



SOBRE A REVISTA
ÚLTIMAS EDIÇÕES
EDIÇÕES ANTERIORES
NORMAS
CHAMADA DE TRABALHOS
CONTATO

UNIAnchieta

REVISTA DE

DIREITOS FUNDAMENTAIS

ISSN 2675-0074

FICHA TÉCNICA

Revista de Direitos Fundamentais, ISSN 2675-0074, v. 1, n. 2, jul./dez. 2019

<https://doi.org/10.29327/213440.1.2>

Capa: Larissa Conelheiro Kovelis

Editoração e Diagramação: Prof. Dr. Tarcísio Germano de Lemos Filho

Editora: UNIANCHIETA

Prof. Me. João Antonio de Vasconcellos

Diretor Acadêmico

Prof. Dr. Cláudio Antônio Soares Levada

Coordenador do Curso de Direito

Prof. Me. Elvis Brassaroto Aleixo

Coordenador-adjunto do Curso de Direito

Prof. Dr. Pietro Nardella-Dellova

Coordenador-Geral das Revistas Temáticas

FADIPA – UNIANCHIETA

Prof. Dr. Tarcísio Germano de Lemos Filho

Coordenador da Revista de Direitos Fundamentais

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Dr. Claudinei Coletti (**Curso de Direito FADIPA-UniAnchieta**)

Prof. Dr. Cláudio Antônio Soares Levada (**Curso de Direito FADIPA-UniAnchieta/TJ-SP**)

Prof. Dr. Márcio Alexandre Iotti Henrique (**Curso de Direito FADIPA-UniAnchieta**)

Prof. Dra. Maria Cristina Zucchi (**Curso de Direito FADIPA-UniAnchieta/TJ-SP**)

Prof. Dr. Mauro Alves de Araújo (**Curso de Direito FADIPA-UniAnchieta**)

Prof. Dr. Paulo Roberto Cunha (**Curso de Direito FADIPA-UniAnchieta**)

Prof. Dr. Paulo Eduardo Vieira de Oliveira (**USP e FADIPA-UniAnchieta/TRT2SP**)

Prof. Dr. Pietro Nardella-Dellova (**PUC/SP, USF e FADIPA-UniAnchieta**)

Prof. Dr. Samuel Antonio Merbach de Oliveira (**Curso de Direito FADIPA-UniAnchieta**)

Prof. Dr. Sergio Igor Lattanzi (**Curso de Direito FADIPA-UniAnchieta**)

Prof. Dr. Tarcísio Germano de Lemos Filho (**Curso de Direito FADIPA-UniAnchieta**)

Prof. Dra. Thais Battibugli (**Curso de Direito FADIPA-UniAnchieta**)

SUMÁRIO

Apresentação.....3

Tarcísio Germano de Lemos Filho

“Prueba de oficio” y “carga de la prueba”: una propuesta equilibrada.....6

Renzo Cavani

Prova e verdade no processo civil-contributo para o esclarecimento da base ideológica de certas posições pretensamente técnicas.....28

Juan Montero Aroca

La eficacia externa o (alcance) horizontal de los Derechos Fundamentales. La aplicación (vinculación) de dos Derechos Fundamentales en las relaciones privadas (laborales). Un análisis (crítica) a la luz de la realidad brasileña y argentina54

Fábio Nadal Pedro

Conflitos entre o dever do Estado à proteção da saúde e a liberdade religiosa da testemunha de Jeová. Estudo de caso do Recurso Extraordinário 97942/AM.....71

Adriana Galvão Moura Abílio e Gustavo Costa Silva

Os princípios do Direito civil luso e brasileiro e a Fraternidade na Declaração Universal dos Direitos do Homem.....96

Nara Pinheiro Reis Ayres de Britto e Bryan Phillip de Jongh Martins

O princípio da Humanidade: Dignidade da pessoa humana.....116

Roberta Espinha Corrêa

Os sindicatos de trabalhadores rurais no Brasil. Origem e características fundamentais.....129

Claudinei Coletti

Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais e das Liberdades Sociais.....150

Silvia Teixeira do Vale e Máira Guimarães de La Cruz

APRESENTAÇÃO

A Revista de Direitos Fundamentais, concebida para se tornar uma publicação científica de ponta, alcança em curto espaço de tempo o seu segundo volume, graças à colaboração decisiva de pesquisadores nacionais e estrangeiros, que têm produzido valiosos resultados além-fronteiras em suas investigações.

A busca da igualdade, por sua própria essência, mostrou-se, até o momento, como o caminho mais adequado ao rompimento de limites territoriais, pois traz consigo a superação de barreiras que levam ao confinamento do indivíduo ao *status* natural de língua, religião, etnia. Isso ocorre conforme padrões de tempo e lugar, na exata proporção em que “o reconhecimento das desigualdades irá permitir que seja obtido o adequado equilíbrio necessário à convivência nesse cenário globalizado”, no dizer de Rodotá¹.

Destaca Bolzan de Moraes² que “vivenciamos um período marcado por alterações globais irreversíveis, que modificam irremediavelmente as estruturas e instituições político-jurídicas modernas”. Nessa linha, propõe que igualdade e liberdade ultrapassem as fronteiras das relações meramente intersubjetivas, para adquirirem a faceta de um “ideal cosmopolita de respeito e tolerância entre seres humanos que (con)vivem, senão no mesmo território jurídico/político, no mesmo tempo e espaço”.

Mais além, Harari³ sugere a necessidade de uma nova identidade global, porque as instituições nacionais são incapazes de lidar com um conjunto de situações globais sem precedentes. E justamente porque temos uma ecologia global, uma ciência global e uma economia global, sugere que tenhamos uma “política global”, não no sentido de um “governo global”, mas no sentido de

¹ RODOTÁ, Stefano. **Il diritto di avere diritto**. 1 ed. Roma-Bari: Laterza, 2012, p.20 e 27.

² MORAIS, José Luiz Bolzan de, e NASCIMENTO, Valéria Ribas de Moraes. **Constitucionalismo e Cidadania**- Por uma Jurisdição Constitucional democrática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.93.

³ HARARI, Yuval Noah. **21 lições para o século 21**. 4. reimp. Tradução de Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 162. Título original: *21 Lessons for the 21st Century*.

que “a dinâmica política dos países e até mesmo de cidades deveria dar mais importância a interesses e problemas globais”.

Os Direitos Fundamentais- e na sua versão ampliada, os Direitos Humanos - podem ser apenas um possível ponto de partida para diálogo efetivo entre as jurisdições, embora um paradigma desejável, já que à sua efetivação concorrem fatores políticos e econômicos que muitas vezes se sobrepõem ao jurídico. Há, em verdade, métodos que se propõem a assegurar-los na interação entre jurisdições, pela construção de engrenagens que empreguem as regras e princípios vigentes em cada um dos sistemas, devidamente articulados, mas respeitando as respectivas diferenças.

A busca de resposta a essas indagações se reflete nos artigos dos autores que vieram colaborar com esta edição, que é aberta com os estudos sobre a prova do Professor Renzo Cavani, da Pontifícia Universidade Católica do Peru.

A mesma temática é objeto de outra abordagem, desenvolvida pelo Professor Juan Montero Aroca, da Universidad de Valencia, que investe em relação à base ideológica de proposições formuladas como técnicas no campo probatório.

Em artigo de autoria de Adriana Galvão Moura Abílio, doutora pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, com a colaboração de Gustavo Costa Silva, é explorado precedente do Supremo Tribunal Federal, estabelecido no julgamento do Recurso Extraordinário nº 979742/AM, que trouxe novas luzes à interpretação da liberdade religiosa em contraposição ao dever do Estado de prestação do direito à saúde.

Fábio Nadal Pedro, Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, alia sua experiência no magistério e em Direito Público para tratar da eficácia externa dos Direitos Fundamentais, em especial nas relações provadas, traçando um paralelo entre a experiência brasileira e a argentina.

Da Universidade Autônoma de Lisboa chegam valiosas colaborações, como a de Nara Pinheiro Reis Ayres de Britto e Bryan Phillip de Jongh Martins, que se debruçaram sobre tema bastante palpitante e de certa forma ainda não suficientemente explorado, que cuida da fraternidade, tal como inserida na Declaração Universal dos Direitos do Homem, e sua influência nos princípios que norteiam o Direito Civil, em Portugal e no Brasil.

Também da UAL, Roberta Espinha Corrêa investe na dignidade humana para propor métodos eficazes de combate à criminalidade que não abdicuem desse princípio, mediante a adoção de critérios com ele afinados na legislação infraconstitucional.

Prata da Casa, assim como Fábio Nadal Pedro, Claudinei Coletti, Doutor em Ciências Sociais e mestre em Ciência Política pelo Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da UNICAMP, trata de assunto que desenvolve com a costumeira maestria e intimidade, que é o papel histórico do Estado na formação dos sindicatos rurais, em um processo que os tornou fragilizados e submetidos aos interesses das classes dominantes.

Silvia Teixeira do Vale, Doutora pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Pós-Doutora pela Universidade de Salamanca, alia sua experiência na magistratura trabalhista com Maíra Guimarães de La Cruz, também atuante na Justiça do Trabalho da Quinta Região, em surpreendente artigo em que analisam a eficácia dos direitos fundamentais sociais, bem assim as liberdades sociais, desmistificando a ideia segundo a qual somente aqueles são vinculados ao princípio da reserva do possível.

Temas universais, tratados por pesquisadores do Brasil, da América Latina e da União Europeia, em um esforço comum de aprendizado e de compartilhamento de resultados.

A UNIANCHIETA, em seu Jubileu de Ouro, prossegue proporcionando ao mundo acadêmico mais um canal de divulgação da produção científica de pesquisadores altamente qualificados, que prosseguem colaborando decisivamente para fazer desta publicação uma valiosa fonte de consulta e de divulgação de trabalhos indispensáveis ao aperfeiçoamento das instituições e do Direito.

