, 1984).

Não obstante as questões acima discutidas acerca da comarca de Araguaína-TO, na busca de uma justiça mais célere, temos ainda o problema da complexidade e volume das matérias específicas da execução criminal, que são colocadas nas mãos de um único magistrado (o mesmo que conduz a fase de conhecimento), como, por exemplo, pedidos de progressão de regime (fechado, semiaberto e aberto), livramento condicional, indulto, saídas temporárias, pedidos de trabalhos externo e de estudos, incidentes relacionados aos reeducandos portadores de doença mental, fatores que levam à prejudicialidade do acesso à justiça.

Importa anotar ainda que, nos termos da Resolução Conjunta nº 001, de 2005, editada pelo Tribunal de Justiça e pela Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Tocantins, o magistrado da 2ª Vara Criminal de Araguaína exerce ainda jurisdição sobre a Central de Penas e Medidas Alternativas (CEPEMA), para onde são direcionados os processos oriundos das demais varas criminais da Comarca (1ª Vara, Juizado Especial Criminal, Cartas Precatórias Criminais e Vara de Combate à Violência Doméstica), a fim de fiscalizar o cumprimento das penas, em especial das restritivas de direitos.

Salientamos, conforme se depreende do artigo 66, inciso VII, da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, que compete ao juiz da execução inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento, o que, nas palavras de Mirabete (2007, p. 225), constitui ato “imprescindível, sendo salutar o contato do juiz com o preso, seu jurisdicionado, pressuposto para a efetividade da execução penal”.

Em relação a tal obrigação, mister informar que a comarca de Araguaína conta com três unidades prisionais, a saber: Unidade de Tratamento Penal Barra da Grota-(UTPBG), Unidade de Regime Semiaberto (URSA) e Casa de Prisão Provisória (CPP).

A título de informação, a CPPA possui capacidade para 80 reclusos, todavia lá se encontram recolhidos 120 presos; a URSA conta com 30 reeducandos; por sua vez, a UTPBG, único estabelecimento penal de segurança média do estado do Tocantins, encontra-se com aproximadamente 500 reclusos⁴.

⁴ Dados obtidos do Conselho Nacional de Justiça



Vemos assim que a atividade exercida pelo magistrado das execuções penais tem natureza complexa, uma vez que congrega caráter administrativo e jurisdicional. Nos dizeres de Grinover (1987, p. 7), “na verdade, não se desconhece que a execução penal é atividade complexa, que se desenvolve, entrosadamente, nos planos jurisdicionais e administrativo”.

Em sentido semelhante, Nucci (2014, p. 941) leciona:

O entroncamento entre a atividade judicial e a administrativa ocorre porque o Judiciário é o órgão encarregado de proferir os comandos pertinentes à execução da pena, embora o efetivo cumprimento se dê em estabelecimentos administrativos, custeados e sob a responsabilidade do executivo. É certo que o juiz é o corregedor do presídio, mas a sua atividade fiscalizatória não supre o aspecto de autonomia administrativa plena que gozam os estabelecimentos penais no País, bem como os hospitais de custódia e tratamento.

Assim, enquanto ao juiz compete a fiscalização no cumprimento da sentença condenatória e garantia dos direitos dos presos, ao Estado cabe agregar condições satisfatórias ao cumprimento da pena, de forma a propiciar a reinserção e restabelecimento do indivíduo na sociedade (MORAES, 2013).

A par dessas circunstâncias é que o Conselho Nacional de Justiça, em seu relatório técnico do Mutirão Carcerário, realizado no Estado do Tocantins, em 2010, recomendou ao Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins a criação de três Varas de Execução Penal, nas comarcas de Palmas, Araguaína e Gurupi, com competência exclusiva para a execução das penas de regime fechado e semiaberto, e ainda a criação de Vara(s) de Execução(ões) de Penas e Medidas Alternativas, com competência para a execução das penas em regime aberto, livramento condicional e restritivas de direito.

Desse modo, certo é que, em 2010, já ficou demonstrado no relatório técnico do CNJ que a situação carcerária encontrada no Estado apresentava a iminente necessidade de medidas a serem tomadas por parte do Estado, tendentes à concretização dos direitos da população carcerária, dentre as quais se destacam: a criação de varas especializadas em execução penal e medidas alternativas; reestruturação do estabelecimento Unidade Prisional de Barra da Grota de Araguaína; capacitação dos agentes penitenciários para o trato dos reeducandos; construção, reforma e ampliação das Unidades Prisionais, priorizando a regionalização em três polos, a partir das comarcas de Palmas, Araguaína e Gurupi, tendo em vista o atual esgotamento da capacidade de absorção das unidades existentes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se pode olvidar que a vida de um preso é feita de esperas: o dia do julgamento, da visita, o tempo que ainda falta para cumprir a pena, os prazos para concessão dos benefícios a que tem direito - tudo constitui uma incessante espera – potencializada pelo fato de que para quem está preso o relógio parece funcionar deveras lentamente. No Brasil, não são raros os casos em que os reeducandos já cumpriram os requisitos mínimos para progressão de regime e outros benefícios previstos na Lei de Execução Penal, e mesmo assim são obstados de usufruir dessas benesses legislativas por entraves na máquina judiciária.

No caso específico da Comarca de Araguaína, conforme já demonstrado, em que um único Juízo congrega diversas atribuições, dentre elas a condução de 7.033, sendo que, destes, 3.104 estão relacionados à execução penal, não seria crível se conceber uma atuação célere e eficaz na condução das atividades jurisdicionais e administrativas que devem ser desenvolvidas, para se alcançar um ideal de acesso à justiça e concretização de direitos, tal qual espiritualizado na Constituição Federal.

Num Estado Democrático de Direito, é inconcebível a manutenção de filosofias midiáticas apregoadoras das ideias de “que preso não tem direitos” ou “preso tem de ficar é na cadeia”, pois, assim como os demais, eles também são sujeitos de direitos que precisam ser concretizados por parte do Estado. Desse modo, é preciso combater os reiterados excessos de prazo no processamento dos benefícios, com um maior investimento por parte dos Tribunais em materiais físico e humano para lidar com a fiscalização e acompanhamento das

execuções penais, pois, para aquele que está encarcerado, a injustificada demora de meses ou até mesmo anos para apreciação dos benefícios previstos em lei, significa o prolongamento de seu pesar e distanciamento de suas chances de ressocialização.

É que apenas privar a liberdade ou manter a privação dos sujeitos que cometeram crimes não mais se mostra suficiente para a pacificação dos conflitos sociais, é necessário estarmos atentos à concretização dos direitos humanos, de modo geral, e nesse particular inserimos a devida execução das penas, com o máximo respeito aos direitos básicos dos presos, notadamente no que diz respeito aos prazos do encarceramento e condições mínimas de dignidade nos estabelecimentos prisionais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 8 nov. 2014.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 8 nov. 2014.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório mutirão carcerário 2010**. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/programas/mutirao-carcerario/relatorios/tocantins.pdf>>. Acesso em: 8 nov. 2014.

_____. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 8 nov. 2014.

CARCOVA, C. M. **La opacidad del derecho**. Madrid: Trotta, 2006.

DIDIER JR., F. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 16. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

GRINOVER, A. P. **Execução penal**. São Paulo: Max Limonad, 1987.

MARCÃO, R. **Lei de execução penal anotada**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRABETE, J. F. **Execução penal**: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, H. V. B. **A atuação do juiz da execução penal na preservação dos direitos do preso**. São Paulo: Jusnavigandi, 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23626/a-atuacao-do-juiz-da-execucao-penal-na-preservacao-dos-direitos-do-preso>>. Acesso em: 8 nov. 2014.

NUCCI, G. S. **Manual de processo penal de execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUNES, A. **Da execução penal**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TOCANTINS. Lei Complementar nº 10, de 11 de janeiro de 1996. Lei Orgânica do Poder Judiciário do Estado do Tocantins. **Diário Oficial do Estado do Tocantins**, Palmas, TO, 11 jan. 1996. Disponível em: <http://www.tjto.jus.br/joomlatoolsfiles/docmanfiles/arquivos/legislacao_interna/leis/lei_complementar_10_96.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2014.

_____. Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Tocantins. Disponível em: <<http://www.tjto.jus.br/corregedoria>>. Acesso em: 8 nov. 2014.



ACESSO À JUSTIÇA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Sinara Cristina da Silva Pereira¹
Servidora do TJTO

Nilson Afonso da Silva²
Juiz Titular 2ª Vara Cível - Gurupi

RESUMO

Este trabalho discorrerá sobre a assistência judiciária no Direito Brasileiro e algumas particularidades. Para tanto, utilizou-se como metodologia o método dedutivo que tem o intuito de evidenciar os fatos, baseado na pesquisa bibliográfica, no qual se buscou filtrar os dados encontrados. A questão do acesso à assistência jurídica gratuita sempre foi tema de bastante discussão, devido à sua real importância, no qual a questão do acesso à assistência jurídica gratuita é determinada na Constituição, de 1988, como princípio fundamental, devendo ser concretizada pela Defensoria Pública da União e das defensorias estaduais: órgãos incumbidos pela lei maior.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Assistência jurídica gratuita. Constituição.

INTRODUÇÃO

Apesar de o Brasil possuir uma Constituição moderna, uma legislação abrangente e um Judiciário teoricamente autônomo e independente, observa-se tratar-se, na prática, de um Poder Judiciário ineficaz, moroso e conivente com os órgãos estatais.

Saliente-se que, apesar de as pessoas assistirem a campanhas promovidas pelo Judiciário no intuito de uma maior aproximação deste Poder com a sociedade, encontra-se um Judiciário distante da realidade social. Por meio de seus diversos órgãos, a estrutura judiciária atua em todos os ramos de conflitos, desde os mais simples de esfera privada, como os mais complexos. Por certo, a resolução dos conflitos de forma célere e segura, pelo Estado-Juiz na condução do processo judicial, é imprescindível para garantir o Estado Democrático de Direito. Sabe-se que o conflito social surge e se desenvolve de acordo com o status do indivíduo ou grupo que ocupa na estrutura econômica da sociedade. Tem-se de um lado a desigualdade material dos homens, e doutro, a

¹Servidora pública do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. Bacharel em Direito e pós-graduada em Direito do Estado, Gestão do Judiciário e Criminologia.

²Juiz de Direito Titular da 2ª Vara Cível da Comarca de Gurupi/TO. Bacharel em Direito, pós-graduado em Direito Constitucional, Direito Processual Civil e em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos.

legalidade, o respeito às normas jurídicas, ficando o processo como elo entre o direito positivo e o campo social na busca da quimera da justiça.

A ideia de Justiça deve atender a um valor predeterminado pela sociedade em dado momento histórico e geográfico, que confere certo sentido à ação humana, protegendo certos valores que lhe são caros.

Há insatisfação por parte dos “consumidores” desta Justiça. O colapso atinge todos os operadores do Direito; principalmente os magistrados. As consequências da morosidade costumam ser desastrosas para toda a comunidade, por refletir a imagem de um Judiciário ineficiente e incapaz de punir aqueles que agem contrariamente às normas legais, fazendo com que as pessoas de bem passem a pôr em xeque a credibilidade deste Poder, e a considerar o Judiciário como um símbolo da impunidade.

Desde tempos antigos, verifica-se existirem pessoas hipossuficientes, que não conseguem pagar advogado para defender seus direitos.

No entanto, como forma de aprimorar seu desenvolvimento social, esse encargo de punir o infrator da convenção social foi atribuída ao Estado, bem assim o encargo de dirimir todo conflito de interesses.

Portanto, para que o Estado não fique por demais onerado, faz-se necessária a cobrança de uma taxa compensatória dos usuários da justiça. Ocorre que o Brasil, segundo estudos das Nações Unidas, é um dos países que detém uma das piores distribuições de renda do mundo. Como impiedoso resultado, tem-se que a maioria da população não dispõe de recursos sequer para levar uma vida digna, que dirá para pagar serviços judiciários, dificultando, todavia, o exercício da isonomia, do direito de ação, do contraditório e do devido processo legal.

A Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1.950, recepcionada em parte pelo texto constitucional vigente, é o norte legal à aplicação do direito à justiça gratuita que se tem hoje, é uma espécie do Instituto do texto constitucional que, como classifica a doutrina, é mais abrangente do que a própria assistência judiciária.

Nesse toar, parece haver dúvida se o Estado/Poder garante aos mais necessitados, materialmente, o efetivo acesso à Justiça para a solução de seus conflitos, especificamente na produção da prova do processo judicial.

METODOLOGIA

Utilizou-se como metodologia deste resumo expandido o método dedutivo que tem o intuito de evidenciar os fatos, baseado na pesquisa bibliográfica e em casos concretos, no qual se buscou filtrar os dados encontrados.

DISCUSSÃO E ANÁLISE

No Estado liberal, o direito de acesso à Justiça significa essencial direito formal de o indivíduo ajuizar ou contestar uma ação, pois o acesso à justiça é um direito natural, e os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção.

A justiça, no Estado liberal, como também outros bens, só podia ser obtida por aqueles que pudessem pagar seus custos; aqueles que não pudessem pagá-los eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, era equivalente à igualdade formal, porém não efetiva.

Já no Estado social, o direito efetivo de acesso à justiça vai sendo progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, pois a titularidade de direitos é destituída de sentido, caso não haja mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça é, então, considerado como requisito essencial, o mais básico dos direitos humanos, de um sistema jurídico moderno e igualitário que

ambiciona garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

Paulo César Bezerra (2008, p. 44) afirma que “o acesso à justiça é um valor inerente ao homem pela sua própria natureza, portanto, direito natural, mas quando legitimado e efetivado pela Constituição e pela legislação infraconstitucional, é um direito fundamental”³.

A Constituição Brasileira, de 1988, inovou ao ter colocado no conjunto de direitos fundamentais do art. 5º da CRFB, de 1988, a obrigação de o Estado ofertar assistência jurídica, integral e gratuita ao cidadão hipossuficiente. Verifica-se, então, que a aplicação desse dispositivo constitucional não precisa ser mais regulamentada, haja vista o direito à assistência jurídica estar previsto em norma Constitucional.

É importante distinguir as diferenças básicas nos termos “acesso à justiça” (assistência jurídica) e “acesso ao judiciário” (assistência judiciária), diferença esta primordial para que se compreenda a verdadeira missão constitucional na busca do acesso à justiça.

Com propriedade, Roberto Luchi Demo (2002, p. 1) assevera:

O acesso à justiça é um exercício da cidadania. Um Estado que tem por fundamento a cidadania, há de estabelecer mecanismos de isonomia material no processo aos despossuídos, cuja desproporção de poder econômico em relação a parte contrária há de ser equalizada.

O Estado deve executar tal resolução por meio de uma Defensoria Pública forte e organizada; por sua vez, ela é a instituição incumbida de aferir acesso gratuito à população brasileira, que, em sua maioria, é privada das mínimas condições de vida digna.

É apropriado ressaltar as palavras de Uadi Lammego Bulos (2008, p. 1.403):

De qualquer sorte, foi importante a constitucionalização da Defensoria Pública pelo Texto de 1988 é um sopro de esperança, um paliativo, talvez, para o combate a dramática questão do acesso igualitário a justiça.

No Brasil, o grande abismo social e a desordenada concentração de renda agravam estrondosamente o desafio de universalização dos serviços Estatais. A maior parte da população brasileira é economicamente necessitada de recursos e especialmente vulnerável na afirmação e efetivação dos seus direitos.

Por muitas vezes essas pessoas nem sequer notam que os seus direitos são infringidos, e, mesmo quando detectam a violação de seus direitos, não possuem condições financeiras para garantirem o atendimento jurídico gratuito.

Diante desse assunto, discorre Ruy Pereira Barbosa (1998, p. 33) que o atraso na prestação jurisdicional, o que equivale dizer, a justiça tardia prejudica especialmente os pobres, para os quais a longa espera traz prejuízos irreparáveis.

O problema enfrentado do acesso à justiça coloca em risco o Estado Democrático de Direito, desfazendo o sentido da positivação dos direitos da pessoa humana, sem a garantia do acesso à justiça com igualdade.

Individuosamente, cada sociedade, com suas peculiaridades, concebe o modelo de Estado que acomode sua concepção do que é Justo.

Num primeiro momento, poder-se-ia pensar que, em razão do regime democrático, prevê o sufrágio popular dos mandatos, portanto, com todos participando pelo voto, estaria resolvida a problemática da igualdade, evitando-se injustiças, pois não se imagina que seriam elaboradas leis injustas contra si mesmas. Ocorre que há

³ Direitos fundamentais são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos inerente à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica os status social. (BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional, 2008, p. 404)

forças maiores na produção da democracia que impede que esse processo seja puro.

Assim, forçoso reconhecer que quem detém o Poder – via de regra também a riqueza – elabora leis de seu interesse individual ou do seu grupo, que nem sempre coincidem com os interesses da Justiça social.

Zaffaroni (1995, p. 85) ensina que, apesar de a função jurisdicional do Estado ser exercida “parece claro que, usando a expressão poder judiciário ou a que melhor queira substituí-la, o judiciário cumpre ou deverá cumprir a função de resolver conflitos, por mais que não lhe seja exclusiva e, enfim, não lhe seja caracterizante”.

Daí decorre a imperfeição do processo caso se olhe somente pelo prisma conservador. Ocorre que hoje não há como desvincular o processo judicial de seus aspectos constitucionais como garantia do Estado Justo para todos. Deve, portanto, ser afastada a jurisdição tradicional, alicerçada no princípio da subsunção do fato à norma, para realçar sua característica criadora, pois o Estado-Juiz deve ser mais atuante. Objetivamente, no Estado Democrático de Direito, o Estado-Juiz deve atuar como garantidor da igualdade e dos direitos fundamentais das pessoas no processo.

Não é tarefa simples, pois se sabe que há certa dificuldade congênita porque nosso processo, como instrumento para busca da Justiça, impõe limitações que implicitamente demonstram as correlações reais de forças políticas e econômicas que obstam o processo justo, principalmente na produção da prova judicial.

Induidosamente, o legislador constituinte pretendeu a aproximação entre a justiça e a cidadania, todavia, isso não deve ocorrer apenas formalmente, mas efetivamente para também atender ao primado constitucional de sociedade justa, livre e solidária.

Não basta ter o acesso garantido à Justiça, é preciso mais, é preciso que proporcione aos jurisdicionados atendimento tempestivo, seguro e efetivo, ou seja, o acesso deve garantir não só o direito de peticionar, mas também o direito à produção da prova com paridade, e, conseqüentemente julgamento justo.

A tutela jurisdicional a ser entregue aos destinatários deve contemplar um processo célere, justo, que efetivamente contemple outros mandamentos constitucionais, dentre eles: devido processo legal; duração razoável do processo, e ampla defesa e contraditório.

Por certo que o processo justo não pode se dissociar da efetiva garantia da produção da prova, pois o acesso à prova é direito fundamental dos jurisdicionados, como forma de acesso à Justiça.

Hodiernamente não se pode mais aceitar a ideia ultrapassada de verdade material e verdade formal. Se a há possibilidade de esclarecer os fatos, não parece razoável que o Estado-Juiz decline da investigação para trazer um edito marcado pela dúvida, quando tem condições de melhor investigar os fatos, pois é dever de o juiz – na sua missão de pacificador social – julgar com conhecimento de todos as nuances fáticas, uma vez que a necessidade de julgamento justo não é somente das partes, mas também de toda uma sociedade que se pretende ser considerada livre, justa e solidária (art. 3º, I, do CF).

Quando a Constituição Federal abriga os princípios da ampla defesa e do contraditório, assegurando o direito de ação a todos indistintamente, não poderá em momento posterior restringir a produção da prova por aspectos econômicos somente.

Se for dificultada a realização da prova, induidosamente, faltarão elementos seguros de convencimento, e, repisa-se, não interessa a todos os jurisdicionados um processo injusto por ausência de prova, devendo o juiz, como um dos interessados na elucidação dos fatos, buscar a prova, todavia, sem se deixar contaminar no momento da valoração da prova – garantir o princípio da imparcialidade.

Nas lides cíveis, em que prevalece o interesse privado – via de regra (exceção: filiação, família, investigação paternidade) –, o acesso aos mais necessitados é garantido pelo texto constitucional (art. 5º, LXXIV) e lei infraconstitucional (1.060, de 1950).

É certo que uma das principais inovações da CRFB, de 1988, foi à normatização da Defensoria Pública em seu art. 134, intitulado como órgão estatal incumbido de gerar condições de igualdade, defesa e orientação jurídica, em todos os alcances, estando prevista sua disposição em todo o território brasileiro.

O artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 1.060, de 1950, conceitua o necessitado como sendo: "(...) todos aqueles cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família".

A garantia do benefício da assistência jurídica gratuita é individual e concedida em cada caso ocorrente. Não se transmitindo ao cessionário de direito, entretanto, pode ser conferida aos interessados ou herdeiros habilitados que continuarem e provarem da demanda, que precisem da concessão do benefício (art. 10 da Lei nº 1.060, de 1950).

Os benefícios à justiça gratuita alcançam todos os atos processuais e em todos os graus de instâncias, e, também, todos os incidentes de cognição, como: Ações Declaratórias, Ações Rescisórias. Quanto ao acesso ao Judiciário, dúvida não há de que estes mandamentos o garante; quanto à paridade de forças no momento de produção da prova, esta merece análise meticulosa.

O disposto no art. 333 do CPC estabelece o ônus da produção da prova processual, ou seja, atribui responsabilidade às partes e, implicitamente, consequências para o caso de não produzi-las, adotando-se, a priori, uma postura de inércia. Aqui reside o inconformismo, pois essa postura deve ser afastada em razão de princípios maiores albergados pela Carta Magna.

Adotar somente a literalidade da lei poderia incorrer em várias situações de injustiça, por exemplo, processo no qual se discute acidente de trânsito, em que a parte-autora não tem condições de arcar com o custo da perícia; processo de filiação, em que o investigador não tem condições de suportar o pagamento do exame pericial de DNA; processo de fraude em que o autor não tem condições de adimplir o exame grafotécnico.

Em todos esses casos, julgar sem produção da prova – cinge-se tratar de prova que está apta a ser produzida – trará insegurança do acerto do adito não só para as partes, mas para todos os jurisdicionados. A prova não é matéria fácil, pois não se investiga se o fato é verdadeiro ou não, mas sim se ele existiu, ou não, ou seja, busca-se no processo judicial a verdade mais próxima possível do real.

Nesse toar, não é razoável que o Estado-Juiz-Poder abra mão da peculiaridade mais importante de pacificador social, para chancelar editos marcados pela dúvida, levando-se em consideração o aspecto marcadamente formalista, pois muitas vezes a verdade formal se apresenta mais com nuances de mentira material.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, dúvida não há de que no atual estágio, em razão da visão estreita da jurisprudência conservadora que tem dificuldade em adotar uma postura mais criativa, com apego exacerbado ao formalismo, a verdade possível dos fatos tem sido vilipendiada. Necessário se faz uma mudança de postura, de paradigma, sendo certo que até o legislador caminha neste sentido, basta atentar para o fato de o projeto do novo Código de Processo Civil contemplar a produção dinâmica da prova (art. 380, II, § 1º).

Contempla o Código de Processo Civil atual que o julgador pode utilizar dos permissivos legais dispostos nos arts. 130 e 125, I, do CPC, pois, no atual estágio do processo constitucional processual, não pode o juiz ater-se somente às regras de distribuição do ônus da prova, mas pode e deve esgotar todas as possibilidades possíveis de editar julgamentos que se aproximem o máximo possível da realidade dos fatos sensíveis, pois o ônus da prova omissa será apreciado somente em não havendo prova suficiente. Tem-se por certo que essa atuação proativa na instrução ocorrerá somente nos casos em que seja necessário evitar os riscos de julgamento com obscuridade na investigação dos fatos. A realidade atual é que nem todos os estados



brasileiros instituíram suas defensorias. O estado do Tocantins dispõe de uma Defensoria forte, bem estruturada, com profissionais de carreira devidamente aprovados em concurso público, e com uma demanda de serviço aquém de suas capacidades.

Vê-se que a procura pelos serviços prestados pela Defensoria cresce a cada dia, e, embora estejam os defensores fazendo um bom trabalho, na prática, a produção de peças (petição inicial, contestação, alegações, recursos, entre outros) dota-se de qualidades que não deixam a desejar no quesito da ampla defesa. Porém, na fase instrutória, percebe-se a impossibilidade de o defensor produzir provas com a mesma eficiência de um advogado particular, por vários motivos: Por vezes os defensores necessitam da ajuda das partes que nem sempre colaboram com a entrega de documentos em prazo hábil; entrega de relação de nomes para prova testemunhal, e falta-lhes tempo para orientação destes; quantidade de assistidos bem superior se comparada a de advogado particular.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

_____. Código de Processo Civil Projetado. Disponível em <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>

ALARCÓN, Pietro Lora. **Processo, igualdade e justiça**. Revista Brasileira de Direito Constitucional 2. Editora Método, jul./dez. 2003.

BARBOSA, Ruy Pereira. **Assistência jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 7ª edição, Rev. Dos Tribunais.

BEZERRA, Paulo César. **Acesso à Justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito**. 2 ed. Rio de Janeiro: renovar, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm

BRASIL. **Lei nº 1.060, de 05 de fevereiro de 1950**. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L1060.htm>

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 2ª Edição, Vol. I, São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DEMO, Roberto Luis Luchi. **Assistência judiciária gratuita**. Disponível em <http://www.agu.gov.br/cenovorevista/05022002RobertoLuisAssistenciajuridica-gratuita-08.PDF>> Acesso em: 11 de novembro de 2014.

JUNIOR, Fredie Didier. **Curso de direito processual civil, Vol, II**. Salvador: Editora Podivm, 2007.

MOREIRA, Jose Carlos Barbosa. **Novo processo civil brasileiro**. 26ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

SANDEL, Michael J. **Justiça o que é fazer a coisa certa**. Editora Civilização Brasileira.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.



PARA TRANSFORMAÇÃO DO JUDICIÁRIO E APERFEIÇOAMENTO DA DEMOCRACIA: ENSINO DO DIREITO E FORMAÇÃO PERMANENTE

Patrícia Medina
Professora Doutora UFT

RESUMO

Trata-se de publicizar resultados de reflexões acerca da relevância do ensino do direito e da formação profissional ao longo da vida dos profissionais que realizam a prestação jurisdicional. Há urgência em empreender aperfeiçoamento nessas dimensões tendo em vista novas demandas ao sistema judicial num cenário de rápidas e profundas transformações sociais, políticas e culturais que são reflexos da mundialização das sociedades, agravamento das desigualdades sociais e a despolitização das regulações sociais. Constitui estudo de natureza interdisciplinar, porque submete o sistema de justiça e educacional à análise interdisciplinar das ciências da administração e educação e compõe pesquisas vinculadas ao Grupo de Pesquisa Formação Humana, Processos Produtivos e Natureza: direitos em perspectiva interdisciplinar². Os resultados parciais indicam para a urgência na implantação de mudanças nos contornos de formação dos operadores do direito, procedimentos de ensino de direito especialmente de educação em direitos humanos, primeiro recorte de pesquisa em andamento, bem como na formação permanente dos profissionais envolvidos na prestação jurisdicional.

Palavras-chave: Educação; formação profissional, operadores do direito, acesso à justiça.

CENÁRIO E RELEVÂNCIA

Opacidade do acesso à justiça é expressão cunhada pelo professor de Teoria Geral Y Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, doutor Carlos María Cárcova, para designar o desconhecimento ou não compreensão do Direito pelo homem comum. Assim, entre o Direito e o seu destinatário, existe uma barreira "opaca", ou seja, não transparente, que os distancia, dificulta ao homem compreender os conteúdos e sentidos do direito, os seus processos e instrumentos, resultando na

¹ Pedagoga e bacharel em Direito, mestre e doutora em Educação. Professora da Universidade Federal do Tocantins Campus Palmas nos cursos de Pedagogia e Mestrado Profissional Interdisciplinar Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos UFT-ESMAT. Coordenadora do Programa de Educação Não Escolar da UFT. Editora Científica da Revista Adsumus da Defensoria Pública do Estado do Tocantins e Editora Assistente da Revista ESMAT. patriciamedina@uft.edu.br

² Socializa resultados de pesquisas conduzidas pelas alunas Aline Marinho Bailão Iglesias e Graciela Maria Barros do Mestrado Profissional Interdisciplinar Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos UFT-ESMAT e do projeto Saberes e Fuxicos na Praça do curso de Pedagogia da UFT com participação de alunos do mestrado: Jorge Amâncio de Oliveira, Marcelo Laurito Paro, Graciela Maria Barros e Cledson José Nunes Dias, e da professora doutora Denise Aquino Alves Martins da UFT.



incapacidade de ele se beneficiar como é desejado.

Segundo Cárcova (2006), as causas do desconhecimento do homem comum acerca do conteúdo das normas jurídicas e dos mecanismos de atuação do Direito colocam em constante risco o acesso à justiça, uma vez que entre o Direito e o seu destinatário se insere uma barreira “opaca” que não permite a passagem de luz, logo os afasta.

A questão principal está em considerar a opacidade como um atributo do jurídico, como algo que lhe constitui a essência, ou considerar essa condição como um problema que pode (e deve) ser enfrentado e combatido. Se assim for, passível de ser combatido, quais são as razões dessa opacidade do direito e do jurídico, ou seja, quais são as causas?

O autor identifica como uma das causas principais a marginalidade de certos grupos que, reprimidos pelas adversidades econômica e cultural, são vítimas de uma distribuição não equitativa de sustento, de capacidades e de conhecimento, associada à aculturação e à anomia causada pela existência de normas ou ordenamentos contraditórios, ao que se tem denominado pluralismo jurídico.

No âmbito das sociedades urbanas da informação-conhecimento-globalização, há de se considerar que os deslocamentos humanos vêm dando surgimento a sociedades multiculturais que possuem normas heterogêneas, por vezes contraditórias, além das práticas de autogestão levadas a cabo por populações notadamente excluídas do acesso ao Direito, assim como àquelas normas altamente especializadas voltadas à regulação de conflitos mercadológicos estimulados que são pela especialização das atividades econômicas.

De outro modo, diretamente relacionados ao conjunto de conhecimentos da ciência do Direito, há de se considerar a sua complexidade crescente em resposta à complexificação da sociedade que exige estudos e abordagens diferenciadas, peculiares no que diz respeito a normas, objetos e princípios como resposta a esses novos subsistemas.

Finalmente a opacidade que foi naturalizada, uma vez que o Direito enquanto fenômeno de poder exerce papel fundamental para a ideologia que advém do poder, determinado pelo conhecimento do *modus operandi* do direito desconhecido pelos não iniciados, assim a reprodução do efeito opacidade está ligada à manutenção do efeito advindo do desconhecimento.

Desconhecimento que é estimulado pelos profissionais responsáveis pela prestação jurisdicional desde seu processo de formação nos cursos de Direito. A distância que separa o homem comum do Direito é, via de regra, intermediada pelos profissionais do Direito. A opacidade pelo distanciamento é concretizada nos dois momentos do fenômeno jurídico: a) quando a norma funciona como guia de uma conduta, com vista à não instauração do conflito; ou b) quando já instaurado o conflito, quando o Direito é o mecanismo demandado à busca de solução, via judiciário (Cárcova, 2006).

Segundo o autor, condenado ao agir, o homem comum não busca, na norma jurídica, um ponto de partida para guiar sua ação, uma vez que as leis são regras intangíveis no dia a dia pelas características dos homens: seja porque sua linguagem é incompreensível para os “não iniciados”, seja porque elas se sucedem no tempo de maneira cada vez mais abundante – sempre por características da linguagem usada –, seja pelos meios de comunicação pouco acessíveis, e para a população em geral, como os diários oficiais, editais, informes técnicos, revistas especializadas.

Ademais, Carlos María Cárcova afirma não ser essa uma preocupação dos juristas, tampouco dos professores de Direito ³, pelo contrário, conserva-se como verdade inquestionável, nos mais diversos ordenamentos jurídicos do mundo contemporâneo ocidental, a presunção de que a norma jurídica seja conhecida por todos:

³ Esses ao contrário se esforçam para introduzir o mais cedo possível os jargões técnicos e as mais pomposas técnicas de comunicação e consideram positivamente este desempenho nos processos avaliativos formais e de promoção.

⁴ Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

“Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”,⁴ apesar de, no mais das vezes, o conhecimento do Direito continuar inacessível às pessoas sem formação jurídica.

Essas condições têm grande parte de sua gênese possível de ser demarcada no local da aprendizagem profissional. É no cenário do ensino jurídico que se tem resistido à conformação pedagógica interdisciplinar e ativa, em que se eterniza o despreparo para potencializar a qualidade da comunicação interpessoal com os usuários da prestação jurisdicional. Em atuação, noutra importante frente profissional: a docência, perpetuando-se o despreparo na formação para o exercício desta que, no Brasil, se dá em condições legais a partir dos cursos, com êxito numa disciplina com carga horária variável entre 30 e 60 horas de metodologia do ensino superior⁵ em programas de pós-graduação lato sensu, embora a formação seja imputada aos programas de mestrado acadêmico. Mas, mesmo neste, o foco não se dirige para o ato de ensinar, e sim para a pesquisa teórica, abstrata.

A formação profissional no ensino superior, no caso dos cursos de Direito, destaca-se pela cultura normativista e técnico-burocrática que se manifesta de múltiplas formas: prioridade do direito civil e penal; cultura generalista; desresponsabilização sistêmica; privilégio do poder; refúgio burocrático; isolamento social; independência como autossuficiência (Santos, 2007).

Estratégias pedagógicas que confundem aulas teóricas – cuja função é desenvolver as capacidades de análise, síntese e julgamento com base em conhecimentos constituídos – por aulas expositivas, frequentemente caracterizadas pela casuística, falta de planejamento e ordenamento sequencial lógico, além de seleção de conteúdos apresentados de modo compartimentado e tedioso quando não lento. Raramente aparecem como recursos de formação profissional baseada na pedagogia ativa, ou a andragogia por atividades educativas baseadas em projetos, ênfase na perspectiva social e em resposta a demandas sociais emergentes da comunidade próxima, ensino baseado em problemas, métodos de sombreamento e autoscopia raramente fazem parte das atividades educativas experimentadas pelos bacharéis em Direito.

Soma-se a isso o praticamente irrestrito acesso ao ensino superior, nessas duas últimas décadas, de alunos provenientes de escolas básicas sem o desenvolvimento das capacidades mínimas requeridas aos altos estudos.

METODOLOGIA

Constituem estudos de natureza multidisciplinar uma vez que submetem o sistema de justiça e educacional à análise interdisciplinar das ciências da administração e educação e da filosofia. Sua consecução está vinculada ao Grupo de Pesquisa Formação Humana, Processos Produtivos e Natureza: direitos em perspectiva interdisciplinar que se conforma de modo multidisciplinar uma vez que as pesquisas a ele vinculadas discutem e realizam atividades de extensão atreladas à concepção ampla de formação humana para além do ensino escolarizado, mas do conjunto de situações formativas às quais o homem pode se vincular; os processos produtivos que possam ocorrer nas relações de trabalho bem como a artesanania e a natureza no seu conceito originário de physis.

Essas condições são colocadas à luz de diferentes abordagens metodológicas, mas, mais especialmente da fenomenologia que teve seus contornos primordiais propostos por Edmund Husserl (1859-1938). Como método a fenomenologia se preocupa em colher relações existentes, e por isso significativas, entre fatos e nestas relações, chegar à compreensão de cada um e do conjunto de fatos. Importante considerar que essa relação não será dada nem à como a priori, nem como forma de hipótese nem, se for possível, como expectativas do pesquisador. Ela será registrada como se desvela à consciência não manipulada ou distorcida por interpretações subjetivas mesmo que teoricamente fundamentadas. A fenomenologia é uma ciência

⁵ Didática do Ensino Superior, Metodologias de Ensino Superior, Docência Universitária são outras frequentes denominações dadas à disciplina que pode ser desenvolvida de modo presencial ou à distância.

declaradamente descritiva da realidade, dos fatos, nas suas constantes relações significativas, a se constituírem como possíveis e novas teorias científicas do conhecimento em pesquisa, constituindo assim uma etapa privilegiada para o conhecimento aprofundado de fenômenos multireferenciados, por conseguinte, complexos.

RESULTADOS

Duas são as pesquisas e um programa de extensão que fazem parte desse conjunto de justificativas em desenvolvimento, neste momento: Diagnóstico: educação em direitos humanos nos cursos de Direito do estado do Tocantins-Brasil; Atendimento pessoal ao jurisdicionado litigante pelo magistrado tocantinense: proposta de melhorias à prestação jurisdicional e à formação permanente; e o projeto Saberes e Fuxicos na Praça. Participam das pesquisas alunos do Programa de Mestrado em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos da UFT-ESMAT, e de graduação em Pedagogia da UFT.

A partir do diagnóstico da primeira pesquisa, será possível apresentar propostas e estratégias para fortalecimento dos Direitos Humanos no ensino superior dos cursos de Direito do estado do Tocantins, tendo como base a Resolução nº 1, de 30 de maio de 2012, que estabelece Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos e os indicativos previstos no Plano Estadual de Educação em Direitos Humanos aprovado em 2014.

A inclusão dos conhecimentos relativos à Educação em Direitos Humanos na educação superior tem previsão expressa nos artigos 6º e 7º da Resolução recém-mencionada. O primeiro artigo indica que essa educação deverá ser considerada, de modo transversal, na construção dos diferentes documentos institucionais, Projetos Político-Pedagógicos, nos Regimentos Escolares, nos Planos de Desenvolvimento Institucionais e nos Programas Pedagógicos de Curso (PPC), além de materiais didáticos e pedagógicos, no âmbito da pesquisa, extensão e ensino, da gestão e nos processos de avaliação.

A didática, como saber instrumental da educação, concebe a transversalidade como forma de organização do trabalho educacional mediante a integração de temas em áreas convencionais de tal modo que estes se mantenham presentes em todas elas e assim se estabeleça, na prática educativa, uma estreita relação e imbricamento entre os conhecimentos teóricos sistematizados, aprendizagem sobre a realidade e aspectos da vida real, e as transformações, ou seja, aprendizagens na realidade e da realidade.

A inserção dos conhecimentos relativos à Educação em Direitos Humanos, na dimensão da organização curricular, poderá ocorrer de três diferentes modos, como prevê o art. 7º: a) pela transversalidade, por meio de temas relacionados aos Direitos Humanos e tratados interdisciplinarmente; b) como conteúdo específico de uma das disciplinas já existentes no currículo escolar; c) de maneira mista, ou seja, combinando transversalidade e disciplinaridade, sendo o objetivo desta pesquisa identificar o tratamento didático-metodológico dado à educação em Direitos Humanos (DH) pelos cursos de Direito (2015), no estado do Tocantins.

Justifica-se o estudo pelo cenário de profundas contradições da sociedade caracterizada pela acentuação da violação dos direitos humanos que desencadeiam toda sorte de exclusão, evidentes disparidades e miséria que indicam a relevância do tema na formação dos profissionais que farão a prestação jurisdicional. Visa ao conhecimento do processo de ensino de DH a partir dos marcos legislativos nacionais, locais e educacionais das instituições, e os Projetos Pedagógicos de Curso (PPCs). As Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos (2012) indicam o tratamento pedagógico a ser evidenciado, e neste recorte constitui o elemento paradigma a partir do qual os PPCs foram analisados com a aplicação de procedimentos metodológicos inspirados na análise integrativa.

O levantamento realizado no final de 2014, no Tocantins, localizou 15 instituições que disponibilizam 1.704 vagas-ano. Dessas, quatro são públicas; as demais, privadas, sendo duas confessionais. Foram analisados 12 projetos pedagógicos e/ou matrizes curriculares.

Os resultados indicam para atendimento às diretrizes: a) um programa pedagógico de curso optou por tratar exclusivamente pela transversalidade; b) sete cursos atendem como conteúdo específico de uma disciplina existente no currículo ou como disciplina própria; c) dois cursos combinando transversalidade e disciplinaridade; d) um curso nem sequer menciona a expressão Direitos Humanos; e e) um curso faz indicação da centralidade do tema, mas não indica a operacionalidade. Esses dados continuarão sendo processados pelo método descendente hierárquico, com vista a identificar categorias que poderão estabelecer novas trajetórias de interpretação e orientar as demais etapas da pesquisa.

A segunda pesquisa, já concluída em sua fase de campo, versou sobre o atendimento ao jurisdicionado litigante como atribuição do magistrado após a reforma de 2004. A pesquisa analisou atividade jurisdicional realizada pelos magistrados do estado do Tocantins, aspecto do atendimento extraprocessual dos jurisdicionados quando procurados em gabinete, com vista a identificar e propor melhorias à prestação jurisdicional e à educação permanente realizada pela Escola da Magistratura Tocantinense.

A coleta de dados ocorreu mediante questionários semiestruturados os quais foram respondidos por 65 dos 118 juizes em atividade no 1º grau de varas de jurisdição das 42 comarcas e 22 jurisdicionados com processos em andamento em abril de 2014. Análise quantitativa dos dados por frequências absolutas e acumuladas e as questões abertas receberam análise lexical e de conteúdo.

Os resultados relacionados à disponibilidade, à satisfação do jurisdicionado, à influência nos julgados e à produtividade foram submetidos à revisão de literatura relativamente aos conceitos e aos direitos fundamentais envolvidos com o tema, em especial a efetividade, a razoável duração do processo, a imparcialidade e o contraditório, procurando-se demonstrar como o atendimento é compreendido também em outras áreas de conhecimentos: a Filosofia, a Fenomenologia do Cuidar e a Administração Pública.

Traçou-se o perfil dos magistrados tocantinenses quanto à forma como realizam o atendimento ao jurisdicionado litigante e a opinião deles sobre essa prática; ouviram-se os jurisdicionados sobre as dificuldades e as dúvidas que possuem com relação ao atendimento. Concluiu-se que não existe um padrão de atendimento, ficando o jurisdicionado à mercê da subjetividade de cada juiz; grande parte desconhece o seu direito de falar com o juiz e se sente inseguro com a falta de contraditório; extrapolou-se o âmbito legal e investigou-se o sentimento e a emoção dos entrevistados, bem como aspectos de logística e de qualidade no serviço.

Os resultados obtidos tanto na pesquisa empírica, como no estudo teórico, foram no sentido de que o atendimento pessoal ao jurisdicionado deve continuar existindo, deve ser respeitado conforme descrito no ordenamento jurídico, e deve-lhe ser dado tratamento uniforme com respeito aos princípios constitucionais e direitos fundamentais. Estudou-se o Acesso à Justiça, sua evolução e ampliação do conceito nos dias atuais, demonstrando que o atendimento ao jurisdicionado é meio de valorizar esse princípio constitucional, pois aproxima o cidadão do Poder Judiciário e gera transparência e melhoramento da imagem institucional.

Ao se tratar da função social do Poder Judiciário, juntamente com o princípio do Acesso à Justiça, deu-se ao atendimento uma dimensão ética, conclamando a atenção do magistrado para a necessidade de observar e satisfazer os interesses do cidadão-jurisdicionado que legitima o seu poder e sua atuação. Abordou-se a função social como ponto principal a justificar a atenção ao atendimento ao jurisdicionado, para que seja considerado, verdadeiramente no meio jurídico, como instrumento de jurisdição, forma de acesso e direito do cidadão. Com relação à imparcialidade, foi demonstrado que o ato de atender não é capaz de afetar-lhe, pois a parcialidade advém do relacionamento eventualmente existente entre as pessoas envolvidas (casos de impedimento e suspeição), e não da mera reunião entre elas.

Com relação ao contraditório, foi possível verificar que, apesar de os magistrados acreditarem não haver ofensa ao contraditório, os jurisdicionados se sentem incomodados com o atendimento feito à parte oposta em seus processos, quando não têm acesso ao que ocorreu nessa reunião. Mesmo favoráveis à existência do atendimento individual, os jurisdicionados gostariam de ter conhecimento do que foi dito para, assim, apresentarem suas razões, se acharem conveniente. É um direito fundamental que lhes assiste, porque todo ato

que influencia o julgamento deve passar pelo crivo do contraditório. Nesse sentido, demonstrou-se com clareza que o atendimento tem influência sobre o julgador, ainda que não gere prova escrita.

Foi feita uma análise dos princípios da efetividade e da razoável duração do processo, passando-se pelos doutrinadores que consideram tratar de sinônimos, até se chegar à teoria, aparentemente mais correta, que diferencia efetividade de razoável duração do processo, até porque Justiça efetiva não é o mesmo que Justiça célere, havendo, sim, uma relação de continência. O atendimento pode afetar a razoável duração do processo, o que não significa prejuízo à prestação jurisdicional. Se a prática é prevista em lei e é defendida por jurisdicionados e magistrados deste Estado, ela deve continuar ocorrendo. De outro modo, pensando-se em efetividade e eficiência, basta que o atendimento seja regulamentado de forma a aperfeiçoá-lo, evitando-se dispêndio desnecessário de tempo.

O atendimento, apesar de fazer parte da atividade jurisdicional e administrativa do magistrado, não é computado no sistema de produtividade para fins de merecimento. Isso não é razoável, ao se considerar tratar-se de atividade realizada diariamente pela maioria dos magistrados tocantinenses, devendo ser registrada e oficializada como prática jurisdicional. Ficou evidenciado que a maioria dos juízes do Estado acredita que o atendimento deveria ser computado como forma de incentivo à sua realização.

Considerando que o objeto de estudo extrapola a área do Direito, foi realizado o enquadramento da prática do atendimento dentro do conceito de Administração, de prestação de serviço de qualidade e excelência no atendimento; na Filosofia, as origens do sentimento tranquilizador requerido e do ato de ser ouvido-cuidado pelo juiz. A prestação de serviços de atendimento ao público, no contexto da realidade brasileira, especialmente no âmbito do poder Judiciário, apresenta-se como um desafio institucional que parece exigir transformações urgentes. No caso do atendimento pelo juiz, a mudança deve partir da origem, conscientizando-se de que o atendimento ao jurisdicionado é dever do juiz e direito do jurisdicionado.

O atendimento deve ser considerado como técnica extraprocessual que alcança a estruturação do processo decisório, além de ser instrumento tranquilizador para os jurisdicionados. É a verificação da prestação jurisdicional diretamente pela sociedade. No caso dos magistrados, demonstra uma face de seu papel social, melhora a opinião dos jurisdicionados sobre o Poder Judiciário e enfraquece o distanciamento entre o juiz e a comunidade. Atividades como o registro dessas reuniões, a gravação, o planejamento de pauta e horários, a disponibilidade à parte oposta, a menção da atividade no cálculo de produtividade do juiz são algumas das ações possíveis para garantir o incentivo e o aperfeiçoamento dessa prática.

Por fim, impõe-se ao Poder Judiciário buscar soluções estratégicas para garantir aos jurisdicionados que procuram o juiz um atendimento lastreado pela excelência, além de colaborar com a mudança de paradigmas, levando o magistrado tocantinense a visualizar o seu novo papel na sociedade contemporânea, fazendo-se, portanto a recomendação de imediata atualização com a inclusão da temática e dos procedimentos no processo de formação continuada dos juízes desenvolvidos pela Escola Superior da Magistratura do Tocantins como mais uma forma de buscar a efetividade aos direitos e às garantias fundamentais do ser humano.

O projeto Saberes e Fuxicos propõe-se a construir com estudantes universitários de graduação e pós-graduação, professores da UFT e de outras instituições de ensino superior, professores de escolas públicas, grupos e sujeitos ligados à educação não formal, especialmente coletivos produtores de saberes e estéticas relacionados à educação popular, uma rede de conhecimentos e cultura, de forma a arejar subjetividades forjadas na direção do paradigma dominante.

O sociólogo Boaventura de Sousa Santos tem alertado sobre o “desperdício da experiência” que ocorre quando conhecimentos locais não são visibilizados e/ou reconhecidos como tal. Macedo (2010) afirma que a desestatização do currículo na formação acadêmica produz uma anestesia das formas/conteúdos desvinculados da vida cotidiana. Essa alienação de memória de si produz indiferença sobre os processos vividos pela experiência educacional não formal. A estética na formação como a feitura da obra de arte e compromisso assumido na condução de processos protagonistas é salientado em Martins (2014) na epistemologia da presença do corpo na ação educativa com o outro. Dessa forma, a alteridade se faz perceber

no contato com as interfaces culturais incompletas, na construção de si com o outro.

O projeto está atrelado à linha temática Relação entre Estado e Sociedade, promoção de participação social e política para juventude do Ministério da Educação, e caracteriza-se como mão dupla entre parcerias que coexistem em processos formativos, a escola e a praça pública da Quadra 110 Norte no trato com as manifestações culturais, como teatro, dança, jogos cooperativos, música, artesanato, literatura, bem como com a educação social, entendida como inserção do humano no natural e na sociedade via delicadeza da percepção das nuances de aspectos externos e internos, a vida com os outros.

O Plano de Desenvolvimento Institucional da Universidade Federal do Tocantins (PDI/UFT) apregoa o seu papel no desenvolvimento sustentável da Amazônia, tendo como pilares a democracia, a diversidade, o estímulo à efetiva interação com a sociedade, a criação cultural, o desenvolvimento do espírito científico e do pensamento reflexivo; promoção da extensão articulada com o ensino e a pesquisa, de forma aberta à participação da população e em sintonia com as necessidades sociais emergentes, nas linhas temáticas de comunicação, cultura, direitos humanos, justiça, educação, meio ambiente, saúde, tecnologia e trabalho diante da prioridade nos objetivos estratégicos de ensino; entre outras ampliar ações de extensão voltadas à cidadania, inclusão social, direitos humanos e ao meio ambiente.

Assim, o presente projeto desenvolve a escuta sensível de outros saberes, na tentativa de validação dos saberes produzidos no campo da cultura popular e nos fazeres profissionais aliados, como aqueles oriundos dos projetos de iniciativas infanto-juvenis, consolidados na perspectiva epistemológica de protagonismo.

A participação dos alunos do mestrado, magistrados ou servidores visa a constituir um movimento formativo de educação não escolar, de cidadania participativa por meio da socialização de saberes dos sujeitos provocados por conversas, os “fuxicos” na praça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para transformação do Judiciário e aperfeiçoamento da democracia, foram até o momento realizadas as duas pesquisas recém-mencionadas e o curso de extensão. Todas as ações envolvidas tiveram e terão enfoques relacionados à formação humana nas abordagens escolar e não escolar. Em todos os casos, via esforço de aperfeiçoar o ensino de Direito na formação inicial assim como na atualização permanente dos magistrados e dos demais envolvidos na prestação jurisdicional, tem-se em vista o enfrentamento de vários fatores geradores de opacidade do Direito, como linguagem, distanciamento dos problemas reais, excesso de formalismo, desconhecimento de direitos e das instituições promotoras e das suas funcionalidades. Ademais, ações voltadas ao desenvolvimento de novas habilidades nem sempre técnicas, mas humanas, como o cuidado e o atendimento ao jurisdicionado poderão constituir elementos ou conteúdos nos processos formativos formais ou não formais de educação permanente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Resolução nº 1 de 30 de maio de 2012** - Estabelece Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos. Brasília 2012. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&id=17810&Itemid=866>. Acesso em: 23 jun. 2015.

_____. **Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 9 abr. 2015.

_____. **Lei Complementar n. 35, de 14 de março de 1979**. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. 100. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm>. Acesso em 10 abr. 2015.

_____. Advocacia-Geral da União. Procuradoria-Geral da União. **Cartilha de Excelência no Atendimento e Boas Práticas na PGU, Advocacia Geral da União – Procuradoria Geral da União**, Brasília, 2012. Disponível em: <file:///C:/Users/Cliente/Downloads/cartilha_de_excelencia_no_atendimento_e_boas_praticas_na_pgu%20(1).pdf>. Acesso em: 10 abr. 2015.

BOFF, Leonardo. **Saber Cuidar: Ética Do Humano-compaixão pela terra**. Petrópolis (RJ): Vozes, 1999. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/boff/boff_eticahumano.html>. Acesso em: 10 abr. 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 mar. 2014.

CARCOVA, Carlos María. **La opacidad del derecho**. Madrid: Trotta, 2006.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Código de Ética da Magistratura Nacional**. Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 18 set. 2008, p. 1-2. Disponível em <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/1705>. Acesso em: 20 mar. 2014.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 12. ed. Trad. de Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2002.

MEDINA, Patrícia. **A Relação homem-natureza, a fenomenologia do cuidar e a dimensão formativa**. 2011. 168 f. Tese (Doutorado)- Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2011. Disponível em: <https://ppge.fe.ufg.br/up/6/o/Arquivo_1_Tese_Patr%C3%ADcia_Medina.pdf?1335463790>. Acesso em: 10 abr. 2015.

MENDES, Karina Dal Sasso; SILVEIRA, Renata Cristina de Campos Pereira; GALVAO, Cristina Maria. **Revisão integrativa: método de pesquisa para a incorporação de evidências na saúde e na enfermagem**. Texto contexto - enferm., Florianópolis, v. 17, n. 4, Dec. 2008. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-07072008000400018>. Acesso em: 25 nov. 2011.

MORIN, Edgar. **A cabeça bem feita: repensar a reforma, reformar o pensamento**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa, **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.



THINK THANKS

Mediador: Desembargador Marco Villas Boas



Think Tank (Brasil/Portugal) Democratização do Poder Judiciário como Fator de Efetivação dos Direitos Fundamentais

Mediador:
Desembargador Marco Villas Boas (ESMAT)

Integrantes:
Professor Doutor Catedrático Jorge Miranda; Professora Doutora Carla Amado Gomes; Professor Pós-Doutor Antônio Carlos dos Santos; Professor Doutor João Carlos Simões Gonçalves Loureiro







CONFERÊNCIAS



Conferência Portugal

Dos Juízes "Bocas da Lei" aos Juízes Constitucionais "Bocas da Constituição"

Conferencista: Professora Doutora Maria Benedita Malaquias Pires Urbano (FDUC)

Presidente da Mesa: Professora Doutora Aline Salles Santos (UFT)

O presente texto é uma gravação da conferência ministrada durante o II Congresso Internacional em Direitos Humanos

“Vou iniciar a minha fala com duas notas prévias sobre o título desta palestra, pelo seguinte, e esta é a primeira nota prévia, é que falta um ponto de interrogação no título. O título não é: "Do juízo de bocas da lei aos juízos constitucionais, bocas da constituição", é: "Do juízo de bocas da lei aos juízos constitucionais, bocas da constituição?" Esse ponto de interrogação é importante? É, porque eu, através deste título, sob a forma de pergunta, pretendia fazer passar uma insinuação, pretendia fazer passar uma sugestão, e assim, ao não ter o ponto de interrogação, essa pretensão caiu. Que insinuação era essa, ou que sugestão era essa que eu queria passar através deste título-pergunta? Não vou dizer qual era, porque, sinceramente, tenho esperança de que, no final da fala, todos tenham compreendido que insinuação ou que sugestão era essa, pelo menos aqueles que entenderem o meu sotaque. Em todo caso, em abstrato, eu diria que poderá haver duas insinuações, depois vocês vão escolher qual é aquela que acham a mais adequada.

Eu poderia estar a sugerir ou insinuar, e essa é uma primeira possibilidade, que os juízes constitucionais, hoje em dia, são meras bocas da constituição, tal como no passado, os juízes eram meras bocas da lei. Ou seja, eu posso estar a querer dizer que os juízes constitucionais, ao aplicarem a constituição, assumem a mesma atitude passiva e mecânica, e neutra, e imparcial que outrora assumiam os juízes que aplicavam cegamente a lei. Esta é a primeira possibilidade de insinuação. Será que hoje em dia os juízes constitucionais também fazem uma aplicação cega da constituição, como outrora os juízes que aplicavam as leis? A outra insinuação é exatamente o oposto, é a de que os juízes constitucionais são muito mais do que meras bocas da constituição. Hoje em dia, os juízes constitucionais são a constituição, de meros guardiões da constituição. Eles transformaram-se em senhores da constituição, de tal modo que podemos utilizar as palavras de Charles Evans Hughes, que, no século passado, era o ministro da suprema corte norte-americana e, nos anos 30, 40, disse uma frase que ficou célebre, que eventualmente terá sido mal interpretada, mas serve bem para qualquer dizer que vivemos sob uma constituição.

Mas a constituição é aquilo que os juízes constitucionais dizem que ela é. Então, essas são as duas insinuações possíveis, ou são meras bocas da lei, da constituição, como outrora os juízes eram meras bocas da lei, ou são muito mais do que meras bocas da constituição, e são verdadeiramente a constituição. Como disse, espero que no final consigam saber qual era a minha intenção com este título-pergunta.

A segunda nota prévia destina-se a esclarecer a expressão juízes constitucionais, o que são os juízes constitucionais? Os juízes constitucionais são todos aqueles juízes a quem compete, de acordo com a constituição, fazer o controle da constitucionalidade. Pertencam eles a um tribunal constitucional, a um tribunal superior, a um tribunal ordinário, não interessa, desde que a constituição lhes confira essa competência de controle da constitucionalidade, passam a ser um juiz constitucional. No fundo, é uma expressão abrangente, para não ter de estar constantemente a dizer juízes do tribunal constitucional ou de um tribunal superior, ou de um tribunal ordinário, são todos juízes constitucionais. Por que eu referi os juízes constitucionais na segunda parte desse título? Por um motivo muito simples, porque é, sobretudo, no âmbito da justiça constitucional e notadamente no âmbito do controle da constitucionalidade que os juízes têm assumido uma posição que podemos utilizar várias palavras, mais criativas, mais proativas, ou então, ir direto ao assunto, mais ativista, e por isso, por ser mais ativista, é alvo de muitas críticas. Acho que não tanto aqui no Brasil sejam fervorosamente adeptos do ativismo, mas em outros países, os juízes ativistas, de fato, têm sido alvo de duras críticas. Feitas estas explicações, estas notas prévias acerca do título, passarei para o tema desta fala, que já todos intuíram, tem a ver com o ativismo judicial.

Gostaria de começar a explicar por que me interessei por esse tema, porque sendo certo que o tribunal português não é muito ativista (até eu considero, por comparação com outros tribunais constitucionais, muito autocontido) que resolvi me interessar pelo ativismo judicial. Tentando, enfim, retroceder no passado, lembro-me de que o meu interesse surgiu mais ou menos em 2008 ao ler o trabalho de um aluno brasileiro do mestrado, em Coimbra, que fez um ensaio sobre a resolução número 22.610 do Tribunal Superior Eleitoral, que se bem se recordam, aqueles que sabem, falava sobre a perda de mandato por infidelidade partidária. Confesso que a leitura do trabalho me fascinou, mas, sobretudo, causou muitas perplexidades. À medida que lia o trabalho, muitos pontos de interrogação que não cáiriam ficavam na minha cabeça. Em primeiro lugar, a minha primeira perplexidade, o Tribunal Superior Eleitoral estava a disciplinar a perda de mandato por infidelidade partidária, estava a fazê-lo de forma inovatória com caráter geral e abstrato e vinculativo. Ou seja, por outras palavras, tínhamos um tribunal a legislar, e aqui legislar, não no sentido 'Kelseniano' do legislador negativo, mas como verdadeiro e autêntico legislador positivo, a criar aquilo que hoje em dia se chama de legislação judicial, em que as decisões dos tribunais são fontes primárias de direito.

Esta foi logo a primeira perplexidade, como é possível um tribunal, ainda que seja um tribunal superior estar a legislar. Depois, a minha outra perplexidade teve a ver com o fato de o Tribunal Superior Eleitoral estar a restringir um direito, por quê? Porque ao determinar a perda do mandato por infidelidade partidária, com algumas reações, se houver justa causa, enfim, não interessa, mas ao fazer isso está a restringir um direito, qual seja, o direito de sufrágio passivo, que ao que sei é o que dizem direito de ser votado, na sua dimensão de direito a manter um cargo ou mandato validamente eleito. Por que a minha perplexidade? Pelo seguinte, é que em Portugal, a restrição dos direitos, sobretudo de um grupo de direitos que nós chamamos direitos, liberdades e garantias, é feita com as maiores cautelas e em regra, agora estou falando de forma muito genérica e sumária, não posso dar aqui uma lição de direito constitucional português, essa restrição deste grupo de direitos mais importantes, digamos, ou pelo menos que merecem o regime especial e mais protetor, essa restrição é feita ou pela própria constituição ou pelo legislador ordinário, nomeado pelo parlamento, não é certamente pelos juízes. É evidente que em certos casos, quando certos direitos que prima facie não admitem restrição, se eles chocam, se colidem com outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos, tem de haver ponderação, sopesamento, harmonização e é natural que como resultado dessa atividade hermenêutica o direito saia restringido e seja uma restrição judicial, mas é uma restrição para o caso concreto, não é uma restrição com força obrigatória geral.

Daí que realmente, essa restrição de um direito feita por um tribunal de forma geral e abstrata também me tenha causado alguma perplexidade. Além disso, em Portugal, a perda do mandato, do mandato parlamentar especificamente, está prevista na constituição de forma taxativa, ou seja, só nos casos previstos na constituição é que pode haver perda de mandato, nem sequer o legislador ordinário, nem sequer o parlamento pode aumentar as causas de perda de mandato. Portanto, ver um tribunal disciplinar essa matéria de fato também me surpreendeu um pouco. Finalmente, e agora espero não dizer, assim, um grande disparate, mas lembro-me que ao ler a resolução que, infelizmente, esqueci de trazer, notei que ela se aplicava a uma eleição anterior, a uma eleição que já tinha ocorrido, e daí pensei, essa restrição é retroativa, ou no mínimo retrospectiva. Isso agora



não interessa, não vamos estar a discutir se era retroativa, se era retrospectiva, mas lembro-me de ter pensado assim, todos os órgãos do estado têm de respeitar a constituição. Executivo, chefe de estado, governo, parlamento, tribunais, todos têm de respeitar a constituição, mas todos nós sabemos, e nós somos ingênuos, que isso nem sempre acontece, às vezes os legisladores criam leis com vícios de inconstitucionalidade, leis desproporcionais, leis injustas. Infelizmente, muitas vezes a constituição não é respeitada, mas aí o sistema tem previsto uma forma de restabelecer o equilíbrio: o controle da constitucionalidade. Se uma lei for inconstitucional, os tribunais encarregam-se de controlar desde logo esse controle jurídico; além disso, há também um controle político, se o partido majoritário que está a governar, se constantemente recorrer a leis inconstitucionais, o mais provável é que nas próximas eleições vai ter menos votos do que aqueles tidos inicialmente. Tanto o parlamento e as suas leis, se forem inconstitucionais, têm desde logo um controle jurídico pelos tribunais e, além disso, acresce um controle político. Então eu perguntei: E a legislação criada pelos tribunais, se for inconstitucional, se for retroativa, se for inócua, quem é que vai controlar a legislação judicial? São os próprios tribunais? Não me parece que seja uma solução muito correta, porque estariam a ser júízo em causa própria.

Eu tinha de fazer esta pergunta, quando percebi que realmente aquela legislação era retroativa: Quem é que controla os controladores? Não fazer esta pergunta equivaleria, a meu ver, a julgar que os juízes são perfeitos, são deuses e que nunca erram, e eu não acredito em deuses desse tipo. E nós, olhando para o passado, sempre que endeusamos alguém, vimos que os resultados não foram os melhores. Nós endeusávamos o monarca esclarecido e iluminado e não deu certo, endeusávamos o parlamento, sacralizamos as suas leis e também não deu certo, por que agora iríamos endeusar o poder judicial? Certamente que também o resultado não será o melhor. Portanto, com essa última perplexidade, quem controla os controladores, resolvi finalmente, e não me arrependo disso, começar a investigar o que era o ativismo judicial.

Ao começar a investigar o fenómeno, constatei rapidamente várias coisas. Em primeiro lugar, que não existe um conceito unívoco e consensual de ativismo judicial. No fundo, há milhares, milhares é um exagero, mas bastantes conceitos de ativismo judicial. O que é ativismo judicial para uns, não é ativismo judicial para outros. Eu vou lhes dar aqui exemplo de dois conceitos de ativismo judicial que como verão, não tem nada um a ver com o outro, tem muito pouco um a ver com o outro. O primeiro conceito é um conceito antigo, um conceito do início do século 20, um conceito de juristas norte-americanos que diziam que para haver ativismo judicial bastava que um tribunal inferior não respeitasse um precedente de um tribunal superior, isso já era ativismo. Hoje em dia, quando falamos em ativismo, falamos em juízes a legislar, como verdadeiros parlamentos, então como veem são dois conceitos, ambos de ativismo judicial, que estão a léguas de distância um do outro. Esse é um fenómeno tão complexo, que de fato é impossível criar um conceito unívoco de ativismo. Depois, outra constatação é a de que o ativismo não era um fenómeno típico do Brasil. Basta pensar que na Europa, nos anos 60, 70 do século 20, e, sobretudo, por obra de dois tribunais constitucionais, o tribunal constitucional alemão e o tribunal constitucional italiano, na Europa surgiu um conjunto de sentenças que chamamos sentenças intermédias, em que os juízes constitucionais criavam, em maior ou menor medida, direito. Eles fugiram ao dualismo 'Kelseniano', declarar, ou não, a norma inconstitucional e acrescentavam sempre qualquer coisa, havia sempre um *quid plus iuris*, a norma ainda não é inconstitucional, mas vai deslizar para a inconstitucionalidade, portanto, é melhor que o legislador atue, são as sentenças exortativas alemãs.

A lei não será inconstitucional se for interpretada com esse sentido, sentenças interpretativas, a lei é contrária à constituição, é incompatível, mas não é nula, sentenças de mera nulidade. Portanto, esses tribunais constitucionais, como eu disse nos anos 60 e 70, começaram a criar direito por meio das suas sentenças. Muito antes deles, também no final do século 19, início do século 20, nos Estados Unidos, também já se falava no *government by judiciary* na governação pelos juízes. Como veem, é um fenómeno muito antigo e certamente não é originário do Brasil. Depois, uma terceira constatação também que achei importante é a de que nós temos de contextualizar o ativismo. Obviamente que há certos conhecimentos que são genéricos, mas, ao estudarmos o ativismo, percebemos se ele é bom ou mal, temos de contextualizá-lo no País, isso por quê? Porque, para mim, não é a mesma coisa falar de ativismo num país de *civil law* e falar no ativismo de um país de *common law*.

Não é a mesma coisa falar de ativismo num país em que a fonte do direito é o direito legal, nomeadamente o



direito parlamentar, e um país que tem contradição a um direito jurisprudencial, um direito feito pela jurisprudência, portanto, não é exatamente a mesma coisa. De forma mais específica, convicção minha também, isso agora especificamente em relação aos direitos sociais, à concretização dos direitos sociais pelos tribunais, não é a mesma coisa falar de ativismo num país que tem consagrado, na constituição, direitos sociais, e falar de ativismo num país cuja constituição não prevê direitos sociais. Então aqui também temos de contextualizar e perceber até que ponto o papel dos juízes é indispensável, ou não, para essa concretização dos direitos fundamentais, é indispensável essa contextualização.

Depois, outra constatação também, rapidamente assumida, é que o ativismo tanto é conservador como liberal, e tanto é bom para os direitos fundamentais, tanto é amigo dos direitos fundamentais, como simultaneamente é mau para os direitos fundamentais. E aqui a história norte-americana é um exemplo excelente para explicar isso, quando olhamos para o ativismo norte-americano vemos que ele foi alternado por ativismo conservador, liberal, conservador, liberal. Tivemos uma primeira fase, no primeiro quartel do século 20, em que era conservador, em que o que interessava eram os direitos clássicos, as liberdades clássicas, nomeadamente a liberdade de contratar, depois, a Corte Warren e a Corte Burger que foram ativistas liberais e dela saíram sentenças famosas, como *Brown vs. Board of Education*, que tentou acabar com a doutrina do *equal but separate but equal*, separados mas iguais, e também foi da Corte Burger, neste caso, que saiu a famosa sentença *Roe versus Wade*, que liberalizou o aborto nos Estados Unidos da América. Temos já um ativismo conservador e depois um ativismo liberal.

Na Corte Rehnquist houve a tentativa de fazer com que o tribunal fosse mais autocontido, que a suprema corte fosse mais autocontida, precisamente por causa das críticas ao ativismo anterior. Ainda assim a Corte Rehnquist ficaria bastante mal vista, com uma das sentenças considerada como das mais infamantes: a sentença *Bush versus Gore*, de 2000, em que um tribunal superior deu a vitória eleitoral ao candidato George Bush derrotando, portanto, não nas urnas, na barra do tribunal, digamos, derrotando o candidato Gore. Depois, em relação a essa questão de ele ser simultaneamente bom e mau para os direitos fundamentais. Costumo dar um exemplo de uma sentença muito paradigmática que nos mostra isso, que a sentença *Lockner versus Nova Iorque*, de 1905, em que uma lei do estado de Nova Iorque estabelecia um limite máximo de trabalho na indústria da panificação. Nas padarias, teria de haver um horário máximo de trabalho, e o tribunal constitucional, a suprema corte estadunidense entendeu que essa lei era inconstitucional.

Era inconstitucional por quê? Porque violava a liberdade de contratar, a liberdade contratual. Ela foi amiga dos direitos fundamentais, mas, ao mesmo tempo, temos de perceber que para ela ser amiga do direito fundamental, foi inimiga do direito à saúde das pessoas que tinham de trabalhar 17 horas numa indústria altamente poluente. Portanto, ela foi, ao mesmo tempo, amiga e inimiga dos direitos fundamentais, sendo certo que nos Estados Unidos, na altura, não havia direitos sociais, não é ainda hoje, mas digamos que essa ideia de que é sempre amiga tem de ser vista com alguma cautela, porque ela é amiga, mas às vezes, para ser amiga de uns direitos, é inimiga de outros direitos. Finalmente, a última constatação é a de que tanto temos um ativismo focado na concretização de direitos sociais como um ativismo focado nas grandes causas políticas, civis, sociais e econômicas. Eu, correndo o risco de exagerar aqui na simplificação, enfim, corrijam se isso não for correto, diria que o ativismo dos direitos sociais, da concretização dos direitos sociais, é um ativismo conduzido por aquilo que eu chamaria, e aqui sem qualquer conotação negativa, é um ativismo levado a cabo pelo baixo judiciário, ou seja, pelos tribunais e juízes comuns, e é, quase sempre, inspirado por aquilo que eu chamaria um humanismo constitucional.

Já o ativismo das grandes causas e dos grandes gestos é levado a cabo por aquilo que eu chamaria o alto judiciário, portanto, as altas cortes, as supremas cortes. E muitas vezes ele é inspirado por aquilo que eu chamaria de populismo judicial. Atenção, eu não quis ofender aqui ninguém, utilizei baixo judiciário e alto judiciário como outra hora se dizia baixo clero e alto clero, para falar dos tribunais na base e nos tribunais no topo, portanto, desde logo, não queria ofender ninguém. Enfim, constatei todas estas e outras questões e facilmente, realmente me apercebi que este fenómeno, do ativismo, o ativismo é muito complexo, é multifacetado, e, por isso, muito difícil de apreender. Em todo caso, eu venho falar de ativismo, tinha que necessariamente fornecer um conceito de ativismo.



É um conceito meu, e desde já aviso que é um conceito meramente aproximativo, de certeza que ficou qualquer coisa de fora, e é um conceito provisório, ou seja, é natural que se eu continuar a investigar o ativismo, qualquer dia, altero um pouco esse conceito, mas, de momento, é o conceito que tenho e que vou passar, que eu lhes vou passar. Então, para mim, existe ativismo judicial quando os juízes atuam como legisladores positivos, criando direito de tipo legislativo. Quando eu digo de tipo legislativo, é inovador, geral e abstrato e vinculativo, tanto do género daquele que é feito pelo parlamento.

Essa criação pode ser *ex novae*, pode ser uma criação a partir do nada, e eu aí chamo de um ativismo inovador, ou então, essa criação dá-se pela correção do direito criado pelo legislador. Isso aqui é típico da Itália, das chamadas sentenças manipulativas, em que os juízes italianos, pura e simplesmente, corrigiam o direito feito pelo legislador. O legislador dizia: Este crime tem uma moldura penal de cinco a dez anos, e o juiz dizia: Não, está mal, é de dez a vinte. Eles corrigiam, corrigiam a própria lei, nesse caso, é um ativismo corretivo ou corretor. Esta é uma primeira situação que considero ser ativismo judicial, quando legisla, ou de forma inovadora, a partir do nada, ou corrigindo o próprio direito legislativo. O outro caso que considero ser ativismo é quando o juiz constitucional, embora não assuma as vestes de um legislador, corrige e interfere nas políticas públicas do governo. Nesse caso, também considero que há ativismo.

De momento, são os únicos casos que eu considero em que, verdadeiramente, se pode falar em ativismo, mas, como disse, isto está sujeito à revisão e é natural que mais tarde eu possa ter uma opinião diferente. Em todo caso, aqui há um aspecto que penso ser importante dizer. Eu estou aqui a falar em criação de direito, os juízes estão a criar direito, mas o ativismo não é só criação de direito, não tem só a ver com o fato de o juiz criar direito. Hoje em dia, todos nós sabemos e aceitamos, a não ser que sejamos positivistas, que, ao interpretar e aplicar a lei, há sempre qualquer criação de direito pelos juízes, o ativismo não é só criação, o ativismo é uma questão de grau, ou questão de extensão, é quando eles criam mais do que deviam ter criado. Criaram, foram tão longe na criação do direito que acabaram por interferir nas competências de outros órgãos. Então não é só criação de direito, é certa criação de direitos, é uma criação excessiva que interfere com o esquema de distribuição de competências constitucionalmente estabelecido, e sim a tal criação de direito que considero ativista. Por isso que nós, muitas vezes, ouvimos dizer que o juiz ativista, é ele quem usurpa a função legislativa, é o juiz que entra pela seara do legislador e começa a exercer as competências deste. Esse é o meu conceito de ativismo judicial.

Agora gostaria de rapidamente falar sobre condições que favorecem o ativismo judicial. Porque a verdade é que existem condições, objetivas, desde logo, que favorecem esse ativismo, então não é só obra dos juízes, são muitas vezes condições que levam a que esse ativismo surja. Vou começar pelas condições objetivas, depois falarei das condições subjetivas. A primeira condição objetiva que favorece o ativismo é uma confiança pública no Poder Judiciário e na sua capacidade para proteger os direitos humanos e a dignidade humana, e do lado oposto, uma desconfiança em relação ao poder político, em relação às instituições políticas tradicionais, o parlamento e o executivo, que em geral são vistos como incompetentes, ineficientes e corruptos. Essa confiança no judiciário e a desconfiança no poder político é uma condição objetiva facilitadora do ativismo. Uma segunda condição objetiva é o crescimento do status social, com a concomitante implantação de um extenso sistema de segurança social, com a necessidade de concretização dos direitos sociais mediante o fornecimento de prestações sociais.

A constituição consagra direitos; a legislação regula os direitos, mas, às vezes, esses direitos não têm concretização. Então, o judiciário tem se encarregado de fazer com que esses direitos sociais deixem de ser mera letra da lei e passem a ser efetivos, e que as pessoas recebam, de fato, as prestações a que têm direito. Uma terceira condição facilitadora do ativismo é a incapacidade das instituições políticas tradicionais de protegerem as minorias. Os nossos governantes são eleitos por uma maioria, portanto, é natural, não estou dizendo que seja desejável, que eles, uma vez no poder, vão ter em consideração os interesses, a vontade das maiorias, e assim as minorias ficam desprotegidas. As minorias têm procurado, então, nos tribunais a proteção de que necessitam, daí que hoje em dia se diga que a justiça é a reserva das minorias, porque as instituições tradicionais protegem as maiorias, enfim, num raciocínio muito simplificador, e os tribunais protegem as minorias. Uma quarta condição objetiva tem a ver com a ineficiência governativa, que muitas vezes é confundida com inércia.

O que é isso de ineficiência governativa, o que tem a ver com as instituições políticas tradicionais? O que sucede, é que, sobretudo, em países nos quais há uma grande fragmentação partidária, em que há muitos partidos, e em que há muitos partidos representados no parlamento, é impossível formar maiorias coesas e fortes, e como não é possível criar maiorias coesas e fortes, isso faz com que o governo, ou o parlamento, se torne ineficiente. Às vezes, dizemos que são inertes, e não são inertes, são ineficientes. Eu vou lhes dar um exemplo, nós, em Portugal, temos um sistema que é misto, parlamentar e presidencial, ou semipresidencial, e para eleger o parlamento utilizamos um sistema eleitoral proporcional e nem sempre o partido que ganha tem maioria absoluta, tem de governar ou em minoria ou em coligação. Ora a ciência política mostra-nos que os governos de minoria e os governos de coligação são governos muito fracos. Portanto, essa ineficiência do próprio sistema político que é nítida, sobretudo em países que utilizam os sistemas eleitorais proporcionais, não é tão nítida em países que utilizam os sistemas eleitorais majoritários, como o caso inglês, o caso norte-americano.

E essa ineficiência também tem levado a favorecer o ativismo judicial. Finalmente, uma quinta condição objetiva tem a ver com o caráter fragmentário e com a abertura das normas constitucionais. O caráter fragmentário do direito constitucional, ou seja, o direito constitucional é um direito incompleto, as pessoas, às vezes, têm a tendência para pensar que o direito constitucional é um código, como o código civil ou o código penal; estão à espera de encontrar uma solução completa para cada questão. Isso não é uma constituição. A constituição estabelece as bases gerais, os princípios estruturantes de um país, de uma comunidade política, às vezes, vai um pouco mais ao detalhe, mas deixa grandes espaços abertos para a concretização. As suas normas são normas abertas, abertas e elásticas, muitas vezes com a intenção de permitir que a própria constituição se adapte a várias gerações e, portanto, tenha uma vida longa e não esteja, constantemente, a ser renovada. Em suma, o que isso significa? Significa que, de fato, em matéria constitucional, há uma ampla margem de atuação que supostamente deveria caber ao legislador, mas que os tribunais, o poder judicial tem aproveitado para fazer esse espaço seu e legislar em vez do legislador. Mas isso são todas condições que, objetivamente, favorecem o ativismo judicial. Para além dessas, há condições subjetivas, porque, por mais condições objetivas que se verificassem, se o juiz não quiser ser ativista, não é ativista. Portanto, não bastam essas condições objetivas, elas são condições necessárias, mas não suficientes. Tem de haver, também, a vontade do próprio poder judicial de ser ativista.

Eu não diria que o poder judicial quer ser governante, mas certamente quer ser um ator político, certamente quer ter uma palavra a dizer na condição de vida do país, mas é preciso que haja um animus do próprio poder judicial para que de fato haja o ativismo. Vamos pensar no seguinte, suponhamos que todas essas condições objetivas estão verificadas, em certos países em que os juízes constitucionais são autocontidos, eles não vão ultrapassar as suas funções; portanto, não existe ativismo. Se, pelo contrário, formos para um país em que os juízes têm uma grande apetência por serem atores políticos, é óbvio que eles vão aproveitar todas as oportunidades para transpor, para as suas sentenças, as suas próprias convicções pessoais, ideológicas e políticas. Curiosamente, ou não, esse ativismo, muitas vezes, é fomentado pelas próprias instituições políticas tradicionais. Às vezes, o próprio parlamento e o executivo favorecem esse ativismo. Há quem diga que de forma implícita, muitas vezes, o parlamento e o governo se esquecem de regular algumas matérias e deixam que o judiciário as regule.

Por que eles fazem essas delegações implícitas? Habitualmente, isso acontece em questões muito sensíveis e controversas, aborto, união e casamento homoafetivo, barriga de aluguel, direitos sociais, nesses temas mais sensíveis, mais controversos e mais fraturantes, que dividem a sociedade, muitas vezes, implicitamente, o próprio poder político transfere para o judiciário a tarefa de dar solução a essas questões. Por quê? Por que isso acontece? Em primeiro lugar, por razões de calculismo eleitoral e político. Ou seja, esse tema, união ou casamento homoafetivo, é muito controverso. Tem de ser resolvido, porque os problemas existem e o direito tem de resolvê-los, mas o partido que está no poder pensa, se eu disser que sim não vai calhar, e a população não vai gostar muito, e o que pode haver é que na próxima eleição vou ter poucos votos. Então mais vale não arriscar os meus votos, mais vale não arriscar uma derrota eleitoral, vou deixar que o judiciário trate dessa questão. Muitas vezes, existe um calculismo eleitoral e político que faz com que o poder político não queira tratar de certas questões, para depois não ter de prestar contas ao eleitorado e não perder votos do eleitorado. Em outros casos, essa delegação implícita existe porque as próprias instituições políticas percebem



que, às vezes, são ineficientes, funcionam de forma disfuncional. Não sei muito bem como é que funciona no Brasil, mas, muitas vezes, em sistemas de base parlamentar ou mistas parlamentar e presidencial, nós temos um parlamento com várias forças partidárias, a força majoritária, a oposição, dentro da oposição, vários partidos, e quando chegam ao parlamento questões tão sensíveis como essas, as discussões são tantas e tão difíceis que o tempo passa, passa, e ninguém decide nada.

E o parlamento, que deveria ser o fórum por excelência, o fórum democrático por excelência, paralisa e não consegue tomar uma decisão, então, implicitamente, o próprio poder político permite que o judiciário seja mais eficiente, dê conta desse problema, e o solucione. Como veem, o ativismo judicial é condicionado por uma série de fatores, uns de natureza objetiva e outros de natureza subjetiva, tendo de se verificar cumulativamente e em alguns casos, na parte subjetiva, parte da vontade dos juízes, do poder judicial, e outras vezes, e curiosamente ou não, como eu disse, parte das próprias instituições políticas. Tenho falado, sobretudo, dos juízes constitucionais e agora, de repente, lembrei-me de uma orientanda minha do doutoramento, que é do Ministério Público, ela diz sempre: Professora, quem faz o ativismo não são os juízes, é o Ministério Público. Então para não deixar ninguém de fora, o poder judicial abrange tudo, juízes, Ministério Público e todos aqueles que têm levado aos tribunais as questões, estas tais questões sensíveis que têm gerado os maiores focos de ativismo. Eu agora passaria para a última parte da minha fala que chamei de defesa e contra-ataque do ativismo judicial.

O ativismo judicial tem sido muito criticado, aqueles que apoiam o ativismo judicial tentam defender-se, mas, a meu ver, os argumentos que utilizam não são assim lá muito convincentes. Então, é daí que falo na defesa e no contra-ataque do poder judicial. O primeiro argumento que é muito comum, e ontem o professor Jorge Miranda falou sobre isso, o da falta de legitimidade democrática. O poder judicial não é eleito, tal como os órgãos políticos e, portanto, se não é eleito, se não tem legitimidade democrática, não tem nada que fazer política. É a tal questão do dilema contra majoritário, como é que é possível que um órgão que não tenha legitimidade democrática possa ter a pretensão de derrubar uma lei criada por um parlamento democrático, tal dilema contra majoritário. Como é que têm reagido os apoiantes do ativismo? Eles têm tentado provar que o poder judicial também é democrático.

Às críticas de que não é democrático, falta legitimidade democrática, eles respondem dizendo que é democrático. Eu vou me referir, rapidamente, a três argumentos que em geral são utilizados. Em primeiro lugar, falou-se muitas vezes da eleição indireta dos juízes. Ou seja, de fato, eles não são eleitos pelo povo, mas são escolhidos pelo parlamento ou são escolhidos pelo presidente da República e sim eleitos, portanto, há legitimidade democrática indireta, daí seria democrático.

Outro argumento é o de que os tribunais são reservas das minorias, protegem as minorias, e, portanto, também são democráticos. Outro argumento também muito comum é dizer que cada vez mais participam nos julgamentos intérpretes não jurídicos, do cidadão comum ao especialista, grupos de interesse etc., cada vez mais há participação popular nos julgamentos, daí que o poder judicial seria também um poder democrático. Como eu disse, acho que esses argumentos são convincentes, quer dizer, não podemos dizer que o poder judicial seja antidemocrático, nem sequer que é democrático, mas a questão central continua, eles não prestam contas a ninguém, o poder judicial não presta contas a ninguém, e não pode ser removido do poder, ao contrário do que sucede com os órgãos políticos, porque o poder político tem como contraposto, a responsabilidade.

O parlamento pode ser político, o executivo pode ser político, mas têm como a responsabilidade. E é isso que falta em relação ao poder judicial. Se eles querem ser poder político, vão ter de prestar contas ao eleitorado e também admitir serem removidos caso essas decisões políticas não sejam as melhores. E ainda outro argumento, o que eu chamo de o argumento da inovação-iniciativa. Costuma-se dizer que não interessa a inovação, o que interessa é a iniciativa e dizem assim, a verdade é que não são os juízes que tomam a iniciativa de fazer leis; portanto, se o legislador é legislador por ter iniciativa, se os juízes não têm iniciativa, não são legisladores. Para mim, este argumento vale zero, é um argumento puramente formalista e, obviamente, o que interessa é a inovação, o que interessa é saber que os juízes estão a interferir na função legislativa. Se tem a iniciativa ou não tem iniciativa, esse é outro problema. Aliás, eu os lembro, e mais uma vez peço desculpa pelo

meu desconhecimento da realidade brasileira, por exemplo, que em Portugal, uma lei do parlamento, uma lei da Assembleia da República pode ser iniciada não apenas pela própria Assembleia da República, a iniciativa não tem de partir, necessariamente, do parlamento, pode partir de grupos de cidadãos, do governo e de assembleias regionais. Esse argumento da iniciativa, para mim, de fato, por variados motivos, não tem qualquer peso. Depois, o argumento da concretização dos direitos sociais, o argumento da concretização dos direitos sociais, não nego que o poder judicial tem tido um papel importantíssimo na concretização dos direitos sociais, em países como a África do Sul, a Índia, a Colômbia e agora como o Brasil, de fato, mas não devemos pensar que tem sido um milagre, um papel perfeito e sem falhas. Têm sido tentadas várias maneiras de dar concretização aos direitos sociais, nem todas têm tido sucesso e mesmo aquela que tem mais sucesso tem muitas falhas.

Vou dar só um exemplo: Na África do Sul, um país de extrema pobreza, o judicial tomou em suas mãos essa tarefa de concretizar direitos sociais e começou por uma tática que tem um pouco a ver com a teoria de Mark Tushnet e de Cass Sunstein que consistia nisso, o judicial apontava as falhas, dizia falta aqui uma legislação, falta aqui uma prestação, o que quer que seja, e depois o parlamento reagia corrigindo-as. Vocês podem facilmente perceber que essa tática não teve sucesso, então eles passaram a outra: a tática de um tratamento individualizado. Ou seja, o indivíduo vai à justiça, pede um remédio, por exemplo, e o juiz dá o remédio, dá certa prestação à pessoa.

Esse é o método mais eficaz, porém há muitas falhas, a maior das quais, e isso são dados da África do Sul e dados da Colômbia, é a de que essa tática favorece a classe média, e não os mais pobres dos mais pobres, porque é uma forma de concretização dos direitos sociais que obriga a ir ao judicial, obriga a ter um advogado, alguém que proteja. E dos mais pobres, ainda que lhe seja concedida uma bolsa, qualquer coisa, uma defensoria, ainda assim não faz parte dos seus esquemas mentais ir a um tribunal pleitear um direito fundamental. Então, o que se tem verificado é que os mais pobres dos mais pobres continuam de fora e essa abordagem na concretização dos direitos sociais tem favorecido, sobretudo, a classe média. Outro argumento é o da inércia, que, como já disse, muitas vezes é confundido, às vezes não é inércia, é 'disfuncionalidade' do sistema político. O judicial atua porque o legislativo é inerte. Às vezes, é assim, outras vezes não. E se, às vezes, o Poder Legislativo reage, outras vezes não reage.

Lembro-me sempre daquela lei da questão dos direitos da greve dos servidores públicos, em que o poder judicial entendeu que devia aplicar a lei do setor privado aos servidores públicos e, que eu saiba, dessa lei, dez, vinte anos se passaram e ainda não existe. Então, dizer que o ativismo combateu a inércia, não parece que tenha combatido nada a inércia, se o legislador não reage, não está a combater a inércia e mais do que isso, não só não combateu a inércia como fomentou aquele tal fenômeno de 'desresponsabilização' do poder político. Sendo que são questões das quais não quero tratar, o judiciário que trate delas. Não vejo que, a médio e em longo prazo, essa ideia de que estamos a combater a inércia, quer passando competências do legislativo para o judicial, seja a melhor técnica. Para além disso, temo que essa transferência de competências, que muitas vezes é auto-atribuída pelo poder judicial, possa gerar outros fenômenos, talvez ainda mais graves. Por exemplo, um fenômeno que eu chamaria de 'seguidismo'. 'Seguidismo', o que é isso? É que nós, por enquanto, temos tribunais a exercer competências do legislador, mas daqui a pouco temos órgãos que nem sequer são judiciais também a querer legislar.

E eu me pergunto, espero que não seja provocação para ninguém, se a Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça que permite que as conservatórias registrem casamentos de pessoas do mesmo sexo, se isto não é o tal fenômeno do 'seguidismo', ou seja, primeiro eram os tribunais, depois são outros órgãos ligados aos tribunais, qualquer dia, qualquer órgão quer também legislar, e isso é muito perigoso. Depois, outro fenômeno pernicioso é que nem sempre esse ativismo é bem visto o próprio país.