Jundiaí, segundo quadrimestre de 2019

Tarcísio Germano de Lemos Filho
Coordenador da Revista de Direitos Fundamentais

“PRUEBA DE OFICIO” Y “CARGA DE LA PRUEBA”: UNA PROPUESTA EQUILIBRADA*

Renzo Cavani[1]

1. Introducción

Una de las más recientes modificaciones del Código Procesal Civil peruano (en adelante, CPC) fue producto de la Ley N° 30293. Varios artículos fueron modificados pero acaso uno de los que más alteraciones sufrió fue el discutido art. 194. En lo particular, me centraré en una de las nuevas normas consagradas como límite a este poder, consistente en la prohibición de que el juez, al emplear la “prueba de oficio”, reemplace a las partes en su “carga probatoria” (sic)[2].

En ese sentido, en este artículo critico la aplicación del poder probatorio que regula el art. 194 CPC y, evitando referirme genéricamente a la “carga de la prueba” (al menos como es entendida tradicionalmente), diferencio entre “*carga de corroboración*” (*rectius*: deber del juez de fallar según la falta de probanza) y *carga de aportación probatoria* a fin de demostrar que dicho poder probatorio colisiona con la primera y viola diversos derechos fundamentales de las partes. Acto seguido, paso a defender conceptualmente la carga de aportación probatoria diferenciándola de la carga de probar en sentido subjetivo y, a partir de una interpretación poco convencional del art. 51 inc. 2, sostengo que, en vez de usar un poder probatorio *posterior* al debate y actuación de las pruebas (que es precisamente lo que regula el art. 194), sí podría admitirse un poder probatorio del juez en el marco de la decisión sobre la organización de la causa que *excepcionalmente* incida sobre la carga de aportación. Esto conduciría a ofrecer una propuesta más equilibrada entre libertad de las partes y los poderes del juez sobre la prueba en el proceso civil peruano.

2. “Prueba de oficio”: un breve examen analítico

Cuando hablamos del art. 194 CPC es importante reflexionar ante qué situación jurídica estamos. Se suele decir que sería una especie de *poder*

probatorio del juez[3], pero tiene mayores particularidades que vale la pena identificar. Es posible hablar al menos de cuatro características de este poder, a partir de un examen analítico de dicha disposición normativa[4]:

(i) *Presupuesto*: Se trata de un poder que puede ejercitarse a partir de la falta de esclarecimiento o probanza de algún hecho esencial, es decir, de un hecho que conforma el *objeto litigioso del proceso*[5]. Esto es lo que el CPC denomina “insuficiencia en la formación de la convicción judicial”.

(ii) *Oportunidad*: El único momento en el que se puede utilizar el poder probatorio es después de la actuación probatoria, cuando el juez ya se encuentra por sentenciar, dado que es en esa etapa en la que podrá advertir que la hipótesis fáctica formulada no se encuentra aun suficientemente corroborada. La “falta de convicción” se da, por tanto, tras la valoración probatoria[6].

(iii) *Contenido*: Mediante este poder probatorio el juez ordena la incorporación o práctica de un medio de prueba no ofrecido por las partes. No hay propiamente límites para señalar qué medio probatorio podría ser incorporado.

(iv) *Fundamento*: Este poder permite el incremento del acervo probatorio, de manera que el juez tendrá mayores elementos de juicios al momento de fallar. El fundamento de esto reside en una dimensión epistémica (búsqueda de la verdad), que se muestra coherente con el *diseño infraconstitucional* del proceso civil peruano a la función del juez en el CPC: el de lograr la tutela de los derechos sustanciales y promover la “paz social en justicia” (art. III)[7].

Es importante hacer la precisión porque existen *muchos* poderes probatorios del juez[8], como, por ejemplo, la formulación de preguntas a testigos o peritos, e, inclusive, ordenar la incorporación de medios de prueba no ofrecidos por las partes en sus actos postulatorios[9]. El art. 194 no habla de ninguno de ellos. Este poder probatorio, que implica practicar o incorporar un medio de prueba, está vinculado, pues, a un resultado al cual ya ha arribado tras el debate probatorio y la valoración de la prueba. En el siguiente apartado me enfocaré en la problemática regla que limita severamente este poder probatorio y aprovecharé para lanzar algunas críticas.

3. La prohibición de reemplazar la “carga probatoria” de las partes

Del propio art. 194 se desprende una *norma prohibitiva*. En efecto, para el uso legítimo de dicho poder, “el juez cuidará de no reemplazar a las partes en su carga probatoria”. Este enunciado dista de ser un mero consejo: esa negación (“no reemplazar”) representa una auténtica *restricción*, un límite para la prueba de oficio, sobre todo teniendo en cuenta aquello que no se debe vulnerar: la “carga probatoria” de las partes.

Si esto es así, la gran interrogante es la siguiente: ¿Cuándo es que el juez podría ejercer su poder probatorio *sin reemplazar* la “carga probatoria” de las partes? Esto resulta fundamental, puesto que al referirse a una *carga* de las partes se está aludiendo a un ejercicio de *libertad* que estas gozan para obtener o no el *resultado favorable* que está sujeto a la realización de un cierto comportamiento[10]. Si hablamos de “carga probatoria” en un sentido muy genérico se podría entender, por ejemplo, la libertad de diseñar las actuaciones o la estrategia procesal en cuanto a los hechos alegados y al caudal probatorio que se orienta a acreditarlos. Pero el tema es más complejo de esto. Cabe preguntarse, pues, cuál es esa “carga” a la que se refiere el art. 194.

En primer lugar, existen muchas *cargas procesales* (en plural). Podemos mencionar, por ejemplo, la carga de individualizar el pedido o petitorio, la carga de comparecer al proceso, la carga de recurrir, la carga de identificar los bienes para una futura ejecución, etc. Dentro de las cargas procesales se encuentran las “cargas probatorias”, y dentro de estas tenemos varias: la carga de alegar hechos (o, también, la incorporación de los elementos fácticos en la causa de pedir), la carga de ofrecer medios de prueba (a la que le denominaré “*carga de aportación probatoria*”), la carga de argumentar a partir del material fáctico incorporado por la propia parte y también por la parte contraria, y, finalmente, la “carga de probar” (o, también, “*carga de corroboración*” o, en un término mucho más afín a la teoría clásica, “carga de la prueba en sentido objetivo”[11]), que estaría prevista legislativamente en el art. 196 CPC y que ha sido objeto de incontables trabajos de la procesalística[12].

Una vez individualizadas las cargas probatorias, ¿cuáles serían esa(s) carga(s) que el juez *no puede reemplazar*? Primero me centraré en una: la así llamada “carga de corroboración”[13].

Desde una explicación tradicional, esta “carga” consiste en una regla de juicio que funciona a modo de desempate, a fin de determinar al vencedor en los casos en que existe insuficiente probanza de uno o más hechos esenciales (los así denominados hechos constitutivos, extintivos, modificativos e impeditivos). Debe perder, pues, quien tiene la titularidad de la “carga de corroboración” del hecho que no se llegó a probar. Si el demandante alega que se celebró un contrato verbal, pero no lo llega a probar, entonces debe perder. En el caso del demandado, si es que alega que existió pago y no lo llega a probar, entonces vence el demandante (porque el art. 1229 del Código Civil indica que la prueba del pago corresponde a “quien pretende haberlo efectuado”), pero siempre que este pruebe la existencia de la deuda. En materia laboral, por ejemplo, si el demandante-trabajador alega el pago, el incumplimiento de normas, el incumplimiento del contrato, la vigencia del contrato o su exigibilidad, el demandado-empendedor debe probar que no hubo pago, que se cumplieron las normas, que el contrato se extinguió o que ya no es más exigible (art. 23.4 de la Ley Procesal del Trabajo). En materia penal, el Ministerio Público debe demostrar que está probada la hipótesis fáctica que apunta a la comisión de un delito (art. IV.1 del Código Procesal Penal); si esto no llega a estar *suficientemente* corroborado, entonces, aplicando la regla de juicio denominada presunción de inocencia, el acusado es absuelto (art. II.1).

De estos ejemplos vemos que la titularidad es asignada por el legislador (distribución estática), que puede corresponder a la parte que alega el hecho (distribución estática fija) o a la contraparte que no lo ha alegado (distribución estática invertida o “*inversión* de la carga de la prueba”). Excepcionalmente, el propio legislador puede otorgar al juez el poder de ser él quien la distribuya (distribución *dinámica*)[14], como ocurre en el caso del 33 de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, específicamente en los casos en que, “por razón de su función o especialidad la entidad administrativa está en mejores condiciones de acreditar los hechos”.

La asignación de titularidades de la “carga de corroboración” realizada por ley implica, en el fondo, un *deber* del juez de resolver de una determinada manera *si es que*, luego de valorar, constata la falta de corroboración del hecho alegado por una de las partes[15]. Pero nótese aquí que el poder consagrado en el art. 194, teniendo como presupuesto la falta de probanza, se muestra como

otra alternativa a la aplicación de las normas de la “carga de corroboración”. Aquí el juez *evita resolver la controversia*, no dando como perdedor a quien no cumplió con su “carga”, sino que incrementa el acervo probatorio para buscar aproximarse más a verdad (en la dicción del CPC: para despejar el estado de “falta de convicción”). Se trata, a mi juicio, de una auténtica bifurcación de caminos. Empero, ¿cuál camino elegir y cuáles serían los criterios para optar por uno o por otro?

Sinceramente, no veo la forma de cómo emplear la prueba de oficio *sin reemplazar* la “carga de corroboración” de las partes. Y es que *siempre* hay algo que la parte pudo hacer y que no hizo: solicitar la declaración de un testigo, requerir una inspección judicial, presentar la escritura pública y no simplemente la minuta, etc. Si esto es verdad, si es que nunca puede dejar de haber tal reemplazo, me parece entonces que la modificación del año 2014 creó un *candado aparentemente inexpugnable*[16].

A partir de aquí es posible construir, como primera alternativa, la de recurrir al control difuso sobre la norma prohibitiva del art. 194 CPC para inaplicarla. Esta propuesta, a decir verdad, sería intelectualmente más honesta, pues el juez comunicará, con todas las letras, que *sí reemplazará la “carga de corroboración”*. Las razones pueden ser diversas: porque debe buscar la verdad; porque de no hacerlo de violaría la tutela jurisdiccional efectiva del demandante (acceso a la justicia, paridad de armas, etc.); porque busca aplica el “principio de socialización del proceso”, que le permitiría *asistir* a las partes en caso de desigualdad de algún tipo[17]; o simplemente porque entiende que debe “resolver con justicia” (sea lo que quiera significar esto).

No comulgo en lo absoluto con una posibilidad de este tipo porque, según pienso, el empleo del poder del art. 194 viola irremediablemente la seguridad jurídica (el sistema ofrece de antemano una solución para los casos de falta de probanza) y la imparcialidad judicial (porque el juez pasa a tener funciones postulantes y porque alimenta sus sesgos a favor del demandante)[18]. No obstante, al menos debo reconocer que sería la vía argumentativamente más racional que encuentro si es que se quiere emplear este poder probatorio.

De cualquier manera, el empleo del poder probatorio del art. 194, por afectar decisivamente la “carga de corroboración”, implica un poder intrusivo en extremo con la libertad de las partes en el ejercicio de sus diversas cargas

procesales[19]. Esto implica, también, que deberá modificar el procedimiento, porque *luego del contradictorio previo de las partes para determinar si es que usa o no su poder*, tendría que reaperturar el debate probatorio para que las partes (sobre todo el demandado, que habría ganado si se hubiese resuelto según la “carga de corroboración”) puedan ofrecer nuevos medios probatorios para contraprobar. Se trataría, aquí, de no limitar los derechos de probar y amplia defensa de las partes, por lo que bien se podría ofrecer testigos, pericias, etc. De ahí, inclusive, surge la interrogante de si el juez debería, en esta hipótesis, convocar a una *nueva* audiencia de pruebas.

Esta modificación procedimental bien podría estar sustentada en el art. IX párrafo 3 CPC, que contendría una cláusula general de adaptación de las formas (entiéndase: el procedimiento) al cumplimiento de los fines del proceso (tutela de los derechos y paz social en justicia), de la que el juez se podría valer. No obstante, no queda claro cómo esto sería viable frente a una *garantía* de las partes de no ser desviadas del procedimiento previamente establecido por ley (art. 139 inc. 3) y, también frente a la separación de poderes y al principio democrático, en donde el legislador, en ejercicio de su poder de creación normativa, es quien instituye las disposiciones normativas que expresan las normas, que, a su vez, estructuran el procedimiento; mientras que el juez le corresponde interpretar tales disposiciones de conformidad con las garantías y aplicar el derecho *en el marco de dicho procedimiento*.

4. A propósito del caso que motivó el X Pleno Casatorio Civil: “Infracción normativa” del art. 194 CPC y valoración de la prueba

En una sentencia que va a establecer *reglas jurisprudenciales vinculantes* —es decir, la sentencia que se adoptará por el pleno casatorio— no debe tener como finalidad “hacer doctrina”. La prueba de oficio será un tema sumamente controvertido con o sin la intervención de nuestra Corte Suprema. Pienso, más bien, que ella debería orientar sus esfuerzos a solucionar el caso en concreto que ha motivado la convocatoria al pleno y, a partir de allí, promover la unificación de la interpretación respecto del art. 194 CPC y otras disposiciones normativas de nuestro sistema. Es preferible, pues, pensar primero en la controversia a resolver y no tanto, por ejemplo, en describir la historia de la

prueba de oficio, o dialogar críticamente con el pensamiento de tal o cual académico. Esta es una labor propia de la doctrina, no de la jurisprudencia.

En el caso seleccionado por las Salas Civiles de la Corte suprema, el problema, tal como se desprende de las resoluciones de los jueces de primera y segunda instancia, reside en la falta de prueba de la titularidad sobre el bien reclamado por el demandante en un proceso de reivindicación, pues la memoria descriptiva no tenía el visado respectivo, lo cual privaba del carácter de documento público. Asimismo, el demandante tampoco se cumplió con adjuntar los antecedentes registrales del predio litigioso. Como vemos, aquí estaríamos frente a la situación de aplicar la “carga de corroboración” que, a partir de la valoración dada por los jueces (no probanza de la hipótesis por insuficiencia probatoria), el demandante no llegó a cumplir. Por ello, este perdió la causa en ambas instancias.

El demandante recurrió en casación argumentando, entre otros aspectos, una “infracción normativa” del art. 194. O sea, estaría reclamando que los jueces de instancia *violaron la norma que les reconoce el empleo del poder de incorporar medios de prueba* y, por ello, la Suprema tendría que anular la decisión. Sin embargo, si es que el propio demandante no ha ofrecido suficientes medios probatorios para lograr cumplir con su “carga de corroboración” (esto es: que el juez pueda considerar probada su hipótesis fáctica y la consecuencia jurídica que se desprendería del antecedente de la norma), veo muy problemático poder alegar exitosamente tal violación. De hecho, viabilizar este tipo de infracciones implicaría que, en *cualquier* caso en que el juez falle según la regla de juicio ante insuficiencia probatoria (y que el juez de apelación confirme), el recurrente pueda acudir a la Corte Suprema buscando la nulidad de la sentencia porque “el juez podía haber hecho más”. Esto terminaría por distorsionar completamente dicha regla que, en adelante, de poco o nada valdría; sin perjuicio de generar un impacto nefasto en las exigencias para que las partes y sus abogados planteen su teoría del caso y la aportación probatoria en los actos postulatorios.

En mi opinión, si es que cabe alguna infracción del art. 194 (*rectius*: de las normas contenidas en el art. 194) se debe fundamentalmente a su *uso indebido* y no propiamente a su *falta de uso*. ¿Y esto por qué? Porque el juez *debe* fallar en contra del demandante cuando existe insuficiencia probatoria.

Cabría, por ejemplo, cuestionar que el juez ordenó la prueba de oficio sin promover previamente el contradictorio, que la prueba no se corresponde con el objeto litigioso del proceso (fuente de prueba) o que hubo efectivamente un reemplazo en la “carga probatoria”. Aquí auténticamente se estarían *violando* estas normas. Empero, cuestionar que el juez *no empleó* la prueba de oficio implica, rigurosamente, cuestionar la valoración probatoria que llevó a que se decida según la “carga de corroboración”: se impugna, pues, que la corroboración de la hipótesis fáctica, en virtud de los medios de prueba que obran en el proceso, no se ha producido. Tolerar la posibilidad de recurrir por infracción normativa del art. 194 en casos de falta de uso, pues, exige que la Corte Suprema dé una respuesta clara y concreta sobre si es que ella misma se considera un órgano que también puede ingresar a revalorar los medios probatorios.

5. En búsqueda de una solución: el poder probatorio reconstruido a partir del art. 51 inc. 2 CPC y la carga de aportación probatoria

5.1. La carga de aportación probatoria

Este callejón sin salida que plantea el propio art. 194 requiere, talvez, de otra perspectiva. Antes de fundamentar mi propuesta, corresponde dedicar algunas líneas adicionales para justificar conceptualmente la *carga de aportación probatoria*.

En primer lugar, estoy de pleno acuerdo que la “carga de probar en sentido subjetivo”, como regla técnica dirigida a las partes a fin de que aporten medios de prueba (pues, de no hacerlo, perderían la causa), no tiene ninguna razón de ser. En efecto, parto de la premisa de que una regla técnica no es una prescripción pues depende de la voluntad de la parte de realizar un cierto comportamiento para obtener un cierto resultado como *condición necesaria*, como sería el caso, por ejemplo, de la siguiente proposición: “Si desea encender la televisión, aprete el botón rojo”[20]. En ese sentido, la doctrina tradicional identifica que, en el caso de la carga de la prueba en sentido subjetivo, el comportamiento “aportar prueba” llevaría al resultado “vencer en la causa”. Pero esto es evidentemente un error. Como se ha defendido, el “principio de adquisición de prueba” implica que las pruebas ofrecidas por las partes pasan a formar parte del proceso y el debate probatorio se desarrollaría a partir de ellas,

sin perjuicio de quién las aportó. De otro lado, el juez valora la prueba y construye inferencias probatorias de *cualquiera* de los medios. Esto quiere decir que no otra cosa que lo siguiente: una parte puede aportar un medio de prueba del cual, a la postre, pueda llevar a la conclusión que el hecho que ella pretendía acreditar no se produjo o que el derecho alegado no le asiste[21].

No obstante, pienso que sí podría formularse una auténtica regla técnica que consista en el comportamiento “aportar prueba” pero ya no más con el resultado “vencer en la causa”. Se podría pensar, en primer lugar, en el simple resultado que dicha prueba ingrese formalmente al proceso (en el lenguaje judicial peruano: “*téngase por ofrecidos los medios probatorios*”). La aportación probatoria es condición necesaria para que tales medios probatorios sean oportunamente calificados para decidir su admisión o rechazo, de ser el caso, actuados, y luego valorados a efectos de emitir la decisión sobre los hechos.

Pero hay más. La carga de aportación podría tener una sólida justificación dogmática, vinculada en este caso a las particularidades del derecho positivo. En efecto, si no se aportan medios de prueba que a un juez, en un examen preliminar, le parezcan suficientemente relevantes para continuar con el procedimiento, entonces el proceso podría concluir inmediatamente (lo cual ocurre en la *preliminary hearing* del proceso penal estadounidense, *ex* Regla 5.1.f de las *Federal Rules of Criminal Procedure*[22]). De esta manera, la aportación de la prueba por el demandante o demandado sería una condición necesaria para no ver la demanda preliminarmente rechazada, por más que esta pueda reproponerse.