Eu vou dar um exemplo: Na Itália, o tribunal constitucional era muito ativista, criava muitas sentenças manipulativas, e a corte de cassação não obedecia à corte constitucional, dizia: Eu não tenho nada que seguir essas decisões, os tribunais aplicam as leis, não aplicam as decisões judiciais, e isso gerava muita insegurança jurídica. Finalmente, outro fenômeno pernicioso é o seguinte: Às vezes, os próprios atores políticos não gostam de intromissão do poder judicial e reagem mal. Vou lhes dar um exemplo que aconteceu há muito tempo e



depois vocês vão fazer um exercício para tentar ver se isso não aconteceu, também, há pouco tempo, no Brasil. Nos Estados Unidos da América, no início do século 20, o presidente Roosevelt estava a tentar passar a sua legislação social, o país tinha tido uma crise muito forte, com o crash de 29, havia muita pobreza, e o presidente Roosevelt com seu programa do new deal queria implantar uma série de políticas sociais, mas a suprema corte norte-americana era muito conservadora e constantemente barrava essa legislação social.

A certa altura, o presidente Roosevelt começou a ficar um pouquinho impaciente e teve uma brilhante ideia, alterar a corte, a suprema corte norte-americana. Ele calculou mais ou menos quantos juizes ele necessitava e disse: A partir de agora, a corte vai ter mais cinco ou seis juizes, eu vou nomear esses juizes e, portanto, já vou conseguir passar a minha legislação. Isso, do ponto de vista democrático é muito perigoso. O Senado teve o bom senso de cortar esse plano, mas, como podem ver, pode haver uma má reação do poder político a essa atuação do judicial. Aquela situação que eu dizia que poderá ser um pouco disso, de um mau relacionamento entre órgãos, é o seguinte, mas aí deixo a critério de vocês aceitarem se é verdade, ou não, mas penso que foi no ano passado, quando eu estive aqui em Palmas, que estava em pauta, penso eu, uma emenda constitucional que retirava poderes do Ministério Público e na altura falava-se, eu também pensei que se era isso, até que ponto não era uma reação do poder político ao escândalo do mensalão e ao poder, enfim, ao protagonismo que o Ministério Público tinha tido nesse escândalo. Portanto, como podem ver, às vezes, esse ativismo acaba por gerar uma guerra entre órgãos políticos e judiciais que não é nada boa para a democracia.

Finalmente, o último argumento, o da separação dos poderes. Aqueles que apoiam a separação dos poderes, dizem muitas vezes isso de o juiz legislar, só criticam quem está ligado a uma concessão muito antiga, arcaica, da separação de poderes, está ligado a uma separação de poderes que vem desde Montesquieu, está ultrapassado, temos de ultrapassar isso. Eu aceito que a formulação em três poderes, legislativo, executivo e judicial – a ideia de que cada órgão tem uma função – está ultrapassada, isso eu aceito, e podemos fazer uma formulação diferente, com cinco poderes, seis, dez, vinte, não interessa, mas agora há uma coisa certa, as ideias-chave, as ideias básicas inerentes ao princípio da separação de poderes, estas têm sempre de existir, tem de haver distinção funcional e orgânica, tem de haver equilíbrio entre todos os órgãos. Nenhum órgão pode estar acima dos outros, e tem de haver controle recíproco entre todos os órgãos, isso tem de sempre existir, sob pena de desaparecer o estado de direito. Se depois já houver três, quatro, cinco ou seis poderes, não interessa, todos têm de estar num plano de horizontalidade que permita um controle recíproco, os tais checks and balances, os tais freios e contrapesos, que permita que haja esse controle recíproco que vai impedir que um dos poderes se torne absoluto.

E, para terminar, diria que o ativismo judicial não é como o colesterol, não há ativismo bom e ativismo mau, o ativismo é sempre mau e é mau na medida em que constitui uma subversão de uma forma de governação equilibrada e, nesse sentido, considero que é um fenómeno que tem tido as suas virtudes, mas que a médio e em longo prazo, pode levar à falência do próprio sistema político. Muitas vezes, as pessoas dizem que com o ativismo estamos a caminhar para uma juristocracia, a abandonar a democracia e ir para uma oligarquia de juizes, vamos passar a ser governados por uma oligarquia de juizes. Acho que é mais do que isso, vou aqui utilizar as palavras de um autor americano que diz que com o ativismo estamos a retroceder para um governo de homens pelos homens, ou seja, o ativismo é um retrocesso civilizacional do ponto de vista jurídico, porque estamos a abandonar o governo dos homens pelas leis, que é uma das maiores conquistas do constitucionalismo moderno e do estado de direito, para retornarmos para um governo de homens por homens que, no passado, nem sempre teve os melhores resultados. E com isso termino. Espero que saibam agora qual era a minha insinuação inicial e que tenham, com o meu sotaque português de Portugal, que não é tão doce nem tão compreensível como o brasileiro, percebido a minha mensagem”.



Conferência Portugal

Constitucionalismo Global, Transconstitucionalismo e Constitucionalismo Multinível

Conferencista: Doutor João Carlos Simões Gonçalves Loureiro (FDUC)

Presidente da Mesa: Professor Doutor Antonio Rulli Junior (COPEDEM)

O presente texto é uma gravação da conferência ministrada durante o II Congresso Internacional em Direitos Humanos

Vou iniciar minha apresentação com o lema do Estado, a partir do ponto: a terra e a Terra. A terra com minúsculo e a Terra, partindo do lema que esta Terra é nossa. Em tupi guarani. Após, vou fazer uma ligação com uma questão semântica entre cosméticas, um artigo muito recente, o Habermas, nesse caso. Nesse propósito, não exatamente nos próximos, e articulação, farei uma breve referência sobre construção mundial e constitucionalismo, desafios e limites do constitucionalismo mundial, as articulações, e este último ponto, sobre interconstitucionalidades e transconstitucionalismos, não levaria a um debate com meu colega, amigo e professor em Brasília e também um voltiano, Maciel Neves, pois vou ter muito pouco tempo, e depois, à parte, vou ler, em despedida, entre a utopia e o ideal. E começando, portanto, são, 11 trechos. Estando pela primeira vez neste Estado caçula da Federação Brasileira, proponho uma organização do constitucionalismo global, acrescentando ao mote transconstitucionalismo(F), uma proposta do nosso amigo e colega Maciel Neves, forma multinível que aqui e ali vai surgindo no próprio inglês, multilevel, frequência aos ecos da Constituição Brasileira do Estado do Tocantins, que celebram agora os 25 anos da Constituição Estadual, os 25 anos do Tribunal de Justiça do Estado. Na busca de sua legitimação e de separação de Goiás relatam histórias; uma delas passa por um bacharel de minha faculdade, Joaquim, que, como sabem, foi envolvido no governo autônomo de Tocantins em 1921, um bandeirante das inspirações desta terra. Além disso, representando o então Goiás, aprovou a Constituição Portuguesa, de 1822.

Portanto, começa aqui o primeiro laço, porque quando falamos de terra, o problema que temos e eu vou marcando as suas leis para brasileiras, neste País não existia comunidade política antes da chegada de Pedro Álvares Cabral, foi sempre forjado na história, adotou então este lema em tupi guarani, Expresso do Brasão, que traduzido significa Esta Terra é Nossa. E a partir daí fiz minhas reflexões. Começa aqui o nosso jogo, Esta Terra é Nossa revela reivindicação em nome de uma identidade, e aqui desloco em termos regionais, em termos estaduais agora, que pode ser também nacional. Mas o problema do constitucionalismo global passa por falar de uma terra como comunidade, nós somos filhos de Adão e Eva, para usar uma forma profunda do simbolismo. O nosso limite poderá ser um contra os nossos, e já tinha feito isto, escrito em Portugal, e quando cheguei lá, desembarquei no aeroporto em Brasília, encontrei a autobiografia de um dos grandes fotógrafos mundiais, por sinal é brasileiro, e é autobiografia de minha terra a Terra. E eu não tinha visto. Estou a falar de Sebastião Salgado, uma obra extremamente interessante, portanto, devemos pensar a terra, as várias terras, em



termos locais, estaduais, federais, à parte mundial, porque é essa a ideia de localização. O global é local, e as dimensões, rapidamente isso poria certas convergências e tensões; pois reparem, a Amazônia fica não só no Brasil, mas a maior parte fica no Brasil, é o pulmão do mundo. Aqui a Amazônia é importante, mas também o é para o mundo; isso põe problemas em âmbito do próprio instituto jurídico, e, exclusivamente, um autor latino-americano, Enrique Dussel, escreveu uma vez sobre o problema das queimadas. Muitas vezes, os próprios povos ficavam expostos ao impacto não apenas global, mas aqui há tensões entre os diferentes níveis em que citamos a terra e a Terra. Com este lema, teremos de ir às tribos ameríndias, à América pré-Cabral, cito, pois, uma obra do clássico escritor João Locke, num ensaio sobre o governo civil, que diz: “No princípio o mundo era América”, com esta ideia somos levados ao chamado estado de natureza. Sabemos hoje, a partir dos estudos de antropologia jurídica e de antropologia política, que as coisas não eram assim, que havia nesse tipo de dados formas de organização menos complexas do que em outros países. O professor Maciel Neves no transconstitucionalismo(F) trata de diferentes interações entre ordenamentos jurídicos, e nesses casos sua leitura transconstitucional(F) também trata da relação entre ordens jurídicas estatais, locais e extra-estatais, tema que vem sendo muito discutido, que se prende com a questão dos direitos indígenas, tema este que não posso tratar aqui, vou focar na Terra como um todo, com o T maiúsculo, de qualquer forma, peguei os dois exemplos do professor Maciel Neves e deixo aqui minha provocação, e os dois exemplos que dei nas relações com ordenamento são, por um lado, um dos índios Suruwahá no estado do Amazonas que com física e com saúde, e uma outra tribo do estado do Acre em que só pode manter-se vivo um dos gêmeos.

Quanto a falar sobre constitucionalismo tenho de ver como o professor Maciel Neve aborda a questão, mas tenho de fazer escolhas, porque não só os recursos são escassos, o tempo também é, e nossa paciência seguramente, sobretudo os direitos do grupo, o direito da autonomia coletiva versus o direito da autonomia individual. Isso põe um problema de saber, há ou não um intolerável, que não pode ser primitivo, mesmo em função, isso não quer dizer que agora, os policiais, a Polícia Militar, o Exército, em termos de opção, não é isso, mas há ou não indisponíveis que não devem ser destinados. Não estou a falar apenas em tribos índias porque se discute isso na Europa em relação a um conjunto de minorias, por exemplo, que praticam mutilação genital feminina. E já houve quem defendesse isso na Europa, estou a falar do autor do norte da Europa que nesses casos no quadro natural não temos o direito de impor; o melhor seria fazer no hospital para que não houvesse complicações de saúde. Também diria em relação à questão trazida pelo professor Maciel Neves, que é uma alteração dos pressupostos, ou seja, por exemplo, em relação à tribo que iluminava as crianças com más formações graves. Hoje há uma entidade chamada Funai, que dispõe muitas vezes a lógica da sobrevivência da tribo, em que tinham de deslocar, povos. Hoje há uma entidade chamada Funai, não fundada agora, mas que controla, suponho, 12,5% do território brasileiro em termos, e fornece um conjunto de cuidados. Iríamos ver agora duas palavras, Constitucionalismo e Constituição. Acontece que o Sr. Professor Jorge Miranda, para além de muitos serviços que todos me prestaram, ontem já fez o favor de esclarecer aqui qual era o conceito de Constituição de que faz parte, fez uma referência ao Constitucionalismo no século XVIII, francês e norte-americano e, por isso, posso agora economizar uma parte de minha fala.

Em termos rápidos, quando falamos de Constitucionalismo estamos a falar de que podemos estar a ver, primeiro, questões filosóficas geradas em torno da Constituição, legitimidade de uma Constituição, a Constituição é legítima num plano descritivo, no conjunto, movimentos da modernidade que dizem no plural, isto é, houve constitucionalismos como constitucionalismo norte-americano, que é diferente do constitucionalismo inglês, que é diferente do constitucionalismo francês, e têm exceções em diferentes países. Depois, uma fronteira de expressão entre as constituições sem substância e aquela experiência de conjunto que era triste, que eram consideradas indispensáveis para eles poderem inserir no tipo estado, ponto final. Isto é, tido de outra forma. Não basta dizer que há constituições, que o Estado tem uma Constituição para ser um estado e ponto final, porque senão o que teríamos seria nada menos, nada mais, o que tem a Coreia do Norte, seria um modelo de estado constitucional. Portanto, é tradição constitucional o que diz para pegar depois do conceito foi tendo outras concretizações. Carlos Schmidt, na teoria da Constituição, chamou o conceito de autoconstituição. Exposto basicamente no art. 16 da declaração, de 1789, que dizia, adaptando, não há Constituição, e as pessoas já falaram disso ontem. Onde não estiver garantida a expressão de poder ou divisão de poder, vou usar as formas como equivalentes, mas as coisas podem ser mais complicadas se não estiverem garantidos o que nós chamamos hoje os direitos na linguagem atual ou não serão garantidos os direitos fundamentais. E o nosso problema é este, construímos o estudo do Direito Constitucional associando a palavra

Constituição ao estado. Ou em âmbito estadual, no caso da federação como o Brasil, ou da Constituição federal. Ora, pode cortar o cordão umbilical entre a nação de Constituição e o estado? Isto é, podemos pensar em constituições que já não tenham como referente o estado, mas outras comunidades ou sociedades políticas para determinada linguagem, a sociedade aqui seria um termo de sociedade mundial, pode continuar a ter sentido a palavra Constituição? Nesse ponto eu discordo da tese do professor Jorge Miranda, homenagem é também, e o diálogo é feito também de divergências e de dissidências e, neste caso, entendo ser possível pensar uma Constituição para lá do estado que tenha como referente e não estado, mas outras formas de comunidade/sociedade política, não vamos agora fazer aqui essa distinção, é possível pensar uma Constituição mundial, o que não podemos é tentar manter um modelo milimétrico, isto é, pensar que a organização da sociedade mundial e a nossa Constituição têm de ter exatamente todas e as mesmas notas que têm interna e tradicionalmente. Claro, também, continuando a falar de constitucionalismo, pode uma cultura constitucional e pessoa falar do constitucionalismo global e final, correspondendo a uma noção mínima, centrada na não discriminação, direitos individuais, principalmente direitos econômicos, mecanismos que são disputa, ou, em termo de inspiração, não são mais existência no quadro cosmopolitismo. Só vou centrar no ponto 1.223, fazer uma breve referência ao sentido histórico universal.

Em certa sessão, todos os estados tiveram uma Constituição. Por quê? Porque, em certa ascensão, não naquela que vimos no constitucionalismo moderno, não no constitucional moderno. Por quê? Porque em todas foi preciso ver quem somos nós e os outros, isto é, quais são os critérios que pertencem à comunidade, uma linguagem schmidiana(F) que tem seus limites, seria o amigo, inimigo, mas o inimigo, atenção aqui, é o outro, não é o inimigo pessoal, ou seja, se no final da minha fala tiverem infartos e me puserem nas suas listas de inimigos, não é nesse sentido que o Schmidt está a falar do hoste, não está a falar do inimigo, do inimigo privado, se quisermos. Se tivéssemos dito numa linguagem de hoje, o primeiro problema seria traduzir por meio da cidadania. A segunda questão é a da titularidade do poder político, aquilo que nós, numa linguagem moderna, passamos a chamar de o problema da cidadania. E a terceira é a questão de ver quais são os valores que constituem uma comunidade e lhe dão determinada comunidade política e visão científica. Nós podemos utilizar esses critérios e transpô-los para o plano, queria discutir, não vou discutir aqui a questão da chamada Constituição europeia, mas vou limitar, vou passar diretamente para a sociedade mundial, podemos aplicar à sociedade mundial. É preciso ter presente que também há, por um lado, um conceito voluntarista, o conceito que nós pensamos a partir do constitucionalismo francês, segundo o qual há um poder constituinte, e este tem expressão em determinado texto etc. Por outro lado, temos uma concessão histórica ou evolutiva da Constituição na linha do constitucionalismo britânica. E nesses, tendo presentes esses elementos da procura de um povo ausente, que seria uma das críticas, não há um povo mundial, teríamos aqui várias hipóteses de relação entre Constituição e constitucionalismo.

Podemos pensar uma Constituição sem constitucionalismo, sem ter uma cultura constitucional, um exemplo que eu usava há pouco, porém, eu não sou especialista na Coreia do Norte, mas enfim, estava a dar um exemplo da escola, podemos ter para alguns autores constitucionalismo sem Constituição, estes entendem que no plano mundial já há um conjunto de valores, direitos do homem, porque com isso fazemos a ponte para um standard mínimo que permite falar de um constitucionalismo, mas não haveria uma Constituição mundial ou global. E há outra resposta, que é aquela em que me situo, há uma Constituição, embora essa Constituição seja dada em rede fragmentária, reunindo constituições parciais ou setoriais, e há também um constitucionalismo. O que significa constitucionalismo global, do que falamos com esse adjetivo? Já vimos um bocadinho qual é o sentido tradicional da palavra constitucionalismo. Vamos pensar no objetivo global, numa leitura em termos de projeto; em certo sentido, o constitucionalismo, às vezes, fala do constitucionalismo global. Falou-se em determinado momento, quando surgiu a ideia de um projeto constitucional, em elementos. De acordo com o modelo francês, havia inspiração, estamos no quadro do Iluminismo, numa ideia de civilização, segundo o qual era preciso que todos os estados passassem a ter constituições com os tais conteúdos. Temos, portanto, e nessa altura houve, um conflito entre constitucionalismo e anticonstitucionalismo. Alguns autores entendiam que as constituições eram a perda da humanidade porque iam pôr em causa os direitos do supremo. No segundo aspecto, nós temos outra leitura, seria, e esta é a leitura especial, uma Constituição global, aquela que abrange toda a terra, e eu pegava no poema de Vinícius de Moraes, O Astronauta, aliás, tão bem cantado pela Betânia, e o astronauta viu que a terra é azul, e eu poderia citar, e é bom morar no azul, portanto, esse nosso problema é a tal Terra com T maiúsculo; partimos desta terra é nossa, com minúscula, e transformamos numa Terra com



maiúscula. De outro modo, também podemos falar em constitucionalismo global para ver se há universalidade de critérios, isto é, aparentemente que sejam universais ou uma série de elementos que convocamos como a dignidade da pessoa humana. Os direitos do homem não são mais do que mero produto egocêntrico que não pode ser recebido, por exemplo, que é a partir de determinadas dos volumes asiáticos, são as discussões nos meados dos anos 90, e continua a ser, ou não pode ser recebida por certa leitura, se quiserem a posição dos defensores do califado(F), aliás, há duas correntes, uma que está instalada lá no terreno, estado islâmico, e outra que tem um projeto de Constituição, só para recessão internacional. Em terceiro lugar, é interessante dizer que isso no fundo é uma compreensão egocêntrica no ocidente, que resolveu impor um conjunto de direitos, com isso podemos voltar ao problema das tribos indígenas, temos esse standard mundial, que é um standard mínimo, contextualizado, que tem formas diferentes do Brasil, em Portugal, em Angola, por exemplo.

Há ainda uma leitura em termos subjetivos, e o problema seria a bioética, alguns autores falam bioética global para falar de inclusão de outros seres que não apenas os humanos. Temos aqui o autor de obras de referência em material de direitos animais e eu discordo das concessões, mas é um trabalho sério que não se coloca nem tem como conversarmos sobre isso, em âmbito de sentimentalismo, olha que bonito, é o meu gatinho. Não é estar nesse nível, coloca-se num nível intelectual muito sério, e seriedade pelo papagaio, famosa história no ensaio sobre o entendimento humano, do John Locke, do papagaio, vamos ao Brasil holandês e Nassau, e o tal papagaio que falava mesmo não se limitava a produzir os sons, ou se quiséssemos podemos ir alargando a natureza à Rosinha, à canoa do José Mauro de Vasconcelos, o que pode acontecer é que, se começarmos a falar com a canoa, aconteça-nos o que aconteceu em outra obra e irmos parar numa outra obra do autor, de um brilhante autor brasileiro, Machado de Assis, O Alienista, em que foram habitar para a casa verde. Embora não traia na casa verde. Bem, mas este é um problema sério. Até ontem, quem é que vai ser compreendido? Há muitos anos, desde a década de 90, escuto o problema dos robôs e de sua humanidade e desafios que são colocados. Há hoje um conjunto de autores que defendem a ideia de que nessas sociedades mundial há constituições que decorrem, por exemplo, no universo digital, na internet etc., que já não têm nada a ver com o poder político e que são formadas. Reparem que o problema não é referente ser da sociedade, porque esse é um adquirido constitucional.

As mesmas constituições finais não são apenas constituições dos estados, são também constituições da sociedade. Isso é inevitável, é que seriam constituições sem poder político resultante, por exemplo, do universo, todo o universo do mundo é digitalização da internet etc., isso deve ser assumido como Constituição, seriam constituições parciais, Constituições civis, ou não, seria outro problema, o constitucionalismo societário. É crítica, respondendo já o que pensa sobre isso, insuficiência do constitucionalismo societário. Acho que essa dimensão política, ou seja, para citar, desculpem, Gomes Canotilho, foi um erro de digitalização, crítica do constitucionalismo sem política. Esquece um conjunto envolvendo sociedade mundial e, além disso, há também uma justificativa centrada na sociologia, estou citando um texto ele diz que as constituições são, sobretudo, processos sociais e só secundariamente processos jurídicos. Isto mas é fácil essa hipótese. Depois disso teríamos a relação, ainda na semântica, entre o constitucionalismo global e a ligação com a globalização. Isso poria vários problemas, primeiro, identificar o número de globalizações porque há aqui uma discussão, estamos a viver a terceira globalização ou a segunda? Bem, eu muitas vezes uso um modelo simplificado, alguns autores entendem ter havido uma globalização intermediária entre a primeira e a segunda, teria de ser uma globalização que situaria o final do século XIX, princípio do século XX, Lincoln com aumento das trocas policiais, num modelo mais simplificado, a primeira globalização foi feita pelos portugueses e pelos espanhóis, portanto, o referente aqui seria Colombo e Pedro Álvares Cabral, que é Constituição de uma economia provavelmente mundial. E a segunda globalização é aquela que nós temos a viver nas últimas décadas, num elemento como uma fortíssima revolução em termos de comunicações. Inclusive permite investimento, esta palestra está a ser retransmitida, mas em termos técnicos seria possível chegar praticamente a quase todo mundo, seria uma palestra global, uma palestra sobre constitucionalismo global.

Uma segunda nota, pegando as tais dicas do Rispeck(F). Rispeck(F), numa obra que publicou ainda no final do século passado, distinguia entre globalização e globalismo(F), o que ele diz é que o globalismo(F) é a redução da globalização, é apenas a sua dimensão econômica, e, portanto, quando há outras dimensões da globalização, desloca as culturais que não podem ser esquecidas. E mais, a globalização, segundo Beck(F), não é mera informalização como as pessoas pensarão, mas é reproduzir diversidade mundial no mesmo local. Nós

tivemos numa série de cidades, vamos mostrar o caso de Palmas que é uma cidade ainda em Constituição, uma cidade jovem, também caçula nesse sentido, mas há uma série de cidades onde encontramos praticamente as grandes nacionalidades da terra em termos de gastronomia também, diversidade cultural, religiosa etc. A questão tem a constitucionalidade que nos levaria à forma de como se articulam as constituições que agora estão em rede, constituições finais como para quem admite uma Constituição europeia, mas não admite chamar Constituição. Nesse sentido, o próprio Brasil fez um caminho em termos jurisprudenciais e em termos constitucionais. O primeiro, com uma decisão de há anos do Supremo Tribunal Federal em relação à posição do Brasil, deixou de ser tão nacionalista quanto era em relação ao direito internacional.

Do ponto de vista da afirmação jurisprudencial, suponho seja uma decisão de 2008. Depois tivemos o problema que deu origem a uma imensa literatura da emenda 45, em 2004, que introduziu o § 3º, vamos tratar de direitos humanos, portanto, mesmo que não considerem que isto é uma situação de novos casos mesmo de interconstitucionalidade(F), seguramente há aqui relações de internormatividade(F), imensa jurisprudência, há imensa doutrina sobre isso e alguma jurisprudência que vamos tendo um pouco por todo mundo. Depois, quando falamos Constituição mundial e constitucionalismo, temos como conjunto fórmulas, eu não estou dizendo que sejam equivalentes, porque alguma da literatura constitucionalização do direito internacional público, constitucionalização de governança estadual, constituições desistadorizadas(F), realização da ideia constitucional sem Constituição, por alguns autores que são críticos. Não haja dúvida que o que está a mudar e os grandes desafios, semana passada falava sobre, fazia uma coisa chamada ficção constitucional, a ficção científica e a ficção constitucional, isto é, eu fui falar, antes de mim falou o meu mestre, Dr. Gomes Cantili, sobre as partes do passado e eu tinha que falar não dos próximos 100 anos do direito constitucional, quais seriam as tendências não da moda, mas em termos constitucionais, um exercício de ficção constitucional, e não haja dúvida que há um elemento que já está presente que como rolou muitas coisas que é um mudança de pressupostos, aquilo que tem aparecido muito sublinhado doutrinariamente como alusão dos pressuposto, não apenas em nível interno. Reparem. Nós temos hoje a defrontarmos, o Brasil ainda está nesse momento na fase de expansão, mas estudo do instituto geográfico brasileiro e de estatística que apontam para a década de 30 como serão a ter problemas demográfico, como a gravar, por exemplo, a questão do sistema previdenciário, que também já há alguma literatura bastante interessante. Não é sobre esse ponto, ou melhor, também tem algum impacto, mas do ponto de vista no certo ponto de vista o que se introduziu foi a margem de decisão dos próprios estados num quadro de modelo pós.

Se nós, por exemplo, na organização mundial de saúde, não tivéssemos instrumentos dispostos que temos hoje em relação ao conjunto de epidemias e se continuássemos com os mecanismos tradicionais municidados, em termos, bilaterais ou multilaterais entre estados, teríamos um conjunto de epidemias que se espalhariam muito mais rapidamente e, portanto, há hoje a Constituição mundial, diz-se, no plural, constituições parciais e setoriais, que têm norma e muitas vezes a articulação entre essas construções parciais provoca, como se diria na linguagem sistêmica, irritações e diferentes perspectivas, por exemplo, uma perspectiva a partir de normas fundamentais da OMC em relação ao bem de saúde, pode não convergir a mesma perspectiva vista a partir da Constituição de saúde ou então de Constituição ambiental. Haveria alguns antecedentes, uma espécie de pré-história, tal como falamos de uma pré-história de direitos fundamentais, também há uma pré-história do constitucional mundial, ou também outra vez a Península Ibérica, Francisca Vitória, com ideia de um conjunto de direitos que teve grande implicação, por exemplo, quando chegaram à América Latina, ou seja, ver se os índios tinham alma ou não, se eram ou não pessoas, e também a questão de se havia ou não um, em termos de hospitalidade, havia ou não um conjunto de direitos mínimos que se aplicam a toda hora, a todo mundo. Teríamos também o padre Antônio Vieira, um luso-brasileiro, que eu não vou agora aqui desenvolver, em discussão sobre por perto.

Como não temos cada tema destes, o que nós temos a assistir, nossa circunstância que é dita no plural, passa por uma nova trilogia, lembra a nossa trilogia revolucionária francesa: liberdade, igualdade e fraternidade. Hoje o mundo debate com, não é que tenha desaparecido, mas há uma nova trilogia, diz um autor, a segurança, diversidade e solidariedade. Isso é o problema da estática social e da crise que eu falava a pouco do estado questão da sociedade mundial de risco, pensem em e a questão das globalizações. Teríamos Constituição e democracia para lá no estado, sim, é possível autodefender uma Constituição mundial ou global numa sessão jurídica, e não meramente sociológica, política ou econômica, nesse caso, por exemplo, quando defendem



alguns autores do chamado Public Choice, temos aqui Constituição, uma Constituição referida ao político, mas não é estatocêntrica(F), não está centrada no estado, reconhece os limites deste. Mas detenção que o estado não é para ser deitado fora. Há um conjunto de literatura recentíssima que volta a falar, há uma célebre frase do Mark Twain quando um jornal publicou que eu ele morrido, eu escrevi que a notícia de morte tenha sido um bocadinho exagerada, e a notícia do estado, da morte do estado também foi um bocado exagerado, mas é verdade que o estado encontra-se com novos desafios, porque, sobretudo em países com alguma dimensão, há hoje um conjunto de pessoas, lembro-me de uma frase de uma empresária que dizia: Para mim os países são como os hotéis, se eu não gosto me mudo. E, portanto, temos todos os problemas das localizações, e a própria capacidade de o estado obter recursos sem prejuízo do aumento da carga fiscal, em muitos países, acaba hoje por estar limitada, porque em grandes grupos há exceções, um em pouco para todo mundo, inclusivamente, como alguns terão percebido agora a atividade do Luxemburgo, por exemplo, como regimes onde se localizam, não é por acaso que a Amazônia Europa tem essa, em Luxemburgo.

Depois, primeiro, o estado não é aqui um fantasma, vou citar Gomes Canotilho, o estado seria objetivo e pressuposto da Constituição, já lhes disse que, onde está estado, devemos pensar em sociedades políticas e em comunidades políticas, portanto, há outras comunidades políticas organizadas e, nesse sentido, isto abre a porta para a possibilidade de uma condição mundial ou global. Contra isso teríamos a questão do povo ausente. Mas não há um povo mundial, não há um povo europeu. Eu não quero ser radical, não quero provocar, mas pegando em dois autores. Eu só queria em rigor da identificação. Acontece que na hora certa não está a aparecer a referência, mas a referência é muito simples e é uma referência, dois autores brasileiros muito conhecidos eu vou deixar, que vem dizer, por exemplo, analisando a implementação da república no Brasil, como sabem, é 15 de novembro de 1889, tivemos a implementação de república no Brasil, com a primeira construção republicana, em 1891, que influenciou a Constituição Portuguesa, de 1911, e o que venho a dizer é que o povo estava ausente, e portanto, isso seria a crítica interna. Mesmo no plano interno há limitações, mas nós ainda podemos conduzir o poder do ponto de vista do discurso ao povo, o que ficaria é a famosa frase do, que diz mais ou menos isso: O poder vem do povo, o problema é saber para onde vai. O segundo argumento seria a ausência da homogeneidade, quer dizer, as comunidades nos finais teriam uma homogeneidade ética cultural. Isso não é verdade para uma série de comunidades. Portanto, isso não pode ser o pressuposto, nem o argumento contra, pelo contrário, a diversidade é o elemento recorrente. O terceiro é a questão da democracia para lá do estado.

É possível pensar a democracia para lá do estado? Bem, nós também poderíamos começar por dizer, segundo um conjunto do autor, que vivemos hoje numa pós-democracia. O que isso significa? Não é ditadura, e nós desse momento temos o termo simbólico no Brasil. Passam 50 anos, de 1964, não precisa explicar aos meus alunos, preciso explicar às vezes o que aconteceu em 1964 no Brasil, mas pós-democracia não é o fim do sistema eleitoral, as eleições, ao jogo eleitoral, mas não é verdade, em última análise há um conjunto de autores, como as empresas, poderosos interesses que acabam por neutralizar. Também não vamos imaginar que isso antes era o paraíso, tampouco devemos demonizar os interesses de uma comunidade feita de valores, mas também de interesses? E não demonizemos, de qualquer forma, uma parte das tríades; temos hoje pós-democracia, não é ditadura, há eleições livres, eu posso criticar o regime e jantar em casa sem problemas, coisa que as pessoas às vezes esquecem as vantagens de viver na democracia, mas do ponto de vista do estado e de suas decisões, o estado seria um estado ocupado e, portanto, o que dizer, vão criticar os constituintes mundial. Novo paradigma, o menor paradigma ou uma nova utopia, e teríamos aqui quatro modelos de resposta, o estado mundial, república mundial, democracia global e a governança global. O estado mundial, eu subscrevo as críticas feitas ao professor Jorge Miranda, onde é que estão hoje mais discute ao nível de governança global, as instruções de governança. Não vou começar com as distopias, como o, Admirável Mundo Novo, o estado mundial como distopia, ou a distopia é uma utopia negativa. Não vamos julgar, brincar com Guerra Dos Mundos e espaços intergalácticos, também não vamos viver a república mundial.

A segunda crítica que não tenho tempo de desenvolver, mas já foi a pouco a florada, é a questão da diversidade, nós vivemos hoje em comunidades onde, segundo somos estranhos murais, isto é, vivemos na mesma comunidade, mas nós já não conseguimos nos entender sob o ponto de vista substantivo. Seja aborto, seja eutanásia. Propuseram que se criassem redes de saúde com conseqüente das preferências, uma rede para os católicos, seria salve o erro, reparem que o teu problema de diversidade e da fragmentalidade(F), e como

nós vamos entender, tanto que já há uma parte da doutrina. Estamos aqui a falar de constitucionalismo, de pós-constitucionalismo, pós-constitucionalismo não quer dizer que constitucionalismo seja deitado fora, mas reduz em muito as dimensões materiais, quer dizer, nós andamos a aprender durante muito tempo e às vezes ainda aprendemos, a Constituição, integração das comunidades, e temos de viver em comunidades cada vez mais radicalmente plurais e diversas. Será que tem razão? E, portanto, qual é o problema? O problema é que a sociedade mundial também tem essas questões. Depois viria uma tentação para constitucional, teríamos a Constituição mundial construída por um conjunto de redes, a rede das redes. Teríamos, por um lado, uma questão intercultural, por outro, uma pluriformalidade constitucional.

O que se quer dizer com isso? Tal ideia de ser uma pluralidade, as constituições: ambiental etc., que se concentra em uma rede, não se pensa isso num único documento, embora haja uma parte da doutrina que defende que a Constituição mundial é a carta das Nações Unidas, ponto final. Isso, aliás, tem grande tradição, não pensem que é uma inovação, tem quase 100 anos, vamos encontrar esse pensamento, por exemplo, em escrito na década de 20. É plurisubjetividade(F) constitucional a uma série de sujeitos, pluriposicionalidade e multidisciplinares de posições, isto daqui nós vagamos a outro, falamos muito, passamos a vir a falar de direito, mas é a questão de ver, não do ponto de vista ético, mas do ponto de vista jurídico, como podem ser operativos os deveres para lá, porque houve uma feita por um dos subscritores, o então José Sarney, sobre deveres mundiais etc. Mas fora disso, no plano da sociedade mundial, podemos limitar juridicamente, por exemplo, a intervenção de um conjunto de multinacionais a partir da esfera internacional, ou temos apenas posições de fato, como cidadãos de reagir? E para respeitar e honrar o meu tempo, isto vale, portanto, a um jogo sobre civilizações, vou só mostrar sumário, para os governos dos estados, empresas transnacionais, cidade e o estatuto das pessoas humanas. Sendo certo, também digo que, no quadro da Constituição mundial, os estados continuam a ser autores fundamentais.

Há autores que radicalmente pressupõem a substituição do estado pela pessoa humana, mas existem certas limitações em termos de posições jurídicas. Depois, essa Constituição mundial é caracterizada por uma heterogeneidade do objeto, porque tem, o que fica aí, sobre o que versa? Três coisas fundamentalmente: Esfera domínio que cai fora da jurisdição dos estados. Há uma série de limitações heterônimas à capacidade da nomeação das diferentes comunidades políticas. Por exemplo, standard mínimo dos direitos do homem impõe seu própria poder constituinte ordinário. E princípios nucleares das noções internacionais, entre nações. Nós temos um direito cosmopolita e continuamos a ter o internacional. Se quisermos, não são apenas os domínios das relações entre estados, costume usar um texto sobre o amor, do Teilhard de Chardin, e ele, ao tentar explicar as relações amorosas, diz que em determinado momento, só no primeiro momento em que a pessoa está centrada em si, isso corresponderia ao ponto de vista do interesse final aqueles modelos realistas. Segundo, para citar, relações internacionais tinham conflitos de interesses temperados pelo sangue, verdadeiro estado de natureza, não há relação nos fins.

Depois, na relação amorosa, transpondo isso para este domínio, o abrir, só o outro significaria a normatividade negociada. E o terceiro momento, que é o momento da sobcentração(F), centrar-se em algo, para Teilhard de Chardin, tem cumprimento lógico, mas aqui seria a dimensão cosmopolita, e então teríamos um conjunto de fins e limites aos consumidores mundial, não arremeter a vários estados, falhados ou desmoralizados, os estados todos poderosos, aqueles que não querem cumprir as normas, porque têm armas de alguma maneira, os novos autores, e vão mesmo terminar para passar a terminar antes do ponto final, o constitucionalismo mundial, é preciso saber que há certo constitucionalismo mundial, hoje se fala de new, não confundir com o neoconstitucionalismo, pois também sou muito crítico, esta fórmula numa parte da literatura Anglo-Saxônica está sendo utilizada para defender, no fundo, o poder dos mercados no merco constitucionalismo, portanto, não é exatamente aquilo que as pessoas pensam, não traduzam a expressão, para defender o chamado capitalismo tecnocrático(F), uma civilização do mercado, tantas posições, e portanto, um conjunto de interesses, com implicações a essa leitura nesta questão dos direitos humanos. É ainda incerto o constitucionalismo, esse projeto que visa combater seja permitido em jeito de despedida quando somos convocados a articular bandeiras ao aumento das Constituições estadual, federal e global em rede interconstitucional(F), abrir as portas ao sonho, ao ideal, mais realista do que utopia, quando estamos já à porta dos 500 anos do livro de Thomas Morus, simbolicamente político, mártir que não trocou princípio por confidências, enfrentando o rei Henrique VIII, e outro elemento na versão de Chico Buarque, que reinventou o



original de Broadway de *Sonho Impossível*. Portanto, o espetáculo é o *Cavaleiro da Mente* de Dom Quixote. Referimos é cito negar quando a regra é vender e defender as suas convicções, cito outra vez a canção, lutar quando é fácil ceder. Reiteradamente sublinha que os clássicos do constitucionalismo compreendem vasta paleta que vai de música à literatura conjugando textos do pensamento político e outros mais técnicos. Essa dimensão cultural é aquela em que a cultura não é apenas objeto, matéria de tratamento constitucional, Constituição da cultura, recordando, e cito, não por acaso, o maior juiz da antiguidade, Cícero, foi simultaneamente o criador do conceito de cultura, que termina a citação: Neste tempo em que passam os 50 anos da instauração da Ditadura Militar recordamos que a resistência passou também pela defesa de um constitucionalismo com projeto global, numa das reações que vimos.

Nesse processo de combate, algumas das canções da música popular brasileira, MPB, não são meras e insignificantes notas de rodapé, poderíamos recordar, agora que sabemos, em Portugal, os 40 anos da brio, o desafio de Chico ao regime militar então personificado em Ernesto Geisel, quando cantou guarda um cravo para mim. Peça que integra a teoria constitucional brasileira, ou na letra de A Banda, apesar de você, amanhã há de ser outro dia. Ou ainda, meu caro amigo, dirigida a Augusto Boal, que desenvolveu o teatro do oprimido, esteve exilado em vários países, incluindo Portugal, ou ainda na letra da música de Raul Seixas, a sociedade alternativa que foi censurada. Sinto-me tentado a recomençar a análise sobre constitucionalismo e interconstitucionalidade(F), mas não há perigo. Avaliando precisamente é, a partir da letra de um sonho impossível, possível de fazer mexer, segundo a imagem de Carlos Drummond de Andrade, uma flor na cidade que deixaria numa interpretação tropical para a voz sublime de Maria Betânia, pois, cito em minha lei, em minha questão virar este mundo, gravar este chão, chamados a um constitucionalismo ecumênico, tomando de empréstimo a fórmula de Michael Perry, que se diz em rede e nos convoca a desenvolver o que vimos, chamando a um dogmático penta imperial, doutrinal, defendendo o império de direito no quadro mais vasto do império espiritual que Fernando Pessoa sonhou, pois não podemos viver na estreiteza de uma só nação. Um autor em comum, padre Antônio Vieira apontou o ideal, uma cultura de fraternidade e de paz, um quinto império que reescrevemos hoje em novos termos, um banquete em que se celebra a fome e a pobreza dos princípios fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil, art.3º, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, quer da Constituição Estadual de Tocantins, art.2º, 5º, erradicar a pobreza e a marginalização.

Este ideal passa no mundo que recentemente também por redes de interconstitucionalidades(F) sem prejuízo de complexidade histórica cujo anúncio do fim, na sequência da queda do muro de Berlim, se revelou história. Desafios como Califado e estado islâmico, por exemplo, põem os limites do desejo e da geometria dos textos jurídicos, uma série de eventos recentes revela que o constitucionalismo mundial não deve ser um projeto para deitar pela borda afora, estado e constituições finais como pretendem alguns, e também como algumas leituras, convertidas em merco ao constitucionalismo, o constitucionalismo mundial, rectus, certo constitucionalismo mundial pode ser perigoso para os povos e para as pessoas, e assim, abrindo para a pessoa nas suas específicas singularidades apesar de discordâncias que só elevam ao discurso acadêmico na sua pluralidade, terminamos em chave de convergência e com o patrono deste Congresso, aqui e agora homenageado, o professor Jorge Miranda. Defensor da pessoa humana como pedra angular do mundo em geral e do direito também constitucional em particular. Profundamente sensível ao diálogo constitucional em registro, em geral com particular incidência no Brasil, cético perante uma Constituição global ou mundial, mas aberto a reconhecer a importância de interatividade, bem comum mundial, defensor de um constitucionalismo, amigo do internacional, para os acadêmicos, és festa, homenagens são feitas ao som de argumentos e contra-argumentos, esse é o seu modo de gingar. Permite que em conjunto em cordial e singelo registro, discorrendo de novo de Chico agora em Olê, Olá, cito, felicidade aqui pode passar e ouvir e quem sabe sambar, que entre na roda e mostre o gingado. E na festa de homenagem, de novo, é tempo de todos agradecerem.



Conferência Brasil Interdisciplinaridade, Pesquisa e Cidadania

Professor Pós-Doutor Antônio Carlos dos Santos (UFS)

Presidência da Mesa: Professor Doutor Tarsis Barreto Oliveira (UFT)

O presente texto é uma gravação da conferência ministrada durante o II Congresso Internacional em Direitos Humanos

Boa tarde a todos. Gostaria de agradecer o convite para participar deste evento. Espero que com a minha fala de manhã não seja a última. E quando for novamente convidado, se puder, virei com prazer. Como disse também pela manhã, fico bastante contente que o mestrado de vocês esteja, enfim, consolidado e muitos estejam aqui aproveitando deste evento. Então, gostaria de registrar, agradecer e manifestar a minha alegria de saber que, como disse, tive a oportunidade de ver esse mestrado nascer e estar caminhando para a sua consolidação. Então, vou preferir falar em pé e espero que vocês possam me acompanhar, o horário não favorece muito. Espero que ninguém cochile e que a gente possa conversar um pouco depois. Prometo não falar muito, para que possa ter o feedback de vocês, e, depois, que haja um tempo para, de fato, conversarmos. Preferencialmente "tête-à-tête", conversando frente a frente, e não por meio de bilhetinhos, pois acho mais espontâneo se vocês falarem, se expressarem.

Quando o professor me convidou, pensei sobre o que falar no evento sobre direito. Eu sou, eu fico desconcertado. E qual é o papel do professor de Filosofia, por vezes é esse, é também desconcertar certos ambientes e, nesse desconcerto, a gente acaba incomodando; gostaria, pois, de tocar num assunto que incomoda, qual seja, a interdisciplinaridade. Vou começar com um quadro, vocês podem ver aí? Não sei se está muito claro, se é possível vocês acompanharem. É o quadro, de um pintor francês. Tradicionalmente, imaginamos o Palácio de Versalhes, na França, como um lugar de fúria, quase como da Revista Caras. Certamente vocês já ouviram falar, ou, já viram em rodoviárias, aeroportos ou coisa aparecida, consultório sempre tem uma revista Caras, que não é das melhores, em se tratando de alguma ilustração. Estou brincando aqui, porque no Palácio de Versalhes, esse quadro mostra Colbert apresentando a Luiz XIV, Luiz XIV. É esse que está com a pose vermelha, quem está no centro de quadro, recebendo academia, os mais recentes componentes da Academia de Ciência e Arte da França. Então, vocês podem perceber, aqui no quadro geógrafos, arquitetos, museólogos, gente que pensa, que executa, de diferentes áreas, diferentes domínios. Quando brinquei que isso aqui não é da revista Caras é porque, geralmente, revista Caras é só tititi, com fotos de pessoas conhecidas, em determinado castelo. Não sei se a Caras tem um castelo, ou não. Mas, é muito mais de fofoca e de fotos de pose do que, propriamente, de pensamento.