En el caso del proceso civil peruano, la falta de aportación de medios prueba por el demandante o demandado podría llevar a que su demanda o contestación sea declarada inadmisibles (o sea, tiene un defecto u omisión pero puede subsanarse) o, eventualmente, improcedente (por no haberse subsanado). Un juez tiene el deber de declarar inadmisibles la demanda si es que no se ofrecen medios de prueba (según el CPC, el ofrecimiento es requisito de la demanda *ex* art. 424 y, materialmente, los medios de prueba se presentan como anexos de la demanda-documento *ex* art. 425).

Asimismo, si una parte ofrece un documento simple para acreditar que existe un contrato, pero en el texto de la demanda ha señalado que ofrece una

escritura pública, el juez, al calificar la demanda, puede indicar que cumpla con ofrecer el instrumento público, dando oportunidad a la parte para que integre el acervo probatorio. Si no hubiese subsanación o si la parte indicase que el instrumento lo tiene la contraparte o un tercero, no correspondería rigurosamente declarar la improcedencia de la demanda, sino entender que se está pidiendo una exhibición, una diligencia específica (art. 425 inc. 5) o, como defenderé más adelante, la posibilidad de que, en la organización de la causa, el juez procure la incorporación de dicho instrumento.

La carga de aportación probatoria, pues, al menos en la legislación procesal peruana, se plasma en diversas reglas específicas, pero se consustanciaría en la siguiente proposición normativa genérica: “*Si quieres que sus medios de prueba X ingresen formalmente al proceso y que su demanda no sea rechazada, entonces debe aportarlos*”. Nótese aquí, a diferencia de la tradicional formulación de la “carga de la prueba subjetiva”, cómo es que el resultado sí que está estrechamente vinculado al comportamiento, siempre que, por supuesto, a su vez, se cumplan con varias reglas procesales que pautean dicho ofrecimiento o aportación.

Podría objetarse que la regla, en realidad, estaría dirigida al juez, colocándole el deber de analizar los requisitos de la demanda y, de constatar alguna omisión o defecto, decidir lo correspondiente. Es incuestionable que existe este deber; sin embargo, esto no quiere decir que no se pueda construir una regla técnica como la mencionada. De hecho, si la parte, a nivel de ofrecimiento de medios probatorios, cumple con todos los requisitos legales, entonces el ordenamiento impone el resultado de que el juez los tenga por formalmente presentados y, por ello, no coloque óbice para la continuación del procedimiento (al menos no por esta causa).

Otra objeción podría consistir en que, existiendo el *derecho a la prueba* cuyo contenido normativo ya asegura a las partes el derecho a ofrecer pruebas, a que sean debidamente admitidas y, oportunamente, que sean racionalmente valoradas, no sería necesario hablar de otra situación subjetiva como la carga de aportación probatoria tal como aquí es defendida. Para responder a esta crítica pienso que la existencia de una norma que consagra un derecho subjetivo no necesariamente elimina la figura de la regla técnica. Piénsese en el ejemplo de la televisión antes referido: para encenderla es necesario presionar el botón

rojo, pero también existe el derecho de propiedad o posesión sobre el bien mueble que deriva, a su vez, a tener el derecho a encenderla (si no hubiese tal derecho habría obstáculos para el disfrute del bien). Así, el derecho subjetivo a la prueba puede coexistir conceptualmente con la carga de aportación si se llega a apreciar que, para la satisfacción del derecho a ofrecer pruebas (dimensión del derecho a la prueba) el juez debe cumplir con su deber de incorporarlas, pero, para ello, la parte, en pleno ejercicio de su esfera de libertad, debe cumplir primero con su carga. Si no se ofrece pruebas, el juez no tiene qué incorporar, con la correspondiente consecuencia de rechazar la demanda.

Finalmente, la carga de aportación probatoria se corresponde íntimamente con la regla que condiciona la alegación de hechos (esenciales) en los actos postulatorios para que se conforme la causa de pedir. Si no se alegan hechos, entonces el juez no podrá pronunciarse sobre ellos ni incorporarlos (principio dispositivo), lo cual se vincula con la inexistencia de un deber jurídico de las partes de decir la verdad, entendiéndose esto como el deber de alegar *todos* los hechos que, según su conocimiento, habrían ocurrido en la realidad.

5.2. Poderes probatorios, organización de la causa y la carga de aportación

Al menos para el caso que motivó el pleno, considero que el verdadero problema no está en la prueba de oficio, sino, por el contrario, en la *organización de la causa*, es decir, en lo que comúnmente se conoce como “fijación de puntos controvertidos”.

La organización de la causa, al menos desde mi visión, consiste básicamente en: (i) identificar cuáles son los hechos sobre los cuales el juez se va a pronunciar (*thema decidendum*); (ii) realizar una labor de calificación para determinar cuáles son los medios de prueba que apoyarán a la verificación de la hipótesis fáctica puesta en discusión (*thema probandum*); y, (iii) constatar las alegaciones fáctico jurídicas que las partes han formulado en sus actos postulatorios[23].

Ahora, ¿por qué resulta importante que el juez organice adecuadamente la causa? Porque si el juez hace un trabajo pulcro en dicha etapa, logrará determinar cuáles son los hechos discutidos y las pruebas vinculadas a la controversia, aspectos que posibilitan la obtención de una decisión adecuada. Dicho de otro modo, es en la organización de la causa el momento en el que el

juez podrá estructurar cabalmente el material probatorio, en la medida de lo posible con la activa participación de las partes, para que, de esta forma, no haya ningún tipo de desvío, alteración o reestructuración del debate cuando esté por sentenciar.

Adviértase que esto no es algo ajeno a nuestro marco normativo: el art. 51 inc. 2 CPC otorga al juez como “facultad”, el “ordenar los actos procesales necesarios al esclarecimiento de los hechos controvertidos respetando el derecho de defensa de las partes”. Desde una interpretación que considero plausible, esta disposición –bastante vaga, por cierto– expresa cuando menos una norma que le permite al juez organizar el material probatorio, lo cual implica desarrollar una adecuada *metodología* para elaborar los vínculos entre hechos (esenciales) y medios de prueba. El empleo de esta metodología debería revelar, cuando menos, dos preocupaciones: (i) determinar a priori si un hecho tiene un medio de prueba que lo respalde; y (ii) determinar la calidad de tales medios de prueba.

En este momento es que, *muy excepcionalmente*, puede darse, por ejemplo, la posibilidad de que el juez ordene a las partes que incorporen medios probatorios (por ejemplo, si se ofreció una minuta, que se incorpore una escritura pública) o, en los casos de dificultad de probanza debidamente alegada por la parte perjudicada, que ordene a la parte contraria a la que tiene la carga de aportación, que incorpore determinados medios probatorios. Nótese que aquí no se está trabajando con la “carga de corroboración”, que sí es seriamente afectada con el poder del art. 194 CPC, sino con la carga de aportación.

No obstante, el juez debe procurar no incurrir en parcialidad, específicamente la prohibición de ejercitar funciones de parte, tales como incorporar medios probatorios *no solicitados*, y evitar cualquier tipo de conducta maliciosa de las partes, en el sentido de dejar para esta ocasión lo que bien podía haber sido ofrecido al momento de realizar el acto postulatorio.

Debo admitir que existen tres grandes inconvenientes que presenta el CPC peruano para el eficiente uso del poder probatorio que propongo: el primero es la rigidez del art. 189, que determina que *todos* los medios probatorios deban ser ofrecidos en los *actos postulatorios* (para lo que aquí interesa: demanda y contestación); el segundo es la rigidez para la modificación de la demanda, que puede hacerse solo hasta *antes* del emplazamiento (art. 428); y el tercero es la

supresión de la audiencia de fijación de puntos controvertidos y saneamiento probatorio (modificación operada por el D. Leg. N° 1069), cuando aquí es donde más se necesita un auténtico debate oral. La reforma legislativa es muy urgente en este punto y el Proyecto de Reforma de CPC no ha llegado a tomar cartas en el asunto. Más bien lo ha empeorado, dado que en el nuevo texto del art. 194 ha retirado toda referencia a la prohibición de sustituir cargas probatorias. Mucho me temo que se vuelva, en cierta medida, a una práctica judicial descontrolada puesto que, si bien inserta expresamente el deber de promoción del contradictorio ya es importante, este no remedia las violaciones a la seguridad jurídica ni mucho menos a la imparcialidad.

Sin perjuicio de ello, pienso que es posible que el juez pase a desarrollar una función mucho más detallada y rigurosa al momento de fijar a los puntos controvertidos a partir del poder conferido en el art. 51 inc. 2, teniendo como preocupación el esclarecimiento de los hechos, *respetando el derecho de defensa de las partes*. En ese sentido, luego de las alegaciones de las partes sobre los puntos controvertidos y la admisibilidad de los medios de prueba, el juez procede a convocar simultáneamente a dos audiencias: una para discutir sobre la organización de la causa y otra para la actuación de las pruebas y/o realización de informe oral, respetando la regla del art. 147 respecto del intervalo de tiempo entre la notificación para una actuación procesal y su realización y, además, evitando dilatar en demasía el proceso. El objetivo es que oralmente se pueda discutir sobre el material probatorio y, allí, *siempre a pedido de las partes*, el juez ordene completarlo[24].