Então, esse quadro eu trouxe apenas para ilustrar a vocês que o Palácio de Versalhes, na região Parisiense, na época do século XVII, não era apenas um lugar, um espaço de fúria, de fofoca, em que Luiz XIV fazia e



acontecia politicamente. O Palácio de Versalhes é também o lugar em que ele propiciava, e para isso ele fazia bom uso político de diferentes profissões, de diferentes áreas, que provocava o diálogo tentando resolver alguma coisa, os problemas daquele período segundo o que ele entendia. Então, pode-se dizer: o que isso tem a ver com interdisciplinaridade? Isso aí é interdisciplinaridade? Não. Mas podemos nos inspirar num quadro como esse, para a gente pensar que não podemos fazer interdisciplinaridade sem dialogar com diferentes áreas. Quem quiser fazer interdisciplinaridade dialogando apenas consigo, não vai para frente, nós não conseguimos avançar o conhecimento, fazer avançar o conhecimento, e estou pensando, sobretudo, no mestrado. Estou pensando, especificamente, nos alunos, nos professores do mestrado, e estou aproveitando essa oportunidade, para a gente poder conversar sobre esse tema, ou seja, não podemos fazer avançar o conhecimento se não produzirmos conhecimento novo.

A ciência, ela só se desenvolve por meio da produção do conhecimento novo. Só que esse novo não é absolutamente novo, é baseado em alguma coisa antiga. Alguns caracteres, algumas características, algumas questões antigas, bem antigas. Então, nos últimos anos, tivemos um salto extraordinário do conhecimento. Entre os anos 1300 e 1950, por exemplo, saltamos de 7 áreas do conhecimento para 54. A partir de 1987, passamos para 8.530. De 1990 para cá, tivemos um salto de mais de dez mil áreas distintas, um crescimento extraordinário do conhecimento. O que permitiu esse salto do conhecimento? O que permitiu essa abrangência do conhecimento, o surgimento de diferentes áreas? Para o bem ou para o mal foi a Revolução Científica e Tecnológica da Modernidade. Quais foram as consequências imediatas desse crescimento tecnológico, sobretudo da modernidade? Uma pulverização do saber e uma ultra especialização disciplinar, ou seja, hoje, sabemos cada vez mais sobre cada vez menos. Costumo brincar que se a gente quebrar o dedo mindinho esquerdo, e se a gente for a um ortopedista. E se ele não for especialista do dedo mindinho esquerdo, ele vai mandar a gente para um especialista, um ortopedista especialista em dedo mindinho direito, não é? Esquerdo, perdão. Se quebrar o esquerdo e se a gente for para o direito, ele vai mandar voltar para um esquerdo, porque ele não vai saber cuidar do dedo mindinho, direito, ou seja, a auto especialização trouxe vantagens, mas também trouxe desvantagens. Então, vamos tentar discutir um pouquinho sobre isso. O que aconteceu? Nós temos, basicamente, uma grande diferença entre o mundo antigo e o mundo moderno. Então, o que aconteceu no mundo antigo? Predominou o ponto de vista relacionado ao todo, dando origem a um saber universal enciclopédico, uma espécie de saber filosófico.

O que é esse saber enciclopédico? É uma pessoa absolutamente inteligente, uma pessoa muito erudita, que sabe um pouco de tudo. Nós tínhamos pessoas assim, se a gente pensar o Da Vinci, por exemplo, se a gente pensar um antigo, como Aristóteles, que sobre o qual o ocidente se sustentou, em larga medida, se sustenta até hoje, claro que em muitos aspectos ele é um pouco ultrapassado, mas em outros aspectos foi graças a Aristóteles que muita coisa nós pudemos desenvolver. Vejam, grandes pensadores, assim, enciclopédicos, hoje, praticamente, não existem. Esse tipo de sábio. Por quê? Porque no mundo moderno, com a criação das disciplinas e as especialidades, o ponto de vista é o da parte. Com a expansão do conhecimento, o lema passa a ser: "Já que não é possível dominar o todo, a saída, então, é dominar, é exaurir, ao menos uma parte." Dando origem ao saber especializado, ou ao saber científico, ou aquele que é o expert, ou o especialista. Saímos de um Montaigne, por exemplo, um pensador da Renascença Francesa, um dos mais importantes, que na sua torre redigiu os seus ensaios, depois ele decide viajar a cavalo dois anos e distribuir a sua obra. Ele escreveu sobre tudo, quase tudo, sobretudo do ponto de vista do humano. Ele é considerado um dos maiores humanistas. Quer dizer, hoje, é muito difícil, é muito raro, a gente encontrar alguém que tem um saber, um conhecimento tão vasto quanto Montaigne, por exemplo. No século XIX, passamos a ter uma autoespecialização.

No século XIX, apesar dessa autoespecialização, um funcionário sabia fazer um sapato, por exemplo, um sapateiro sabia fazer, dominar o seu sapato, hoje é difícil a gente encontrar um sapateiro, não é? É difícil encontrar alguém que domine todo o meio de produção, por quê? Porque quem trabalha numa fábrica de sapato só vai saber aquela coisinha, porque outro vai fazer outro; outro vai fazer outro; outro vai fazer outro, e aí nós perdemos o controle do fazer, do exercer aquela profissão. Então, o que é o especialista? Segundo Gusdorf, "o especialista é aquele que sabe, cada vez mais, sobre um domínio, cada vez restrito, de modo que a sua realização perfeita é saber tudo, de nada". Ou seja, hoje, nós sabemos – como falei há pouco –, cada vez mais sobre cada vez menos. Cada vez, a gente restringe a esfera do conhecimento. O ângulo, a circunferência do conhecimento para a gente poder aprofundar. Nós ganhamos em conhecimento, mas perdemos em

abrangência. Então, do século XX, nós temos uma complexificação maior da produção do conhecimento. Se antes para fazer um sapato, fazer um instrumento, ou fabricar o que quer que seja, era necessária uma quantidade extrema de funcionários, hoje, um funcionário aperta um botão, maneja uma máquina e aí, já, tudo funciona. Uma estação de metrô é administrada por apenas um funcionário, o restante, por câmeras, por motor, controle remoto. O metrô, nem precisa mais de condutor, então, cada vez mais diminuímos a presença do humano nos materiais técnicos, nos instrumentos técnicos. E o que acontece? De tanto ser especialista, o homem contemporâneo perdeu a noção do todo, e o grande desafio do modo particular da humanidade, hoje, é tentar aproximar essas disciplinas, fundindo áreas do conhecimento a menos autores, temas comuns, problemas complexos que uma disciplina não consegue dar conta. Penso que, algum tempo atrás, um antigo presidente, que muitos de vocês se lembram, disse que ia acabar com a inflação com um tiro só. De fato, não acabou. E nenhum problema quase se acaba com um tiro só, com uma canetada só, com uma questão só.

Hoje, os problemas são tão complexos, envolvem tantas questões, de diferentes áreas que precisamos, cada vez mais, buscar o diálogo, a conversa. Porque, já que não temos mais esse conhecimento do todo, nós buscamos parte desse conhecimento, nós dominamos apenas parte dele, por isso, a gente precisa buscar o auxílio de outros especialistas. Vejam, a interdisciplinaridade consiste em quê? Na cooperação das disciplinas, de forma integrada e sistemática, tendo em vista a compreensão de um objeto a partir da confluência de pontos de vista diferentes e tendo como objetivo final a elaboração de uma síntese, relativa ao objeto comum. Um exemplo: o projeto Apolo desenvolvido pela NASA, entre 61 e 72, envolvendo equipes de diversas áreas do conhecimento com o objetivo de enviar o homem à Lua. Esse é um grande projeto interdisciplinar. Nós poderíamos dar outros exemplos, talvez mais próximos, mas vou chegar lá, vou tentar, ao menos, chegar lá.

Nós temos imenso desafio para essa nova forma de se produzir conhecimento novo, de se fazer ciência que é a interdisciplinaridade. O problema é que, já na graduação, às vezes, antes da graduação, os professores, por diversas razões, quando encontram um aluno que seja bom, ou razoavelmente bom ficam naquela disputa... E aí eu encontrei essa charge, que achei muito boa: O professor de matemática puxa o aluno para a matemática, o professor de história puxa para a sua área e os demais, a mesma coisa. Vamos conversar, vamos tentar fazer alguma coisa juntos. Por alguma razão ou por vaidade, ou por falta de diálogo, ou por outros interesses, o aluno fica perdido, e isso nós percebemos desde o ensino médio, até a universidade. Diante da inflação do conhecimento, como eu falei para vocês, há pouco, dos dois últimos séculos, dessa pulverização da ciência em especialidades, que levou cientistas a saberem, cada vez mais, sobre cada vez menos, da infinidade de disciplinas, que são consequências da Torre de Babel, das línguas em que hoje encontramos o que podemos fazer para provocar um diálogo, e eu me refiro, mais particularmente, às humanidades, mas poderia ser às Ciências Sociais aplicadas ao Direito que é, por si só, uma área interdisciplinar, penso eu.

Os problemas complexos exigem abordagens igualmente complexas. Por exemplo, gerar um artefato tecnológico, construir um avião, intervir na vida das grandes cidades, um projeto urbanístico, por exemplo, capacitação de água, tudo isso são projetos grandiosos, nenhum engenheiro sozinho faz isso. Então, como esses projetos são realizados? No diálogo, metódico e conceitual, dos projetos envolvidos, com as pessoas envolvidas, com os profissionais envolvidos. Se não há possibilidade de diálogo, esses projetos são destinados ao fracasso. Não tem muito segredo. A interdisciplinaridade pressupõe esse diálogo constante entre áreas, por vezes dentro de uma grande área, mas por vezes entre áreas distintas. Esse contato, de uma com a outra, uma conversa com a outra é que provoca a interdisciplinaridade. Parece uma coisa abstrata, mas não é tanto assim, vou tentar chegar lá. Precisamos pensar de forma exógena, ou seja, fora das disciplinas, mas também endógena, dentro delas, tomando por referência autores, temas, conceitos, correntes filosóficas e epistemológicas, tentando descobrir acordos teóricos, provocando diálogo entre elas, fazendo surgir novas áreas do conhecimento, ou seja, a interdisciplinaridade não é apenas uma conversa com áreas próximas, mas é uma conversa, uma troca de metodologias, uma troca de objetos, uma troca de concepções, já na elaboração de projetos comuns, visando produzir algo novo, algo diferente, visando resolver um problema, que é para isso que a ciência existe, resolver problema. E quem não gosta de resolver problema é melhor não ser cientista, é melhor fazer outra coisa.

No fundo, descobrir esses acordos, esses acordos, usei aqui uma metáfora de um colega da Federal Fluminense. Ele usa acordos, tirou da música, ele é músico de profissão, na verdade, ele é um historiador, que



gosta de música e usa essa metáfora da música, dos acordes, teóricos, epistemológicos, para falar desse diálogo, dessa ponte entre áreas distintas, entre conhecimentos distintos, visando a um objetivo comum, resolver problemas igualmente distintos. Então, a interdisciplinaridade se dá a partir dessa ponte; costume dizer, também, dessas passarelas que nós criamos, são passarelas epistemológicas, teóricas, conceituais, mas também práticas. Sem isso, a gente não vai fazer avançar o conhecimento, sem isso fica difícil o diálogo, então tradicionalmente a metáfora mais conhecida, que organiza o conhecimento, é a de Descartes, que é a árvore do conhecimento.

Que não deixa de ser a imagem da ciência moderna, ou seja, Descartes imaginou a ciência moderna como uma grande árvore, na qual a filosofia é a raiz; a física o seu tronco; e a medicina os seus ramos, e depois vinha a moral e as outras áreas do conhecimento. Essa árvore, que é altamente hierarquizada, não pode existir sem suas especializações, os frutos. São as leis, as teorias, as formas matemáticas que se estendem em ramos cada vez mais finos e sofisticados e altamente especializados. Temos aí uma metáfora da árvore cartesiana, mas um pouco mais detalhada, segundo Descartes. E Descartes, ao separar o sujeito, que sou eu, do objeto, que é o meu. O objeto que está em frente ao sujeito, e essa separação entre sujeito e objeto vai possibilitar na história da ciência uma grande ruptura, porque tudo vira objeto de conhecimento. E o que aconteceu com isso? Eu trabalho no Programa de Desenvolvimento e Meio Ambiente, que é um programa interdisciplinar. Imaginem a minha formação toda é em filosofia, eu tive uma formação disciplinar e quando eu terminei meu doutorado, convidaram-me para dar aula, num programa de pós-graduação interdisciplinar. Fiquei assustado, porque o Descartes que é difundido, o Descartes que é divulgado nos livros sobre as questões ambientais é o Descartes, é um Descartes completamente. Desconfigurado.

O Descartes é o ocupado pela questão técnica, culpado pelos desastres ambientais, pela questão tecnológica, tudo é culpa de Descartes. Pobre do Descartes, eu tenho até pena dele, porque não pode se defender. É uma interpretação, obviamente, equivocada de Descartes, Descartes não disse isso. A gente não pode culpar um autor do século XVII pelos desmandes ecológicos atuais, a gente vai culpar Descartes também pela seca em São Paulo? Não pode. O que Descartes disse é: "O conhecimento existe, ele é hierárquico, tem uma raiz, tem um tronco e, depois, tem os galhos, que são as outras áreas do conhecimento." No fundo, Descartes começou com essa especialização. Então e se é verdade a ideia segundo a qual o século XVII abandonou a duras penas a imagem da história cíclica que concebe o dever histórico como eterno retorno, é bem possível que venhamos a abandonar a árvore e a substituímos por outra imagem, a da rede. Vinculada à informática, aos neurônios e organizar o computador, essa rede possibilita conexões múltiplas, heterogêneas em pontos agrupados. Vejam, hoje, a gente não fala tanto em árvore do conhecimento, porque atribuir uma árvore significa que a raiz é uma ciência. O tronco, que seria altamente importante, para Descartes, seria a física, quer dizer, hoje, ficaria, complicado a gente falar que a física vai resolver boa parte dos problemas do mundo. Não é bem assim. Então, qual é o conhecimento que nos interessa hoje? É o conhecimento em rede, não é? Essa imagem está aqui, bom, eu peguei um aspecto aí, que é a família, mas poderíamos pegar outros temas; significa dizer que está tudo interligado.

Hoje, nós estamos muito conectados, não só pelo computador, não só pela internet, mas os problemas estão conectados. E se a gente quiser resolver um problema apenas por uma área, apenas pela judicialização, nós não teremos muita coisa a resolver, ou criaremos outros problemas. Por essa razão, a terminologia também, ela tende a mudar. No lugar de falarmos em disciplinas, podemos e devemos falar em disciplina-mãe, ou matriz, então, o léxico vai também se moldando, ou se transformando. No lugar de termos uma árvore fincada no solo firme, temos o imponderável, uma vez que não temos onde nos agarrar, e somos, constantemente, levados a nos refazer, reagrupar. Se antes, na árvore do conhecimento de Descartes nós tínhamos o solo firme, onde as raízes da árvore eram fincadas, hoje, a ciência não tem tanto solo firme assim. Na verdade, até hoje nós não sabemos de onde viemos. Há várias teorias, os macacos são os nossos primos, mas não sabemos. É verdade que alguns acreditam, e aí já entra no âmbito da fé em que somos criados, há uma outra interpretação. Do ponto de vista científico, não. Os antropólogos, ainda não têm uma espécie de consenso, em que a ciência tenha entendido de onde nós viemos. Temos questões ainda abertas, precisamos resolvê-las. Nós não temos 100% de certeza, aliás, a ciência não tem certeza, essa é a ideia da ciência moderna.

A interdisciplinaridade exige uma reinvenção das atividades científicas e intelectuais. Se a gente continuar a

pensar disciplinarmente não vai avançar muito também. É verdade que a interdisciplinaridade não veio abolir a disciplinaridade. A disciplina é importante, se nós conseguirmos avançar tanto conhecimento é porque ela foi útil e continua sendo útil, mas, nós, em alguns casos, em alguns problemas, não podemos resolver apenas disciplinarmente. Então, ela não conduz ao fim do especialista disciplinar, mas, ao contrário, é a partir dele que se constrói a chamada inteligência coletiva, sujeito coletivo, fruto da discussão de grupos de pesquisa. No lugar de a gente ter esse especialista, esse sabichão, que sabe tudo de nada, é importante que a gente tenha grupos de pesquisa. Grupos que discutem, produzem, promovem eventos, participam de eventos, mandam alunos, formam pessoas, isso que é importante. Nós não precisamos de um alguém que seja, que venha aqui pontificar o que quer que seja, precisamos de pessoas interessadas em resolver problemas e façam avançar o conhecimento. Nós, aqui no Brasil, conseguimos avançar muito a ciência, conseguimos avançar muito em investimento. A Capes tem investido muito, tem promovido, tem dado muito dinheiro, para promover evento, para qualificar professores, para bolsas de estudo, bolsas de fora do país, agora, isso é dinheiro público, gente, isso é dinheiro nosso, não é? Então, a pergunta, por onde eu ando, eu sempre tenho dito, o que é que vocês estão fazendo, o que nós estamos fazendo para dar o retorno mínimo que seja, é isso publicando, é produzindo, é pensando... A produção da ciência não é por obra e graça do Divino Espírito Santo.

A interdisciplinaridade exige o compartilhamento do conhecimento e a cooperação dos especialistas com a esperança de que aquilo que o indivíduo não pode isoladamente, a soma dos indivíduos reunidos poderá. É uma possibilidade, vocês podem, bom, há garantias? Não, não temos garantia nenhuma. A ciência, os governos investem nela, temos garantias de que vamos descobrir determinadas vacinas sobre alguns problemas? Nós não temos garantias, mas precisamos começar trabalhar, precisamos começar a investir, tem de ser mãos à obra, mas garantia não temos, é como casamento, quem se casa é uma aposta, é uma aposta que vai dar certo, ninguém se casa acreditando que não vai dar certo, eu penso assim. É uma aposta, é como uma orientação. A gente que é professor aposta em determinados alunos, aposta que esses alunos possam crescer. Crescer intelectualmente, certo? Uns dão certo; outros, nem com reza forte, nem com a mãe de santo e pai de santo. Não existe método interdisciplinar, mas sim o diálogo, entre métodos, ancorados nas disciplinas, e aí nós podemos provocar a interdisciplinaridade. Agora, isso gente é um grande desafio, vocês estão no mestrado. Refiro-me, especificamente, aos professores, aos colegas professores, aos alunos do mestrado de Direito, mestrado profissional. Então, isso não é fácil, não é fácil, a gente que teve uma formação disciplinar, eu falo isso por mim, e aí, passar a ter que pensar interdisciplinarmente.

O primeiro grande desafio é uma reflexão crítica sobre o processo de produção do saber, ou seja, o caminho, a veia de produção do conhecimento desde o seu início até o final, isso não é tarefa fácil. Nós temos um problema sério em termos de Brasil, que é onde eu conheço um pouquinho mais, que é a questão dos plágios. Isso, inclusive, em revistas. O ano passado, a gente teve de desqualificar, no Qualis da Capes, várias revistas internacionais, por quê? Porque, hoje, nós temos mecanismos de descobrir se tem plágio, se não tem. E alunos também de pós-graduação é uma praga que está se disseminando, talvez uma praga dessa nova era. Nós temos uma nova era, agora, que é a era do Homo Lattes. Vocês sabem a que estou me referindo, não é? É o nosso famoso Lattes, todo mundo quer inflar o Lattes. O Curriculum Lattes. Só que essa inflação do nosso currículo, isso não adianta, porque na hora de a gente avaliar, a gente percebe o que, de fato, é obra trabalhada. É um trabalho reflexivo, do que é inflação.

É um grande desafio esse processo da produção do saber. Desde um aluno que começa com iniciação científica até o final da sua formação com o doutorado. Segundo o que eu penso, é extremamente difícil dar aos alunos um distanciamento crítico em relação às suas certezas intelectuais disciplinares. Por vezes, os alunos chegam à universidade com tantas certezas que vira uma religião. Ora, o que faz avançar o conhecimento não é a certeza, é a dúvida. Se a gente dogmatiza o conhecimento, a gente cria igrejas, não local de saber, não local de produção do conhecimento novo, e, há poucos dias, eu, encontrei um aluno. Eu encontrei um antigo aluno que foi meu aluno no primeiro período, e: "Oi, tudo bem, tudo bem, professor. Estou bastante contente, porque decidi que vou fazer o meu mestrado nisso, vou fazer o meu doutorado." Isso no segundo período do curso de filosofia, segundo período. Eu disse: "Rapaz, espera aí, espera aí, espera aí, espera aí, calma! Quer dizer, no segundo período você já planejou a sua vida acadêmica? Você está reduzindo a sua vida acadêmica, planejando de tal forma, a sua vida acadêmica, no segundo período? Onde está o espaço, para o imprevisível? Onde está o espaço, para coisas que você possa usufruir, encontrar, se decepcionar?". Então é muito curioso, é



um aluno inteligente que se entusiasmou. Penso que a nossa tarefa, enquanto professor, é dizer: "Olha, temos várias possibilidades, você tem várias possibilidades, não restringe a sua vida, à vida acadêmica, e, muito menos, a delimita, desde já, não é?" A gente sempre tem de deixar uma porta aberta para o imprevisível. Então a construção. Um desafio da interdisciplinaridade é essa construção das passarelas, entre as disciplinas, dos diálogos, das pontes. Os nossos departamentos, eles são tão disciplinares, é tudo tão quadrado, é tudo tão fechado, que, por vezes nas instituições, nós não temos espaço para o cafezinho, nós não temos espaço para a conversa, nós não temos espaço para um diálogo, nem mesmo social, quiçá acadêmico.

Então, provocar esse diálogo, provocar essa conversa com diferentes áreas, é um grande desafio. E completar a formação dos alunos para que saibam o suficiente, para entender o que as outras disciplinas dizem, não para se tornar interdisciplinares por si só. Os nossos alunos, como esse exemplo que eu chamei para vocês, disse para vocês há pouco, são tão formados disciplinarmente, que não veem a possibilidade de outro conhecimento, ou outros conhecimentos possíveis. Esse desafio de criar passarelas, ou de um olhar cruzado, para quê? Para superar as fronteiras das disciplinas. É necessário familiarizar-se concretamente com esse cruzamento dos olhares sobre os mesmos objetos. E, para isso, nós não temos, como eu falei para vocês há pouco, um objeto... Um método interdisciplinar, nós temos métodos. Precisamos saber qual método se aplica melhor àquele objeto, que conversa melhor, que dialoga melhor. Já estou caminhando para o fim. Nós precisamos, num último desafio, dessa familiarização com o trabalho em equipe, discutir junto, formular projeto junto, publicar junto, promover um evento junto, isso é coisa que dá muito trabalho.

Envolver os alunos de diferentes áreas, de diferentes perspectivas, e o problema é que muitos não estão dispostos, mas aí a gente precisa contar com quem está disposto, com quem quer, com quem está a fim. Segundo a Capes, o nosso documento diário, o que é a interdisciplinaridade? "É a convergência de duas ou mais áreas do conhecimento, não pertencente à mesma classe, que contribua para o avanço das fronteiras da ciência e tecnologia, transfira métodos de uma área para outra gerando novos conhecimentos ou disciplinas". Então, quando a gente pensa biofísica, é uma área interdisciplinar, que surgiu do encontro da biologia e da física, há várias disciplinas recentes surgiram a partir dessa conversa de áreas próximas. Eu gosto desse autor, quando ele mostra uma alegoria, uma imagem da coreógrafa, na interdisciplinaridade. "Numa ação interdisciplinar, as partes envolvidas dão-se as mãos, movimentam-se juntas, como num ballet voltadas para o tema central. Aproximam-se, afastam-se, interpelam-se, respondem-se, ora se exhibe o solista, ora se impõe o coro.

O essencial da interdisciplinaridade consiste em produzir uma ação comum, mantendo cada uma, a cada participante o que lhe é próprio." Quer dizer, a interdisciplinaridade não vai abolir, como falei há pouco, a disciplina. A minha formação disciplinar, em filosofia, permanece, mas eu consigo trabalhar em outras áreas, ver outras áreas, e o que eu produzo a partir daí é outra coisa, não é filosofia, nem sei o que é, mas ao menos é uma tentativa. "É a complexidade dos problemas que obriga e exige a abordagem interdisciplinar", é uma frase de Jean Piaget. Então, aqui nós temos algumas referências, que utilizei, se vocês quiserem depois eu depois passo para o Tarsis. Agradeço a compreensão e a atenção dos senhores. Muito obrigado.



Conferência Portugal

A Efetivação Judicial do "Direito ao Ambiente": um olhar europeu

Conferencista: Doutora Carla Amado Gomes (FDUL)

Presidente da Mesa: Professor Doutor Paulo Sérgio Gomes Soares (UFT)

O presente texto é uma gravação da conferência ministrada durante o II Congresso Internacional em Direitos Humanos

Depois de uma palestra instigante como aquela que tivemos antes, não vai ser fácil porque escolhi para esta minha palestra um tema um pouquinho técnico, e esse tema vem porque precisaria cruzar a temática do colóquio sobre direitos humanos, com a minha área de conhecimento, e também trazer alguma informação sobre o contexto na União Europeia. Espero que isso possa provocar alguma curiosidade e dar sequência a algumas pesquisas sobre esse ramo do Direito, no sentido da comparação entre o sistema brasileiro e o sistema europeu. Até porque muitas vezes, permitam-me esse parêntese breve, ouço as pessoas se lamentando de que no Brasil nada funciona, e o Direito Ambiental é uma ficção, ninguém respeita, os industriais fazem o que querem, os crimes ambientais são demasiados severos, enfim, há excessos, há défices, e ficam pensando que na Europa tudo funciona maravilhosamente.

Devo dizer que não é assim. Um quadro legal brasileiro no que toca ao Direito Ambiental é um quadro bastante evoluído que me tem dado boas informações e bons dados comparatísticos que me têm permitido evoluir nos meus estudos, e até utilizar exemplos da legislação brasileira no meu ensino de Direito Ambiental. O problema do Direito Ambiental é o mesmo em todo lugar, é um Direito muito antipático, porque ele vem nos dizer que os comportamentos que estamos acostumados a ter não podem continuar, porque estamos numa senda de degradação dos recursos ambientais do Planeta, então ele vem nos dizer basicamente que temos de alterar os nossos comportamentos. E isso passa pela alteração das mentalidades que é a coisa mais difícil de fazer, de implementar. O problema não é das leis, é do comportamento das pessoas e, muitas vezes, da fiscalização. Reitero a ideia, veiculada hoje e ontem pelo professor Jorge Miranda, de que a questão está toda na educação, na formação.

O cidadão tem de ser educado para essa nova realidade, qual seja, a proteção do ambiente. Enfim, a minha palestra tem por título: "A Efetivação Judicial do Direito ao Ambiente"; desde logo essa expressão aparece entre aspas, porque ela me merece algumas dúvidas e eu pretenderia lançar um olhar europeu sobre essa questão "A Efetivação Judicial do Direito ao Ambiente". Trouxe esse tema porque muito recentemente, já hoje de manhã eu referi que organizei um colóquio na faculdade de Direito sobre uma trilogia de direitos ligados ao Direito do Ambiente e por força da palestra que tive de preparar então, tive acesso a uma página da União Europeia que me conduziu a um estudo que a Comissão Europeia está levando a cabo há alguns anos, e que consiste na



elaboração de relatórios sobre o estado da justiça ambiental nos 28 estados da União Europeia, nos 28 Estados-membros da União Europeia. Neste momento, esse link, que depois vou deixar aqui para organização, tem 23 relatórios publicados, falta publicar apenas 5, curiosamente um deles é o relatório sobre Portugal. Esses relatórios têm uma grande vantagem, são acessíveis gratuitamente de forma universal e estão todos organizados da mesma maneira, ou seja, há um conjunto de pontos aqui, os estados tiveram de responder a eles, então isso permite fazer um comparativo entre como funciona o direito ao ambiente nos 28 Estados-membros. Eles estão em inglês, é uma informação preciosa para quem possa e queira estudar esse tema e utilizar esses dados de Direito Comparado.

Organizei a minha exposição em quatro partes, a primeira consiste numa introdução que espero seja muito breve, pois queria tratar duas questões preliminares, no fundo em primeiro lugar, a justiciabilidade dos direitos da posição jurídica direito como a sua prova de vida, um direito só é verdadeiramente um direito se for justiciável, só é um pleno direito se ele for justiciável, por outro lado, essa justiciabilidade tem gerado, na Europa, Portugal incluído, algum excesso de litigiosidade, ou seja, por que as pessoas são cada vez mais conscientes dos seus direitos? E porque as constituições garantem, formalmente pelo menos, o acesso ao tribunal e a defesa desses direitos, os tribunais estão hoje vivendo uma crise de organização e de administração da justiça, e também sobre isso, gostaria de deixar algumas palavras preliminares na lógica do cruzamento com o direito ao ambiente.

Num segundo ponto, eu queria testar com vocês até que ponto esse direito ao ambiente, que se encontra consagrado no art. 225 da Constituição Federal, de 1988, inspirado pelo art. 66 da Constituição da República Portuguesa, de 1976, é judicialmente exigível, o quê que um cidadão que se dirige ao tribunal invocando o seu direito ao ambiente, o direito a viver num ambiente sadio ecologicamente equilibrado, pode esperar do tribunal, em termos de sentença que acolha essa sua pretensão? E temos duas vias, isso, muito teoricamente, é o que acontece na Europa, eu penso que é o que acontece em todo mundo. Temos a chamada via personalista, e aquilo a que eu chamo a via ambiental; já explicarei o que quero dizer com uma e outra dessas expressões.

Em terceiro lugar, gostaria de traçar um panorama, também forçosamente breve, sobre o direito de acesso à justiça ambiental na União Europeia. E a União Europeia tem neste momento um instrumento internacional, enfim, já há mais de uma década, um instrumento internacional que a vincula nesse enquadramento normativo que é a Convenção de Aarhus, de 1998. É uma convenção de caris(F) universal, apesar de até hoje os seus 46 signatários serem apenas estados da Europa e da Euroásia(F), mas ela pode ser ratificada por qualquer estado do mundo, porque foi celebrada no âmbito da ONU e tem a ver com uma trilogia, a chamada "Trilogia de Aarhus", que do meu ponto de vista concretiza o direito ao ambiente, a tal ideia do direito de acesso, direito de participação em procedimentos administrativos, de tomada de decisão ambiental e o direito de acesso à justiça ambiental.

A respeito desses três pontos, vou fazer algumas referências sobre como nós estamos na União Europeia, aparecem no sumário os números das diretivas que regem esses direitos para quem tem a curiosidade em verificar como eles estão concretamente disciplinados, qualquer Google de uma daquelas diretivas leva diretamente ao texto em português, então vou passar muito rapidamente em revista como está disciplinado o direito de acesso à informação e o direito à participação e procedimentos de tomadas de decisão ambiental. O terceiro ponto, que é o direito de acesso à justiça ambiental, é um quadro incompleto, porque houve tentativa de fazer uma diretiva sobre essa questão em 2003, o assunto foi muito polêmico e eu vou tentar explicar rapidamente porque ele foi polêmico, o quê que impediu os estados de efetivamente avançarem para essa diretiva e agora está sendo retomado? Esses trabalhos estão sendo retomados por conta dessa reforma que os tais 28 relatórios terão de estar prontos em breve. Então, são essas as informações que vou querer deixar aqui com vocês, e pediria desde já que tenham paciência, porquanto, a dado passo algumas das coisas vão ser um pouquinho mais técnicas, mas eu vou tentar suavizar o discurso o mais possível.

A propósito das preliminares e dessa ideia de a exigibilidade judicial do direito ser a sua prova de vida, esta ideia, em Portugal, tem sido bastante cultivada pelo professor Jorge Reis Novais, no fundo, para tentar delimitar certa diferença entre os direitos de liberdades e a garantia e os direitos sociais, de que há muito se falou aqui. Eu

não sou especialista em direitos fundamentais, longe de mim estar aqui explorando essas questões, mas a única coisa que eu queria aqui deixar, apontamento preliminar, é que as constituições do pós-guerra na Europa e todas aquelas que se inspiraram nas constituições europeias do pós-guerra são constituições fortemente garantísticas(F), que consagram longos "Catálogos de Direitos Fundamentais", no caso da Constituição Portuguesa, certamente uma dos maiores do mundo, mas que, enfim, por conta de várias circunstâncias –, mas sobretudo e hoje em dia na Europa, situação esta bastante crítica por conta da escassez de meios financeiros, da famosa crise do estado social –, por vezes a consagração constitucional desses direitos me faz lembrar um pouquinho "Alice no País das Maravilhas". Muitos direitos, muitas garantias não só formais como substantivas e depois certo déficit na implementação desses direitos e, em alguns casos, até um retrocesso na implementação desses direitos.

Portanto, a ideia de que o direito só existe plenamente quando é judicialmente exigível, parece-me uma ideia interessante e que está, nesse momento, sendo posta à prova do ponto de vista ou pelo menos no quadro europeu. Mas não é apenas a questão do financeiramente possível que pode condicionar a justiciabilidade de um direito, o fato de, ao dirigir-se a um tribunal, o cidadão pedir ao juiz que concretize, que dê conteúdo a determinada posição jurídica, e temos outras situações que podem impedir essa ação da parte do juiz, lembrem-se, por exemplo, das chamadas obrigações naturais, elas não são judicialmente exigíveis, elas assentam em pactos de cavalheiros. Então há uma falta de vinculatidade(F) de algumas obrigações que também podem despir o Direito da sua justiciabilidade(F), da sua exigibilidade judicial. Mas há talvez uma terceira questão, e é essa que mais me interessa aqui, que pode impedir o juiz de atribuir ao cidadão uma prestação concreta. E isso tem a ver com o bem jurídico de que estamos concretamente falando.

E por que me refiro a essa questão do bem jurídico? É que quando falamos em grandezas, em realidades, metas individuais como patrimônio cultural, o ambiente, a saúde, o bom ordenamento do território, a gestão urbanística, a estética arquitetônica, a qualidade de vida e por aí vamos, não estamos falando em realidades individualmente apropriáveis, mas em utilidades divisíveis, estamos pensando em grandezas vividas em coletividade, geridas com solidariedade e com espírito de cidadania ativa, empenhadas na sua melhoria, na sua promoção, na sua gestão racional, mas não no seu aproveitamento egoístico. Então, temos, desde logo, um problema, do meu ponto de vista, na exigibilidade desse direito ao ambiente, porque me pergunto, o que um juiz pode me dar somente com essa alegação de direito ao ambiente? Que realidade divisível individual de gestão puramente minha, o juiz pode entregar se me conceder uma sentença favorável na minha pretensão? Vamos ver como isso é abordado do ponto de vista judicial nas duas vias de que vou falar a seguir, mas aquilo que queria alertar a vocês é que essa justiciabilidade do direito ao ambiente, do meu ponto de vista, é falha, enquanto a atribuição de uma prestação individual, não por força das características do Direito, mas por força das características de bem, do bem ambiental, daquilo que a doutrina brasileira fala do ambiente como macro bem.

No fundo, a ideia do direito ao ambiente enquanto grandeza individualizada tem a ver com micro bem, e depois a gente fala do ambiente, a natureza, biodiversidade, a água, o sol como macro bem, para mim esse é o único ambiente com que devemos contar. Um pouquinho mais adiante eu vou explicar como isso aparece nas jurisprudências europeias, essa tutela do direito ao ambiente, seja ele um falso direito ou um verdadeiro direito. Também já se disse aqui, e isso depois tem a ver com a questão da excessiva litigiosidade que temos hoje em dia, porque as pessoas são cada vez mais conscientes dos seus direitos e recorrem cada vez mais a tribunal para a sua exigência, e hoje, aqui, a professora Benedita(F) referiu que não é à toa que devemos fazer a multiplicação dos direitos fundamentais.

O professor Jorge Miranda(F) sempre me ensinou que os direitos fundamentais não são ilhas, eles convivem uns com os outros, direitos com direitos, direitos com valores, direitos com interesses, e quando um se expande, certamente alguns na sua vizinhança terão de se contrair, então não pode ser gratuitamente que promovemos um direito procedimental ou processual como, por exemplo, o direito de acesso à justiça, nós temos de pensar que quando alguém acede à justiça para contrariar a pretensão de outrem, seja ele um público ou privado, está comprometendo a estabilidade jurídica de determinada pretensão, de determinada proteção que alegadamente o Direito atribuiu. Então essa ideia da multiplicação das garantias, da multiplicação das formas de acesso à justiça, realmente pode comprometer a efetividade de alguns direitos, pode comprometer a



estabilidade jurídica e pode entupir o sistema Judiciário. Não é à toa que hoje em dia se discute muito, não sei se no Brasil, confesso, não sei se isso é uma discussão atual no Brasil, mas na Europa cada vez se discute mais, e, sobretudo em Portugal, em termos a que até não adiro particularmente, mas se discute muito, as vias de resolução alternativa de litígios, questões como mediação, conciliação, arbitragem, então a crise do sistema Judiciário seria superada pelo recurso arbitragem ou por meio de instituição de esquemas de mediação. Isso hoje em dia é muito conversado, muito discutido na Europa. E, em Portugal, nós estamos caindo num talvez excesso de arbitrabilidade de determinados litígios.

Eu desconfio da arbitragem, porque esta, em determinados parâmetros, acaba sendo uma justiça de ricos, das partes que podem custear os honorários dos árbitros. Eu acho que a arbitragem não deve ser vista como a solução dos problemas do sistema judicial, tampouco talvez até a criação de centros de arbitragem em que esse sistema ou em que esse problema tendencialmente não existirá, porque aí os honorários já não se colocam em causa, os árbitros são pagos pelo Estado, mas então por que não se investir em mais tribunais? Porque nós, de um lado, suprimimos tribunais e, de outro lado, incentivamos o recurso arbitragem? E a arbitragem no caso de Direito Ambiental, do meu ponto de vista, é especialmente perigosa porque a nossa Lei de Arbitragem Voluntária permite que as partes designem os árbitros e ao fazer o regulamento do tribunal dizem que ele possa recorrer à equidade. Ora, no Direito Ambiental temos um princípio que considero intocável, qual seja, o "Princípio da Proteção Mais Elevada", e se permitimos às partes entrar na barganha da redução dos índices de qualidade ambiental pelo mero recurso indiscriminado arbitragem, temos uma porta aberta ao desrespeito, no fundo até abençoado pelo Estado do Direito Ambiental, por isso, é uma via que me parece perigosa e com a qual não posso concordar. Mas é realmente um assunto discutido, precisamente por esse excesso de litigiosidade que está prejudicando o funcionamento do sistema Judiciário.

Há depois outro ponto que sempre gosto de referir, porque aqui no Brasil a questão da reparação do dano ecológico puro, como aqui a doutrina se designa, é uma questão complicada, do ponto de vista jurídico não há um diploma, não há um regime, há uma convergência de normas do Código do Processo Civil, normas do Código Civil, normas do Código de Proteção do Consumidor, entre outras, então não se sabe muito bem a que regime se obedece. Gostaria de deixar aqui esse exemplo, como um exemplo de desjudicialização, no plano ambiental em Portugal, por força de uma diretiva da União Europeia, nós fizemos um diploma sobre a reparação do dano ecológico, o dano ao ambiente, enquanto tal, que abdica, digamos assim, da intervenção de um tribunal. E isso também de certa forma contribuiu para desafogar a justiça ambiental, fazendo transitar essas questões para a sede administrativa que está mais próxima dos problemas e da sua complexidade do seu grau intenso de incerteza.

Quanto às duas vias de justiciabilidade do Direito ao Ambiente e muito rapidamente, eu sei que aqui nessa plateia todo mundo pensa que o Direito ao Ambiente é um direito plenamente justiciável, enquanto tal, porém a questão que se coloca é que ele não é justiciável se não tiver a chamada posição da retaguarda, o direito da retaguarda, ele só é um direito plenamente justiciável quando existe, ou um direito de personalidade, ou um direito de propriedade ou iniciativa econômica por trás. Vejam os seguintes exemplos, ambos da jurisprudência portuguesa, para ver a diferença que existe entre a chamada via personalista e a via ambiental.

Num primeiro caso, que teve até um antecessor já longínquo da década de 70, mas que voltou a se colocar há uns 5, 6 anos em Lisboa, por conta de construção de uma via de ligação de duas estações de metrô. O metrô de Lisboa que é uma realidade de que os brasileiros tanto gostam quando vão à nossa capital, porque permite deslocamentos rápidos, seguros e em grandes períodos do dia. Ele funciona das seis de manhã até a uma da manhã, então entre a uma da manhã e às seis da manhã não tem funcionamento. O que é que sucede? Quando a empresa que explora o metrô quis fazer essa extensão da linha, tinha de escolher um horário que não perturbasse a circulação, para que todo mundo continuasse a usufruir da circulação do metrô, naquelas linhas, duas linhas que estavam em causa. Então decidi fazer as obras entre a uma da manhã e às seis da manhã, aquelas cinco horas que seriam necessárias. Não havia perturbação da circulação, mas, quando as obras chegavam mais à superfície, causavam ruído e as pessoas que residiam perto das bocas do metrô, onde estavam ocorrendo essas obras, naturalmente se viram perturbadas no seu direito à tranquilidade, direito ao repouso, direito ao descanso, em suma, direito à integridade psíquica. E o que fizeram essas pessoas? Propuseram liminares, providências cautelares, para fazer travar as obras do metrô a fim de que pudessem

usufruir do seu direito ao descanso. Temos aqui um claro conflito que seria facilmente designável como um conflito entre o direito ao ambiente e o direito de propriedade, de iniciativa econômica da empresa que explora o metrô.

Mas que direito, na verdade, está por trás desse tal direito ao ambiente? Um direito de personalidade. As pessoas estão ali querendo tutela de seus direitos subjetivos, não é direito ao bom ambiente, elas não querem saber se eventualmente os pássaros que habitam aquelas árvores estão mais estressados por conta do barulho das obras entre a uma e as seis de manhã. Não é isso que as preocupa, é a tutela de sua integridade psíquica. Então, essa via personalista é uma via interessante, é uma via sedutora, mas é uma via deficitária porque se ninguém se sentisse incomodado com as obras, sem serem as pessoas, não haveria a tutela se houvesse um componente ambiental natural, estritamente só ele, enquanto valor intrínseco a proteger.

Vejam outro exemplo, também há controversa que ainda está rendendo nos tribunais portugueses. Temos um plano de barragens de hidrelétricas que consiste na reforma ou construção de dez novas barragens, são, sobretudo, hidrelétricas no norte de Portugal. Algumas dessas extensões, ampliações ou até construções de novas hidrelétricas implicam afetação de áreas protegidas, reservas naturais. Algumas até de importância comunitária, de importância europeia. Então, quando essas obras avançaram, várias ONGs, nomeadamente uma muito ativa em Portugal que chama Quercus, interpuseram liminares nos tribunais para parar as obras das hidrelétricas, de algumas hidrelétricas. E nós, aqui do Brasil, vocês têm Belo Monte que já passa talvez em mais de vinte tentativas do Ministério Público para tentar travar pelas mais variadas razões, mas as obras continuam, em Portugal essa tentativa foi feita.

O que é que estava em causa aqui? Aqui estava em causa, evidentemente por parte das ONGs, a defesa do ambiente, da integridade das tais áreas protegidas, aqui estava em causa verdadeiramente um interesse altruísta, não era o problema das pessoas, estas já tinham sido convencidas pelas empresas a alterar o seu *modus vivendi*, algumas a se realojar, a mudar o local de trabalho, o problema das pessoas estava ultrapassado, o problema que a Quercus quis resolver foi a questão estritamente ambiental e aqui não estamos falando realmente de um direito egoísta, mas de uma vertente altruísta para além do interesse individual a favor do interesse coletivo de fruição de um bom ambiente nessa geração e nas gerações futuras, o que quer que se queira dizer com essa projeção. Então, vejam que a distinção entre as duas vias, como costumo falar para os meus alunos, é a seguinte: Se nós estamos pensando na pura via inibitória, fazer parar determinada atividade, fazer reduzir determinado índice de poluição, é basicamente a mesma coisa, ir pela via personalista ou vir, ou ir pela via ambiental.

O pedido é o mesmo: Parem, reduzam, minimizem. Mas se nós quisermos reparar danos, aí é totalmente diferente agir pela via egoísta, personalista ou agir pela via ambiental, porque o que quer uma pessoa quando reclama a tutela do seu direito ao ambiente? Se ela pede indenização, ela pede uma indenização do seu dano, do seu dano corporal, do seu dano patrimonial. Mas o que quer uma associação de defesa de ambiente quando pede a reparação do dano ecológico? Ela não quer dinheiro. Eu costumo falar, o ambiente não quer ter conta bancária, para quê? Para que serve o dinheiro ao ambiente? O que quer a Quercus é reparar o dano ecológico por meio de medidas de compensação deste dano. Então, não interessa realmente quando pensamos apenas na vertente inibitória, mas quando pensamos na reparação, e isso faz toda a diferença. Aqui, na Lei da Ação Civil Pública, para quem vai à indenização? Não vai para quem colocou a ação, não vai para os autores da ação, vai para um fundo.

E em Portugal, depois da aprovação desse regime de reparação do dano ecológico, finalmente, nós também temos um fundo que pode arrecadar essas quantias que eventualmente não se possam traduzir em medidas concretas de minimização, de complementação, de compensação dos danos ecológicos puros, entretanto perpetrados pelos lesantes. Então, optar por uma ou outra via pode ter consequências, e vejam, nós não fazemos nada em prol da proteção ambiental, sem a via da ação popular. Se estamos dependentes da lesão individual para ir a juízo defender o ambiente, teremos sempre uma via deficitária. Por meio da ação popular, vamos sempre conseguir esse objeto, mais amplo, mais alto, mais coletivo, mais geracional que é verdadeiramente a proteção do ambiente enquanto tal. Isso naturalmente não preocupa os brasileiros, porque tem a Lei da Ação Civil Pública nº 7.347, se não estou em erro, também não preocupa a nós portugueses,



porque temos uma lei muito próxima da de vocês, a Lei nº 8.395, inspirada diretamente da Lei da Ação Civil Pública Brasileira, mas curiosamente deve preocupar a Europa, por quê? Porque a ação popular não é realmente um elemento comum aos Estados-membros da União Europeia, e talvez por isso esteja tão preocupada em aprovar essa tal nova diretiva de que vou falar a seguir. Mas o que temos, na verdade, hoje na União Europeia muito por força dessa Convenção de Aarhus? Direito de acesso à informação. Também existe uma Lei de Acesso à Informação Ambiental no Brasil, o direito de participação nos procedimentos e tomadas de decisão, aqui temos audiências públicas, consultas públicas no âmbito do regime de licenciamento ambiental a propósito do EIA/RIMA, por exemplo, e depois temos a questão do acesso à justiça ambiental, em que o problema se põe de maneira mais aguda.

No que toca ao acesso à informação, há essa diretiva de 2003, que é importante para confrontar com a Lei de Acesso à Informação Ambiental do Brasil, e o que se conseguiu com essa diretiva de 2003 de importante para a tutela ambiental? Devo dizer que, em Portugal, a situação do ponto de vista do acesso à informação ambiental e em geral na União Europeia está bastante consolidada e é efetiva. Embora os regimes depois divirjam um pouquinho em termos de detalhe. Nós temos alguns pontos nessa diretiva que vale a pena salientar, uma noção ampla sobre o que é informação sobre ambiente, um acesso amplíssimo à informação sobre ambiente, alguém que queira pedir a uma notoriedade pública, informação ambiental, não tem de fazer mais nada, a não ser identificar-se, não tem de provar nenhum interesse especial no acesso a essa informação, nem sequer tem de dizer que quer informação para propor um processo judicial, não precisa provar nenhum tipo de interesse. Temos também prazos curtos de concessão da informação que variam entre dez dias, por exemplo, em Portugal, e um mês, eventualmente prorrogável até dois meses se for difícil reunir a informação.

Temos algo que me parece muito importante que é a administração e está vinculada a uma lista de fundamentos taxativos de indeferimento do pedido de concessão da informação. Então a administração só pode negar com base naqueles fundamentos e em mais nenhum, sob pena de essa recusa ser ilícita e poder ser contestada. Depois também essa diretiva prevê meios administrativos e judiciais de controle da concessão da informação por parte da administração, e finalmente essa diretiva diz que a ninguém pode ser exigida uma quantia inadequada, desproporcionada por força desse pedido de concessão da informação. Apenas uma taxa simbólica por esse pedido, precisamente para não inibir as pessoas de acorrerem aos serviços administrativos. Eu disse que esse regime ou esse direito está bastante consolidado na Europa, é verdade, talvez o detalhe que vale a pena introduzir aqui, que, aliás, temos em Portugal, é que certos estados criaram comissões, no nosso caso a Comissão de Acesso à Documentação Administrativa, para dirimir os litígios, intra-administrativos a fim de tentar que os casos não subam a tribunal, uma tentativa de desafogar a justiça, no caso administrativa para esse direito. O que o requerente que não obtém a informação deve fazer é primeiro colocar a questão a essa comissão, órgão independente que emite decisões, que não tem caráter vinculativo, mas que muitas vezes desbloqueiam a questão entre o cidadão e o órgão que não quis conceder a informação. Só se essa via não resultar é que então se procede para tribunal. Isso é um sistema que existe em Portugal, também na França ou na Bélgica e que permite algum desafogo das instâncias judiciais.

Um pormenor interessante que recolhi nesses relatórios foi que o direito grego, concede até prever, ou então prevê mesmo a concessão de informação, quando a informação é dada fora do prazo estreito estabelecido na lei. Isso me pareceu um ponto curioso até porque, enfim, como não há interesse específico na maior parte desses casos, eu me pergunto que dano se vai alegar para justificar a atribuição dessa indenização? Mas é realmente uma cláusula que a lei prevê. Relativamente à participação nos procedimentos de tomada de decisão. Temos também uma diretiva de 2003, a Diretiva 35, e aqui realmente a existência da diretiva provocou alterações sensíveis no Direito dos Estados-membros, sobretudo naqueles direitos como a Áustria e a Alemanha, que têm sistemas fortemente subjetivizados, ou seja, não permitem intervenção procedimental processual, a não ser a cidadãos com interesse direto, imediato, atual, na participação para a tomada daquela decisão. E nessa diretiva se prevê precisamente o alargamento da legitimidade procedimental a ONGs. Esse é um avanço que essa diretiva permitiu. Essa diretiva também prevê que a participação tem de ser promovida no momento em que ela possa ser efetiva, ou seja, quando ainda estão todas as opções em aberto, coisa que, por exemplo, em Portugal, nem sempre acontece. Muitas vezes a participação é utilizada pra sancionar uma decisão já tomada, estou me recordando do frustrado projeto para fazer um novo Aeroporto Internacional de Lisboa ou na periferia de Lisboa, em que nós cidadãos fomos confrontados com a escolha do local, sem que

tivesse havido nenhum tipo de participação pública quanto a essa decisão de localização. E isso já não foi o único caso em que aconteceu, então, por força dessa diretiva, esse momento de participação pública deve ser adotado, deve ser colocado, num período procedimental em que a administração ainda não tenha tomado a decisão, para que valha a pena aos cidadãos optar por essa participação, porque senão naturalmente dá-se uma contracorrente de as pessoas pensarem: É, nós vamos perder nosso tempo, vamos nos deslocar, vamos investir na consulta da documentação, mas eles já tomaram a decisão, então isso não serve para nada. É uma cultura antidemocrática, digamos assim, e antiparticipação que pode gerar um comportamento desse tipo. A situação dos Estados-membros não é tão idêntica quanto na questão do acesso à informação, aqui as coisas já variam um pouquinho, relativamente a esse direito e nomeadamente, por exemplo, há Estados-membros que, para admitir legitimidade processual, acesso a juízo, impõem a participação no procedimento; quem não participa no procedimento não pode questionar a decisão que vier a ser tomada em tribunal, isso acontece em estados, por exemplo, como Alemanha.

E essa questão de legitimidade processual, legitimidade procedimental, por exemplo, é muito complicada nas situações em que a administração não decide, omite, então, como é que nós vamos aceder a juízo se tivermos de participar de um procedimento que não existiu, aí pura e simplesmente falha o pressuposto. Temos realmente um problema desse gênero, e há outro para o qual fui alertada agora por um professor que esteve em Lisboa falando sobre esses temas, é que há muitas situações em que o procedimento de decisão exige uma consulta transfronteiriça, seriam situações entre o Brasil e Argentina, entre o Brasil e Paraguai, ou seja, em que a obra a desenvolver vai provocar impactos ou pode provocar impactos não só em território brasileiro, como em territórios de estados vizinhos. O que sucede é que essa diretiva prevê que a participação popular seja alargada a públicos de outros estados em momentos de participação que ocorrem nesses estados. Porém, o que a diretiva faz é entregar o direito de participação ao estado. Então, a participação da sociedade civil fica refém dessa tomada preliminar de decisão do próprio estado, se este não quer ser consultado, se não quer participar, então toda a sua sociedade civil fica impedida de fazer. E isso, de fato, é um elemento negativo dessa diretiva e que deveria ser eventualmente corrigido numa revisão desse instrumento. Há aqui um detalhe curioso que eu também recolhi da leitura dos relatórios, por exemplo, na Holanda, único país até agora que percebi que isso acontece. Neste, as pessoas são consultadas sobre um projeto de decisão.

Por exemplo, em Portugal a participação pública ocorre no momento em que a decisão ainda está sendo trabalhada, construída, mas a Holanda foi mais longe, confronta os cidadãos com o projeto de decisão, e estes têm a oportunidade de se pronunciar detalhadamente sobre esse projeto de decisão. E as autoridades públicas têm o dever de responder a todas as sugestões; e se não as incorporarem, dar a devida fundamentação para essa não incorporação. Claro que podem não fazer, mas qual é a vantagem dessa maior proximidade do momento de decisão, é que naturalmente se a decisão for sindicada em tribunal, obviamente haverá mais margem, mais fundamento de impugnação e de contestação judicial da posição da administração ou da não tomada de posição da administração.

Sobre o direito de acesso à justiça ambiental, vale a pena falar um pouquinho sobre esse projeto de 2003 malgrado, que, no entanto, parece ressuscitar das cinzas agora recentemente por força desses relatórios que foram encomendados à comissão europeia. Foram duas as razões porque esse projeto não vingou, e, segundo o professor Ludovic(F), grande especialista de direito ambiental e direito europeu, que esteve em Lisboa há menos de um mês: A questão fundamental porque esse projeto e essa diretiva não avançaram foi a questão da legitimidade popular, do alargamento da legitimidade, houve muitíssimas resistências da grande maioria dos estados em relação à consagração desse mecanismo, e eu já disse aqui de manhã, é curioso que alguns colegas, nomeadamente esse tal colega que muito estimo, de resto com quem conversei, na altura do colóquio de Lisboa, há pessoas que efetivamente dizem que os tribunais não servem para defender interesses difusos, estes devem ser defendidos pela administração, os tribunais servem para defender interesses individuais, direitos subjetivos, posições individualizadas que permitam atribuir vantagens diretas aos cidadãos. Então, o problema na Europa é que se receia o afogamento dos tribunais por um afluxo de demandas promovidas por autores populares para defesa de interesses difusos. Não apenas o ambiente, embora seja talvez o mais paradigmático, mas também outros, tais como património cultural e a saúde, por exemplo, mas esse é o grande receio, esse é o grande vilão, é o grande 'papão' que tem impedido a progressão desse instrumento. Esse projeto está disponível na internet, se quiserem consultar, por meio da referência que vou deixar. Esse projeto



continha um artigo que abre uma dupla via, ele diz: "devem poder ter acesso à justiça ambiental dois tipos de pessoas, dois tipos de entidades: aquelas que demonstrarem um interesse suficiente", seja lá o que isso for, e caberá a cada estado definir o que é esse interesse suficiente e alínea "b": "invocarem infração de um direito". Isso permite salvaguardar a via reflexa de proteção ambiental, a tal via personalista que é adotada na maior parte dos estados, mas permite também abrir a legitimidade processual.

Devo dizer que dos relatórios que li já vai havendo uma tendência de reconhecimento da legitimidade processual a ONGs, porém há ONGs com determinadas características e, aí, também esse projeto vinha dar algumas dicas. Não será tudo novidade para vocês, porque a Lei da Ação Civil Pública já contempla algumas dessas referências, mas vejam que na Europa a tendência é: Reconhecer a legitimidade processual a ONG sim, porém, que características têm de ter essas ONGs? Disse que têm de ser regularmente constituídas; portanto, se assentar em estatutos que definam o seu objeto social, o seu objeto de atuação, e elas só podem ter acesso à justiça ambiental se a pretensão, objeto da sua defesa, se contiver dentro dos seus estatutos, dentro dos seus objetivos e também dentro de sua área geográfica de atuação. Há, aqui, duas situações, talvez a área geográfica até seja mais restritiva do que propriamente a questão do objeto estatutário. Depois têm de ser independentes, não terem fins lucrativos, terem uma estrutura orgânica que lhes dê certa credibilidade, como também terem atuado por um período não superior a três anos, no Brasil penso que é um ano. Aqui, tem de ter atuado pelo menos por um período não superior a até três anos, para gerarem certa credibilidade de atuação na área ambiental. Pode-se dizer que esse é o sistema geral, populares entregue a cidadãos, a grupos de cidadãos Adoc(F), a municípios, associações, a fundações e a outras entidades. É uma realidade na Europa, pelo que li nos relatórios, só há um paralelo no Reino Unido e na Irlanda, na maior parte dos estados apenas há ONGs e com essas características descritas.

Outra curiosidade, na França onde se tem um sistema muito objetivista nem sequer há ação pública para defesa do ambiente, o Ministério Público pode apenas atuar na área dos crimes ambientais, portanto, ele não tem legitimidade pública, competência funcional pública para propor ações de defesa do ambiente. Essa foi a questão que levou à frustração dos objetivos de aprovação dessa diretiva em 2003. Houve duas outras questões que vou também deixar aqui para vocês, muito rapidamente. Por um lado, a questão da tutela urgente, nós sabemos que a defesa do ambiente exige ação especialmente célere, porque estão em causas bem frágeis que podem sofrer danos irreversíveis, então é preciso trabalhar essa vertente da proteção cautelar, das liminares, das providências cautelares; por outro lado, outra questão que se levantou foi saber se antes de aceder aos tribunais os cidadãos devem esgotar as vias administrativas. São dois problemas muito diversos. É comum a tutela conservatória, a suspensão da eficácia de atos administrativos, nalguns casos, poucos, uma suspensão automática por efeito da propositura da ação, mas poucos casos.

A tutela antecipatória é mais rara, ou seja, pedir uma medida que vai transformar a situação material controvertida antes da prolação da sentença final é um tipo de tutela mais arrojado, incomum no cenário da União Europeia. Por exemplo, em Portugal isso é possível, embora os pressupostos da sua concessão pelo juiz sejam bastante apertados nos termos do código do processo dos tribunais administrativos. Outra questão que tenho levantado tem a ver com o custo excessivo dessas ações para a defesa do ambiente. A Convenção de Aarhus impõe que essas ações não tenham um custo excessivo; e houve uma sentença recente de março deste ano, se não me engano, fevereiro deste ano, contra o Reino Unido, porquanto a lei inglesa permitiria ao juiz fixar as custas do processo, em que há partes investidas em legitimidade popular para defesa do ambiente, mas sem que esse quantitativo esteja claramente definido na lei.

A corte de Justiça da União Europeia diz que isso não garante a certeza, não garante o acesso à justiça ambiental de forma suficientemente precisa, e disse que esse tipo de norma não é compatível com a Convenção de Aarhus e com as diretivas Europeias. Devo dizer que a doutrina inglesa ficou muito impressionada com essa sentença, e eu concordo com o sentido dessa sentença, mas me questionei imediatamente se isso será aplicável às cauções. Não sei se é exatamente esse o termo utilizado aqui no Brasil, mas na questão das liminares vocês sabem aqui ponderam os interesses, o interesse de quem pede a liminar e interesse de quem sofre a liminar. E muitas vezes o juiz impõe para conceder a liminar, a prestação de uma caução a quem se pede. Será que essa questão do custo excessivo se aplicará às cauções? Foi uma questão que o tribunal ainda não julgou, mas me parece que vem na sequência desse posicionamento. Quanto ao

esgotamento das vias administrativas, enfim, aqui haveria pano para muita manga, sobretudo porque, em Portugal, isso foi situação, uma questão discutida e ultrapassada que tinha a ver com a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do chamado recurso hierárquico necessário.

Enfim, a questão que se coloca é a seguinte: Se alguém que é destinatário de um ato administrativo lesivo, agressivo que restringe um direito, ou se alguém quer defender um interesse lesado por um ato desse gênero, se esse alguém tem forçosamente de esgotar as vias administrativas ou se pode aceder diretamente a tribunal. Isso, em Portugal, ultrapassou. Hoje em dia a lei é clara, pode ser diretamente para os tribunais administrativos, a não ser que a lei expressamente, fundamentadamente, exija o percurso do recurso hierárquico, porém a questão para mim é outra e, de fato, tem a ver com efeito suspensivo ou não suspensivo das vias intra-administrativas. Porque se a questão é o acesso, ou perdão, a tutela efetiva dos direitos, o que importa à cautelar é que o destinatário do ato não esteja sofrendo seus efeitos até poder ir a juízo, e isso tem a ver com efeito suspensivo das vias hierárquicas, não tanto com a existência ou não dessas mesmas vias, que no caso do ambiente acabam sendo uma vantagem, porque são gratuitas, não exigem constituição de advogado e permitem à administração conhecer do mérito, que os tribunais não podem conhecer e no caso dos litígios ambientais isso pode fazer uma grande diferença, porque como perceberão, eles implicam questões de grande complexidade e de gestão da incerteza.

Coisas que só intra-administrativamente se podem aferir e que normalmente os tribunais não querem adentrar. Então, talvez a ideia de apostar em órgãos como, por exemplo, na Bélgica, onde existe um colégio, que é uma espécie de tribunal, a que as partes recorrem antes de ir ao tribunal, o próprio senso nos casos ambientais, constituído por peritos e presidido por um juiz, ou casos como a Dinamarca, que tem até um sistema muito curioso, tem duas composições possíveis desse órgão intra-administrativo que faz a filtragem até a aceder a tribunal. Essas soluções me parecem muito interessantes e digo-lhes, só por ter tido conhecimento delas, por meio da leitura desses relatórios já teria valido a pena esse convite, já teria valido a pena estar aqui. Eu sei que não foi como as palestras anteriores, estas tinham mais vida, mais sangue, mais cor, mais histórias, essa foi uma palestra muito técnica, eu lhes agradeço imensamente pela paciência com que me ouviram e me coloco à disposição para qualquer questionamento.



Conferência Portugal

O Direito da Bioética: dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais implicados

Conferencista: Professor Doutor Catedrático José Fernando Borges Correia de Araújo (IDB)
Presidente da Mesa: Professor Mestre Gustavo Paschoal Teixeira de Castro Oliveira (UFT)

O presente texto é uma gravação da conferência ministrada durante o II Congresso Internacional em Direitos Humanos

Quanto ao tema que me trouxe aqui, vou fazer um caminho contrário daquilo que é uma abordagem interdisciplinar. Vou tentar fazer primeiro uma análise dos conceitos que me foram propostos e depois, talvez, um encadeamento dialético entre eles, exatamente o movimento oposto do movimento de convergência que está de certa maneira implícito interdisciplinar, sem nem ter a disciplina de nada. Eu devo dizer que sou um grande admirador de Marco Túlio Cícero, que definia a filosofia como a ciência da conexão das coisas distantes, o senso comum capta as conexões próprias e a filosofia capta as conexões distantes, e a interdisciplinaridade atual é herdeira dessa concessão de filosofia. Quando falo do direito da bioética e da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais implicados, gosto de começar por uma análise do que está em causa. Eu diria que aqui há uma sobreposição de duas abordagens que embora colaborem facilmente, a abordagem dos direitos humanos e a abordagem da bioética, como demonstrado por um grande mestre nessa matéria que está aqui presente, o Dr. João Loureiro que no fundo é o especialista, eu sou um mero amador nestas coisas. Mas, embora elas colaborem com uma grande facilidade bioética e aspectos dos direitos humanos ou dos direitos fundamentais, eu diria que elas são fundamentalmente diferentes, são basicamente diferentes, portanto, convém primeiro começar por ver o que é que essas perspectivas têm de diferente para ver como elas podem até se complementar, mas também manterem alguma tensão dialética entre elas porque, às vezes, a tensão dialética permite denunciar, por exemplo, alguns sonos dogmáticos que uma vez por outra se instalam numa perspectiva ou noutra.

É claro que todos eles querem a bioética, querem os direitos fundamentais, remetem por uma perspectiva ética evidentemente salvaguarda dos direitos dos indivíduos e dos grupos que são impostos a atores estaduais, e não estaduais. Diríamos que a essência dos direitos fundamentais obviamente tem um conteúdo ético e um bioético em muitos casos. Eu diria que a bioética está um pouco mais restrita na sua vocação inicial que é a de olhar para os interesses de saúde e dignidade física, talvez até da animosidade, confrontados com algumas determinantes judiciais e constrangimentos econômicos da salvação e do alívio das pessoas vulneráveis, ou pessoas, que, às vezes, podem ser pessoas humanas e não humanas, enfim, isso já não valeria mais hoje. Talvez, começasse por frisar algumas divergências entre bioética e direitos humanos, primeiro quanto ao âmbito. Na bioética, trata-se essencialmente de lidar com questões suscitadas pela prática da medicina e das ciências biomédicas e trata-se de lidar de uma forma muitas vezes assumidamente inorgânica e casuística. Não interessa

muito a bioética, uma construção sistemática ou deduções axiomáticas. Interessante, sobretudo, uma sensibilidade da problematização real de muitos dos problemas hoje colocados pela sofisticação tecnológica e pela manipulação de algumas variáveis que antigamente estavam entregues ao destino e hoje estão entregues à arte e à ciência médica. Enquanto que, evidentemente, da perspectiva dos direitos humanos se lida com salvaguardas que reclamam positivação, que reclamam judicialização, que respiram todas elas a positivação, e a uma estruturação, e a um aproveitamento de tudo aquilo que é um apoio, diríamos, axiomático de uma estrutura já reconhecida como estrutura de direito positivo.

Quanto às fontes, também aí há divergências, claro que há uma convergência de fontes, é nesse sentido que o próprio direito positivo, e aqui é o direito positivo cuja consagração aspira aos direitos fundamentais e os direitos humanos. Evidentemente, também nasce, pelo menos historicamente, de uma forma inorgânica de resolver interesses. Mas eu diria que na bioética ainda são esses interesses que são mais salientes, portanto, diríamos que na bioética os códigos de conduta, a doutrina, as decisões casuísticas de missões deontológicas, tudo isso tem uma relevância que não apenas é ainda muito proeminente, mas, sobretudo, ainda é muito preservada. Isto é, da parte da bioética, não obstante, muitas vezes é para serem já instrumentos de direito escrito e direito positivo, mesmo assim, e não obstante a expressão de direito de bioética, direito de bioética parece ser já uma espécie de tentativa de empurrar a bioética para essa cobertura plena por parte do direito, não obstante no campo da bioética, ainda muita gente resiste a isso. E, sobretudo, saia alguma expulsão dos problemas biomédicos por uma consagração jurídica que eventualmente viesse trazer alguma rigidez e algum formalismo no encarar dos problemas.

Quanto à natureza jurídica, afirmo um pouco, porque novamente aqui diríamos que é grande a inspiração dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, é sua positivação, porque se trata efetivamente de encontrar uma proteção plena e uma consagração plena por parte das ordens positivas, não tínhamos dúvidas enquanto a isso. Nós podemos de vez em quando encontrar direitos que não tenham ainda, ou que são difusamente reconhecidos como direitos merecedores dessa consagração, mas esta é o timbre do ingresso de um direito nessa cantoria. Portanto, por isso mesmo é que está numa consagração, ou em fonte internacional, ou nas constituições, porque se entende que é a forma mais plena e mais inequívoca de deixar à sociedade o reconhecimento absoluto da proteção que é conferida, ou que é concedida a esses direitos. Quantas vezes no próprio direito positivo alguma conversa sobre direitos humanos resvala nas velhas armadilhas do juiz naturalismo, isto é, de invocações vagas relativamente a valores fundamentais da pessoa humana, ou da espécie humana, ou até de outras espécies, mas que depois isso não passa de bandeiras ideológicas que não são atordoadoras, soam bem. Ficamos todos muito satisfeitos, cria-se uma aura de bem-estar em torno dessas proclamações, mas depois se verifica que elas não têm aplicabilidade nem são defensáveis, não são exequíveis no mesmo plano em que são muitos outros direitos, por exemplo, ligados à vida comercial ou à patrimonialidade.

Portanto, para quebrar essa suspeita de que isso não passaria de um limbo problemático vagamente inspirador, a ter um estatuto similar a outros direitos, tradicionalmente positivados, não apenas se positiva, mas até se reforça essa positivação com essa proeminência constitucional ou internacional. Quanto à efetivação, diríamos que nos direitos humanos e nos direitos fundamentais, pressupõe que essa proteção plena e, portanto, se há uma ponderação moral que subsiste, ela já aparece totalmente enquadrada nas formas tradicionais de adjudicação pela máquina judiciária e pela máquina estadual, ou até pela máquina internacional. Sem excluir instrumentos repressivos que apoiem essa positividade e até alguns direitos de ingerência internacional e, portanto, espriar esses direitos para fora das fronteiras, levar que hoje o próprio Direito Internacional esteja profundamente subvertido, relativamente a algumas concessões tradicionais de soberania estadual. Enquanto se diria que na bioética as ponderações casuísticas e providenciais evitam alguns dos constrangimentos que pendam sobre essa positivação e ter sobre essa internacionalização, entenda ainda falar-se para uma internacionalização inorgânica que é a internacionalização própria de debates doutrinários que não conhecem fronteiras porque encaram problemas que são problemas universais. Isto é, problemas gerados pelo contato de pacientes com tecnologias em qualquer ponto do mundo em que essas tecnologias estejam disponíveis e onde, portanto, alterem as condições de sobrevivência, as condições de procriação, as condições de morte dos pertencentes à espécie humana.



Um segundo ponto da minha exposição versaria, talvez, alguma ilustração dessas diferenças que existem nessas duas perspectivas. Talvez, pudesse escolher para ilustrar essas diferenças o direito à saúde, encarado como um direito fundamental. Eu diria que essa ideia de direitos fundamentais, ou, se quisermos até para voltarmos à raiz iluminista de direitos humanos, respondem a certa necessidade doutrinária que é também coeva desse movimento iluminista que vai trazer para o seio do Direito. Esse propósito doutrinário, ou seja, é o propósito de transformar o Direito em uma pedagogia social e, portanto, de promover algumas finalidades próprias desse movimento iluminista, nomeadamente o propósito de emancipação, trazê-lo para o seio do Direito e fazer com que este passasse a ser um instrumento dessa emancipação.

Eu diria que um dos propósitos que imediatamente presidiu as primeiras formulações dos direitos humanos está, talvez, associável a um dos preceitos básicos da Revolução Francesa: o da fraternidade. Isto é, a ideia de que alguma enumeração de direitos humanos poderia sublevar a instintos egoístas, ou instintos centrífugos que eventualmente subsistissem na natureza humana para substituí-los ou para fazer suceder sentimentos de simpatia mútua, sentimentos de altruísmo generalizado, sentimentos centrípetos que no fundo fizessem assentar a sociedade, ou encontrassem uma nova coesão social em novos sentimentos. Tratava-se também, nessa enumeração de direitos fundamentais, de impor uma espécie de ética de respeito com uma base heterônima, vamos dizer assim, imposta de fora. Já que não se confiava inteiramente em uma adesão irrestrita e espontânea aos bons propósitos que subsidiavam essas enumerações. Portanto, de certa maneira, essas primeiras enumerações correspondem também, permita-se nessa irreverência alguma espécie de religião civil.

Aquela ideia de que Jean-Jacques Rousseau foi buscar Tácito, Públio Cornélio Tácito, em que se poderia encontrar um sucedâneo para o agregador e pacificador que sempre tinha sido a religião no entender de Tácito. Um instrumento equilibrado de poder, mas podia encontrar um sucedâneo, numa sociedade mais valorizada, por meio de algumas proclamações éticas que viessem substituir progressivamente esse momento agregador e pacificador, ao mesmo tempo libertando esse aumento agregador dos constrangimentos impostos pelos postulados da outorga divina. Tratava-se, agora, de escolarizar essa velha noção, ou velhas noções de valores decentes em uma outorga divina e, portanto, em uma base religiosa e agora em uma secularização, fazê-los prevalecer pela adesão aos princípios éticos ínsitos. É claro que depois de tudo isso acaba por ter uma fortíssima expansão com a crise do positivismo estatista nos rescaldos da Segunda Guerra Mundial, saltando para primeiro plano os instrumentos que permitiram essas proclamações ganharem uma nova feição expansionista de vocação universalista, não alguns casos até no entender dos críticos com propósito imperialista e uniformizador, é especial naquilo que hoje se designa por direitos de terceira geração, portanto, direitos que já não têm, diria assim, o mesmo conteúdo ético universalizável que tinham os primeiros núcleos de formulação desses direitos fundamentais e agora pretendem expandir-se para formas de coexistência entre movimentos dominados por normas técnicas.

O direito fundamental à saúde aparece consagrado já na declaração universal dos direitos do homem, em 1948, e aparece depois reafirmando uma multidão de outros instrumentos de expansão dessa consagração pioneira. E hoje há muitos direitos desconexos que se crê serem inseparáveis. É evidente que uma primeira ressalva que se tem de fazer quanto a isso, e o direito à saúde não é evidentemente o direito que está saudável, mas sim o direito, porque esse não depende evidentemente apenas da conduta que se possa condicionar no acatamento da norma por outrem, mas é que corresponde apenas a um direito de cuidado de saúde, que otimizem essa condição de saúde em condições de liberdade e de igualdade. E ainda necessariamente ser protegido contra ações e situações que ponham risco à saúde, ou termo extremo à vida.

O direito minimamente adequado à promoção da saúde, o direito a ver conhecida a autonomia individual na definição da própria saúde, sendo que alguns até entendem que aqui começa a aparecer o conceito de dignidade, conceito de dignidade também seria já uma emanção desse aspecto pela autonomia de um paciente na sua relação com os prestadores de saúde. O direito a não ser instrumentalizada desnecessariamente a saúde dos outros, já vamos ver que, poi, entramos aqui já em pleno que vem muito comutada com a expressão de dignidade da pessoa humana. Estamos a entrar aqui em uma área de conflito, vamos identificar rapidamente um conflito muito grande entre bioética e direitos humanos, e eventualmente o direito de saúde também não se usaria como direito a obter informação que providenciasse o exercício dessa autonomia, o exercício e a defesa dessa autonomia. Ou, se quisermos, o exercício e a defesa de todas as outras



prerrogativas por agentes cuja liberdade deve ser respeitada e, portanto, devem antes do mais serem informados quanto ao seu próprio estado de saúde. A bioética não deixa de apoiar e aplaudir todas essas consagrações jurídicas, só que se reserva ao direito de submeter uma reavaliação um pouco cartesiana, vamos dizer assim, uma dúvida ametódica que é a ideia de que, talvez, a juridificação da ética tenha os seus limites e os seus malefícios. Já nos referimos antes e vamos vê-lo em pleno daqui a pouco. Dessa juridificação surgem tantas reservas e, portanto, o entusiasmo com proclamações jurídicas pode eventualmente vir a criar problemas, ou seja, a exacerbação da linguagem dos direitos pode acirrar certos problemas éticos que eventualmente teriam uma função mais pacífica e menos lamurienta se as pessoas não interiorizassem tanto as conquistas que o direito lhes promete. Em todo o caso, temos de reconhecer que a bioética tem constituído uma fronteira, e se quiséssemos dizer que há algum fundo interessante na expressão direito de bioética, ele aponta claramente para uma simbiose muito interessante que hoje estamos entre direito e bioética. A bioética é uma disciplina de fronteira, também uma fronteira interdisciplinar. E é uma disciplina de fronteira que coloca o direito perante algumas situações ou trágicas, ou potencialmente trágicas para dilemas. E, portanto, começa por suscitar questões que politicamente se dizem fraturantes, suscita debates ideológicos, ou pelo menos debates sociais generalizados. Confronta as suas conceituações radicalmente novas, situações que são potenciadas pela tecnologia, mas que não apareciam em vocabulário nenhum tradicional da ética, ou até do direito, ou até da política, ou até dos costumes.

Não há dúvida nenhuma de que a bioética se tem arvorado ser uma das vanguardas que mais problemas causam ao sossego do direito positivo e, portanto, mais desafiante como produtora de problemas, de situações paradigmáticas de escolhas trágicas. Isso também desvirtua a própria natureza da bioética, porque muitas pessoas creem que a bioética apenas vale pela espetacularidade dos casos limites com o que nos confronta. Mas a melhor parte da bioética não é isso, é uma ponderação dos interesses de pessoas que querem conservar a sua saúde e que conservam em situações não limites, felizmente para a espécie humana ou até para outras espécies. Mas não há dúvida nenhuma de que essa consideração da humanidade nos seus limites é dos seus interesses em situações em que estão defrontados até com novos vocabulários, por exemplo, nas complicações que hoje foram geradas pela maternidade e pela tecnologia ao serviço da maternidade, pois se fala de mãe substituição, fala-se de uma mãe social que é mandante daquela maternidade de substituição. Pode não esquecer a mãe genética porque não foi ela a fornecedora do e, portanto, pode haver quatro ou cinco mães envolvidas, até pode haver depois a mãe de destino que é beneficiária de um contrato a favor de terceiro.

Tudo isso é possível em abstrato, é tecnologicamente possível e depois a ética debate essas questões, e procuro perceber se é possível estando sem fronteiras, se é até interessante ou necessário estando sem fronteiras, não é a frustração de uma esperança no próprio progresso tecnológico, ou se vai pelo contrário, simples servidão ao progresso tecnológico não será um pacto faustiano que pode eventualmente confrontarmos até o desvirtuamento daquilo que é mais essencial na espécie humana e, portanto, no próprio substrato animal como o que nós passamos por esse vale de lágrimas. Mas ao mesmo tempo também temos de reconhecer uma coisa, não é só a bioética que fornece material aos direitos humanos, ou a perspectiva dos direitos humanos. É tão evidente que nem é preciso muito explorá-la.

É evidente que a consagração dos direitos humanos tem dado um auxílio extraordinário à bioética, porque lhe permite partir de um patamar de segurança quanto a alguns valores essenciais de que precisa mesmo, são postos em causa em situações extremas. Permite conferir uma segurança sem a qual seria muitas das vezes demasiadamente perigoso. Eu diria assim, em uma linguagem bíblica, seria até luciferino encararmos alguns problemas em que a tecnologia hoje nos coloca. Enfim, só para lhes dar um pequeno exemplo, há uns anos fui acusado em Porto Alegre de ter vindo ao Brasil fazer incitamento ao crime. Porque eu vinha falar sobre um tema da, e a certa altura como corolário dessa situação o é no fundo uma ação de indenização por deficiência grave provocada por médicos ou por progenitores, por médicos por deficiência no direito à informação dos progenitores, ou por progenitores por uma decisão um pouco avisada de prosseguirem com a gravidez ou procriarem, prosseguirem com a gravidez depois de terem sido advertidos quanto à probabilidade muito elevada de essa gravidez dar origem a uma criança com deficiência profunda. E eu entendi que um dos corolários da era eventualmente em alguns casos em que o conhecimento médico e a tecnologia aconselhassem o chamado aborto por indicação terapêutica, poderíamos eventualmente encarar a



possibilidade de uma gravidez criminoso ou do dever de abortar. É verdade que num país como o Brasil que não conhece o direito do aborto era um crime longe demais. Mas ressalvei logo e me defendi disso, ainda mais porque foi uma juíza que disse que eu estava fazendo incitamento ao crime, eu vi a minha liberdade, aqui no Brasil, um pouco ameaçada. Não, estou brincando! Mas de qualquer maneira eu me defendi dizendo assim: Não, mas isso é tipicamente a questão da bioética, vamos ajeitar a consciência. Depois o direito tem toda a legitimidade para pôr um travão a isto e dizer: "Nós não queremos coletivamente, não queremos olhar sequer para aí". Isso é luciferino, isso é uma coisa diabólica.

A tecnologia já ultrapassou todos os limites e, portanto, vamos ser castigados como Sodoma e Gomorra por termos tido essa arrogância do conhecimento. Mas é impossível, é um bocadinho como o velho desafio socrático. "Podemos levar uma vida não examinada e sermos cadáveres adiados que procriam", - como diria Fernando Pessoa. Mas depois de defrontarmos com alguns problemas, eles nunca mais saem da nossa cabeça. E o problema da bioética no fundo é esse, há pessoas que passam felizes, sem saberem nada de finanças e nem sequer terem uma biblioteca, para continuarmos com o exemplo do Fernando Pessoa. Mas, pois, há aqueles que vivem vida examinada como dizia Sócrates. E, portanto, vida examinada esta, é a angústia que nos é causada por sairmos um bocadinho da caverna e percebermos que o conforto das sombras já nos acompanha. Somos depois responsabilizados e interpolados por pensamentos que nos levam muito longe. Enfim, vida examinada não é uma vida necessariamente de felicidade. Quem me dera a tua felicidade... Quem me dera a tua consciência... "Quem me dera a tua inconsciência e a consciência disso" – disse Fernando Pessoa olhando para uma ceifeira. Disse: "Quem me dera a tua inconsciência e a inconsciência disso". Porque a inconsciência depois também tem aquela coisa de não usar ela própria porque é inconsciente. Passemos, agora, ao tema da dignidade. É um dos temas que aparecia no título da minha exposição, eu prometi que ia ser analítico e, portanto, vou analisar o tema da dignidade separadamente. E por que é que eu vou analisá-lo separadamente? Porque até agora vimos que havia algumas divergências entre os fundamentos da bioética e da análise dos direitos humanos e sua forma de aplicação etc., etc., mas não os vimos ainda em aberto conflito. Julgo que é relativamente ao tema da dignidade da pessoa humana que o conflito se inicia de forma muito séria, uma forma que interpela, que deixa muitas dúvidas e, portanto, é incontrolável para um académico. Eu diria que o tema da dignidade tem hoje uma dupla vida. Vida na área dos direitos humanos, ou se quisermos os direitos fundamentais. Eu sei que há distinções doutrinárias a esse respeito, estou a usá-los com alguma diferenciação, enfim, mas é possível evidentemente separá-los. Mas tem uma vida nessa área e depois tem uma vida na bioética, são duas vidas muito diferentes.

Na vida dos direitos humanos eu diria que a expressão "dignidade da pessoa humana" se trivializou completamente, tornou-se uma espécie de mantra, uma frase vagamente propiciatória que julgo ter o velho propósito obscurantista de pôr termo às discussões. Quando há discussões muito acesas, alguém invoca a dignidade da pessoa humana na vaga esperança de que isso termine a discussão. Uma espécie de consenso imposto, ou de um silenciador em divergências. Porque, enfim, parte do princípio de que ninguém gostará de usar argumentos que conduzam à desconsideração dessa dignidade da pessoa humana. O ponto é que essa expressão, esse mantra, essa fórmula está de tal maneira generalizada, foi de tal maneira internalizada que ela hoje se debate com uma preocupante ausência de conteúdo, porque humana seria invocada para tudo. Já ouvi casos aqui no Brasil em que a dignidade da pessoa humana é invocada para encher em preço do arrendamento, no direito à habitação, tem relações comerciais. E, portanto, essa trivialidade leva a crer, posso dizer sem muita hesitação, que a expressão dignidade da pessoa humana está em crise na área dos direitos humanos. Mas em contrapartida, na área da bioética, a expressão dignidade tem um curso muito atual e muito válido. A semântica da expressão dignidade é muito rica na bioética.

Vou só usar duas ou três expressões e vão ver. Uma delas é morte com dignidade. Dava para um curso inteiro. O que é morrer com dignidade? Antigamente chamava-se eutanásia. Mas, enfim, como eutanásia começou com má reputação, hoje se chama ortotanásia; a morte de acordo com alguns padrões que eticamente sejam aprováveis, a boa morte. A dignidade do paciente muitas vezes é um tema que é confundido com a modéstia do paciente, isto é, o paciente muitas vezes é confrontado com tratamentos que não são invasivos, não são violentos, têm a sua justificação médica, só que atentam contra a modéstia do paciente. E o paciente diz: "Eu passei toda uma vida, um arco inteiro de vida a lutar pela minha dignidade, em termos de modéstia, minha imagem, não quero que no momento terminal da minha vida essa moléstia seja malbaratada, seja desbaratada



por uma simples necessidade médica". Dá-se muitas vezes o exemplo de uma senhora que não queria ser amputada, embora soubesse que a amputação iria atrasar um pouco um processo cancerígeno, ou canceroso, aliás, em que ela já estava envolvida. Ela dizia: "Não, amputação não, eu prefiro morrer, porque estive a minha vida toda com certa imagem física e não quero agora passar os meus últimos dias ou os meus últimos meses com essa perda de dignidade da própria imagem". Chama-se muitas vezes a isso problemas de modéstia do paciente, mas também são problemas de dignidade.

Outra expressão, dignidade do embrião, hoje os embriões excedentários são gerados pela progressão medicamente assistida. Os embriões excedentários expõem um problema que é... E aqueles que são inutilizados? Ou aqueles que não são utilizados, melhor, aqueles que não são utilizados e são criopreservados? Qual é o destino deles? É simples destruição? Podemos admitir que sim. Mas se admitirmos que sim, temos primeiro de nos confrontar com essa questão que é o são ou não são já pertencentes à espécie humana? E se são pertencentes à espécie humana, elas não devem ter outro tratamento diferente de coisas? Eles não deveriam ter um tratamento diferente de um puro tratamento patrimonial? Suponham que duas pessoas que estiveram envolvidas num processo de progressão medicamente assistida como progenitores, e a essa altura se divorciam. E depois o que é que se faz com os embriões? Vai imitar para cada uma das partes? Podem implantar esses embriões em novos parceiros? Isso são problemas de dignidade do embrião, compreendem que aqui a expressão dignidade tem totalmente preservado o seu potencial-referencial? É dignidade dos não humanos? Uma matéria que me é tão cara. Eu sei que há muitos presentes aqui que já nos pessoalmente, que acham que não concordam com a minha forma de defender alguma subjetivação dos direitos dos animais não humanos. Mas eu sou um ardoroso defensor dessa subjetivação dos direitos dos animais não humanos, porque eu sei que sem essa subjetivação nós nunca os trataremos com dignidade. E, portanto, a dignidade dos não humanos porque eu só digo isso, não por qualquer dedução lógica. Não, não, não, é apenas por reconhecimento histórico porque nós próprios fizemos isso dentro da espécie humana. Durante muito tempo nós fomos muito protetores em relação a certos tipos de humanos que nós protegíamos com muito amor e carinho. E a única coisa que nos davam era direitos. E quando não nos davam direitos, ficávamos sempre contingentemente dependentes da nossa boa vontade, da nossa benevolência, portanto, menorizados.

Ora, é subjetiva a ação dos direitos para esses humanos. Resultou, por que não o fazer também em relação pelo menos há alguns não humanos. Estão a ver, portanto, que aqui a expressão dignidade tem outro alcance. Também não é por mero acaso, por exemplo, uma das convenções internacionais mais citadas na área da bioética, a convenção de Oviedo, lá inclui no seu título oficial também o problema de dignidade do ser humano, ante as aplicações de biologia e da medicina. Ora, bem, qual é o problema da tensão aqui? Qual é a tensão que aqui se coloca? Quando o direito, ou os direitos humanos, ou as constituições, ou os tratados internacionais nos seus elencos de direitos fundamentais estabelecem o princípio da dignidade da pessoa humana e muitas vezes eu até diria inadvertidamente vem criar um novo problema para a bioética, ou seja, problema de racionamento e divisibilidade em situações críticas. É um problema que há muito tempo é identificado como problema da santidade da vida. O problema da santidade da vida é fácil de enunciar. Diz assim: Todos nós temos igual dignidade. E, aliás, uma interpretação, digamos assim, de uma afirmação que, a meu ver, é especialmente infeliz, o que considero ser o maior filósofo de sempre, Immanuel Kant. É sem dúvida o melhor filósofo de sempre, porque ele sozinho conseguiu encontrar a própria temática da filosofia, embora tivesse precursores geniais como David Hume, claro. Mas em uma das promoções imperativo-católicas lá veio a ideia de que não podíamos ser instrumentalizados a terceiros. Nada mais falso! O próprio Kant, que tinha formação pietista e, portanto, era um cristão ardoroso, sabia há muito tempo, ou devia já ter percebido há muito tempo que sua própria religião é baseada em uma ética de sacrifício, ou seja, a da solidariedade. O que é ser solidário se não nos sacrificarmos pelos outros? Se não nos instrumentalizarmos aos outros? A nossa vida é um sacrifício pelos outros. Nós vivemos próximos uns dos outros e temos de nos sacrificar.