La consecuencia de esta iniciativa judicial en la organización de la causa es incrementar el acervo probatorio para que, a partir de este, se emprenda el debate, en la audiencia de pruebas, respecto de la teoría del caso del demandante, la actuación de los medios de prueba que así lo requieran (testigos, exposición sobre la pericia), los argumentos fáctico-jurídicos, y, con ello, encaminarse hacia la decisión del juez. Aquí lo importante: si hubiese una falta de probanza se deberá decidir necesariamente atendiendo a la “carga de corroboración”. De esta manera, el poder contenido en el art. 194, que revela un mal trabajo probatorio y que genera una distorsión procedimental, ya no tendría que ser utilizado *nunca más*.

6. Conclusiones

Para forjar reglas jurisprudenciales vinculantes en la futura sentencia del X Pleno Casatorio se debe dar respuesta primero a esta gran interrogante: ¿qué significa “no reemplazar la carga probatoria” de las partes? En mi opinión, nuestros magistrados supremos cuando menos debe atender a lo siguiente: (i) deben enfrentar los complejos problemas interpretativos que ofrece esta disposición normativa; (ii) evitar sentar un mal criterio jurisprudencial que genere una aplicación del art. 194 que sea arbitraria o descontrolada por los jueces de la República, que fue precisamente lo que se quiso evitar con la modificación por la Ley N° 30293; y (iii) reflexionar sobre la posibilidad de (des)incentivar que las partes recurran en casación alegando la infracción del art. 194 por su falta de uso, ya que ello implicaría que la Sala Suprema deba entrar a la valoración probatoria.

Pero no solo ello.

La propuesta aquí ofrecida, que parte del empleo del art. 51 inciso 2 CPC, resulta ser, a mi juicio, uno menos intrusivo respecto de los poderes y libertades de las partes dentro del proceso que la prueba de oficio regulada en el art. 194 CPC y evitar distorsionar el procedimiento previamente establecido por ley. Esto parte de diferenciar entre carga de aportación y “carga de corroboración” y, además, de resaltar la importancia del debate entre el juez y las partes a fin de conformar mejor el material probatorio no al final del proceso, sino al momento de la organización de la causa (fijación de puntos controvertidos). Esto podría incrementar las chances que el juez pueda emitir una sentencia que esté mejor fundada en derecho, siempre que realice una adecuada valoración probatoria, y, con ello, resolver mejor el conflicto.

7. Referencias

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. (1974). «La influencia de Wach y Klein sobre Chiovenda». *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, t. II. México DF: UNAM, 1974, pp. 547-570.

ALFARO, L. (2015). «Reforma de los poderes probatorios del juez». *Gaceta Civil & Procesal Civil*, n. 23, pp. 255-272.

ALLEN, R. y STEIN, A. (2013). «Evidence, Probability, and the Burden of Proof». *Arizona Law Review*, vol. 55, pp. 557-602.

___ (2018). «Aproximación a la dimensión epistémica a los poderes probatorios del juez». *La prueba en el proceso* (coord.: G. Priori Posada). Lima: Palestra, pp. 431-463.

ARIANO, E. (2016). «En los abismos de la “cultura” del proceso civil autoritario» [2006]. In *limine litis. Estudios críticos de derecho procesal civil*. Lima: Instituto Pacífico, pp. 21-37.

BARBOSA MOREIRA, J. C. (2007). «O neoprivatismo no processo civil». *Temas de direito processual*, 9ª serie. São Paulo: Saraiva, pp. 87-101.

BURIL DE MACÊDO, L. y PEIXOTO, R. (2014). *Ônus da prova e sua dinamização* (2ª ed. 2016). Salvador: JusPodivm.

CARPES, A. T. (2010). *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

___ (2015). «Carga de la prueba dinámica y el postulado de la razonabilidad», trad. R. Cavani. *Prueba y proceso judicial* (coord.: R. Cavani y V. de Paula Ramos). Lima: Instituto Pacífico, pp. 349-362.

___ (2017). *Ônus da prova no novo CPC. Do estático ao dinâmico*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

CAVANI, R. (2015). «Prueba de oficio: siete criterios para su uso». *A fojas cero. Diálogos sobre derecho, procesa y cultura*. Disponible: <https://afojascero.com/2015/05/02/prueba-de-oficio-siete-criterios-para-su-uso/> (acceso: 05.11.18).

___ (2016). «Fijación de puntos controvertidos: una guía para jueces y árbitros». *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, vol. 6, N° 2, pp. 179-200.

CIPRIANI, F. (2001): «Nel centenario del Regolamento di Klein (il processo civile tra libertà e autorità)». *Rivista di diritto processuale*, N° 50, 1995, pp. 969-1004 (trad. esp. A. Alvarado: «En el centenario del reglamento de Klein. El proceso civil entre libertad y autoridad». *Revista de derecho procesal*, n. 2, pp. 71-108).

COSTA, E. J. F. (2015). «Algumas considerações sobre as iniciativas judiciais probatórias». *Revista Brasileira de Direito Processual*, N° 90, pp. 153-173.

___ (2018): «O processo como instituição de garantia». *Consultor Jurídico*. Disponible: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-16/eduardo-jose-costa-processo-instituicao-garantia> (trad. esp. R. Cavani y A. Castillo: «El proceso como institución de garantía». *Ius 360*. Disponible: <http://ius360.com/publico/procesal/el-proceso-como-institucion-de-garantia/>) (acceso: 07.11.18).

___, 2017: «Presunção de inocência civil: algumas reflexões no contexto brasileiro». *Revista Brasileira de Direito Processual*, N° 100, pp. 129-144.

DENTI, V. (1971). «Le ideologie del processo di fronte al problema sociale». *Processo civile e giustizia sociale*. Milán: Edizione di Comunità, p. 13-29.

DIDIER JR., F. (2017). «A distribuição legal, jurisdiccional e convencional do ônus da prova no novo Código de Processo Civil brasileiro». *Revista Direito Mackenzie*, v. 11, N° 2, pp. 129-155. Disponible: <http://dx.doi.org/10.5935/2317-2622/direitomackenzie.v11n2p129-155> (acceso: 08.11.18).

FERRER BELTRÁN, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho*, 2ª ed. [1ª ed. 2002] Madrid: Marcial Pons.

___ (2017). «Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso». *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*. Disponible: <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/10632> (acceso: 07.11.18).

___ (2019). «La carga dinámica de la prueba. Entre la confusión y lo innecesario». *Contra la carga de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, pp. 53-87.

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, R. (2016). «Comentario al art. VI». *Código Procesal Civil comentado* (coord.: R. Cavani), t. 1. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 72-84.

KAPLOW, L. (2012). «Burden of Proof». *The Yale Law Journal*, v. 121, N° 4, pp. 738-859.

KIRALFY, A. (1987). *The Burden of Proof*. Londres: Butterworths Law.

MARTEL CHANG, R. (2016). «Comentario al 194». *Código Procesal Civil comentado* (coord.: R. Cavani), t. 1. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 253-267.

MATTOS, S. L. W. (2001). *Da iniciativa probatória do juiz no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense.

MCCAHEY, J. (2008). «The Burdens of Production and Persuasion». *Proof. The Journal of the Trial Evidence Committee*, vol. 16, N° 3, pp. 7-10.

MICHELI, G. A. (1989): *L'onere della prova*. Padua: Cedam, 1942 (trad. esp. S. Sentís: *La carga de la prueba*. Bogotá: Temis).

NIEVA FENOLL, J. (2017). «El mal nombre del principio inquisitivo». *Estudios de derecho procesal en homenaje a Eduardo J. Couture*, tomo II. *Constitución y proceso. Principios y garantías* (coords.: A. Landoni Sosa y S. Pereira Campos). Montevideo: La Ley Uruguay, pp. 611-640.

___ (2019). «La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida». *Contra la carga de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, pp. 23-52.

PAULA RAMOS, V. (2013). «Direito fundamental à prova». *Revista de Processo*, v. 224 (trad. esp. R. Cavani: «Derecho fundamental a la prueba»). *Gaceta Constitucional*, N° 65, pp. 286-299).

___ (2015). *Ônus da prova no processo civil. Do ônus ao dever de provar*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

____ (2015a). «Ônus e deveres probatórios das partes no novo CPC brasileiro». *Coleção novo CPC. Doutrina Seleccionada*, v. 3. Processo de conhecimento: Provas (coord.: L. Buril de Macêdo, R. Peixoto y A. Freire), 2ª ed. 2016. Salvador: JusPodivm (trad. esp. R. Cavani: «Cargas y deberes probatorios de las partes en el nuevo CPC brasileño». *Prueba y proceso judicial* (coord.: R. Cavani y V. de Paula Ramos). Lima: Instituto Pacífico).

PEYRANO, J. W. (2004). «Doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir en materia jurídica». *Cargas probatorias dinámicas* (dir.: J. W. Peyrano; coord.: I. Lépori White). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, pp. 75-98.

ROSENBERG, L. (1956). *Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung*. Berlín, Munich: Beck (trad. esp. E. Krotoschin: *La carga de la prueba*. Buenos Aires: EJEA).

SCHAUER, F. (2009). *Thinking like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge-MA, Londres: Harvard University Press.

TARELLO, G. (1989). «La riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente codice di procedura civile». *Dottrine del processo civile. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile* (al cuidado de R. Guastini y G. Rebuffa). Boloña: Il Mulino, p. 7-109.

VAN RHEE, C. H. (2005): «Introduction». *European Traditions in Civil Procedure* (ed.: C. H. van Rhee). Oxford: Intersentia, pp. 3-23 (existe trad. esp. de G. Hermosilla y C. Sandoval: «Evolución del derecho procesal civil en Europa: cómo el juez activo se convirtió en lo normal». *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, n. 2, 2011, pp. 11-40).

VELASQUEZ, R. (2015). «Líneas generales de las “prueba de oficio”. ¿Por qué, dónde, cuándo y cómo usarlas?». *Gaceta Civil & Procesal Civil*, N° 22, pp. 249-271.