O próprio direito é um desperdício, o direito é uma necessidade imposta por nós, por nós não podermos sozinho levar até o fim todos os nossos sonhos porque precisamos dos outros para consumir os nossos, e os outros nos impõem limitação dos nossos próprios sonhos. Quando temos sonhos grandiosos, temos de instrumentalizar os outros. Os outros dizem: "Espere um momento". Só consegue instrumentalizar até certo ponto, e esse ponto é aquele em que o outro começa a te instrumentalizar porque eu preciso sobreviver a tua custa. Essa simbiose de interdependência que tem o seu lado negativo, diríamos assim, na divisão social do

trabalho tem o seu lado positivo na ética da solidariedade e da solicitude que nos agrega à comunhão, à comunidade. Ora, isso é uma ética de sacrifício, é uma ética de imposição de limites.

E Kant aparentemente escapou isso em uma das formulações do imperativo categórico, em apenas uma das formulações do imperativo categórico. Mas era entendido assim, evidentemente de origem, um rumo de absolutização dos direitos individuais, cuja forma, absoluta arrogância que é pensarmos que por meio do direito, que é um instrumento de autoridade de intersubjetividade que constantemente nos impôs e impõe limites, poderíamos chegar a formulações ilimitadas dos nossos interesses que eram os tais direitos absolutos ou incondicionados. Isso é um erro, chama-se santidade da vida humana. Por que se diz santidade da vida humana? O Titanic. O Titanic começa a afundar, parece que nele, ao contrário do Costa Concordia, se dissesse: "mulheres e crianças primeiro". Acho que isso não foi levado totalmente à regra. Também houve umas que avançaram. Embora também houvesse alguns que têm o poder para avançar e não avançaram. Mas o que quer dizer esse critério de mulheres e crianças primeiro? Quer dizer que as mulheres e as crianças são mais dignas de sobreviver do que os homens. Mais dignas no momento mais crucial da dignidade que é o direito da sobrevivência, o instinto mais básico, o instinto no qual Thomas Hobbes tentou construir o edifício da sociedade que é a autopreservação ou o medo da morte, ou da morte violenta. Pois aí apareceu um critério a dizer: "Uns são mais dignos do que outros".

Perguntas: Se o critério da dignidade da pessoa humana fosse aplicado com todo o rigor quem é que se tinha 'salvo' no Titanic? Ninguém. Tinham de morrer todos, não se podia salvar ninguém porque manifestamente não havia salva-vidas para todos, não havia botes para todos. E então não se podiam salvar todos, como todos têm a mesma dignidade, morrem todos. Ora, dia após dia se tem um Titanic, a toda hora, neste momento em vários hospitais do Brasil temos o mesmo problema do Titanic. Neste preciso momento há médicos pelo Brasil inteiro, pelo mundo inteiro que colocam esse problema que há de se ver. Quem é que tem acesso a certos tratamentos sofisticados, escassos, que vão permitir qualidade de vida ou sobrevivência a quem se submeta a ele? Não são tratamentos universalizáveis, e os candidatos cedem às possibilidades de tratamento. Como é que fazemos? Todos têm a mesma dignidade, então vão morrer todos, ou vão sofrer todos, porque todos têm a mesma dignidade. E com a mesma dignidade todos serão indeferidos. Para haver deferimento uns têm de passar à frente dos outros. Isso se chama critérios de qualidade de vida. Os critérios de qualidade de vida procuram refletir o domínio da bioética, precisamente as imposições que a tecnologia e a escassez de meios disponíveis impõem às limitações que essa escassez impõe aos nossos sonhos de dignidade ilimitada da pessoa humana. Dirão: "Mas a dignidade ainda é preservada quando se desliga a máquina de um idoso para colocar lá um jovem".

A dignidade dos dois ainda é preservada, mas não é na formulação kantiana, porque para desligar a máquina do idoso porque agora apareceu uma pessoa com anos de vida ajustado pela qualidade melhor, quando se desliga a máquina, o idoso vai morrer para que o outro viva. Há uma vida que vai ser sacrificada por outra vida. Ora, isso não cabe no imperativo categórico kantiano, na tal formulação do imperativo categórico. E, portanto, não é compatível com as afirmações dignas da pessoa humana que se estribam explicitamente nesse absoluto do impedimento, do travamento da instrumentalização. Mas há mais, por todo o domínio da bioética surgiram novos ataques à ideia de dignidade da pessoa humana. E ataques, alguns deles bem inesperados, mas bem reveladores da riqueza que hoje a bioética tem nesses domínios. Vou apenas enumerar alguns. Primeiro disse assim: dignidade da pessoa humana, isso é a rejeição da nossa animalidade. Portanto, isso é apenas uma afirmação antropocêntrica extrema. Quer dizer assim, nós temos dignidade da pessoa humana porque apenas queremos dizer que os não humanos são indignos, é apenas isso. E isso se chama especismo, estamos a tentar afirmar a nossa espécie demarcando os demais, caricaturando os demais, inferindo os demais. Pode imaginar que essa perspectiva me é relativamente cara.

Não quero dizer que com isso queiramos banalizar a espécie humana retirando-lhe a dignidade que é

própria, o que nós queremos é dignificar os outros. Também quando foi preciso dar direito aos escravos, também houve quem entendesse que a atribuição de direitos subjetivos aos escravos ia ser uma trivialização dos direitos que já cabiam aos donos dos escravos, aos negreiros, as escravagistas. Um argumento muito respeitável que foi nos domínios da bioética. Disse que a dignidade da pessoa humana é uma conversa androcêntrica. Por quê? Porque na dignidade da pessoa humana, o que é que se entende como dignidade da pessoa humana, e não instrumentalização, e autonomia absoluta? Estamos a criar uma imagem, estamos a tentar a generalizar toda a espécie humana, mas é uma imagem que só representa uma porção da espécie humana e sub-representa uma parte muito importante da espécie humana. Quem é sub-representado? Os homens, os machos, adultos, saudáveis, capazes de se autodefenderem nas suas relações intersubjetivas e, portanto, capazes de celebrar contratos com plena autonomia. Mas agora se pergunta: O que é feito dos menores? O que é feito dos deficientes profundos, das pessoas que nunca chegam a ter capacidade? E o que é feito das mulheres que, no entender da visão feminista que é esta que eu estou a tentar transmitir, são suas representadas no pacto social e, por isso, o pacto social coexiste com consciência tranquila com as piores iniquidades e com as piores diferenças entre homens e mulheres. Isso quer dizer que essa divisão da dignidade da pessoa humana é a visão, pois se nós fecharmos os olhos e pensarmos na dignidade da pessoa humana veremos um homem adulto infringindo todos os outros. No fundo, as feministas estão a chamar atenção para uma coisa que os historiadores há muito tempo chamam de atenção relativamente ao velho direito romano. Nós dissemos assim: O direito romano é a origem do direito moderno. No direito romano já vinham as grandes categorias jurídicas do direito moderno. Vinham, mas era para a utilidade de poucos.

Os que eram protegidos pelo direito romano plenamente eram poucos, até muito tarde. Já no final do império e no declínio do Império Romano é que finalmente lá se alargou para fora do domínio dos patrícios e dos cavaleiros. Por toda a esmagadora maioria da população romana pura e simplesmente não era representada nessa figura do patrício romano, pois esse era o único que usava plenamente os direitos. Ora, o patrício e a classe equestre, enfim, mais dois ou três. E agora também poderemos dizer a mesma coisa quanto à visão androcêntrica. Depois há os que entendem que a dignidade da pessoa humana, e aqui eu diria que é mais aqueles que cultivam a bioética próxima das ciências biomédicas e mais sensíveis aos imperativos da tecnologia, muitas vezes entendem que a invocação da dignidade da pessoa humana é um argumento ou é uma invocação misoneísta ou obscurantista. Porque a dignidade da pessoa humana é conservação no tempo de uma imagem fixa do homem que não rejeita uma parte da evolução tecnológica como espécie de um desvirtuamento da sua dignidade, ou atentado a sua dignidade. A dignidade é a preservação, digamos assim, por exemplo, dos padrões atuais de mobilidade que seriam correspondentes à natureza da pessoa digna. Ora, se assim é, dizem os defensores, os autores desta denúncia, nós podemos pôr em xeque o progresso tecnológico, por exemplo, tentando alterar profundamente a configuração, por exemplo, das patologias humanas, aumentando a qualidade de vida, mas desvirtuando eventualmente aquilo que são as tais características associadas à dignidade da pessoa humana. Mas ainda, ainda há outro flanco, o quarto flanco é representado por pessoas que tenham visão determinista sobre a natureza humana. Os freudianos, claramente, os comportamentalistas têm visões deterministas sobre a natureza humana. Para eles não faz qualquer sentido falar da dignidade da pessoa humana. A única forma de se perceber a espécie humana é erradicar totalmente qualquer referência à dignidade. Porque diz: Não, a espécie humana é totalmente determinista e, portanto, suas expressões mais legítimas não têm a ver com interiorização ou com da sua dignidade ou dos direitos que assistem essa dignidade. Isso é uma sub-representação ideológica, porque não é isso que determina a espécie humana. E eles têm um fundo de verdade.

Faço agora uma pergunta e digam-me se estou errado. Haverá elo mais forte na espécie humana do



que o estabelecido entre uma mãe e um filho? Não há. E eu pergunto: Onde está o contrato? Onde estão os direitos cooperativos? Não estão. Quer dizer que isso é um ato puramente determinista da própria atuação da espécie, é determinismo biológico puro sob o qual assenta a nossa espécie, e do qual a nossa espécie depende crucialmente; no entanto, a coisa mais importante que existe na espécie humana é esse vínculo. Porque daí crucialmente depende a sobrevivência da própria espécie. Imaginem que o elo entre mães e filhos se quebrava na sua intensidade, no seu instinto, até na sua agressividade, até na sua agressividade antiendocêntrica, antimacho. Se se quebrasse, estaríamos em muito má situação. Ora, nada disso depende de representação ideológica daquilo que somos, ou daquilo para onde vamos, seja lá o que for que nada tem a ver com dignidade da pessoa humana. Os freudianos dizem a mesma coisa, dignidade da pessoa humana é certamente uma sublimação de frustrações que nós tínhamos dos tempos em que estávamos sujeitos a um poder paternal e estávamos a nos emancipar.

A dignidade da pessoa humana é no fundo matarmos o nosso pai e dizermos: Finalmente estamos livres aqui no planeta, porque já não há mais ninguém que se sobreponha a nossa eminente dignidade e tal. Aliás, convergindo com a de que somos feitos à imagem e semelhança de Deus e, portanto, somos uma espécie de deuzinhos, de uns demiurgos que andam aqui na Terra a criar tudo, a imagem e semelhança do grande demiurgo que nós imitamos. Finalmente o quinto flanco, diria dos pós-humanistas e dos pós-modernos que veem nesta dignidade da pessoa humana uma meta narrativa, um discurso vazio que tende para uma absolutização e santificação que não se reporta a nada senão a certa vontade de imobilização histórica. É como se quiséssemos ter a dignidade da pessoa humana, é a nossa recusa da contingência, é a nossa tentativa de tentarmos procurar aquilo que a religião antigamente nos oficia pela figura da alma. Havia uma alma que era imune às contingências, e nós depois mergulhamos na escolaridade ou até no secularismo ativista, e agora queremos resgatar isso voltando aos arquétipos platônicos, uma espécie de âncora que está acima da história.

É verdade que na própria bioética hoje quem propõe um novo sentido para a dignidade, por ser um sentido restritivo e policiador de imposição, de respeito pelas características únicas da espécie humana, da racionalidade humana, coisa que eu nem sei o que é, mas não nesse sentido restritivo e policiador, mas num sentido habilitante, para usarmos uma expressão anglo-saxônica que aqui neste caso eu acho bastante sugestiva, portanto, atribuidor de poder. É bom olharmos para a união indiana e vemos que há mulheres que estão aos poucos a libertar-se do julgo de séculos ou milênios de opressão, estão a afirmar-se como empresárias, ou como agricultoras. Isso é que é a dignidade, é reconhecermos que lhes fora dada uma oportunidade de florescerem contra uma canga milenar de servidão que já tinha sido abolida formalmente por leis, por constituições, mas que ainda não era nada sem as condições materiais de frutificação dessas capacidades. Por fim, gostaria de sublinhar ainda um ponto especialmente perturbador para mim, e que trato no tal livro dos direitos dos animais que escrevi há uns anos. Uma parte da dignidade da pessoa humana é uma tentativa de dizermos que há características únicas na espécie humana que merecem especial proteção.

E agora pergunto: O que é que toda a espécie humana tem em comum? Dirão: racionalidade. Não. Infelizmente temos os chamados casos humanos marginais, de pessoas que sabemos pertencerem à espécie humana que até protegemos, mas que não são dotadas de racionalidade por um azar da vida, deficientes profundos. Merecem toda a nossa solicitude, todo o nosso humor, toda a nossa integração e toda a proteção da espécie humana. No entanto, não têm essa característica da racionalidade. Nós identificamos certamente por outra característica, por terem nascido de humanos. Mas isso torna a espécie humana diferente das outras espécies. Não, nós também identificamos um cavalo por ter nascido de cavalos. Também identificamos um porco por ter nascido de porcos. Pergunta-se: Ah, já sei! Já sei que é uma característica espiritual que é comum a toda a espécie humana:

a capacidade de sofrimento. Não é não. Qualquer pessoa que seja olha para não humanos com atenção e alguns deles geneticamente bem distantes de nós, já percebeu que eles sofrem como nós. E o sofrimento que achamos ser específico da natureza humana não o é. Há quem diga: Não, não, não, mas a questão da humilhação. A humilhação é uma representação intelectual de condições de sofrimento que tem a ver com uma representação e um estatuto dos quais os animais são privados. Nem todos, nem todos. Há chimpanzés que conseguem humilhações, que conseguem comunitariamente olhar membros, voltar ao ostracismo e até simular condições de humilhação, ou preveni-las pelo aliciamento recíproco. É que isso também não é próprio da espécie humana, mas eu diria que uma boa parte daquilo que se esconde na expressão "dignidade da pessoa humana", na tal ideia antropocêntrica, merece pelo menos reflexão se com isso não estaríamos a criar uma barreira entre humanos, tentando exacerbar algumas características que novamente são características de uma parte da espécie humana, mas não de toda a espécie humana, e com isso reduzimos aquilo que verdadeiramente tentamos prosseguir com a dignidade da pessoa humana: uma proteção forte e ativa da espécie humana.

Muitas pessoas que nunca leram o meu livro, e fizeram muito bem, dizem assim: "O senhor defende os direitos dos animais, isso é um absurdo". Eu defendo-me sempre a dizer assim: Não, ao animal cujos direitos eu procuro defender com especial equidade é o animal humano. É ele que me interessa. Eu nunca tive animaizinhos em casa, não gosto. Nem sou vegetariano. Acho que é certa ordem natural que impõe violência entre os animais, e nós fazemos parte de uma cadeia alimentar. Infelizmente, infelizmente agora vou ser super tétrico. Infelizmente não somos os últimos da cadeia alimentar, ainda vamos ser devorados se não formos incinerados. Enfim, não preciso ir mais longe. E, portanto, as nossas invocações da dignidade da pessoa humana, o que é que pretendem? Pretendem que tenhamos coesão intraespecífica dentro da espécie, e a bioética é muito sensível a isso, porque é ligada aos problemas da vida de uma espécie que hoje arranjou novas formas de se autopreservar, de alongar a sua esperança de vida, de reduzir a normalidade, de ser mais feliz, de ser mais autônoma, de ser mais solidária, de partilhar mais o progresso com todos.

Hoje há mais de um bilhão de pessoas vivas no planeta que não estariam vivas se não fossem os progressos da medicina e da agricultura. Isso significa que a espécie humana conseguiu coisas absolutamente extraordinárias, e, para isso, ela não tem de interferir os outros que compartilham o planeta com ela e que ajudam a partilhar e a respeitar o planeta. É verdade que não têm a eloquência que tem a professora Carla Amado Gomes na defesa desses interesses ambientais. Mas, enfim, seja permitida a minha limitada eloquência para subscrever inteiramente aquela ideia da ética a respeito do que devemos ter pelo ambiente. Temos uma ética que reflexamente, no meu caso, é assumidamente antropocêntrica porque o mais importante da dignidade da pessoa humana, permitam-me dizer isso, é a animalidade em nós, é aquilo que nos faz sofrer. A primeira coisa que nós não queremos é sofrer como os animais. E a segunda coisa que nós queremos é amar como os animais, evidentemente são determinados. É claro que não têm aquela sublimação romântica que passamos a ter desde um Jean-Jacques Rousseau, mas antes de um Jean-Jacques Rousseau havia muito pouco romantismo, havia algum cavalheirismo, mas muito pouco romantismo.

Hoje somos românticos na nossa forma de procriar, é bom iludirmo-nos sobre aquilo que está em jogo. Mas aquilo que realmente está em jogo ainda é a animalidade em nós e, portanto, o maior respeito pela espécie humana é esta perder a sua arrogância, perder a sua dignidade e dissolver-se no contínuo das espécies que é o contínuo do grande Carnaval dos animais, este paraíso terrestre que nós podemos ter se vivermos em harmonia neste vale de lágrimas, porque todo o resto da construção humana normalmente é 'rousseauiano', normalmente tendo essas condições que nos foram propostas quando nos puseram aqui nativos deste Planeta.



Conferência Brasil

Possibilidades de Plebiscito Popular e de Constituinte Exclusiva e Soberana para Reformar o Sistema Político no Brasil: o Desafio do Poder Constituinte

Conferencista: Professor Mestre Luiz Otávio Ribas (UERJ)

Presidente da Mesa: Professora Doutora Gisela Maria Bester (UFT)

O presente texto é uma gravação da conferência ministrada durante o II Congresso Internacional em Direitos Humanos

Sobre a reforma política, mas também uma mensagem sobre a importância da educação e da cidadania. Começo agradecendo a professora Gisela Bester, professora da Universidade Federal do Tocantins, colaboradora aqui da Esmat, e agradecer, em nome dela, a todos os organizadores e organizadoras desse evento, que tão gentilmente me acolheram. Quero agradecer a presença de cada um, cada uma aqui. Imagino que seja um público bastante heterogêneo, formado por juizes e juízas, profissionais do Judiciário, professores e professoras, estudantes de graduação e pós-graduação, e pessoas da comunidade aqui da cidade, imagino também do entorno. Então, quero agradecer a presença de vocês. A mensagem que venho trazer trata da reforma política e da educação. São, hoje, dois consensos da sociedade brasileira. Acabamos de sair de uma campanha eleitoral, de uma disputa eleitoral em que, novamente, a educação foi um dos temas mais citados, e imagino que também mais desejado pelos eleitores na hora de escolher os seus representantes.

E esse momento tão bonito da democracia, que é o momento da eleição, e tão recente também no nosso país, pouco mais de 20 anos que retomamos esse momento da política, coloca-nos o debate da educação. E eu, professor universitário que sou, e pesquisador, venho apresentar uma possibilidade de trabalho na universidade e no Judiciário a partir dos temas ligados à política e à cidadania. Muitos aqui presentes, inclusive os que apresentaram os trabalhos anteriormente, que me antecederam, estão nesse programa interdisciplinar que trata exatamente do tema dos direitos humanos e da prestação jurisdicional. E eu venho trazer, então, uma mensagem, uma proposta de trabalho, de pesquisa, de extensão, de prática profissional que encontre no tema da política, mais especificamente na reforma política, um espaço de diálogo, e estou vendo a minha participação aqui como um espaço de diálogo. Estou muito curioso para saber as impressões dos presentes no momento das perguntas. A minha fala vai estar dividida em dois momentos, fora a conclusão. Num primeiro fôlego, apresentando um cenário do debate que hoje está sendo feito a respeito da reforma política a título de informação, para nós situarmos o debate. E, num segundo momento, uma parte mais teórica, de fundamentação, inclusive aí recorrendo a alguns dos homenageados e dos presentes aqui neste encontro, como é o caso do professor Jorge Miranda. Muito bem. Então este é o percurso da minha fala aqui nos próximos 40 minutos.

Começo resgatando o momento da história do nosso país que me ajuda a colocar a discussão, a problemática. Em 1963, no município de Angicos, no Rio Grande do Norte, estava se formando a primeira turma de

alfabetização, a partir da experiência do professor Paulo Freire. Naquela ocasião, um trabalhador alfabetizado naquela turma foi agradecer a possibilidade de ter iniciado a sua experiência na educação formal com mais de 50 anos de idade, e ao agradecer disse que mais do que aprender a assinar o próprio nome e escrever um pequeno bilhete, ele estava naquele momento aprendendo a reescrever a carta do ABC do Brasil. Muitos de nós aqui presentes, que somos educadores, sabemos que a educação envolve também a cidadania, envolve como disse a professora Gisela uma cidadania ativa, voltada para a participação, para ter voz e vez. E esse trabalhador expressou, nesse agradecimento, essa consciência de que ao aprender a usar as palavras, a escrever as palavras, ele estava entrando num espaço de uma voz que antes ele não tinha, e de participação que antes ele não tinha. Na mesma ocasião da formatura, o comandante na época do quarto Exército, general Castelo Branco, alertou o presidente da República, João Goulart, que considerava temerária essa experiência educativa, porque na visão daquele que depois veio a se tornar o presidente da República, essa pedagogia de Paulo Freire não respeitava hierarquias. Portanto, seria uma pedagogia perigosa.

E o desdobramento dos acontecimentos todos nós aqui conhecemos, não é? Paulo Freire vai ao exílio e só depois do fim do regime militar retorna e consegue colocar em prática um dos projetos que é até hoje um dos mais premiados relacionados à educação que o Brasil já desenvolveu; a educação e alfabetização de jovens e adultos. Na minha visão, essa é uma maneira de perceber a relação entre educação e política. Comecei dizendo que hoje existem dois consensos na sociedade brasileira, que é necessária uma reforma política e que a educação é um dos caminhos para as mudanças que a sociedade necessita. No caso da reforma política, o ministro Luís Roberto Barroso, na Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, mês passado, lá no Rio de Janeiro, disse que não há maior consenso hoje na sociedade brasileira do que a necessidade de uma reforma política. Mas estranhamente não há também maior inércia para fazê-la. Se essa afirmação do ministro estiver correta, coloca-nos uma ideia de questionamentos, de envolvimento com a afirmação. Por quê? Se todos querem a reforma política e ela não acontece, talvez seja porque estejam faltando nós que estamos aqui agora escutando, mas depois também questionando a respeito desse tema. Então, se há uma mínima disposição de esse auditório conhecer um pouco mais sobre as propostas de reforma política, eu vou, aqui, nesse primeiro momento da fala, situar o contexto da reforma política defendida pela Plenária Nacional dos Movimentos Sociais.

Para montar essa proposta num primeiro momento, eu quero trazer os elementos de uma pesquisa da qual participei na Faculdade de Ciências Sociais da América Latina (FLACSO), um Instituto de Pesquisa, onde participei junto com o professor Breno Bringel, lá do Rio de Janeiro, pesquisa que envolveu professores e professoras de 18 países da América do Sul e Central, a qual teve o nome de Governabilidade e Convivência Democrática. Vocês podem encontrar o relatório na internet. Foi uma pesquisa realizada desde 2010, eu não participei da primeira etapa, só da segunda, e o tema abordado foi exatamente o da governabilidade e a convivência democrática. Vou direto às conclusões, porque nos interessa para falar sobre a reforma política.

Uma das conclusões do professor Breno Bringel, cientista político, foi a de que hoje no Brasil nós vivemos um paradoxo da participação. Nessa ideia de cidadania ativa, de participação na política, nós teríamos um paradoxo. O Estado Brasileiro, principalmente a partir de 1988, passa a incentivar a participação, a criar espaços institucionais de deliberação, de aconselhamento das instituições democráticas, no sentido do fortalecimento das instituições, porque isso, como sabemos, é essencial numa democracia. Um Judiciário forte, um Poder Executivo forte, um Poder Legislativo forte são essenciais para a convivência democrática. E a participação vem exatamente no sentido da cidadania e da educação, como nos ensinam, aprende-se a participar, participando, na medida em que o estado abre espaços de aconselhamento e deliberação para a sociedade civil, esta, já organizada ou se organizando, passa cada vez mais a aprender como se participa, e esse processo é extremamente saudável para a convivência democrática. Mas, já que se trata de um paradoxo, o Estado não incentiva apenas a participação, ele também reprime a participação; muitas das vezes de maneira arbitrária. Nessa tentativa de manutenção da ordem da segurança pública, muitas vezes o Estado passa a reprimir manifestações. E isso, certamente, afasta as pessoas da participação. Portanto, é um paradoxo, e certamente é um tema que no Judiciário Brasileiro encontra relevância ímpar, porque este estado na hora de dar a repressão vai também se servir do Judiciário para legitimar o uso da força contra essas manifestações.



Manifestações estas, segundo a nossa pesquisa, que são reprimidas com o apoio da opinião pública. Uma das perguntas que fizemos para duas mil pessoas entrevistadas pelo telefone em Salvador, São Paulo e Rio de Janeiro, era: "Você é a favor do uso das Forças Armadas para reprimir protestos?" E a maioria das pessoas respondeu que sim, que era razoável o uso das Forças Armadas contra manifestações. Então, diante disso, nós temos não só o paradoxo de um Estado que reprime, mas também uma sociedade que é a favor dessa repressão. Isso compõe um cenário extremamente complexo para falar sobre participação e sobre reforma política.

Avançando. Além desta pesquisa da qual participei, tive a chance, pelo Instituto de Pesquisa Direitos e Movimentos Sociais, de participar junto com a Clínica de Direitos Fundamentais da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, no amicus curiae da ADIN 4650. Imagino que alguns aqui presentes já tenham ouvido falar. Essa Ação Direta de Inconstitucionalidade colocou, a partir da representação da OAB, o questionamento sobre a inconstitucionalidade da doação de pessoas jurídicas para campanhas eleitorais. E o nosso amicus curiae foi exatamente nesse sentido de sustentação da inconstitucionalidade, portanto, da impossibilidade de as empresas realizarem doações nas campanhas eleitorais. O Brasil, hoje, é o segundo país que mais gasta em eleições. Essa que acabou em outubro foi um recorde histórico. Nunca se gastou tanto para realizar eleições no Brasil como nesse ano. E a maior parte das doações são exatamente doações de empresas, de pessoas jurídicas.

Na visão do que se espera sobre uma democracia, este cenário nos coloca uma problemática também muito interessante. Antes eu citei o paradoxo da participação, agora vou situar a questão do predomínio do poder econômico que impede a representação popular. Alguns vão se referir a essa questão como uma crise de representação. Então, como cerca de 10 empresas que são as maiores doadoras nas campanhas elegeram agora 80% dos seus candidatos financiados, existe aí uma disparidade de representação, inclusive no plano empresarial, na relação entre as empresas que doam e as que não doam. Alguns cientistas políticos e constitucionalistas estão se referindo a esse contexto como uma plutocracia. O STF que está julgando essa questão já chegou à conclusão a partir de seis ministros, seis votos, de que é inconstitucional. E um voto contrário. O ministro Gilmar Mendes pediu vistas do processo e até o momento não devolveu para que possa ser concluída a votação. Mas podemos dizer que há um entendimento já do STF, nesse sentido, da inconstitucionalidade. Para terminar essa primeira parte, existe ainda uma relação entre a crise de representação e a governabilidade, a convivência democrática. E as manifestações de 2013 são um exemplo do que pode acontecer se nós continuarmos no mesmo caminho que hoje estamos, ou seja, se tudo continuar como está, e não existir reforma política, a crise de representação vai se agudizar, a participação vai diminuir e a tendência é o quê? Irrupções de processos de contestação da ordem democrática e de contestação da forma como o governo vem exercendo o poder, seja de maneira organizada, ou totalmente espontânea, como foram as de 2013.

A pesquisa que realizamos pela Flacso perguntou também a essas pessoas se elas acreditavam nos políticos. Ficamos muito preocupados – é uma das outras conclusões da nossa pesquisa –, porque um número assustador de mais de 80% pessoas respondeu que não confiam nos políticos. Quando foram perguntados sobre o Judiciário, a confiança aumentou consideravelmente, mas em relação aos políticos foi um índice alarmante de desconfiança. E aí, claro, no momento do debate vocês podem me ajudar a compor esse cenário e trazer por que tanta desconfiança. Eu arriscaria que uma das questões está ligada à corrupção. Nós sabemos que aqui no Tocantins existem pessoas na Ordem dos Advogados do Brasil que estão ligadas tanto à coalizão democrática pela reforma política: movimento eleições limpas. Foi daqui também que saiu a iniciativa da lei da ficha limpa e toda uma discussão a respeito da corrupção que é absolutamente necessária. Porque se nós temos dez empresas que elegem 80% do Congresso, dos deputados federais, temos um clima bastante propício para um cenário de corrupção. Se quisermos seriamente, membros do Judiciário e da sociedade brasileira, combater a corrupção, precisamos de uma reforma política. Uma reforma política que enfrente o predomínio do poder econômico nas eleições, porque ele impede o princípio da representação popular, que é essencial para a convivência democrática. Esse é um pouco do cenário do primeiro momento da minha fala que eu queria apresentar a vocês.

Continuo colocando a nossa proposta de reforma política no contexto de tantas outras reformas. Como a

professora já mencionou, nós participamos na Semana da Pátria, de 1º a 7 de setembro, do plebiscito popular pela constituinte exclusiva, que perguntou a mais de sete milhões e setecentas mil pessoas, em todo o território nacional, o seguinte: "Você é a favor de uma constituinte exclusiva e soberana para a reforma do sistema político?" E 97% das pessoas votaram que sim, que são a favor.

O resultado dessa votação significativa, significativa, expressiva, foi apresentado no Congresso Nacional, ao Supremo Tribunal Federal e à Presidência da República, ainda em outubro, durante as campanhas eleitorais. O resultado foi um projeto de Decreto Legislativo, que está previsto na nossa Constituição Federal, no art. 59, que diz respeito exatamente à competência exclusiva do Congresso para decidir o momento de convocação de plebiscitos e referendos. Cento e setenta e oito deputados e deputadas federais, dos mais variados partidos, Democratas, PDT, PROS, PV, PSDB, PMDB, PCdoB, PSB, PSOL e PT, levaram para o Congresso esse projeto que tem o número 1.508. De acordo com esse projeto, esse plebiscito que foi na Semana da Pátria um plebiscito popular, portanto, sem oficialidade, sem caráter oficial, sem caráter vinculativo, agora seria renovado por um plebiscito oficial organizado pela Justiça Eleitoral. Está, então, aberto o debate sobre a necessidade de uma reforma política que seja convocada por um plebiscito.

Por que é que nós defendemos um plebiscito oficial? Na nossa visão, a reforma política depende de todos nós, e ela, portanto, já começou. Porque existem várias organizações na sociedade civil e do Estado Brasileiro que estão debatendo isso há muito tempo. No Congresso nós temos inúmeras propostas de reforma política. Na sociedade, da mesma maneira. Temos a proposta da coalizão democrática, que reúne CNBB e OAB, que é uma proposta bastante interessante. Tem a proposta que agora foi apresentada no Congresso Nacional, a qual estamos chamando de contrarreforma política, que é ainda de 2013, do deputado Cândido Vaccarezza, e inúmeras outras propostas, inclusive a nossa. Essas propostas colocam o limite da representação popular. Então, por que não um plebiscito? Está previsto na nossa Constituição que é uma das formas de exercício da democracia direta, porque na democracia o poder que emana do povo e em seu nome será exercido, por seus representantes ou de maneira direta, então o plebiscito é uma das maneiras de consultar a população que detém o poder numa democracia constitucional como é a nossa. Na nossa visão, é a melhor maneira de compreender e conhecer sobre esse poder que dá origem à Constituição.

Por meio desse plebiscito temos, então, colocado a possibilidade de debate de reforma política por meio de uma constituinte. E esse Congresso é um espaço privilegiado para esse debate. Passo, agora, para a segunda parte, que é mais teórica, porque estamos aqui homenageando Jorge Miranda, que nos ensina, a partir da experiência do Direito Constitucional em vários países, que existem momentos que as democracias constitucionais precisam de autocrítica. Precisam de uma avaliação das suas instituições para a governabilidade e a convivência democrática. Tomei o cuidado de trazer aqui anotado para vocês, temos experiências daquilo que Jorge Miranda chama de "convenções". São assembleias convocadas pelos parlamentos para exatamente avaliar as instituições democráticas e o próprio conteúdo da Constituição. É o caso da Constituição da França, de 1793. Também a de 1848. A Constituição da Argentina, de 1860, traz essa previsão. A da Sérvia, de 1989. A da Grécia, de 1864. Da Nicarágua, em 1986. E, na visão de Jorge Miranda, a própria Constituição dos Estados Unidos da América, no seu art. 5º, coloca essa possibilidade de uma convenção para uma espécie de revisão constitucional, sendo convocada aí por pelo menos 2/3 dos estados, nos Estados Unidos da América.

Aqui no Brasil houve, um pequeno debate, há alguns anos, fundamentando, nessa ideia de Jorge Miranda, sobre a possibilidade de uma revisão constitucional no Brasil, com base lá nos atos e disposições transitórias da nossa Constituição de 1988. Infelizmente, essa proposta tinha também como objetivo a revisão, a flexibilização de direitos sociais, e, por isso, ela foi rechaçada pelo conjunto da intelectualidade brasileira do Direito Constitucional, inclusive, pelo professor Jorge Miranda, que escreveu que uma revisão constitucional por uma convenção, por exemplo, não pode mexer em direitos fundamentais, muitos menos em cláusulas pétreas, e essa proposta de flexibilização ficou para trás.

A nossa proposta tem um diálogo com essa compreensão do professor Jorge Miranda a respeito do que ele chama de "Convenção Constitucional", que é uma Assembleia para revisar, para avaliar as instituições e o conteúdo da Constituição. Não há impedimento que essa convenção trate de um tema específico, sendo uma revisão, ela pode traçar claramente os limites dessa revisão. Estamos propondo, então, uma constituinte para



reforma do sistema político. É uma constituinte temática para tratar desse tema que consideramos o mais relevante neste momento histórico.

Temos a companhia na fundamentação dessa proposta do próprio ministro Luiz Roberto Barroso, que mencionei anteriormente, ele já veio a público manifestar a sua concordância dessa possibilidade, dessa alternativa, nos seguintes moldes: uma emenda constitucional que fosse convocada por um plebiscito, que elegeisse o que ele chama de um órgão reformador, que discutiria e votaria uma reforma política para a Constituição atual de 1998. No final, o conteúdo dessa reforma seria novamente submetida à representação popular, no caso do referendo, pela concordância, ou não, do resultado da reforma. Na visão de Barroso, seria algo atípico, seria algo novo em matéria constitucional no Brasil, mas, segundo ele, legítimo, quando convocada por plebiscito. E aí está o entendimento que eu quero debater com todos e todas aqui, a respeito de como é que o poder constituinte se manifesta, é uma das matérias que eu, como professor, considero das mais belas de se lecionar e de se estudar. Quais são as experiências históricas de manifestação do Poder Constituinte? Como é que pela Constituição atual e as instituições democráticas numa perspectiva de continuidade, como nos ensina Hermann Hesse, dessa necessidade de um projeto constitucional que tem uma continuidade, como é que a partir da própria Constituição atual, de 1988, nós podemos reformá-la? Uma reforma constitucional. Temos aí dezenas e dezenas de emendas, poderíamos fazer a reforma política por emenda? Poderíamos. Poderíamos fazer por lei de iniciativa popular? Poderíamos.

Poderíamos fazer por uma lei que fosse submetida a um referendo? Da mesma maneira. Mas estamos propondo uma reforma política por uma constituinte. Porque acreditamos que no processo constituinte, quando ele é exclusivo, temos oportunidade de efetivamente mexer na estrutura de Poder. Temos a oportunidade de entrar, como diz Roberto Gargarella, que é um dos expoentes do novo constitucionalismo latino-americano, o que ele chama de adentrar na sala de máquinas, na sala das máquinas, onde o poder é efetivamente exercido no nosso país. Porque, infelizmente, no Brasil, assim como em vários outros países da América Latina, a transição democrática foi limitada num acordo entre liberais e conservadores que garantiram uma estrutura de poder extremamente verticalizada e, ao mesmo tempo, contemplando certos direitos. E o que nós temos hoje? Uma crise de representação e cada vez mais um anseio da sociedade por mais direitos. E o Congresso não consegue dar conta, assim como o Judiciário, dessas demandas. Vários trabalhos apresentados aqui confirmam o que eu estou afirmando da dificuldade de o Judiciário lidar com as demandas por novos direitos, seja por questões institucionais, seja por questões políticas, que poderiam ser muito bem tratadas por meio de uma Assembleia Constituinte.

Então, para ir caminhando para o final, defendemos uma constituinte exclusiva. Exclusiva porque seria necessária uma votação para o que nós chamamos de Assembleia Constituinte. Barroso chama de órgão reformador, e Jorge Miranda chama de convenção. Até o final do Congresso nós vamos nos entender aí sobre os conceitos, mas o certo é que nas três propostas é necessária uma eleição exclusiva, na do Barroso, na do Jorge Miranda e na nossa, ou seja, pessoas eleitas para realizar a reforma. Não seriam os congressistas que agora vão assumir em fevereiro. Bom, e esse mandato duraria apenas enquanto durasse o processo constituinte. Acabou o processo, acabou o mandato sem possibilidade de se eleger na próxima eleição. É o que a teoria constitucional republicana nos ensina como o mais recomendado para afastar os interesses corporativos e resgatar os valores republicanos e democráticos da representação.

Quais seriam as regras para eleger essa Assembleia Constituinte? Estamos exatamente neste momento histórico. A relatoria do projeto de decreto legislativo está exigindo para amanhã essa resposta. Que regras estão sendo propostas para essa constituinte exclusiva ser eleita? Temos, por enquanto, três propostas, que ainda precisam ser debatidas mais amplamente. A primeira, temos claro que, assim como o STF já compreendeu por seis ministros, são onze, então já é uma maioria, de que nessa eleição para a constituinte não poderia haver doações por parte das empresas, por parte de pessoas jurídicas. Há proibição. Essa é a primeira questão que colocamos para o debate. A segunda é sobre a participação das mulheres. Além da crise de representação pelo predomínio do poder econômico, nós temos hoje um problema grave de sub-representação. Vamos dar dois exemplos: as mulheres que compõem mais de 50% da população brasileira têm no Congresso quase 8% de representantes. E agora parece que diminuiu no próximo mandato. A população negra da mesma maneira: compõem a maioria da sociedade brasileira e não chega a 9% da representação no Congresso. É uma crise de

representação que também se manifesta pela sub-representação. Na medida em que, pelo princípio da representação popular, a sociedade precisa estar representada no Congresso, e isso hoje efetivamente não acontece; não se levarmos em conta a ideia da importância absoluta da presença dessas pessoas para que a representação aconteça. Então por uma ideia clássica de representação, eu como homem posso representar a professora, mas, por uma visão de 'representação', de uma representação material para a convivência democrática é melhor que as mulheres estejam presentes para dizer por si, assim como a população negra.

A nossa proposta é que essa Assembleia seja eleita com base em listas apresentadas pelos partidos, alternadas, respeitando o critério de gênero. Os partidos, segundo a nossa proposta, precisariam apresentar os candidatos para a Assembleia colocando um homem, uma mulher, um homem, uma mulher. Ou ao contrário, uma mulher, um homem. E a terceira proposta, que gostaria de apresentar para debatermos agora no final é sobre as candidaturas independentes. Nós vimos crescer não só aqui no Tocantins, mas em vários lugares do Brasil, uma organização pela reforma política, que não representa o interesse partidário, ou que representa vários interesses partidários. Portanto, vemos como uma boa proposta a possibilidade da candidatura independente, independente de filiação partidária, que fica reservado, por exemplo, para 1/3 das candidaturas, mas que exista esse espaço da sociedade que está agora se organizando para a reforma política, e não necessariamente a partir de partidos, que possam também participar do pleito. Vamos lembrar que na nossa pesquisa apuramos que há uma desconfiança muito grande das pessoas nos políticos e também nos partidos. Vamos lembrar que essa última eleição continuou a mesma tendência das outras eleições de aumento da abstenção dos votos nulos e brancos, vem sendo um aumento em todos os últimos pleitos, o aumento que teve nessa eleição não foi maior ou muito maior do que o aumento que teve na última eleição, mas mesmo assim é preocupante a desconfiança com a política, e nós sabemos que, nesse cenário de desconfiança, a governabilidade e a convivência democrática, ela fica comprometida.

São mais ou menos esses os assuntos que trago para que possamos debater, lembrando que comecei trazendo um cenário do qual gostaria que vocês me ajudassem a compor a descrição, e, num segundo momento, apresentando a nossa proposta e fundamentando a partir do que nós entendemos. Como o mais interessante na teoria Constitucional Brasileira e Portuguesa hoje para apresentar para vocês. Bem, é basicamente esse o recado que eu queria trazer, e convidar vocês para conhecerem mais a nossa proposta, vamos estar aí com os livros ali na sala vip para conversar também com quem tiver interesse, e deixar aí o site da nossa organização, que é plebiscitoconstituinte.org.br, para que possamos continuar esta conversa. Então, muito obrigado.



Conferência Brasil

O Papel do Judiciário na Efetivação dos Direitos Econômicos e Sociais

Conferencista: Professor Doutor Flávio Pansieri (ABDConst)

Presidente da Mesa: Professora Mestre Suyene Monteiro da Rocha (UFT)

O presente texto é uma gravação da conferência ministrada durante o II Congresso Internacional em Direitos Humanos

O tema, o desafio que me deram é tratar da judicialização das políticas públicas, eu pretendo aqui para que possa me diferenciar de uma apresentação já ocorrida, fazer uma análise específica de um regime jurídico dos direitos e garantias fundamentais e sociais, para, em seguida, enfrentarmos alguns problemas práticos e cotidianos da judicialização das políticas públicas. Primeiro gostaria de apresentar aos senhores a minha pré-compreensão de Constituição. Quando falamos de pré-compreensão, é importante dizer que não existe no mundo nada previamente determinado, o sentido de todas as coisas só se estabelece a partir do paradigma que nós vivemos e existimos; os senhores não chamam a cadeira que os senhores sentam de cadeira porque existe uma essência de cadeira, afinal de contas se todos os senhores chegassem aqui hoje sem nunca ter visto uma cadeira é muito provável que os senhores não se sentariam nas cadeiras que ora estão sentados, ficariam olhando para elas.

Talvez aqueles com QI um pouco mais avançado percebessem que poderiam reclinar as suas colunas ali e ficarem mais confortáveis, e talvez umas sete ou oito semanas depois todos já se sentariam nas cadeiras, mas certamente o título rótulo cadeira demoraria centenas de anos para que fosse cunhado. O mesmo acontece com todos os demais símbolos linguísticos, para que seu conteúdo seja estabelecido é necessário um caminhar da sociedade a fim de que se compreenda o seu sentido. Nessa medida, é importante afirmar que a pré-compreensão que se tem do texto constitucional por certo é uma pré-compreensão que surge a partir do momento político e institucional em que vivemos. Mas essa pré-compreensão jamais será a pré-compreensão livre do intérprete, e aqui brinco com os senhores, com um modelo, uma interpretação e um exemplo clássico de pré-compreensão.

Impossível que a pré-compreensão de um famoso juiz do estado de São Paulo que julgando uma medida a respeito de uma ofensa feita ao jogador Richarlyson fundamentasse a sua sentença no hino do Internacional, pois o debate que se travava naquele caso era o seguinte, o então comentarista Milton Neves pergunta ao presidente do Palmeiras: O Richarlyson não jogaria no seu time? Ele disse: Jamais jogaria no meu time, o Richarlyson. Por que é que não jogaria no seu time, o Richarlyson? Por que no meu time não joga Bambi. Até aí talvez tivéssemos uma daquelas chacotas de enfrentamento, afinal de contas o Palmeiras é o porco, e o São Paulo são os bambis, absolutamente aceitável dentro de um contexto futebolístico. Todavia, o presidente do

Palmeiras vai um pouco além e acaba trazendo à baila a orientação sexual do jogador Richarlyson, que obviamente vai ao Poder Judiciário requerendo uma reprimenda criminal contra ele, e o magistrado, então, julgando esta causa determina o arquivamento do feito sob o argumento de que na parte da fundamentação ele traz, cola o hino do Internacional, dizendo que futebol é coisa para gente viril, e que nós não poderíamos autorizar que esses sujeitos tomassem conta do futebol, e se assim o quisessem que montassem uma liga própria. A parte mais importante desse voto e mais gritante, e logicamente ele foi afastado pelo Conselho Nacional de Justiça, alguns anos depois. A parte mais gritante desse voto é que o fundamento de validade do voto está subjacente a algo que ele alega em sua defesa, e era isso que representaria um inconsciente médio coletivo, determinando assim a aceitação à discriminação.

E é nesse ponto que eu gostaria de começar a tratar com os senhores da pré-compreensão possível do nosso texto constitucional, por certo a pré-compreensão do texto constitucional encontrará limites em todas as possibilidades no próprio texto e por mais que nós, imbuídos de uma vontade de um inconsciente médio coletivo, e nesse ponto não nego que no inconsciente coletivo médio da nossa sociedade há preconceito sim, e uma discriminação cotidiana sim, e talvez ele estivesse correto na afirmação dele, eu nego essa possibilidade como existente, como possibilidade de interpretação jurídica legitimadora de sua decisão, porque as maiorias estabelecidas quase no debate que eu me controle para não voltar para o debate do almoço que seria muito interessante nós travarmos aqui, mas este inconsciente médio coletivo não pode determinar mais nesse modelo constitucional em que nós vivemos o significado, o sentido dos símbolos linguísticos expressos na Constituição. Pós 1988, e a partir disso tenho a dizer aqui, de pronto, que a minha conferência por certo afasta uma análise que tenta se aproximar das possibilidades de implementação via Poder Judiciário, uma dicotomia entre capital e trabalho.

De forma veemente, repudio esta afirmação por compreender que o texto constitucional nos traz outros determinantes de sentido que implicam outras discussões e outras hipóteses de fundamentação, não legitimadas única e exclusivamente por este debate que não é um debate jurídico e, por sua vez, não serviria de fundamento às decisões judiciais, como tenho visto não só no Paraná, mas no Rio Grande do Sul, no interior de São Paulo, argumentos esses que, lógico, não afirmam em última análise as discussões e a dicotomia do capital e do trabalho, mas têm como plano de fundo a não decisão, exatamente para o não enfrentamento desse debate. E aqui parto para uma análise do regime jurídico dos direitos fundamentais sociais. Quando tratamos dos direitos e garantias fundamentais, diferentemente de outros países do mundo, inclusive do modelo português em razão de esse Congresso ser em homenagem ao professor Jorge Miranda, nós nos diferenciamos dos portugueses de uma forma muito intensa, pois o regime jurídico dos direitos fundamentais em Portugal é absolutamente diverso do nosso por disposição expressa do quê? Do texto constitucional.

Em nosso texto constitucional não há uma diferença contra a eficácia e as possibilidades de aplicabilidade dos direitos e garantias dos sociais para os fundamentais. Pois se abrimos o texto constitucional no § 1º do art. 5º, estará lá expresso no texto da Constituição que os direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata. A pergunta é, onde está o título direitos e garantias fundamentais? Vamos fazer uma análise sistemática do texto constitucional. O capítulo 1 diz dos direitos e garantias fundamentais, e dentro título 1 dos direitos e garantias fundamentais temos cinco capítulos, dos direitos e deveres individuais e coletivos, dos direitos sociais, da nacionalidade, dos direitos políticos e dos partidos políticos, portanto, quando se refere ao § 1º do art. 5º quanto aos direitos e garantias fundamentais possuírem aplicabilidade imediata, estamos tratando de todo o título 2 do texto constitucional.

Todos os capítulos do título 2 têm aplicabilidade imediata, por isso, não podemos dizer ou então tentar retornar a uma análise que no Brasil foi talvez fomentada por Rui Barbosa, depois alguns outros professores, como Manoel Gonçalves, e Ferreira Filho, que tentaram também afirmar a possibilidade de que existiriam dispositivos no texto constitucional inclusive de direitos fundamentais que seriam meros proclamas políticos, ou seja, nenhum deles o é. Porque o próprio texto constitucional, a partir de uma leitura sistemática do texto, e objetiva, afirma gritantemente que todos os direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata. Então não há mais hipótese de imaginarmos que quaisquer direitos fundamentais seriam meros proclamas políticos ou meras normas programáticas. Assim, passo a uma segunda análise importante quanto a um conceito de eficácia que defendo e, por sua vez, pretende aqui suplantar alguns juristas importantes de nosso país que tiveram o seu



papel de forma muito relevante, entre eles tomo como exemplo maior o professor José Afonso da Silva, o qual, em sua tese de doutoramento, Aplicabilidade das Normas Constitucionais, traz o conceito de norma de eficácia plena contida e limitada, e afirma que as normas de eficácia plena, por sua vez, seriam capazes de produzir todos os seus efeitos a partir da edição da Constituição. Em algum momento chega a defender que elas seriam suscetíveis de restrição do seu conteúdo pelas normas infraconstitucionais; as normas de eficácia contidas, por sua vez, seriam comandos constitucionais que produziriam efeitos, mas dependeriam de outras normas para terem o seu conteúdo restringido a partir de outros comandos normativos infraconstitucionais. E, por fim, ele afirma que existiriam normas programáticas, e essas normas programáticas, por sua vez, dependeriam, em última análise, de outros comandos normativos para completar a sua, digamos assim, um quadrante de efetividade, mas o que o professor José Afonso da Silva traz nessa tese dele que é a parte dele mais importante que é o rompimento de tudo que existia antes com outros, com o que se trazia no Brasil até então é que ele afirma que por mais que a efetividade desses comandos seria submetido a outros dispositivos normativos ele afirmará que todos os dispositivos da Constituição possuem eficácia.

A partir disso, e tentando sair dessa conceitualização plena, contida e limitável, se ela é contida, ou o termo seria contível, porque o próprio José Afonso já assumiu há pouco tempo que o melhor termo seria contível, e não contida, mas aí isso eu perguntei pessoalmente: Mas professor, por que o senhor não muda? Ele falou assim: Tantos anos depois, Flávio, vai dar uma confusão isso, deixa como está, todo mundo já sabe que podia ser contível mesmo. Crítica inclusive esta que o próprio filho faz a sua tese de titularidade à obra do pai dizendo que o termo mais adequado deveria ser contível, e não contida. Contida parece que é algo que está aprisionado, e não é a verdade que ele queria afirmar sobre esse conceito, mas a partir dessa ideia que é a parte mais importante de sua tese na afirmação de que todos os dispositivos da Constituição possuem eficácia, parto a uma medida a afirmar aos senhores que se todos possuem eficácia o que nos interessa na ideia da judicialização do tema é se essa eficácia é, primeiro, positiva ou negativa, se ela determina um agir ou um não agir do Estado, e aqui é importante, todos os comandos e todos os dispositivos, as normas que definem direitos fundamentais determinam ao Estado um agir e um não agir, estatal.

Na pior das hipóteses, uma não interferência na garantia daquele direito já concretizado no mundo real que seria uma eficácia negativa; e numa outra medida, uma determinação para que o Estado garanta por medidas positivas a realização daquele direito fundamental. Percebendo então que todos os direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, que, a partir de José Afonso da Silva, a eficácia de todos os direitos está evidente de que o que importa é saber se a eficácia, se a determinação que extraio do direito é de um agir ou de um não agir estatal ou de particulares, pois a eficácia pode ser vertical ou horizontal. Passo então à parte que me parece um tanto quanto mais cara, com algumas divergências de alguns colegas, mas que me parece absolutamente relevante para a decisão judicial, qual seja, determinar se aquele comando que eu extraio da ordem constitucional é subjetivo ou objetivo.

Um comando objetivo seria aquele comando geral em que seria impossível, por exemplo, eu determinar a responsabilidade específica que tem o Estado ou o particular para a garantia daquele direito, e para explicar o comando objetivo, apresento aos senhores o comando subjetivo e daí os senhores perceberão, eu tenho defendido que para que seja subjetivável um direito é necessária uma relação trilateral, é necessário se determinar um sujeito de direitos, uma obrigação específica a ser realizada, ou seja, um agir ou um não agir estatal, ou seja, se essa eficácia será positiva ou negativa, então, uma obrigação específica e um responsável por essa obrigação específica. Sem a definição dessa relação trilateral, não tenho como exigir judicialmente o meu direito. E aqui me parece que chegamos a um ponto nevrálgico, eu gosto sempre de discutir um tema que escrevi na minha tese de mestrado: o direito fundamental à moradia versus o direito à propriedade. Em regra, quando perguntamos, de plano, aos nossos alunos, Gisela, veja, quando você olha o direito à propriedade, qual eficácia você encontra de plano no direito à propriedade? Uma eficácia positiva ou uma eficácia negativa, ou seja, uma eficácia de garantir a propriedade, ou de não interferir na propriedade? O quê, qual você vê primeiro? O de não interferir na propriedade. E quando eu falo para você existe outro direito fundamental que está dentro do mesmo regime jurídico, quando eu falo da garantia do direito fundamental à moradia, logo você pensa no não interferir na moradia ou na garantia de uma moradia? Na garantia da moradia.

Percebam que nós, a partir de um inconsciente coletivo que não sabemos de onde vem, olhamos direitos e

garantias fundamentais sobre o mesmo regime jurídico no ordenamento jurídico brasileiro de duas formas absolutamente distintas, por quê? Reconhecemos a partir de uma pré-compreensão de mundo que ao Estado deve ser determinado que ele não intervenha no meu direito à propriedade, esta é a afirmação. Mas ele garante uma propriedade? Porque perceba, mas o que é o direito à propriedade? Esta é a pergunta, não é uma propriedade de imóvel, o direito à propriedade é o de ter, chamar de seu, ter consigo, usar, gozar, usufruir qualquer bem. Todavia, de outra banda, percebam que o direito à moradia, o que é? É o de ter uma moradia? Ou é o de ter a possibilidade de acessar uma moradia? Como diria Rubens Braga: O direito de ter um canto bom para se morrer em paz.

Agora, se analisarmos a propriedade, perceberemos que temos na propriedade uma eficácia negativa que é dizer a terceiros e ao Estado: Não interfira na minha propriedade, salvo nas hipóteses previamente estabelecidas na lei ou no texto da Constituição, e nossa Constituição teve inúmeros avanços quanto à propriedade em razão do modelo anterior, em razão da possibilidade de determinarmos uma função essencial da propriedade urbana e da propriedade rural que foi um importante avanço na democracia brasileira, e na ideia de igualdade em nosso país, mas, para além dessa ideia de usar, gozar e usufruir de uma propriedade imóvel, eu tenho também a garantia do direito de ter algo comigo que disso se depreende uma série de obrigações para o Estado, como garantir que ninguém retire a minha propriedade, mas eu posso judicializar a ausência de policiais na esquina de minha casa? Mas depois da quinta vez que você foi assaltado, treze pessoas foram assassinadas naquela mesma esquina, todos os boletins de ocorrência foram feitos, você não pode exigir do Estado uma reparação ao menos do dano em razão da omissão quanto ao teu direito à garantia à propriedade e, nesse caso, à segurança que não lhe foi garantida? Parece-me que sim.

Mas percebam que a posição jurídica se altera em decorrência da sucessão de fatos que determina a omissão estatal. Tem um caso muito interessante no Rio Grande do Sul, escabroso, triste de comentar: Um sujeito, um maníaco sexual no regime semiaberto fugiu por nove vezes, e ele retornava todos os dias. Ele fugia, ficava um dia fora e voltava; fugia, um dia fora e retornava, e o Estado não regrediu de regime, na décima vez que ele fugiu, foi preso em flagrante cometendo estupro, o mesmo ato que havia cometido as nove vezes que fugira. Nesse caso, discutiu-se o direito fundamental: o da segurança. E aqui a omissão do Estado em garantir a segurança efetiva, porque no primeiro momento em que ele fugiu do sistema e retornou, ele tinha de ter regredido, todas as mulheres violentadas propuseram medidas judiciais, o judiciário decidiu sob a seguinte perspectiva, o direito fundamental à segurança, neste caso, tem de ser garantido como forma de dar sustentáculo à pretensão de reparação ante o Estado, mas somente em face das nove mulheres, as nove últimas mulheres, e não à primeira. Interpretou o Estado que o regime semiaberto é o regime que coloca em possibilidade a fuga do preso, e é verdade isso. E que o Estado não teria agido de forma correta quando nos retornos não regredira o indivíduo de regime e, portanto, deveria indenizar as nove seguintes.

Aqui passamos a perceber a perspectiva de uma ação, de uma garantia prestacional do Estado à segurança que foi concedida de forma reparadora, mas a propriedade também é garantia de uma forma positiva. Sabem quando? Quando os senhores estão lá com a propriedade imóvel dos senhores prestes a ser invadida, logo correm aqui ao Poder Judiciário, ao Tribunal de Justiça do Tocantins, requerer o quê? Um interdito proibitório. Tentando fazer com que haja uma medida judicial acauteladora, com que não ocorra a invasão daquela propriedade, isso é uma forma de uma garantia prestacional ao direito de moradia. E a propriedade, e a moradia da propriedade? A moradia, por certo, a Constituição traz de forma expressa como todos os demais direitos fundamentais, ou seja, todos nós temos direito à moradia, portanto o Estado numa eficácia negativa, ou seja, nós poderemos opor o direito à moradia, a iniciativa privada e ao estado para que não atentem contra a nossa moradia. Não entrei ainda no debate sobre a possibilidade, ou não, de reintegração de posse, falarei especificamente sobre isso, mas vou lhes dar um exemplo mais simples, os senhores moram em um bairro residencial, no dia seguinte vem um novo prefeito aventureiro e resolve autorizar por intermédio de um alvará a instalação de uma indústria química ao lado de suas residências.

Num conceito de moradia, eu tenho ainda para além da própria ideia da moradia em si, tenho a ideia de habitabilidade, e ainda as hipóteses de acessibilidade, e se eu tenho uma indústria química ao lado da minha residência, todos os dias dispersando centenas de toneladas de gases tóxicos, por certo a minha ideia de habitabilidade e moradia estará prejudicada e o próprio direito à moradia legitimará uma pretensão judicial para



anular o ato administrativo que autorizou a instalação e a liberação do alvará como garantia do seu direito fundamental: a moradia numa perspectiva de defesa. E numa perspectiva prestacional? Numa perspectiva prestacional, a moradia tem de forma expressa no texto constitucional, a Constituição traz que será garantida a moradia aos idosos, aos deficientes e aos portadores de necessidades especiais e às crianças e adolescentes que não tiverem condições de manter a sua própria subsistência. Nesse quadrante, a Constituição foi expressa, eu brinco em alguns momentos, Gisela, afirmando que não há nenhum estado, nenhuma cidade no País onde tenha Conselho Tutelar e o Ministério Público respirando com qualidade, que tenha criança efetivamente morando na rua na atualidade. Se tiverem os dois elementos, o Ministério Público não precisa fazer muita coisa, só respirando bem, porque ele já tem uma atuação combativa, mas o Conselho Tutelar minimamente engajado não haverá crianças na rua, e o Estado deverá adimplir a moradia em abrigo por certo para todas as crianças, para os portadores de necessidades especiais, para os idosos que não tenham condições de manter a sua própria subsistência.

Eu lhes dou talvez como exemplo a cidade de Curitiba, todos os moradores de rua de Curitiba moram na rua, pois não pretendem sair da rua. Como assim? Isso é um dado, os moradores são abordados pelo sistema de atendimento social da cidade de Curitiba e aqueles que, por sua vez, para poderem participar do abrigo têm de se submeter a algumas regras, como exemplo, abster-se de utilizar substâncias alcoólicas, substâncias entorpecentes, aqueles que se negam a esta regra não são obrigados, porque você não vai poder ter dentro do abrigo uma estrutura que não comporta um controle, portanto, todos os demais que pretendem, hoje têm abrigo ou têm o envio para a sua família, onde está mais perto, com o atendimento. E me parece que isso vem acontecendo em quase todas as cidades brasileiras, mas daí surge um debate que, para além desses necessitados, parece que quanto à moradia é o mais central, e o mais delicado, talvez, que é num primeiro momento a questão do déficit urbano de residências, que está ligado aos movimentos sociais relacionados à busca de uma moradia urbana.

A nossa Constituição, ela trouxe algumas regras importantes quanto à usucapião especial, o que me parece um instrumento relevante, mas que não resolveu de forma alguma esse déficit urbano que temos; de outro modo, há uma série de movimentos de ocupação urbana hoje que, a meu ver, parece que tem como equívoco fundamental o fundamento em seu discurso, porque pretendem opor o direito fundamental à moradia daqueles que não o tem, em face do particular. Sob essa perspectiva, tenho percebido a falência das medidas e a falência por ausência muitas vezes de vontade de decidir do Poder Judiciário, porque como desabrigar aquelas famílias e como retirar a propriedade deste indivíduo se não há previsão legal para tanto. E me parece que a oposição aqui devia ser diversa, a oposição devia ser das famílias ante o Estado; não pode o particular ser obrigado a custear aquilo pelo qual o Estado é responsável. Não estou aqui defendendo em momento algum a utilização da propriedade longe da sua função social, até porque quando isso feito deverá o Estado interagir para impingir a essas pessoas todas as obrigações referentes à garantia e à utilização da propriedade na sua função social, mas me parece que o debate, quando oposto o dono da propriedade ante aquele que não possui a moradia, se desloca para um eixo em que não há solução para o direito, somente para os movimentos e para as evoluções sociais.

Por certo sou um grande defensor de grande parte dos movimentos sociais em nosso país, de alguns já não tenho mais tanta admiração por ter convivido de perto e perceber alguns dos seus propósitos, mas tenho a dizer para os senhores que 99% deles são absolutamente legítimos e sem eles não avançaríamos em algumas políticas, mas me parece que o eixo de debate está muito mais relacionado no nosso texto constitucional sobre quem é o titular do direito, pois obviamente o direito à moradia todos temos; a pergunta é: O estado é obrigado a garantir a moradia para todos? Sim ou não? Vamos imaginar e eu acho que você tem o direito de pensar que não, talvez você tenha dito não na medida prestacional, porque não seria possível garantir uma medida prestacional para todos, e este governo, que está posto, por certo tem utilizado de medidas das mais inclusivas das moradias possíveis. Eu tenho de confessar, apesar de não ter muita simpatia por alguns dos gestos deste governo, que este governo posto hoje desenvolveu em nosso país um dos principais programas habitacionais populares da história, senão o principal programa habitacional da história do Brasil, qual seja, Minha Casa Minha Vida, concedendo créditos para as famílias de baixa renda. Isto também é uma perspectiva prestacional do direito à moradia, quando o Estado garante uma prestação, uma política pública de inserção, ele está garantido também, só que percebam, eu não tenho como propor uma medida para exigir uma política

pública, e alguns vão dizer: professor, o discurso tinha que ser, tinha que avançar mais na medida em que nós teríamos que todos nós poderemos pedir ao Estado a realização dos direitos fundamentais e sociais. Eu sou um defensor dessa temática, todavia, não posso imaginar que o Estado irá além das suas capacidades, o Estado Brasileiro hoje não é capaz de conceder moradia a todos, é impossível acontecer isso, os movimentos sociais hoje servem muito mais como instrumento de pressão do que efetiva realização da garantia à moradia, e eles são legítimos por isso. Porque pressionam programas como esses de garantia de habitações populares para que todos tenham acesso a esses microcréditos para a habitação. Trazido à baila este tema, que eu espero poder debater com os senhores, trago-lhes outro tema que me parece muito caro e importante, qual seja, o direito fundamental à saúde.

O direito à saúde em nosso país passa por um momento talvez de estabilização, eu tive a sorte de ser agraciado, em 2007, nomeado pelo Conselho Federal, para representar o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, na Audiência Pública da Saúde perante o Supremo Tribunal Federal, então preparei um discurso a partir de toda esta minha fala, do regime jurídico de direitos fundamentais, para que no final pudéssemos responder a uma série de quesitos que o Supremo Tribunal Federal havia apresentado aos professores que lá estariam, e entre os professores convidados eu e o professor Ingo Wolfgang Sarlet, para tratar deste tema. E tratando de direito fundamental à Saúde, o Supremo Tribunal Federal nos fez cinco perguntas, se não me falha a memória, a primeira delas dizia o seguinte: É possível a concessão de medidas judiciais para medicamentos previamente, garantia de medicamentos e tratamentos previamente listados no programa do SUS? Quanto a este tema a resposta foi unânime: Sim.

Até mesmo o próprio ministro da Saúde afirmou que ele via com maus olhos a quantidade de demandas judiciais, e daí afirmou aos senhores, quase 50% das demandas judiciais na área da Saúde hoje em alguns estados brasileiros estão relacionadas a medicamentos e tratamentos clínicos disponíveis no SUS, mas ou não tem vaga para o tratamento ou então há falta de medicamentos, não há aquisição de medicamentos, e em especial quando os municípios são responsáveis por essa aquisição. Foi trazida à baila, inclusive pelo procurador geral da República, uma série de investigações em que os municípios deixam faltar os medicamentos propositalmente para, quando da medida judicial, poderem adquiri-los, digamos, sem licitação e com um pequeno ágio que seria distribuído para pessoas de baixa índole.

O segundo questionamento a ser trazido: É possível conceder uma ordem judicial para a garantia de tratamento ou de medicamento que, previsto pelo SUS, não possui a anuência de um médico do SUS, e sim somente de um médico particular? Sobre este tema, parece-me interessante o debate, eu tenho defendido que sim, é possível se proporem medidas judiciais nessa hipótese, mesmo sem a participação do Estado, só que neste caso, caso o tratamento seja novo, e se o indivíduo ainda não se submeteu àquele tratamento, ainda não iniciara aquele atendimento por parte do Estado, não será possível fazê-lo via mandado de segurança, porque o direito líquido e certo, nessa hipótese, sucumbiria à hipótese de nós garantirmos ao estado a possibilidade de uma perícia para o debate judicial, e uma ação ordinária, que traria os mesmos efeitos, permitiria uma dilação probatória ao longo do processo por mais que a ordem judicial fosse garantida de imediato à antecipação de tutela, mas se garantiria uma dilação probatória maior e com possibilidade de o Estado ao menos defender, ou não, a garantia daquele tratamento para aquele indivíduo. E aqui me parece que nós não podemos ter o Estado como inimigo, porque por certo não sou eu aqui um defensor no que toca às políticas públicas de Saúde; jamais defenderei a ideia da reserva do possível, por um motivo, professor Jorge Miranda, em nosso país o poder executivo contingência quase 20% do orçamento da Saúde todos os anos. Significa que temos recursos para a Saúde, mas não executamos o orçamento desta há mais de 14 anos e temos cotidianamente o Governo Federal alegando em medidas judiciais que há uma reserva do possível.

Já que tratamos de reservas do possível, a terceira pergunta que vinha pelo Supremo Tribunal Federal era: É possível a concessão, o pagamento de tratamentos via medida judicial para tratamentos de alto custo? Esta resposta está na própria identidade do sistema de financiamento da Saúde, da previdência e da assistência, o sistema é contributivo e solidário, ele é universal e igualitário, significa que ele atende a todos, mas numa perspectiva da igualdade, em que cada qual terá o tratamento conforme suas necessidades. Eu posso nunca necessitar do SUS, mas o colega pode necessitar de um tratamento de alto custo. E a última pergunta que vem do Supremo Tribunal Federal: E se os tratamentos versarem sobre os tratamentos experimentais? Quanto a esta



temática, houve um posicionamento quase unânime em que é ilegal o Poder Judiciário conceder esta decisão, pois, ao Judiciário não cabe, sem comprovação clínica, determinar um custo ao Estado e em contrapartida colocar em risco a vida daquele que, por sua vez, venha ao judiciário suplicar por saúde. Existe um precedente do Supremo Tribunal Federal; mas numa perspectiva reparatória que tratou deste tema, um sujeito quase um imortal que em uma mesa de bar, após uma operação policial, foi atingido, acidentalmente, por nove tiros, isso é uma estória verdadeira ocorrida em Minas Gerais, se não me falha a memória, ele foi alvejado com nove tiros, não morreu, mas ficou com um problema crônico, inclusive atingiu parcialmente o coração do indivíduo, e ele necessitava urgentemente de um transplante, não tinha na fila, existia um tratamento alternativo nos Estados Unidos que ainda estava em fase experimental, e este foi o único caso que efetivamente em tratamento experimental a jurisprudência brasileira determinou o custeamento por parte do Estado, ainda em forma experimental, mas como tentativa de uma justiça reparadora deste dano causado pelo Estado, pois a ele não havia outra hipótese, então, a indenização foi concedida para que ele pudesse se tratar. E a ideia de garantia do direito fundamental à Saúde aqui é substituída por uma reparação ao dano equivalente ao necessário para o tratamento. Perceberam? Não aceitando o Supremo Tribunal Federal, portanto, a ideia de uma intervenção se não fosse para garantia do direito fundamental à Saúde em um quadro clínico previamente determinado.

Essas cinco hipóteses, senhores, nos mostra que aquela ideia que tínhamos a partir de 1988, numa tentativa de uma construção, de uma hermenêutica constitucional emancipatória, passa a tomar contornos um pouco mais racionais em nosso País, em especial me parece que há algo muito positivo dessa Audiência Pública, saiu foi a necessidade de que cada tribunal, não sei se em Tocantins já temos, mas no Rio Grande do Sul, já existe, acho que São Paulo também já estão constituindo, Minas Gerais me parece que também, constituía uma junta médica que será responsável pelo acompanhamento dessas decisões judiciais, porque é impossível ao magistrado que recebe às 16 horas, na sexta-feira, um mandado de segurança pedindo a internação ou garantia de um tratamento sob pena da interrupção da vida daquele indivíduo. O magistrado está pronto para que a esposa e os filhos passem por lá, o apanhem às 18 horas para que possam descer a Santos, ou alguma praia mais elegante do litoral paulista para passar o final de semana. Para mim talvez, como magistrado, não compreendendo uma linha sequer pela grafia médica do laudo apresentado ou então dos símbolos linguísticos que ali expressam a literatura médica, seria muito difícil negar esta decisão na sexta à tarde, afinal de contas todos eles são seres humanos, mas há pouco tempo isso seria impossível de não negar, hoje estamos vivendo outro momento, e dessa audiência surgiu este debate, Rio Grande do Sul já criou uma junta clínica que dá assessoria às Varas das Fazendas e ao tribunal no julgamento das medidas judiciais para verificar efetivamente se há o cumprimento de dois pontos, se há realmente o atendimento, se aquela medida judicial não é uma medida que desatenda a ideia da universalidade e da igualdade no atendimento. Importante afirmar o quê?

A maior parte das pessoas que vão ao Poder Judiciário são pessoas na maior parte delas abastadas, não é a base que vai ao judiciário pedir políticas públicas de saúde, e, na maior parte das vezes, para que o magistrado tenha legitimidade para conferir aquele tratamento médico, precisará observar se a posição clínica daquele indivíduo que pede um tratamento diverso daquele já destinado à coletividade é diversa da coletividade, pois, quando isso não for, nós estaremos, a cada dia que concedemos uma medida judicial, elitizando ainda mais o atendimento via Poder Judiciário, e o Poder Judiciário Brasileiro servindo como instrumento para que as elites sucumbam o Estado. Quero afirmar, com isso, que não é possível que se transfira ao Poder Judiciário toda a responsabilidade, pois em especial não é possível transferir à população mais abastada as possibilidades de acesso aos níveis mais elevados de tecnologia em Saúde, enquanto a massa não o tem, por isso, termino afirmando sobre a necessidade de coletivização de todos esses conflitos, em especial para tratamentos ainda não previstos na rede pública de Saúde.



Conferência Brasil

Direitos Humanos Fundamentais na Atualidade Brasileira: desafios das políticas de educação em Direitos Humanos

Conferencista: Professor Pós-Doutor Saulo de Oliveira Pinto Coelho (UFG)

Presidente da Mesa: Professor Doutor Paulo Fernando de Melo Martins (UFT)

O presente texto é uma gravação da conferência ministrada durante o II Congresso Internacional em Direitos Humanos

Venho de uma jornada dura de participação em eventos acadêmicos que concretizo hoje nessa atividade com vocês, estava no início da semana em Belo Horizonte, depois Uberlândia, ontem em Goiânia e hoje aqui. É uma alegria concluir uma semana tão profícua que foi a de estar aqui em Palmas, uma capital da nossa Federação que pela sua jovialidade evidente tem aí todo o potencial para construir relações inovadoras nessas temáticas que o professor citou: o professor Paulo Fernando. Creio que parcerias como a do Tribunal de Justiça e a Universidade do Tocantins, a Universidade Federal do Tocantins nessa seara dos direitos humanos da promoção dos direitos humanos, sobretudo da promoção pela construção daquilo que no fundo é o tema central da reflexão que proponho a vocês hoje, que é a construção de uma cultura dos direitos humanos que o Brasil precisa, é algo importantíssimo. Espero que essa parceria tenha resultados no curto, no médio e no longo prazo aqui no estado do Tocantins e que sejam resultados profícuos, não só para essa região, mas para todo o País. Agradeço então desde já o convite feito a mim pela professora Gisela para participar do evento e agradeço aos organizadores na pessoa aqui no professor Paulo Fernando de Melo Martins.

Vou dividir a minha exposição em duas partes: uma propriamente expositiva, parte final, em que pretendo ler um breve escrito sobre algumas considerações feitas por mim no que tange às críticas que se faz ao discurso dos direitos humanos quanto aos seus problemas discursivos e seus problemas linguísticos. A primeira parte, porém, é um pouco mais informal e espontânea: apresentação de uma experiência que a Universidade Federal de Goiás tem com relação ao enfrentamento dos desafios da educação de direitos humanos no âmbito do estado de Goiás. Pretendo, por meio disso, lançar aqui as bases justificadoras de investigações teóricas sobre os problemas que envolvem a construção de uma cultura e de uma educação de direitos humanos, problemas práticos, reais, lançados a partir da identificação clara no Brasil de construção de políticas públicas de educação para a promoção de direitos humanos, que vem ganhando cada vez mais relevância num leque importante de searas.

Na UFG, temos um núcleo interdisciplinar de direitos humanos, o NDH, constituído há 14 anos, e até o ano de 2010 atuou tão somente nas áreas de extensão e pesquisa, mas em pesquisa não referente à pós-graduação, mas como decorrência da intervenção social, da extensão universitária, das experiências dos dados levantados a partir da colaboração da universidade, sobretudo num âmbito da extensão universitária que o NDH fazia e faz,



qual seja, a formação de formadores, a preparação de diferentes profissionais, sobretudo no âmbito do estado de Goiás, para possam lidar bem com a construção de uma consciência dos direitos fundamentais na sociedade deste estado. E essas tarefas de formação de formadores no nosso núcleo foram entendidas num sentido amplo da compreensão do que são formadores. Com base em vários autores, por exemplo Habermas nesses aspectos por meio da teoria da ação comunicativa, a nossa compreensão é que não só o professor que está ali explicitamente de forma elocutória construindo uma relação de formação sobre direitos humanos quando assim tenta fazer, mas também aquele professor que 'ilocutoriamente' ao falar ou interagir em sala de aula, lecionando química, ou física, ou matemática 'ilocutoriamente' também está interagindo 'comunicacionalmente' num âmbito da formação de direitos humanos, mesmo que indiretamente. E mais do que isso, uma série de profissionais, autores sociais (sobretudo nosso foco: aqueles autores sociais situados no âmbito da prestação de serviços públicos e de intervenção do estado e da sociedade) realizam pela ação comunicativa uma conformação no sentido dos direitos humanos na sociedade. Eles constroem a linguagem, o sentido desses direitos na sociedade.

A compreensão e o peso desses direitos também é conformada pela ação comunicativa de diversos autores sociais numa sociedade complexa. Então, o núcleo NDH entendeu que deva investir na formação de formadores; construir estratégias para bem informar os profissionais que interagem com a sociedade na construção de uma cultura dos direitos humanos; entender essa figura do formador em duas escalas, o formador-professor e o formador não professor. Esse sujeito que não é professor, mas muitas vezes, pelo seu papel na sociedade, pela função social que exerce por meio do agir comunicativo, tem um peso grande na conformação dos sentidos que os direitos fundamentais assumem na experiência concreta da sociedade, e não apenas no discurso a acadêmico. E aí mapeamos uma série de autores que durante dez anos foi nosso foco, trabalhar, desde policiais, o corpo policial do estado de Goiás era um foco do nosso programa, ou seja, investir em parcerias com a polícia para fazer cursos, realizar cursos, realizar encontros, realizar eventos, construir cursos de especialização e esse foi um dos focos estratégicos que utilizamos, até mais recentemente com profissionais da área de saúde.

Oferecemos atualmente cursos de especialização, não só o mestrado, mesmo na área de especialização, aperfeiçoamento, para médicos, enfermeiros, odontólogos, todo o leque de profissionais da área da saúde também é um foco do nosso programa, e assim por diante, por quê? Porque esses autores realizam uma comunicação social intensa em áreas sensíveis, em questões sensíveis quanto a direitos fundamentais, por exemplo, no âmbito dos direitos fundamentais sociais o problema da saúde e a sua realização; no âmbito dos direitos fundamentais de liberdade, o problema da segurança e o problema da liberdade, o problema da integridade física e moral. Todas essas questões, e aí, nesse caso, o policial, uma figura, um autor social relevante na construção de uma linguagem, de uma comunicação por meio da ação.

Então, entendemos que a experiência concreta de bem estabelecer uma relação comunicacional numa situação de tutela, de um direito fundamental específico, no caso a saúde, ou a segurança, é uma experiência com potencial mimético na reprodução de uma referência quanto ao sentido, ao peso e à importância dos direitos fundamentais na sociedade, muito interessante, ou seja, o médico que bem sabe interagir com seu paciente na construção de uma linguagem sobre a saúde como um direito, ele nos permite, digamos assim, dar a esse paciente uma experiência capaz de ser reproduzida em outros âmbitos da vida dele. Bom, se quando meu direito à saúde está em jogo, eu recebo uma resposta da sociedade civil organizada e do estado sobretudo, num certo patamar de cidadania, de reconhecimento, de respeito etc., por que em outras searas não deve ser da mesma forma, por que em relação a outros direitos também não deve ser assim? Então, o NDH começou a estruturar esse tipo de estratégia, para formar formadores, mas em sentido amplo, não só o professor, mas também autores sociais relevantes do ponto de vista do agir comunicativo.

No âmbito da formação de formadores em sentido estrito, ou seja, formar professores, nós também nos dedicamos nos últimos anos a uma experiência intensa nessa seara, por meio de políticas públicas, de fomento da educação de direitos humanos, o programa teve a oportunidade de oferecer mais de 30 turmas, concluir o oferecimento do curso de especialização de educação em direitos humanos para mais de 30 turmas em Goiás. E o interessante dessa questão é que essas turmas de educação de direitos humanos se referem tão somente, essas 30, a professores da rede pública de ensino do estado de Goiás. E dessas 30 turmas, apenas 5 foram na

Região Metropolitana de Goiânia, as outras 25 no interior de Goiás por meio das plataformas de ensino à distância e da construção de uma metodologia de ensino que trabalha tanto o ensino, a formação presencial, quanto a formação à distância nessa seara da educação e direitos humanos. Então, por meio dessas questões fomos construindo um know-how sobre a experiência de construção ou a experiência de organização de políticas públicas para a construção de cultura dos direitos humanos, cultura de respeito aos direitos humanos, cultura de promoção dos direitos humanos, e quando falamos de uma parceria de vocês aqui com o Poder Judiciário do Estado de Tocantins, por que não também falar de uma cultura de eficiência na tutela dos direitos fundamentais, que acho ser algo também que não é apenas técnico, é cultural. Quem sabe eu possa justificar por que é preciso falar de uma cultura dos direitos humanos também no âmbito dos tribunais.

O NDH, portanto, a partir dessa série de atividades, construiu depois uma pós-graduação de direitos humanos, um curso de mestrado e agora estamos caminhando para o curso de doutorado interdisciplinar em direitos humanos. A grande peculiaridade do NDH da UFG é que ele é verdadeiramente interdisciplinar, ele não é interdisciplinar para inglês ver, como dizem os nossos grandes amigos patrícios portugueses, e nós então costumamos reproduzir e replicar aqui a expressão, não é apenas para inglês ver. Lá a gente faz interdisciplinaridade de direitos humanos buscando realmente enfrentar os problemas graves que uma proposta interdisciplinar contém.

Não é fácil realizar abordagem interdisciplinar de fenômenos, sobretudo quando estes são fenômenos sociais complexos que já se dão numa interação difícil entre ciência e política, entre ciência e ideologia, entre ciência e linguagem, entre ciência e discurso; e aí você eleva exponencialmente o grau de dificuldade construindo um diálogo também difícil entre ciências e ciências nesse ambiente. Lá nós não estamos fugindo ao enfrentamento desses problemas, o núcleo é verdadeiramente interdisciplinar. Para os senhores terem uma ideia, nós somos 20 professores, dos 20 professores doutores, pesquisadores permanentes do núcleo que compõem o programa de pós-graduação em direitos humanos, apenas 4 são juristas. Nós temos outros professores juristas no programa, porém colaboradores. Os outros 16 professores são pesquisadores consolidados em outras áreas. Também não nos limitamos a fazer bi ou tri disciplinaridade. Nós temos professores da área de Filosofia, Ciência Política, Educação, Antropologia, Comunicação Social, História e Economia. Sete outras áreas interagindo com a do direito na construção de uma visão a mais dialética integrada possível sobre o problema dos direitos humanos. Essa é a perspectiva a partir da qual a gente vem buscando construir algo de fato inovador no enfrentamento dessas questões.

E aqui eu quero fazer um elogio a essa experiência da UFG. A partir de outra experiência que eu recentemente concluí e ainda realizo porque me transformei num professor-convidado, um professor-visitante daquela universidade. Fui para a universidade de Barcelona fazer o pós-doutorado num programa interdisciplinar em direitos humanos: programa interdisciplinar em cidadão e direitos humanos da Universidade de Barcelona. Para minha surpresa, haja vista o programa de Barcelona ter muitos méritos, pesquisadores fantásticos, pude constatar que o nosso esforço de diálogo interdisciplinar e o nosso grau de integração de pontes interdisciplinares, de conexão entre os diferentes saberes em diálogo que temos na UFG é de um grau de intensidade que eu não vi acontecer em nenhum outro centro interdisciplinar da Europa que tive a oportunidade de conhecer, nem mesmo alguns que visitei em Portugal me parecem ter uma verdadeira interdisciplinaridade para além do direito, no mesmo nível de intensidade que estamos construindo na UFG.

Esses profissionais, esses pesquisadores de oito diferentes áreas procuram construir nesse momento uma metodologia de diálogo entre saberes em que de fato a alteridade possa ser parte da epistemologia ali empregada, ou seja, a capacidade de enxergar na linguagem do outro um potencial de percepção da realidade que não pode ser reduzido à minha linguagem ponto de partida, ou seja, a linguagem donde provenho eu mesmo, por exemplo, como investigador. Essa capacidade de não sequestro da ciência alheia é elemento indispensável para a existência de interdisciplinaridade real, e ali estamos fazendo isso. Possível também por um arranjo institucional que construímos. Comentava com o professor Paulo em que pese aqui o programa funcionando na faculdade de Direito, ele não está, digamos assim, todo regulado e organizado dentro da faculdade, há um ambiente de autonomia que permite esse esforço de interdisciplinaridade.

Então, a partir desse ambiente, estamos buscando produzir reflexões sobre o problema da educação em



direitos humanos e sobre o problema da formação de uma cultura em direitos humanos que por si só também é um problema extremamente complexo. É a partir dessa experiência que estou aqui narrando que farei breve leitura de um escrito sobre desafios nessa seara a respeito dos quais venho buscando pensar e refletir. O pano de fundo dessa reflexão eu já lanço para vocês. O professor falou aqui que o professor Jorge Miranda tem clara posição no sentido de que a educação na seara dos direitos fundamentais é elemento indisponível para que a promoção e a efetivação de direitos humanos, proposto como temática deste evento, possam verdadeiramente acontecer, sem uma base, uma experiência social real de compreensão e atribuição de sentido forte aos direitos humanos, aos direitos fundamentais como baliza do comportamento. É muito difícil que apenas as instituições formais do Estado possam, por meio de um monopólio da coerção, construir respeito pleno, uma sociedade de respeito forte aos direitos humanos. Sem esse elemento da educação de direitos humanos é muito difícil construir efetividade da promoção dos direitos humanos numa sociedade em que ninguém dá a mínima para essas questões, ninguém pauta o seu cotidiano por essas questões. É muito difícil que apenas o Ministério Público e o Poder Judiciário consigam realizar uma proteção aos direitos humanos. Então, esse é um ponto de partida.

Faço aqui uma menção ao colega Humberto Machado, professor da UFG e membro do Ministério Público do Estado de Goiás que prestigia aqui também o evento, eu acho que o professor Humberto sabe bem do que eu estou dizendo. É uma tarefa inglória aquela que achar uma sociedade que pensa que pode no seu dia a dia, lá no trânsito, dentro de casa, na escola, na hora de fazer a declaração de imposto de renda, em todos os seus ambientes sociais, desrespeitar direitos humanos e direitos fundamentais a torto e a direito, sem o menor compromisso com eles e depois confiar ao Ministério Público e ao Poder Judiciário a tarefa de promovê-los, é algo que a gente sabe que não vai se realizar por aí. Não é isso? Eu acho que o Humberto concordaria comigo. Então esse é um ponto de partida. Direitos fundamentais só podem ser concretizados numa sociedade em que há uma cultura dos direitos fundamentais, em que no âmbito dalebenswelt, da vida real, da vida concreta da sociedade haja a valoração desses direitos como uma baliza social determinante do comportamento. Para além do ambiente categorizado e sistematizado da linguagem jurídica, na linguagem social deve haver a presença dos direitos fundamentais como um elemento signficacional(F) relevante. Mas essa é a primeira afirmação. Essa primeira afirmação entra em conflito com uma segunda afirmação. Qual seja? A educação, e está aqui o professor Paulo que poderia talvez falar sobre isso de uma forma até mais interessante do que eu porque é da área.

A educação vai lidar com outra questão extremamente complexa. ATÉ AQUI Quando falamos em educação, falamos em formar para a sociedade, em num sentido original da ideia, moldar para a sociedade. A educação pressupõe, portanto, uma difícil tarefa de ofertar à sociedade alguém por meio da educação que exerça ao mesmo tempo a sua subjetividade, a sua singularidade, a sua autonomia e ao mesmo tempo esteja em consonância com os valores, os objetivos e as finalidades que possam ser compartilhados nessa sociedade. Quando falamos em formar formadores, formar significa desde a origem desse debate, por, numa forma, dar limites, limitar, determinar previamente as possibilidades de escolha num ambiente interpretativo, num ambiente de produção de sentidos. Então, num primeiro momento, a educação transfere para o indivíduo uma plêiade de valores, uma plêiade de compreensões de mundo que fazem com que esse indivíduo adquira uma pré-compreensão da realidade que determina quais são as possibilidades da compreensão que esse sujeito pode ter no mundo.

Quando falamos em educação de direitos humanos e estamos falando isso necessariamente sempre numa sociedade democrática, temos um desafio também exponencial, também de segundo grau, também de segunda ordem, porque estamos falando em educar para conscientizar as pessoas de um rol de direitos referentes ao exercício pleno da dignidade, da liberdade, logo, estamos falando de educar num ambiente necessariamente democrático em que a educação não pode, por outro lado, ser ela própria um instrumento de predeterminação, de delimitação discriminatória, ou violenta, ou abusiva, ou preconceituosa das possibilidades de ser desses seres humanos, desses indivíduos, desses cidadãos que recebem essa educação de direitos humanos. A educação de direitos humanos lida com um problema sério, qual é a compreensão sobre direitos humanos que esse educador em direitos humanos possui? Dentre as ene possibilidades de compreender cada um dos direitos humanos que nós concretizamos numa sociedade como a brasileira, qual alinhamento possui esse educador em direitos humanos? Tendo em vista o pressuposto da plurivocidade

semântica dos direitos fundamentais, dentro das diversas possibilidades de sentidos atribuíveis, quais são os sentidos fortes, quais são os sentidos prevalentes, quais são as óticas de linguagem sobre os direitos humanos que esses educadores possuem? Por trás dessa pergunta há outra.

Esses educadores têm consciência democrática suficiente para entender que a educação em direitos humanos, que eles devem realizar, é uma educação democrática em direitos humanos em que a tarefa desse educador é apresentar as diferentes linguagens sobre o problema, as diferentes visões sobre a questão, as diferentes perspectivas em que os problemas sobre direitos humanos numa sociedade acabam assumindo, ou esse educador é alguém altamente comprometido com uma visão e busca a linguagem dos direitos fundamentais para poder colocar nestes o sentido daquele discurso, daquela ideologia ou daquela mundivisão com a qual esse educador tem o compromisso. Para Gardamer, será que esse educador oferece aos educandos capacidade de serem os sujeitos de atribuição de sentido sobre direitos fundamentais na sociedade, ou esse educador tenta colocar nos direitos humanos aquilo que ele pensa ser o correto, o bom, o justo para a sociedade? E usar da linguagem dos direitos humanos para legitimar aquilo que ele compreende como sendo o bom, o correto e o justo na sociedade.