* Texto originalmente publicado em: CAVANI, R. (2019). “Prueba de oficio y carga de la prueba”: una propuesta equilibrada. *Garantías procesales y poderes del juez. Ponencias del I Coloquio Internacional de Derecho Procesal* (coord. R. Cavani). Puno: Zela.

[1] Profesor ordinario auxiliar en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y docente a tiempo completo en el área «Sistema de Justicia y Solución de Conflictos» de la misma universidad. Miembro del Grupo de Investigación PRODEJUS-PUCP. Doctorando en filosofía del derecho en el Programa *Doctorat in Dret, Economia i Empresa* de la *Universitat de Girona* (UdG). Investigador en la *Càtedra de Cultura Jurídica* de la misma universidad. Magíster en derecho por la *Universidade Federal do Rio Grande do Sul* (UFRGS). Miembro de la *International Association of Procedural Law* (IAPL), Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP), *Associação Brasileira de Direito Processual* (ABDPro) e *Instituto Brasileiro de Direito Processual* (IBDP). Abogado, consultor jurídico y árbitro. E-mail: renzo.cavani@pucp.pe

[2] Hago esta precisión porque hay muchos otros problemas aplicativos que se desprenden de las diversas normas expresadas por la disposición normativa en cuestión, luego de su modificación por la Ley N° 30293, del 28 de diciembre de 2014 que, por una cuestión de espacio, no abordaré aquí. Al respecto, escribí un brevísimo texto con algunas ideas al respecto, poco después de la promulgación de dicha ley: CAVANI, 2015. Sobre la reforma, cfr. ALFARO, 2015, aunque aquí el autor no desarrolla el problema que busco enfrentar y que, dicho sea de paso, me parece que es el más relevante.

[3] Una preocupación sobre la identificación analítica de los poderes probatorios del juez puede encontrarse en FERRER BELTRÁN, 2017, seguido de cerca por ALFARO, 2018.

[4] Es posible discutir si es que la situación jurídica de titularidad del juez que habilita a ordenar la práctica o incorporación de un medio probatorio no solicitado por las partes es, realmente, una facultad, un poder o un deber. Aquí es necesario un trabajo analítico mucho mayor que el que se ha realizado hasta ahora en la doctrina peruana. Solo a manera de ejemplo, ALFARO (2016: 258-259) entiende que estamos ante un poder (que equipara a “potestad”), pero, simultáneamente, propone hablar de “iniciativa” que, según él, sería un “derecho a hacer una propuesta”. Entonces, si la *potestad*, según se suele entender, es un poder-deber, ¿el juez tiene un “derecho”, pero, a la vez, un poder y, además, un deber? El tema es complejo y, teniendo en cuenta los límites de la propuesta de este texto, procuraré abordarlo en otra ocasión. Lo cierto es que ya no definiendo lo que escribí hace un tiempo (CAVANI, 2015), en el sentido de que esta situación jurídica sería un *deber*. Asumiré, por lo pronto, que se trata de un *poder*.

[5] Sobre el tema, cfr. CAVANI, 2016: 184 ss.

[6] Sobre la convicción como sistema de valoración probatoria, críticamente, cfr. FERRER BELTRÁN, 2005: 80 ss.

[7] Lo cual, a mi juicio, se aleja mucho del modelo constitucional impuesto por nuestra Constitución, que gira en torno a las garantías procesales como contención del poder jurisdiccional. Sobre el tema, cfr. COSTA, 2018.

[8] Cfr. FERRER BELTRÁN, 2017.

[9] Lo cual tiene que ver con la admisibilidad de la demanda. Ver ítem 5.1.

[10] Sobre el tema, criticando el propio concepto de carga de la prueba, cfr. PAULA RAMOS, 2015: 53 ss.; PAULA RAMOS, 2015a y, especialmente, NIEVA FENOLL, 2019 y FERRER BELTRÁN, 2019. Este trabajo no es espacio para controvertir la noción de “carga de la prueba” que estos autores, a mi juicio, cuestionan con buenos y persuasivos argumentos. En buena medida es por mi reflexión —aún inacabada— de estos que coloco abundantemente las comillas. Sin perjuicio de ello, recurro aun a las “cargas probatorias” desarrolladas en el texto para poder defender el argumento que se verá más adelante.

[11] Sobre el punto, ampliamente, FERRER BELTRÁN, 2019: 56 ss.

[12] Cfr. los textos clásicos ROSENBERG, 1956 y MICHELI, 1989. Para un exhaustivo trabajo bibliográfico con textos clásicos sobre el asunto, cfr. PAULA RAMOS, 2015; NIEVA FENOLL, 2019; FERRER BELTRAN, 2019. Para una exposición dogmática sobre la carga de prueba, cfr. DIDIER JR., 2017.

[13] La distinción entre carga de aportación y “carga de corroboración” es bastante nítida en la doctrina del *common law*. Allí se denomina *burden of evidence* y *burden of persuasion*, en donde se admite la distribución (*shifting*) de la primera (con consecuencias que podrían llegar hasta la pérdida de la causa, pero como sanción por no aportar lo que el juez ordena), pero la segunda jamás se puede alterar (McCAHEY, 2008: 8). Sobre el asunto, desde diversos enfoques, cfr. KIRALFY, 1987; SCHAUER, 2009: 223-224; KAPLOW, 2012; ALLEN y STEIN, 2013. La sugerencia de trabajar con las categorías del *common law* ya había sido propuesta por PAULA RAMOS, 2013: 296-297. En ámbito nacional, MARTEL CHANG, 2016: 260, identifica la “carga probatoria” que hace alusión el art. 194 con lo que aquí entiendo como *carga de aportación*. Así, según nuestro autor, no habría violación a esta norma porque las partes ya habrían cumplido con ofrecer sus medios de prueba. No obstante, no se llega a entender bien por qué la prueba de oficio no reemplazaría la carga de aportación si es que el juez está ordenando incorporar medios de prueba que las partes *no ofrecieron*. Finalmente, estoy muy de acuerdo con las críticas de Jordi Ferrer Beltrán en el sentido de que la así llamada “carga de la prueba objetiva” (regla de juicio o lo que aquí se ha entendido como “carga de corroboración”) no tendría ninguna relación con la así llamada “carga de la prueba subjetiva”, que “responde a la pregunta sobre qué parte *debe* aportar prueba al procedimiento” a partir de los incentivos que se generarían en ellas a fin de no perder la causa (FERRER BELTRÁN, 2019: 59 ss., 69-74). A primera vista, esta “carga de la prueba subjetiva” podría asociarse a la carga de aportación, pero creo que no es llega a ser así por razones que esgrimo más adelante. Lo que sí es claro es que *carga de aportación* y “carga de corroboración” son figuras completamente diferentes e independientes entre sí.

[14] Nótese bien: rigurosamente, la distribución dinámica (o “dinamización de la carga de la prueba”) no se da cuando el juez, sin autorización expresa, decide alterar la titularidad de las cargas de corroboración. No obstante, en realidad, no es más que una muy discutible derrotabilidad de la norma que dispone la distribución estática, vía “control de constitucionalidad”. Esto es lo que defiende, por ejemplo, PEYRANO (2004) y, con mayor sofisticación, CARPES (2010) y BURIL DE MACÊDO y PEIXOTO (2014). Ambas posiciones han recibido una dura crítica de PAULA RAMOS (2015: 47 ss. y 75 ss.), quien, a su vez, han tenido réplica por los mismos autores criticados. En el caso del CPC brasileño de 2015 se llegó a consagrar la distribución dinámica (art. 373 § 1 – cfr. CARPES, 2015 y 2017) y una opción similar ha optado el Proyecto de Reforma del CPC peruano. No obstante, tengo muchísimos reparos contra esta distribución realizada por el juez “para el caso concreto” pues, en la misma línea de COSTA (2017: 137 ss.), la decisión contraria al demandante/acusador por falta de probanza tiene sustento constitucional. En efecto, el art. 139 inc. 10 de la Constitución, al consagrar que “no hay pena sin proceso judicial”, en

realidad no se refiere solo al proceso penal sino también al proceso extrapenal, siempre que se entienda que allí donde dice “pena” se habla de una sanción o consecuencia desfavorable para la libertad, patrimonio o la esfera jurídica en general del demandado. Es aquí donde se justifica hablar de “presunción de inocencia civil” (COSTA, 2017: 129-133, con base en jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos). Una crítica bastante dura contra la carga dinámica de la prueba también puede verse en FERRER BELTRÁN, 2019.

[15] Precisamente por ser un deber del juez, que responde a una norma del sistema que le indica cómo *debe* fallar ante la situación de falta de corroboración suficiente de la hipótesis fáctica del demandante, seguir hablando de la existencia de una *carga* (situación subjetiva de la que la parte sería titular) se muestra, como mínimo, como una discutible superposición conceptual y sin un sustento conceptual sólido (conforme: FERRER BELTRÁN, 2019: 63). Para facilitar el lenguaje, sin embargo, seguiré aludiendo a “carga de corroboración”, siempre entre comillas para que no se olvide la impropiedad del concepto.

[16] Raffo Velasquez es de una opinión contraria. Él identifica correctamente la relación entre “prueba de oficio”, carga de la prueba y estándares, en el sentido de que la “carga de corroboración” se aplica en casos de falta de probanza o incertidumbre probatoria. Pero advierte que el uso de la prueba de oficio no debe beneficiar a uno ni perjudicar al otro. En ese sentido, la prueba de oficio se podría emplear en casos de incertidumbre en sentido estricto, esto es, en los casos de empate probatorio, donde ambas partes habrían cumplido con su carga, pero sus esfuerzos resultaron en que se anularon mutuamente. En este caso no cabría aplicar la carga de la prueba porque rompería el equilibrio simétrico impuesto por el estándar de prueba. Asimismo, la prueba de oficio no cabría en casos de *incertidumbre por ausencia* (allí corresponde aplicar la carga de la prueba), pero en casos de desigualdad entre las partes sí se justificaría puesto que la regla de la carga de la prueba consagraría fundamentalmente una situación de igualdad. Se afianzaría una desigualdad, pues, si es que se aplicase dicha regla (VELASQUEZ, 2015). En mi opinión, esta teoría es muy meritoria pues busca encontrar criterios para la aplicación de las pruebas de oficio, pero falla en diversos puntos. En primer lugar, me parece bastante cuestionable determinar, con absoluta precisión y objetividad, cuándo existe lo que el autor denomina “incertidumbre en sentido estricto”, que revelaría un empate (50-50). Digo esto porque ni en doctrina ni en la ley existen tales criterios, por lo que dependería del juez calificar su incertidumbre de tal manera. O sea, en una palabra, va a depender de él que se aplique o no de la regla de la “carga de corroboración” o la prueba de oficio. Pero no solo ello: Velasquez parte de la premisa que sí es posible construir estándares objetivos que respondan al grado de corroboración de la hipótesis fáctica de las partes, al punto de que exista un “empate probatorio”. No obstante, es muy dudoso que no exista aquí algún margen de subjetividad. Si existiese –como yo lo creo– entonces ese 50-50 tal vez podría ser, realmente, 50.01-49.99. Aquí ya no hay más empate y, por tanto, ya no podría darse la prueba de oficio. Peor aún: podría ser 49.99-50.01, ¡en cuyo caso debería vencer el demandado! En segundo lugar, creo que hay una inconsistencia en decir, primero, que la prueba tiene como finalidad la búsqueda de la verdad y encajar aquí el discurso sobre la prueba de oficio (2016: 251 ss.), pero, luego, admitir que esta figura serviría, también, para *equilibrar*

a las partes. Aun criticable es afirmar que este equilibrio se desprendería estaría habilitado por “nuestro Estado Constitucional y Democrático de Derecho” (2016: 266), sin identificar con precisión alguna norma jurídica que imponga este deber específico *mediante la prueba de oficio*. Asimismo, si bien aquí se ve una notoria preocupación con la garantía de la paridad de armas, no llego a divisar similar preocupación por los límites que impone la garantía de la imparcialidad. Para mayor profundización, ver el texto principal y las notas subsiguientes.

[17] La *Zivilprozessordnung* austríaca de 1895, de autoría de Franz Klein, apuesta por un modelo de proceso civil que sirva a los intereses públicos y con una fuerte preocupación por su función social. La necesidad de resolver el conflicto (visto como algo negativo) de manera eficiente (rápido y barato) llevó a que se doten de amplios poderes al juez, quien ejercía amplios poderes de dirección y de instrucción (incorporación de medios probatorios de oficio), mediante un proceso dividido en una etapa preparatoria escrita y una audiencia oral. De esta manera, a diferencia del modelo privatista francés, el juez se colocaba en una posición claramente superior a las partes y era el principal responsable de que el proceso cumpla con su finalidad. Sobre Klein, a nivel historiográfico, enfatizando sobre su relación con Anton Menger y la ideología socialista, cfr. DENTI, 1971: 14; TARELLO, 1989: 18 ss.; el clásico ensayo de CIPRIANI, 2001; y, más recientemente, VAN RHEE, 2005: 11 ss. Sobre la influencia de Klein en Chiovenda a nivel ideológico, cfr. ALCALÁ-ZAMORA, 1974: 561 ss. Al respecto, son inocultables las raíces kleinianas del CPC peruano: esto se verifica en los poderes de dirección (art. II), en los fines del proceso que él debe buscar conseguir (art. III), en el poder de “adecuar” las formas a los fines del proceso (art. IX par. 3) y, sobre todo, en el deber de impedir que la desigualdad entre las partes pueda afectar el desarrollo o resultado del proceso (art. VI, esto es, el “principio de socialización del proceso”: sobre el asunto cfr. GONZÁLEZ ÁLVAREZ, 2016: 72 ss.). Críticamente sobre el modelo procesal adoptado por el CPC, cfr. ARIANO, 2016. Hay mucho por decir al respecto y este no es el espacio para profundizar en las reflexiones, pero yo defiendo la posición de que el modelo *infraconstitucional* de proceso civil no se muestra para nada acorde al modelo *constitucional* de proceso (penal o extrapenal) diseñado por nuestra Constitución, en donde necesariamente prima un discurso a partir de las garantías. Esto determinar que el proceso deba construirse *para* las partes, protegiéndolas del ejercicio del propio poder jurisdiccional (sobre todo el demandado). Sobre el tema, cfr. COSTA, 2018.

[18] Esto es negado por BARBOSA MOREIRA, en un clásico ensayo muy citado («*O neoprivatismo no processo civil*»), argumentando que el juez no es adivino y, por tanto, no puede saber de antemano a cuál de los litigantes le favorecerá el resultado de la prueba. De ahí que no se perjudique en su imparcialidad (2007: 96 ss.). COSTA (2017: 154 ss.) cuestiona esto porque, en caso de duda (= falta de probanza), puede saber que favorecerá al demandante, al demandado o que no sepa a quién favorecerá. Si se trata de una de las dos primeras situaciones, es claro que no hay justificación para el empleo de la iniciativa probatoria de oficio. En la tercera situación, no habría manera de controlar el mundo intrapsíquico del juez (esto es, determinar si es que realmente se está

favoreciendo a alguien) y de ahí que la imparcialidad que entra a tallar sea la *imparcialidad*, que alude a la prohibición de que el juez desarrolle funciones de parte (que sería, según lo que venimos diciendo, lograr el cumplimiento de la “carga de corroboración”). Así, más allá de las inevitables preferencias y sesgos, según Costa, el juez debe mantenerse *neutral*: ni favorecer ni perjudicar. Este argumento es bastante persuasivo, aunque no conozco evidencia empírica que lo sustente. Hay, sin embargo, *sospechas*. Dado que las hay, ¿por qué insistir en un poder que podría ser muy peligroso? Parecería que, más bien, solo la evidencia empírica que arroje que no hay sesgos o que estos no afectan de manera decisiva el razonamiento es lo que justificaría la prueba de oficio. Mostrándose favorable a la aplicación excepcional de la prueba de oficio y negando que afecte la imparcialidad, cfr. NIEVA FENOLL, 2017: 637 ss., aunque él parte de una premisa bastante clara respecto de la función del proceso: este es un medio de averiguación de la realidad y, por ello, el juez no podría estar sujeto a la prueba que le planteen las partes. En otra oportunidad analizaré con más detalle la interesante propuesta del profesor catalán.

[19] Es común identificar el ámbito de la libertad de las partes con el así llamado “principio dispositivo” y, de ahí, reducir este a la alegación de hechos, pero sin vincularlo al tema probatorio, respecto del cual el juez no tendría limitación, al menos frente a dicho principio. Cfr. MATTOS, 2001: 13 ss. Para una posición que defiende la compatibilidad entre “principio dispositivo” y “principio inquisitivo” (diferenciando el primero del “principio de aportación de parte” y el segundo de “principio de oficialidad”), cfr. NIEVA FENOLL, 2017.

[20] FERRER BELTRÁN, 2019: 61-62, con apoyo en Von Wright y Gavazzi.

[21] Conforme: FERRER BELTRÁN, 2019: 61 ss.

[22] “If the magistrate judge finds no probable cause to believe an offense has been committed or the defendant committed it, the magistrate judge must dismiss the complaint and discharge the defendant. A discharge does not preclude the government from later prosecuting the defendant for the same offense”.

[23] Sobre el tema, ampliamente, CAVANI, 2016.

[24] Lo ideal aquí sería modificar el art. 189 y las reglas sobre cuestiones probatorias para permitir que en la organización de la causa las partes puedan ofrecer más medios probatorios (en caso de incompletitud) y cuestionar los de su contraparte. Con ello, ya no habría ninguna razón para la “prueba de oficio” ni mucho menos la “carga de la prueba dinámica”. Se trataría, pues, de *limitar los poderes del juez, pero aumentar, necesariamente, los poderes de las partes*. Esta idea se la debo al Prof. César Higa.

PROVA E VERDADE NO PROCESSO CIVIL – CONTRIBUTO PARA O ESCLARECIMENTO DA BASE IDEOLÓGICA DE CERTAS POSIÇÕES PRETENSAMENTE TÉCNICAS*

JUAN MONTERO AROCA*

1. O questionamento da verdade como função da prova

Quando se fala em prova no processo jurisdicional – seja no civil, seja no penal –, uma das primeiras perguntas que se deve fazer é no sentido de qual é a sua função ou, perguntado de outra forma, qual o papel que a prova cumpre no processo. Normalmente a resposta é dada relacionando-se *prova* com *verdade*, mas essa relação não é unívoca.

1.1 A verdade no processo, não em abstrato

Tradicionalmente a função da prova vem sendo referida como a busca e o descobrimento da verdade, como já apontamos, e neste sentido se pronunciou toda a doutrina do século XIX para a qual “as provas são os diversos meios pelos quais a inteligência chega ao descobrimento da verdade”⁴. Neste contexto, não se estava dando uma resposta política, senão simplesmente dizendo, em palavras francas, sem complicações ideológicas ou técnicas, o que parecia mais adequado ao processo, a qualquer processo.

Sem pretender propor aqui e agora questões metafísicas (=verdade a que se chega pela inteligência) ou históricas (=verdade que nos narram outras pessoas), pode-se afirmar que hoje se reconhece comumente que essa aspiração – nada menos que “a verdade”, aquela a que Pôncio Pilatos não esperou para

*Catedrático de Direito Processual na Universidad de Valencia. Ex-magistrado do Tribunal Superior de Justiça da Comunidade Valenciana. Advogado na Espanha.

*Tradução de Glauco Gumerato Ramos.