Esse é um desafio complexo que normalmente os educadores em direitos humanos que apresentei a partir da teoria da ação comunicativa, somos, no mínimo, todos nós que estamos nessa aula, porque aqui estão advogados, juízes, professores etc., todos interagem comunicativamente falando, debatendo, discutindo direitos fundamentais no seu dia a dia profissional. E ao fazer isso estão conformando os sentidos sociais desses direitos no nosso país. Não estou nem mencionando o que fazem em casa com o filho, com a filha, com esposa, com vizinho, com transeunte, com o motociclista etc., não estou nem falando dessas outras ações comunicativas, estou falando das ações comunicativas profissionais em que o tema Direitos Fundamentais se torna explícito na sua interação com outros sujeitos. Essa é uma questão que me parece ser extremamente delicada normalmente. Nós educadores em direitos humanos, assim como os professores universitários, publicamos recentemente um artigo sobre isso, A Plurivocidade Semântica dos Direitos Humanos e o Conflito de Ideologias, no livro do Congresso Anual do COMPED, de 2013, quem quiser acesse via internet. Nesses artigos, publicamos os resultados das nossas reflexões sobre essa questão.

Normalmente os educadores em direitos humanos têm grande dificuldade de perceber a existência de outras possibilidades de sentido legítimas para enfrentar a mesma questão com base na discussão sobre os mesmos direitos fundamentais, porque uma vez entendendo que estão a favor de direitos fundamentais, entendem então que qualquer posição contrária a deles é um posição contra a direitos fundamentais. A plurivocidade semântica dos direitos fundamentais produz essa ultra normatividade, que é a extrapolação do seu caráter princípio lógico e a não compreensão das possibilidades de ruídos significacionais sobre os mesmos direitos em razão desse caráter em situações como essa. Então, quando estamos a falar de direitos fundamentais muitas vezes se constrói uma linguagem intrinsecamente coerente e satisfativa de um suposto respeito a esses direitos, mas ela não é plural, nem dotada de alteridade, tampouco aberta ao outro. Porque encontrei um sentido sobre direitos humanos, passo a pressupor que este é o sentido, impedindo a conformação social plural deste. E isso é um dos grandes desafios que estamos observando, lá do NDH, a respeito dessa questão da educação de direitos humanos.

Os próprios formadores em direitos humanos tendem a se transformar em militantes de uma das visões possíveis sobre esses direitos na sociedade e nas realidades concretas vivenciadas. Isso é algo que identificamos e atribuímos nesse artigo já mencionado, a alcunha de permanente risco de reviravolta autoritária. Ao permanente risco de reviravolta autoritária na linguagem dos direitos humanos, porque ela legitima uma visão, só que ela legitima visões, propostas que têm de estar sempre em diálogo, quando eu legitimo por meio dos direitos humanos uma visão que se fecha ao diálogo eu estou construindo um instrumento forte de discurso para uma visão autoritária, estou usando direitos humanos para fundamentar posturas autoritárias, e isso pode acontecer, é um fenômeno que estamos observando nessa experiência de coletar dados a partir da tarefa de ensinar para professores inclusive, ensinar para formadores, professores de ensino básico de segundo grau, de ensino médio etc. Isso nos preocupa. Acabei me estendendo aqui na apresentação desses planos de fundo, não sei se haverá tempo para ler aqui todo o ensaio que pretendi. Vou pular algumas partes aqui para me centrar num catálogo que fiz acerca de algumas críticas que se pode fazer à questão dos direitos humanos na



contemporaneidade, como eu compreendo ser possível fazer uma crítica dessas críticas na tentativa de entender que não há melhor saída do que investir maciçamente na produção de uma cultura dos direitos humanos, mas devemos diferenciar três discursos na construção de uma cultura sobre direitos humanos. O discurso apologético dos direitos humanos, o discurso crítico niilista dos direitos humanos, e o discurso crítico construtivista dos direitos humanos. Parece-me que a terceira opção deve ser o norte responsável a se seguir por parte de um educador em direitos humanos, e tanto as propostas de redução dos esforços de configuração e consolidação dessa linguagem que são propostas merecem ser levadas a sério.

Há bons pensadores do mundo atual dizendo que é uma grande bobagem continuar investindo na produção de uma cultura dos direitos humanos. Cito apenas um para não cometer injustiça, apenas como um único exemplo, Giorgio Agamben, da Itália, pensador que merece o meu respeito por ser muito sério. Estive com ele num curso na universidade de Girona, na Catedra Ferrater Mora, e li alguns livros do Agamben, não sou especialista em Giorgio Agamben, mas se percebe que as preocupações do Agamben são importantes, mas decorrem delas algumas conclusões que me preocupam, uma delas é esta, para Agamben investir na intensificação de uma linguagem social dos direitos fundamentais é uma grande bobagem, porque é investir num instrumento de estabilização de um sistema de exploração, assim, simplificando bastante o que ele pensa é isso, é investir numa linguagem que promete algo, mas realiza outra coisa, promete dignidade e realiza exploração, promete dignidade e estabiliza, pacifica para permitir exploração. Isso seria um exemplo claro da leitura crítico-niilista dos direitos humanos.

A outra leitura, essa sim me parece pródiga em exemplos, e talvez não precise nem citar um exemplo de um teórico especial, é apologética dos direitos humanos, ou dos direitos humanos fundamentais, a mera laudatória que invadiu a linguagem jurídica e a linguagem social acerca desses direitos. Esse caminho também vejo com problemas, muitas vezes nos impede de construir critérios de correção, por exemplo, no âmbito da jurisdição constitucional dos direitos humanos, e tem suas dificuldades também. Justificam muitas vezes a própria crítica niilista aos direitos humanos. E me parece que o caminho que devemos construir é o de uma postura crítico-construtivista desses direitos, por exemplo, assumindo como algo a se levar a sério, raciocínios como do Agamben, para, a partir disso, dizer que pode ocorrer que em certas situações é justamente um discurso sobre direitos humanos que estabiliza uma situação de exploração social.

Portanto, ao tomar consciência disso, devemos construir transformações na linguagem jurisdicional sobre esses direitos para que essa neutralização desse discurso seja quebrada e ele deixe de ser apenas uma promessa para se concretizar na realidade social. Então, esse caminho é de difícil construção, envolve esforço de toda uma sociedade e, nesse caminho, os órgãos jurisdicionais têm um papel fundamental, mas o que eu quero dizer para vocês é que se os órgãos jurisdicionais ficam apenas na laudatória dos direitos fundamentais, não levam a sério os discursos críticos sobre direitos fundamentais, não vão poder ser críticos construtivistas ou críticos construtivos da efetividade dos direitos fundamentais. Temos de abrir os olhos para todos esses âmbitos discursivos sobre direitos humanos para construir de fato uma jurisdição capaz de quebrar as barreiras de efetivação dos direitos fundamentais e colaborar com uma cultura de promoção destes. Porque só o Poder Judiciário ou só o Ministério Público, só as estruturas institucionais do Estado não constroem uma sociedade de respeito aos direitos fundamentais. Sozinhos não constroem.

Permito-me, antes de terminar, apenas ler esses cinco tipos básicos de crítica aos direitos fundamentais que merecem ser relativizados. Farei aqui uma espécie de crítica dessas cinco críticas aos direitos fundamentais. O paradoxo, então mencionado, básico para críticas aos direitos fundamentais, e citei o exemplo do Agamben, basicamente pauta da seguinte ideia, se construímos durante dois séculos uma linguagem dos direitos fundamentais positiva de como direitos positivos, vigentes, e não conseguimos alcançar um patamar de respeito, é porque então não é esta linguagem que nos levará a um respeito ao ser humano. Devemos construir outro tipo de linguagem. Esse é um raciocínio básico, a partir do qual vislumbro cinco categorias básicas de crítica aos direitos fundamentais que me parecem falaciosos.

Do paradoxo então mencionado, usar a própria inobservância dos direitos humanos fundamentais para justificar a sua desnecessidade, decorrem críticas aos pensamentos centrados em tais direitos, tais críticas podem ser agrupadas em alguns modelos heurísticos básicos que costumam ser falaciosos. Vamos a eles. Um primeiro

modelo de crítica provém de um enfoque histórico determinista. Frequentemente opera por meio da constatação de que, apesar de estarem esses direitos declarados e reconhecidos pela própria maioria dos países, pela maioria dos países e das instituições internacionais do planeta, continuam a ser descumpridos, inclusive por esses mesmos países e essas mesmas instituições. Tal raciocínio é falacioso, porque pressupõe que a culpa pelo descumprimento dos direitos humanos fundamentais reside nos próprios direitos humanos fundamentais, pressupõe que uma vez que estão declarados se não são cumpridos e respeitados, é porque não são a chave para a organização de uma sociedade democrática justa. Concluem falaciosamente que se o discurso dos direitos humanos fundamentais até o presente momento não gerou resultados consistentes de cessação das situações de injustiça e exploração humana, é porque então ele não é a solução. Basicamente confundem os momentos dialéticos da experiência jurídica de efetividade do direito, não compreendem como já inclusive intuía Ihering, que a questão da luta por um direito não se resume na luta por sua declaração, mas antes na busca por seu reconhecimento e efetividade.

Outra crítica muito comum vem da teoria política em direção à teoria dos direitos humanos fundamentais. Centra-se na ideia similar, mas diferente de que tais direitos muitas vezes são usados por sujeitos, organizações ou estados como próprio fundamento discursivo de ações e práticas de violência contra outras pessoas, sociedades ou estados. Seria o caso, por exemplo, das nossas guerras preventivas contra o terror que observamos na década passada e ainda nesta década. Isso demonstraria que os direitos humanos fundamentais poderiam fundamentar e justificar qualquer tipo de sociedade e de organização política, até mesmo as mais violentas e opressoras, portanto, não devendo ser valorizados como núcleo do convívio social. Novamente, é falaciosa essa leitura, confunde os direitos humanos fundamentais enquanto ideia e conceito com um uso distorcido e intencional que se pode fazer de qualquer ideia ou conceito. O terceiro tipo básico de crítica acerca dos direitos humanos fundamentais só ir ser construído no contexto da antropologia e dos estudos interculturais. Centra-se na ideia de que os direitos do homem são uma construção ocidental de caráter universalista incompatível com uma visão multi e intercultural das interações sociais contemporâneas que devem deixar de ver a cultura ocidental como a cultura hegemônica.

Aqui também se observa uma falácia, pois tal como bem observa Norbert Rouland, bem como reafirma Paulo Ferreira da Cunha, em que pese serem os direitos humanos fundamentais uma construção do ocidente, nada impede a sua difícil, porém possível resignificação em termos interculturalistas, é preciso refundar os direitos humanos em bases não eurocêntricas, mas não abandoná-los ou deixar de tomá-los como ideal de convívio oriundo do ocidente. Ao contrário do que afirma essa postura heurística, o discurso de uso humanista não é um instrumento de uma maioria hegemônica contra minorias social e cultural, pelo contrário, a história dos direitos humanos está permeada de exemplos acerca de como eles funcionaram como elemento de defesa de minorias contra as maiorias opressoras. A postura de uso humanista deve ser compreendida dentro de uma linguagem crítica, mas dialógico-dialética de reconhecimento culturalmente democrático, ou seja, de uma perspectiva voltada para superação das polarizações por meio da mediação, do reconhecimento e da autoridade. Ademais, se por um lado a ontognoseologia dos direitos humanos fundamentais é dialógico-dialética, a ontognoseologia das culturas também as revela como tal.

Na dialética entre cultura como objetivação e *bildung*, cultura como construção, cultivo ou processualidade, as culturas se revelam, mesmo que contra, fáticas permeáveis aos novos fatos e as mudanças sociais. Isso é dinâmica cultural intertemporal. Ao mesmo tempo em que afirmativas se revelam propensas a intercâmbios e assimilações das experiências de objetivações das outras culturas, isso é dinâmica intercultural. E ao mesmo tempo em que se revelam performativas de uma unidade e identidade cultural, também são propiciadoras de subculturas, contraculturas, microculturas e outras tantas experiências internas a si mesmas, isso é dinâmica intracultural. Um quarto tipo básico de crítica contra os direitos humanos tem origem filosófica, ideológica, e reside na crítica contra o chamado caráter progressista ou retro sistêmico dos direitos. Fundamenta-se na ideia de que os discursos dos direitos humanos, mesmo funcionando e trazendo mudanças setoriais, pontuais, melhorias nas condições de vida e progressivos incrementos nos patamares mínimos de dignidade, nada mais fazem, como diria Valenstein, do que legitimar e perpetuar o sistema, mundo de exploração capitalista no qual estamos vivendo e que sujeita bilhões de nós à condição de explorados.

Com doses homeopáticas de tratamento digno, o sistema mantém as massas sob controle e permite a



manutenção do status quo. Tal leitura critica até mesmo as esquerdas vitórias em estados sociais de direito, porque estariam pautadas na equívoca visão de que a história recente decretou o fim das ideologias, cabendo àqueles que lutam contra a opressão apenas a tarefa de ocupar os postos de governança no sistema para melhor, reduzindo os índices de exploração e desigualdade. A falácia aqui dessa crítica reside no fato de que essas mesmas leituras já estão também ideologicamente orientadas a dar mais peso ao critério econômico que a dimensão ética, e, com isso, não são capazes de adotar uma postura radicalmente humanista. Em geral, tal desconstrução vem acompanhada de uma disposição para abrir mão de direitos e garantias da pessoa humana se for esse o preço necessário a se pagar pela derrocada do sistema. Mas nos dias de hoje nada seria mais revolucionário e intrinsecamente implosivo em relação ao sistema capitalista especulativo do que uma vivência jus-política que tomasse radicalmente a sério a tarefa de garantir todos os direitos fundamentais constitucionalmente já declarados, sem temperar essa tarefa com outros fatores de ordem econômica, gerencial ou partidária.

Ou seja, ao final, a postura de uso humanista, a postura da defesa e promoção dos direitos da pessoa humana, se tomada radicalmente a sério, é tão ou mais transformadora e crítica que qualquer outra postura contra-hegemônica. O quinto e último tipo básico de crítica aos direitos humanos nos parece merecedor de uma reflexão mais detida, mas aqui não vamos poder fazer, apenas lançar a semente. Diz respeito à crítica de plurivocidade semântica dos direitos humanos fundamentais que lhes atribui um caráter comunicacional demasiado aberto. Como idéias-força que são, os direitos fundamentais possuem estrutura principiológica que os dotam de maleabilidade e ao mesmo tempo viabilizam sua condição de núcleo-chave das relações de convívio em sociedades hiper complexas, pois sem essa maleabilidade significacional não podiam exercer esse papel. Mas, por consequência disso, a aplicabilidade de tais estruturas principiológicas se reveste de um especial grau de discricionariedade uma vez que está sempre sujeita aos sentidos que lhe atribuem os intérpretes concretos envolvidos de determinada situação. Nisso residiria o risco sempre presente do uso de tais chaves semânticas como desculpa discursiva para a imposição de pré-compreensões de mundo ideologicamente comprometidas. Reduccionismos, particularizantes, tradicionalismos ou conservadorismos abstrativos ou mesmo jus ativismos extrapolantes. Urge, portanto, a construção de uma cultura democrática dos direitos fundamentais que evite tais riscos.



Conferência Brasil

O Direito Financeiro, as Políticas Públicas e a Concretização dos Direitos Sociais

Conferencista: Professor Doutor José Maurício Conti (EPM)

Presidente da Mesa: Professor Doutor Paulo Fernando de Melo Martins (UFT)

O presente texto é uma gravação da conferência ministrada durante o II Congresso Internacional em Direitos Humanos

Vou falar um pouco com vocês sobre o assunto, mas não vou falar evidentemente em detalhes sobre direitos humanos, porque a minha área de atuação não é direitos humanos, eu sou um estudioso da área de direito financeiro, ramo do direito que tem muito a colaborar; ele é um instrumento fundamental justamente para poder atingir os direitos humanos. Então, embora não vá detalhar sobre direitos humanos não só por não ser a minha área de atuação, como também pelo fato de que vocês, depois de um Congresso desse e de todas as palestras que ouvirem, certamente têm muito mais conhecimento já de direitos humanos do que eu. Até porque me vejo na presença aqui de ser o último a falar depois de terem ouvido professores especialistas em direitos humanos, até a gentileza do professor Jorge Miranda, aqui presente, que tem no seu Manual de Direito Constitucional um volume inteiro só para falar sobre direitos humanos. Vi aí outros nomes relevantes com livros inteiros sobre isso, como o professor Ingo Sarlet, e consegui ter a oportunidade de ouvir a palestra do professor Flávio Pansieri, todos têm dedicação mais específica sobre este assunto.

Mas, para que serve o Estado? Esse é quase que o objeto central de estudo do direito financeiro. O Estado é uma entidade feita para atender às necessidades públicas, para servir à população. E logo nos primeiros artigos da Constituição, o Estado diz a que veio. Na nossa Constituição, vemos no art. 3º quais são os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Então, está lá, dentre outras coisas, reduzir desigualdade, defender a soberania nacional e uma série de objetivos voltados a demonstrar para que serve o Estado. E há uma discussão toda que vocês estão acompanhando aqui sobre a efetividade dos direitos fundamentais, as concretizações dos direitos fundamentais, e embora exista muita discussão a respeito disso, acho que o direito financeiro pode colaborar em outro sentido, ou seja, se o estado existe para isso, vamos admitir que o Estado então tem de fazer isso, esses direitos foram feitos para serem cumpridos, esses direitos têm de ser concretizados, e o Estado tem a obrigação de atingir esses direitos. O que não é muito debatido é como, e aí entra a direito financeiro.

O direito financeiro é muito pouco abordado em vários sentidos, mas permite chamar a atenção para o aspecto de como o Estado deve atingir, de modo que não vamos partir do pressuposto que esses direitos tenham de ser concretizados. O direito financeiro é o grande instrumento que vai estudar os meios pelos quais esses direitos vão se tornar efetivamente concretos, conforme vocês vão observar.



Por isso, destaco especialmente aqueles chamados de direitos sociais que estão no art. 6º, mas não vou entrar muito no mérito das distinções entre os vários conceitos de direitos fundamentais, humanos e sociais, porque isso não faz parte da minha área específica de atuação, e as grandes discussões a respeito disso vocês já tiveram oportunidade de ouvir falar. Mas a Constituição nossa, no art. 6º, é muito clara em elencar vários dos chamados direitos sociais. Esses direitos sociais têm relevância para o direito financeiro muito grande, porque são, no mais das vezes, aqueles direitos chamados prestacionais, segunda dimensão ou segunda geração, são direitos que, na maioria deles ou praticamente todos eles, têm custos.

E o direito financeiro trabalha muito nesse ponto dos custos, os direitos têm custos. O Estado se agigantou, transformou-se num órgão que realiza uma atividade financeira muito grande porque ele tem essa função de atender às necessidades públicas, fazer valer os direitos sociais, e eles têm custos, demandam dinheiro por parte do Estado, que passa a ser um grande gestor com a obrigação de arrecadar muito dinheiro e aplicá-lo. Então, a grande questão acaba sendo: Qual é a melhor maneira de realizar isso, de arrecadar o dinheiro da melhor forma, e, principalmente, qual é o ponto menos abordado para se gastar o dinheiro da melhor forma? E é nesse ponto que entra o direito financeiro.

O direito financeiro acaba tratando de questões bastante complexas ao fazer valer esse Estado que procura assegurar os direitos sociais, porque no momento em que Estado passa a ter de gastar dinheiro para fazer cumprir os direitos sociais e se depara com a questão dos custos dos direitos, já abordado em muitas obras específicas a respeito disso, começamos a nos deparar com possíveis limitações da atuação estatal no momento de fazer valer concretamente esses direitos. Uma boa parte da dificuldade na concretização dos direitos sociais esbarra nas limitações que acabam aparecendo em razão dos custos dos direitos. E aí surgem várias questões, várias teorias como as que vocês já ouviram falar aqui, por exemplo, da reserva do possível. O Estado poderia atender às demandas sociais, mas dentro dos limites da reserva do possível. Só que a teoria da reserva do possível, sem entrar em muitos detalhes, surgiu na Alemanha em razão de um caso relacionado a vagas em universidades. Realmente, é muito mais fácil visualizar e perceber o limite que existe com relação à falta de vaga numa universidade, portanto, não poderia o Estado atender àquela demanda pelo fato de que a universidade não tinha vagas suficientes para atender à demanda daquele aluno que deu origem à ação, do que ocorre efetivamente com outras situações. Até foi mencionado aqui, tive a oportunidade de ouvir o professor Pansieri falar a respeito disso, da questão da saúde, por isso, vou chamar a atenção de vocês para um detalhe muito curioso e que convém prestar atenção quando se fala em reserva do possível de forma generalizada.

O dinheiro que o Estado movimenta é muito grande, movimenta quantias absolutamente fabulosas. Se vocês puderem ter uma noção, só o orçamento federal, que representa uma parte do dinheiro que o Estado administra, porque ele se refere ao dinheiro administrado pela administração pública federal, anualmente 2,5 trilhões de reais, só pelo orçamento agora de 2014. Se se considerar que o dinheiro do país não está só no orçamento federal, está no orçamento dos estados, está no orçamento dos municípios, e tem toda a participação da iniciativa privada, terceiro setor, vocês verão a quantidade de dinheiro que é movimentada. Como é possível dizer que não vai poder entregar um ou outro medicamento por falta de dinheiro? Isso é uma coisa um pouco complicada, é uma situação que precisa ser mais bem analisada. Toda vez que há alegação de reserva do possível, teria de se comprovar que não existe dinheiro para aquilo. Se um orçamento como o da administração pública federal movimenta 2,5 trilhões de reais a cada ano, é muito difícil dizer que falta dinheiro para uma ou outra coisa. Então, essa ideia de limitar a ação do Estado e limitar o cumprimento dos direitos fundamentais por falta do dinheiro, é uma alegação, de certa forma, que acaba sendo um pouquinho frágil, não é bom aceitar isso numa primeira visão. Há necessidade de se aprofundar um pouquinho mais essa questão do que aceitar num primeiro momento essa ideia de que o Estado tem limitações tão rígidas para atender aos direitos fundamentais.

Na realidade o que hoje percebemos, principalmente quem estuda o estado sob a ótica das finanças é que o Estado, quando faz os seus gastos, acaba essencialmente tomando uma decisão basicamente política, a sociedade deveria democraticamente decidir onde, como e quando ela quer aplicar o dinheiro. Então, não é bem propriamente um problema de falta de dinheiro, mas sim de optar como, quando e onde alocar esses recursos. Tanto é que algumas vezes podem ocorrer as chamadas escolhas trágicas, que acometem os administradores ou, na realidade, deveriam acometer toda a sociedade quando justamente ao votar e ao

decidir nas leis orçamentárias onde os recursos vão ser alocados é que se precisa saber que situação escolher. Mas é bom saber que o orçamento público tem dimensão grande o suficiente para abranger quase tudo aquilo de que a população precisa. É uma questão apenas de saber onde, como e quando decidir; e isso é feito justamente nas leis orçamentárias, são nelas que essas decisões são tomadas.

Hoje, a lei orçamentária é, pelo menos em tese, bastante democrática, sem contar os entes da federação que já adotam sistemas de orçamento participativo, com participação direta da população na escolha das prioridades que vão estar consignadas na lei orçamentária. Independentemente disso, todo ente da federação é obrigado a realizar audiências públicas para poder participar das leis orçamentárias, é requisito para a elaboração das leis orçamentárias a realização de audiências públicas, para justamente ouvir a população quando ela vai definir aquilo que é mais importante, ou seja, o que fazer com o dinheiro que é de todos, com o dinheiro que é público. Tanto é que eu costumo ressaltar bastante para os meus alunos que a lei orçamentária, hoje eu posso dizer com base jurisprudencial, é a mais importante depois da Constituição. Isso foi dito na ADI 4.048, no momento dos debates pelo ministro Carlos Ayres Britto, e digo para os meus alunos, como a ação acabou. Já está transitada em julgado, de modo que hoje não há mais como discutir esse assunto, e a lei orçamentária é a mais importante de todas depois da Constituição.

É preciso dar a devida importância para ela porque é nela que você vai definir o que vai fazer com o dinheiro público, é nela que vai estabelecer se os direitos fundamentais vão ser concretizados quando, onde, como e em que medida. Para isso, as pessoas precisam ter dimensão da importância disso e dessa possibilidade de participação, como foi dito aqui, estava ouvindo na aula do professor Pansieri: "Não devemos deixar para o Judiciário decidir", e não devemos mesmo, o Judiciário é um ator que não é o mais adequado para decidir a alocação de recursos públicos, o local correto de decidir a alocação dos recursos públicos é justamente a lei orçamentária que é, em tese, bastante democrática por até exigir a participação das pessoas. O problema só fica na distância que existe entre a teoria e a prática. Para isso é preciso que se conscientizem, e eu procuro cada vez que participo desses eventos fazer esse destaque para chamar a atenção da importância das leis orçamentárias como instrumento para definir as prioridades, definir onde os gastos vão ser realizados, o que é que a sociedade quer fazer com o seu dinheiro. Esse é o fórum adequado e é lá que isso deve ser feito. E aí surgem os problemas todos que acabam sendo abordados no âmbito do direito financeiro. E que problemas são esses?

São vários os problemas que o direito financeiro estuda quando vai tratar do tema de como fazer valer os direitos fundamentais por meio da alocação de recursos. Hoje, basicamente a administração pública trabalha por meio das chamadas políticas públicas. Os direitos fundamentais e outras ações governamentais estão concretizados por meio de políticas públicas, conceito bastante usado, mas curiosamente, quando se vai estudar mais detalhadamente, ninguém sabe exatamente nem como definir com precisão o que são as políticas públicas. Eu costumo utilizar alguns textos e algumas definições da professora Maria Paula Dallari Bucci, minha colega lá na faculdade, que é estudiosa desse assunto, além de ter várias publicações a respeito; numa delas, deu definições, mas há outras que dizem que as políticas públicas são programas de ação governamental, com vistas a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas para realização dos objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. É uma forma de procurar dar concretude à ideia de políticas públicas. Mas é interessante notar como política pública é um conceito difícil de tornar preciso, porque ela abrange esse conjunto de ações governamentais que têm de se coordenar e harmonizar para atingir algumas finalidades específicas com vistas à justamente atender, numa situação intermediária, aos direitos sociais, e, numa situação final, aos objetivos fundamentais da República Federativa. E para poder concretizar os direitos fundamentais por meio de políticas públicas, nós acabamos nos deparando com várias dificuldades surgidas em decorrência da própria organização do Estado brasileiro.

Quando se organiza um Estado, e aí é interessante vocês perceberem a importância que há quando se tem de definir, numa Constituição, quais são as formas, tipos e meios de organizar o Estado, que são tomados. Hoje, o Estado brasileiro tem algumas formas de organização que surgem para poder torná-lo mais eficiente e melhor prestar os serviços públicos e atender às necessidades públicas. E essas mesmas escolhas que foram feitas para justamente fazer com que o Estado possa melhor atender às necessidades públicas, são, ao mesmo tempo, aquelas que acabam causando boa parte dos problemas gerenciais e jurídicos. Vou destacar aqui três delas só



para mostrar para vocês que não é fácil atender às necessidades públicas, não é fácil fazer o dinheiro chegar de forma eficiente para a finalidade pretendida pelo Estado. Por exemplo, citando três itens da organização do Estado brasileiro que são feitos justamente para melhorar, e são claramente itens feitos para melhorar a gerência do estado, mas, ao mesmo tempo, causam problemas. Federalismo, Separação de Poderes e Organização da Administração Pública em setores próprios, uma organização setorial da administração pública.

O primeiro deles, Federalismo: é um item que até nos diferencia um pouco do Estado português, que é um estado unitário. Mas é um pouco mais fácil um Estado que tem uma dimensão menor conseguir se organizar de maneira eficiente sendo unitário do que num Estado de dimensões continentais como é o Brasil. Os estudiosos de federalismo reconhecem que por várias razões, uma das quais a grande dimensão territorial, a organização federativa, ela é a mais adequada por permitir maior eficiência na prestação dos serviços públicos. Sorte que o Brasil praticamente tem basicamente este como sendo o motivo que justifica o federalismo, pena dos outros estados que têm de adotar federalismo por motivos de composição religiosa, étnica, geográfica, assuntos estes em que o Brasil não apresenta grandes problemas. Mas nós temos a questão territorial, e nos estados de grande extensão territorial os estudiosos de finanças públicas reconhecem que a organização federativa é aquela que melhor aproxima o governante das necessidades públicas, porque dentre os muitos serviços públicos, dentre as muitas políticas públicas que o Estado tem de realizar, algumas efetivamente são mais bem alocadas na esfera de governo local. Você tem o governante mais próximo das necessidades, capaz de gerenciar melhor os recursos para atender determinadas demandas quando ele está mais próximo da população.

Imagine se tivesse de organizar, num país de dimensões continentais como o Brasil, um sistema de coleta de lixo 'centralizadamente'. É evidente que isso geraria uma grande ineficiência. Por isso, tem-se esse como outro serviço, uma necessidade de ficar mais próximo da população. Outros serviços exigem uma coordenação na esfera de governo regional, vocês estão vendo aí o problema de fornecimento de água, saneamento, é muito difícil isso ser organizado na esfera local. É mais próprio para uma esfera regional. E outras políticas públicas, como o controle da moeda, câmbio, não podem ficar numa esfera de governo local.

Você tem num estado de grandes dimensões territoriais, por razões de eficiência, sem contar outras, a necessidade e a melhor adequação na organização federativa. Mas, ao fazer uma organização na forma federativa, que exige respeito à autonomia dos entes locais, regionais e central, como é o caso do Brasil, e essa autonomia é ampla, exige-se que existam entes federados que tenham autonomia e independência. Ela abrange os aspectos políticos, podemos eleger os próprios governantes; aspectos administrativos, cada ente da federação tem a sua própria forma de se organizar para melhorar atender às necessidades públicas; aspectos legislativos, eles têm de ser dotados de competência para elaborar leis; e aspectos financeiros, eles têm de ter recursos compatíveis com as suas atribuições, isso exige uma divisão de encargos e competências de todas essas naturezas. O problema é que quando se tem de fazer essa organização e se permite, por exemplo, que se elejam governantes locais, estaduais e federais de forma separada, podendo fazer com que se eleja um prefeito de determinada ideologia, de determinada forma de atuação e o presidente de outra, ao se realizar uma política pública, no mais das vezes, são políticas públicas que representam interesses nacionais. Precisam ser feitas de forma harmônica e coordenada. Você para poder atingir esses objetivos fundamentais, na maior parte das vezes, precisa da harmonia, cooperação e coordenação de todos esses entes da federação.

Eles, de um lado, têm de ter autonomia suficiente para poder atender às necessidades próprias da sua população; de outro, têm de agir em coordenação e cooperação com todos os entes da federação envolvidos naquela mesma política pública para atingir determinada finalidade e fazer isso de maneira uniforme. Obviamente que isso é uma equação muito difícil de ser organizada. Como que se vai separar com precisão o que cada um tem de fazer? Quais são as suas atribuições? É que se vão separar as receitas que cada um vai arrecadar e como vão se partilhadas essas receitas para poder gerar uma equação que faça com que cada ente da federação tenha compatibilidade das receitas com as necessidades de despesas? Isso é uma construção em dinheiro muito complexa, muito difícil, e isso é uma obra permanente. É uma construção que é e continuará sendo feita permanentemente, e nesse ponto é que as políticas públicas defendem muito da organização administrativa e financeira do Estado. Você precisa distribuir as fontes de arrecadação, as competências tributárias de forma que cada um tenha os tributos que possa cobrar de maneira mais eficiente, e tem de ter

mecanismos de partilha desses recursos que sejam feitos de forma a ajustar os recursos conforme as necessidades, sem violar a autonomia financeira desses entes da federação, permitindo com que esses recursos possam chegar ao seu destino de forma eficiente, menos burocratizada e com menor desperdício. Obviamente que já deu para perceber que essa é uma equação de altíssima complexidade, muito difícil de ser feita. Então, de um lado é preciso, necessário e conveniente que organizemos um Estado, num caso de dimensões territoriais como o Brasil, na forma de uma federação; de outro, vários dos problemas que temos em nossa federação são causados justamente pela nossa organização federativa.

Outro caso que citei foi a separação de poderes. É muito bom que os Estados tenham uma separação de poderes a fim de se evitar abuso de poder, isso já é historicamente sabido que o poder concentrado tende a se desviar, tende a haver abusos, de modo que, para evitá-los, o ideal é que se estabeleça um sistema de separação de poderes. Foi o que nós encontramos na organização do Estado brasileiro. É um dos estados em que se verifica com maior clareza uma rígida separação de poderes, todos conforme estabelecido pelo art. 2º, agindo de forma harmônica e independente, de modo que cada um tem as suas funções e tem de colaborar e cooperar agindo de forma harmônica e independente, com autonomia e independência. Mas cada um agindo com autonomia e independência, as quais têm de ser respeitadas, vai ter da mesma forma o problema que ocorreu no âmbito da divisão territorial do poder, agir de forma coordenada e cooperativamente porque as políticas públicas, no mais das vezes, ou pelo menos numa boa parte delas, exigem a participação coordenada de todos os poderes.

Ainda que o Poder Executivo seja o grande responsável na administração pública pela implementação das políticas públicas, hoje em dia e cada vez mais se observa uma intensificação dessa interpenetração entre os poderes em vários tipos de políticas públicas. Não é claro hoje, quando se analisa uma política pública, quais são as exatas divisões e atribuições sobre quem dos poderes deve fazer o quê em cada área. Muitas das políticas públicas estão materializadas em normas, de modo que foram aprovadas e regulamentadas com a participação do Poder Legislativo. Outras vezes, elas são feitas quase que essencialmente por atos do Poder Executivo. Em ambos os casos, o que se observa é cada vez mais uma participação do Poder Judiciário sob duas óticas, às vezes, como parte da administração pública cooperando com essa política pública, outras vezes na sua ação própria de Poder Judiciário interferindo nas políticas públicas por meio das suas decisões. E há alguns exemplos em que isso fica mais evidente, essa interpenetração fica mais visível.

Então, eu dou o exemplo, estava até comentando há pouco das questões relacionadas à administração penitenciária, principalmente em um evento como este que trata dos direitos humanos é interessante notar como uma das principais áreas em que essa questão é mais sensível, é justamente a da administração penitenciária. Esse costuma ser um assunto até bastante pouco abordado, é muito pouco o que se vê escrito e estudado a respeito das questões relacionadas à administração penitenciária. E acho que não há uma situação mais complexa e perigosa em termos de se ver respeitar ou desrespeitar direitos humanos do que nas questões relacionadas à administração penitenciária. E como se realizam as políticas públicas na administração penitenciária? Você tem o Poder Executivo construindo presídios, o Poder Executivo organizando os serviços dentro dos presídios, mas tem o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria colocando e tirando presos, estabelecendo penas, fiscalizando o cumprimento das penas, verificando se está sendo observada a lei. De modo que a interpenetração e a necessidade de colaboração e cooperação entre os poderes numa política pública como a de administração penitenciária exige uma interpenetração muito grande, uma colaboração e cooperação entre os poderes que têm de agir harmonicamente. Mas não esqueçam que a Constituição determina que são autônomos e independentes, portanto, não é muito fácil conseguir com que existam acordos que cheguem a um lugar comum quando se discutem questões envolvendo poderes autônomos e independentes.

Em outros casos a situação é até bem mais complexa, eu cito alguns exemplos aqui só para demonstrar a dificuldade que a administração pública tem para fazer valer os direitos fundamentais. O caso que talvez seja um dos mais complicados é o das políticas públicas de criança e adolescente. Não existe uma área em que haja interpenetração maior entre os poderes do que na área da criança e do adolescente, em que a participação do Poder Executivo, do Poder Judiciário, órgãos independentes como o Ministério Público, a Defensoria Pública, todos têm de agir de forma coordenada e harmônica para poder atingir às finalidades que se



pretendem numa das que talvez eu entenda como sendo a área mais sensível para a sociedade, qual seja, a questão da criança e do adolescente, tanto na parte das adoções, 'abrigamentos', como até na parte punitiva, reinserção social, condução, melhor condução da educação de crianças e adolescentes etc. Não é fácil nem muito simples estabelecer meios que exijam essa coordenação de forma harmônica e independente.

Não esqueçam que em áreas como essas mencionadas, mas talvez, e, principalmente na área da criança e do adolescente, não é apenas uma necessidade de coordenar poderes independentes agindo em harmonia, são áreas em que os entes da federação também agem em harmonia e de forma conjunta, porque nesta área há participação dos municípios, participação dos estados e participação da União. Às vezes com dinheiro, às vezes com recursos humanos, às vezes com recursos materiais e muitas vezes com todos em conjunto.

Nessa parte ainda da criança e do adolescente, observa-se intensa participação do chamado terceiro setor. Vários deles, inclusive, com entidades que recebem recursos do orçamento público, subvenções, de modo que se tem de organizar toda a forma de transferência de recurso para o setor privado, previsto na nossa legislação para financiar esses órgãos, às vezes, com recursos do orçamento da União, às vezes, do estado, às vezes, do município. Imaginem vocês como é possível, sabendo que estamos numa federação em que os entes desta são todos independentes, divididos em poderes e órgãos independentes, num determinado setor específico, há necessidade para que se possa atingir a finalidade esperada que todos eles, com autonomia e independência, ajam de forma harmônica e coordenada. É fácil vislumbrar, já dá para perceber que isso é uma missão quase impossível, mas necessária e que tem de ser feita.

Para complementar tudo isso, o terceiro item mencionado: a organização da administração. A administração tem de se organizar de alguma forma para poder prestar serviços públicos. E para isso, ela normalmente se divide em setores. Assim, têm-se uma área tratando da educação, outra tratando da saúde, previdência social, criança e adolescente, infraestrutura.

Dentro de um mesmo órgão da administração, ou de um mesmo poder existe uma divisão que, embora não seja dotada de autonomia e independência, dependendo da dimensão da administração como é a administração pública federal, ela tem um razoável grau de autonomia e independência. E tanto tem autonomia e independência, e tanto não é fácil se coordenar isso, que, embora muito pouca gente saiba, existem até órgãos dentro da administração pública, órgãos oficiais, um deles está no âmbito da AGU, que são câmaras de conciliação para mediar litígios intragovernamentais. Quando órgãos da administração brigam uns com os outros, precisam ter uma mediação feita oficialmente no âmbito federal pela Câmara de Conciliação para poder resolver litígios intragovernamentais dentro de um mesmo poder. Sem contar os litígios intragovernamentais entre poderes diferenciados. E ainda sem contar com as situações em que esses litígios são judicializados. Então, tem-se, às vezes, um órgão da administração brigando com outro órgão da administração, e levam o caso para a Justiça, que é um órgão do Estado. É o Estado brigando contra ele mesmo. É uma coisa que parece absolutamente exótica e inadmissível, mas é o que acontece dado o gigantismo de muitas administrações públicas.

O Estado, por meio do seu órgão Poder Judiciário tem de decidir uma questão entre ele mesmo, porque, às vezes, o litígio não é intergovernamental nem entre entes diferentes da administração, é dentro do próprio ente da administração, e, às vezes, dentro do próprio poder na mesma administração. Então, como é possível conseguir coordenar políticas públicas que, no mais das vezes, são de caráter nacional quando há muitas vezes dificuldades imensas a ponto de haver até litígios judicializados entre órgãos que estão dentro da própria administração. Contando, inclusive, aqueles que não têm autonomia e independência, ainda mais os que têm autonomia e independência. Isso aparece muito claramente com disputa de recursos. Por isso, quem vai estudar na área de Direito Financeiro se depara com essa situação que parece pouco comum para aqueles que não são da área, mas acabam sendo comuns para aqueles que estudam nesta. É muito difícil de organizar isso.

No âmbito setorial há inúmeros instrumentos por meio dos quais pode ser feito. Principalmente no âmbito financeiro, instrumentos de planejamento, como é o caso da educação, com o plano Nacional da Educação, fundos, muitos fundos que permitem que os recursos sejam alocados de forma a ficarem direcionados especificamente para organizar determinada política pública. Mas, mesmo assim não é fácil organizar isso, porque, como falei, boa parte das políticas públicas envolvem vários entes da federação, vários poderes e

vários setores. Eu gosto de sempre usar o exemplo da criança e do adolescente, porque esse é um caso em que todos os entes de federação participam, todos os poderes participam e quando se fala em estabelecer um setor da administração, a área da criança e do adolescente abrange vários setores da administração, porque um problema de criança e do adolescente é problema de educação, de saúde, de segurança, sem contar outras coisas. Quando se divide a administração pública e se coloca um setor para a educação, um para atender à saúde e um para atender à segurança, quando vai ter de atender uma demanda relacionada a uma política pública para área da criança e do adolescente vai usar qual setor da administração se essa área abrange todos eles? Então, como é possível fazer os recursos chegarem melhor para a administração, para atender às políticas públicas dentro de um contexto complexo como esse?

E aí percebemos aqueles que são, no meu modo de ver, os problemas observados hoje na administração pública. E eu os dividiria em duas partes que estão inter-relacionadas. Problemas de planejamento e problemas de gestão. Muitas vezes concentram isso em termos de não efetivação das políticas por falta de vontade ou por não querer fazer. Claro que isso também ocorre, mas eu penso que, na realidade, todos querem fazer. O Estado tem a obrigação de fazer, na maioria parte das vezes ou não faz ou faz da forma incorreta ou gasta mais para fazer do que poderia ter usado por problemas de planejamento e gestão, boa parte dos quais envolvendo aspectos jurídicos. Hoje, as normas de planejamento, por exemplo, têm dificuldade muito grande em dar eficácia a elas, tanto que a lei orçamentária não consegue assegurar a garantia do cumprimento. Pior são as normas de planejamento, porque já há dificuldade de se dar garantia de eficácia para uma norma orçamentária, ou seja, coloca-se uma previsão no orçamento de gasto para atender à determinada finalidade e não se tem a garantia de que aquilo vai ser cumprido, pois um orçamento é uma lei de planejamento de curto prazo, mais complicadas ainda são as de planejamento de médio e longo prazo, como é o caso do Plano Plurianual, que é a lei de administração pública, em que cada um dos entes da federação tem de fazer para o planejamento de médio prazo.

E justamente, essa semana, nós estamos com um triste exemplo de eficácia e segurança jurídica das normas de planejamento. O governo aprovou no ano passado a Lei de Diretrizes Orçamentárias prevendo o que colocaria como meta de superávit até o final do ano, e, isto é, hoje, a Lei de Diretrizes Orçamentárias é uma das mais importantes normas que estão sendo utilizadas no planejamento de curto e médio prazo da administração, e o que se vê é que, faltando um mês para terminar a vigência da Lei de Diretrizes Orçamentárias, não conseguirá cumprir a norma, e o que fazer? Propõe que a norma seja modificada. Se tudo o que esperamos de uma norma é publicá-la e fazer com que seja cumprida, o que se vai dizer para a sociedade, em termos de eficácia e segurança jurídica de uma norma, que quando falam alguns dias para constatar que não vai ser cumprida, ela é cumprida modificando aquilo que estava sendo escrito? É jogar por terra todo o sistema de planejamento da administração pública. É o pior exemplo possível que se pode dar em termos de procurar assegurar a eficácia das normas de planejamento.

E também questões de gestão, embora estas sejam menos jurídicas e mais de administração pública. Esse é um caso curioso de notar como quem estuda esse setor vê que as teses e os instrumentos existentes já estão presentes nos estudos há 50, 100 anos, mas quem está na prática da administração pública sabe que, de fato, eles não são aplicados como deveriam. De modo que, quando falta dinheiro para cumprir direitos fundamentais, é preciso ter em mente que por problemas, no mais das vezes, ou em boa parte das vezes, jurídicos relacionados a dificuldades de coordenação da administração pública, falta de planejamento e de gestão, a quantidade de dinheiro desperdiçado sem ter nenhum resultado, sem chegar ao final para aplicar naquelas finalidades para as quais ele foi determinado é muito grande, ou seja, é dinheiro arrecadado, mas que não atinge as suas finalidades, tão somente por dificuldades e erros de planejamento, gestão e organização da administração pública. Por isso, vou mencionar uma frase que ouvi anteontem. Quarta-feira eu estava num evento na Escola da Magistratura do TRF, da Segunda Região, justamente para discutirmos direitos financeiros e políticas públicas, e um dos professores presentes, José Marcos Domingues, da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, na palestra dele, falou uma frase, e eu disse: "Professor Domingues, gostei dessa. Vou anotar". E ele disse com muita propriedade e que responde muita coisa bastante relacionada ao que estamos discutindo e debatendo aqui: "Não são os direitos fundamentais que devem ser limitados pelo orçamento, e sim orçamento é que se deve guiar pelos direitos fundamentais". E isso resume tudo o que é importante ser dito.



MEMÓRIA FOTOGRÁFICA

Fotógrafos:
Ednan Cavalcanti
Rondinelli Ribeiro