⁴ BONNIER, E. *Tratado teórico y práctico de las pruebas en derecho civil y en derecho penal*, I, 5.ª edición, Madrid, 1928 (tradução de De Vicente y Caravanrtes, cuja 1ª edição é de 1869, e notas de Rives Martí), p. 9; mas se pode recordar de vários outros autores, entre os quais destacamos RICCI, F., *Tratado de las pruebas*, tradução de Buylla y Posada, Madrid, s/d, tomo I, p. 22: “La prueba, en efecto, no es un fin por si mismo, sino un medio dirigido a la consecución de un fin, que consiste en el descubrimiento de la verdad”. En España VICENTE Y CARAVANTES, José de. *Tratado histórico crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, II, Madrid, 1865, p. 124.

ouvir – era demais ambiciosa⁵ e, sobretudo, nem sempre compatível com os princípios e regras conformadoras do processo civil.

Não se trata apenas de algo tão elementar como é o reconhecimento das limitações em que se encontra o homem na hora de alcançar *verdades* que se podem qualificar de *absolutas*. Trata-se, mas singelamente, de assumir que o processo se configura conforme uma série de princípios que são tão importantes quanto a busca da verdade na hora de se demonstrar os fatos que serão tomados em consideração na sentença, como, por exemplo, os são os princípios: da condição de “terceiro” do juiz, do contraditório, da ampla defesa, da igualdade das partes.

Dito isso, imediatamente deve-se afirmar – para evitar equívocos – que no processo e na prova necessariamente deve existir a intenção de se verificar, da maneira mais próxima possível da *realidade*, as afirmações fáticas feitas pelas partes, uma vez que a constatação dos limites impostos ao homem, bem como os princípios processuais que se lhe aplicam, simplesmente não pode levar a que se renuncie que a sentença se baseie num repertório de fatos provados que corresponda o mais adequadamente possível àquilo que realmente aconteceu.

Portanto, a função da prova e o papel que ela representa no processo não pode existir no vazio das coisas abstratas. Ao contrário, seu regramento deve estar devidamente organizado nos ordenamentos jurídicos concretos e isso supõe sua adequação aos princípios e regras que orientam o processo e, mais do que isso, a função jurisdicional.

1.2 A função da jurisdição

Sobre a função da jurisdição, parece claro que hoje se mantêm substancialmente dois posicionamentos:

⁵ Em geral se pode ver em GIULIANI, A., *Il concetto di prova (contributo alla logica giuridica)*, Milano, 1961, y *Prova in generale, a) filosofia del diritto*, en Enciclopedia del Diritto, XXXVII, Milano, 1988, pp. 519-579; WRÓBLEWSKY, J., *Sentido y hecho en el derecho* y especialmente *El problema de la así llamada verdad judicial*, San Sebastián, 1975; CHIARLONI, S., *Processo civile e verità*, en *Questione giustizia*, 1987, núm. 3; TARUFFO, M., *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, existe tradução espanhola de Ferrer Beltrán, *La prueba de los hechos*, Madrid, 2002; também dele mesmo *Funzione della prova: la funzione dimostrativa*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1997, núm. 3, e agora em “Sui confini. Scritti sulla giustizia civile”, Bologna, 2002, pp. 305-328; GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, 1999; FERRER BELTRÁN, J., *Prueba y verdad en el Derecho*, Madrid, 2002.

1º) Há aqueles que sustentam que a jurisdição é voltada para a atuação do Direito objetivo através da aplicação da norma ao caso concreto, de modo que ao Estado corresponderia assegurar a respectiva atuação toda vez que os respectivos comandos não tenham sido voluntariamente observados pelo seu destinatário⁶. Nesse contexto, a norma que deve ser aplicada pela Administração Pública para ser atingida uma certa finalidade é a mesma norma a ser aplicada pelo órgão jurisdicional como objeto de sua atividade institucional, no sentido de que a respectiva atividade se exercita com a finalidade ou – pelo menos – com o fim principal de assegurar o respeito ao Direito objetivo. Nessa perspectiva, que para alguns é simplesmente *publicista*, não obstante a qualifiquemos como *autoritária*, a categoria “verdade”, ainda que se admita ser ela relativa, converte-se em parte essencial da função do juiz no processo, o qual em boa medida deixa de ser um *terceiro* entre as partes, além de pôr em risco sua imparcialidade.⁷

2º) Outros, como nós, sustentam que a função da jurisdição deve orientar-se no fato de que o juiz, sendo *terceiro e imparcial*, é o último *garante* dos direitos que a ordem jurídica reconhece ao indivíduo, seja qual for o ramo do Direito que se tenha em conta. Naturalmente os direitos que mais importam são

⁶ Politicamente esta concepção respondeu claramente a uma ideia autoritária do Direito, que via nele a vontade do Estado e em sua observância o respeito à autoridade deste Estado; nela fica na sombra o interesse individual e a defesa do direito subjetivo, e surge em primeiro plano o interesse público na observância do direito objetivo. O importante não é o interesse dos particulares; o importante é que se cumpra a previsão geral da lei enquanto nela se tem o interesse público. Por isso todas as manifestações destas concepções, em menor ou maior medida, têm um substrato autoritário que não se pode esconder sob referências ao “social”. Neste sentido, se pode ver em CALAMANDREI, *Istituzioni di Diritto processuale civile secondo il nuovo codice, Parte Prima*, Padova, 1941, p. 65.

Ao contrário do que pode parecer, estas concepções não nascem no processo penal, no qual se podia supor já que, em princípio, trata-se de aplicação de um ramo do direito público, como é o penal, que poderia prevalecer o interesse geral, senão que sua origem se encontra na concepção autoritária do processo civil a que respondem o socialismo (os códigos da antiga União Soviética) e o fascismo (o Código italiano de 1940), ainda que acabe sendo aplicado ao processo penal e neste se trata de fazer prevalecer a segurança da sociedade frente à liberdade do indivíduo.

⁷ Exemplo muito claro dessa concepção pode-se constatar em escrito do juiz federal brasileiro CABRAL, Antonio do Passo, *Il principio del contraddittorio como diritto d'influenza e dovere di dibattito*, na Rivista di Diritto Processuale, 2005, 2, p. 453. Segundo o Autor, o direito processual (em geral) abandonou há muito tempo as algemas do individualismo, consolidando a concepção publicista do processo; sendo direito público, deve se identificar no exercício da atividade jurisdicional o esforço do Estado para realizar, por meio da jurisdição, alguns fins que lhe são próprios e que precedem aos interesses das partes: objetivos sociais e políticos entre os quais deve ser sublinhado o de assegurar a participação popular no processo; isto é, o processo é um meio a servi-lo de determinados fins estatais e a função jurisdicional é o caminho para alcançar os fins políticos do Estado democrático. Claro que não se disse quais são esses fins, ainda que pareça que permite distinguir entre um Estado que serve as pessoas e um Estado que se serve das pessoas...

os fundamentais, eis que os de maior transcendência, mas o certo é que a *garantia* se refere a todos os Direitos. Na aplicação do direito privado deve-se, por meio do processo, fazer com que o particular veja que seus direitos subjetivos – de caráter econômico, ou não –, tal como afirmados, foram examinados e decididos conforme as *garantias* próprias do processo.

Dessa maneira resulta que a tutela dos direitos dos particulares por meio da atuação jurisdicional tem que se basear no império da Lei, por um lado – esta tomada em sua acepção de representar o Direito – e, por outro, conforme as regras que determinam o funcionamento do instrumento que é o processo. A partir desta posição, que é *privatista e liberal*, a “verdade” – sempre relativa – se converte em meio para cumprir com a função de *garantia*.

1.3 As pretendidas funções do processo

Ultimamente tem-se pretendido distinguir – grosso modo – entre duas posições doutrinárias acerca da função do processo⁸:

1º) A primeira delas consiste, apenas, em resolver as controvérsias, pondo fim aos conflitos entre particulares, aqui entendido que as consequências desta pretendida posição estão radicadas, dentre outros motivos, no fato de que não importa o conteúdo da sentença, é dizer, a qualidade da decisão não se toma em conta, pois se trata apenas de como se chega à decisão – por meio de um processo justo –, pouco importando o conteúdo desta. Neste contexto se diz que, para essa postura dogmática, não interessa a verdade e que, por isso mesmo, tão pouco se admitem os poderes probatórios do juiz.

2º) Contrariamente a esta posição, apresenta-se a concepção para a qual o que mais importa é a *qualidade* da decisão judicial, decisão que se deve basear numa aplicação correta e racionalmente justificada do Direito, e por isso mesmo se deve alcançar a *verdade* dos fatos, a serviço da qual devem estar os poderes instrutórios do juiz.

A contraposição entre essas duas posturas dogmáticas é uma clara manipulação maniqueísta, uma vez que não existe ninguém que chegue a

⁸ Constata-se o ponto, por exemplo, em TARUFFO, M., *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, na Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2006, n. 2, pp. 468 e ss.

sustentar tão descaradamente que o conteúdo da sentença seja, política e juridicamente, indiferente. O verdadeiro debate tem sido centrado, e assim se deve seguir fazendo, em determinar qual é a melhor maneira de regular o processo para que, de um lado, as partes possam alcançar a tutela efetiva de seus direitos e que, por outro, possa o juiz cumprir com sua função de *garante* último desses direitos, sendo que nesse debate nada têm a ver as posições ideológicas que, de modo absurdo, descreve Taruffo.

Além do mais, Taruffo se permite fazer afirmações – aliás, carentes de demonstração – radicalmente contrárias aos sistemas jurídicos ocidentais. Por exemplo, afirma literalmente que: “É notório e está historicamente confirmado que o modo menos eficiente para descobrir a verdade dos fatos no processo é o de confiar-se exclusivamente na iniciativa probatória das partes”. Se esta contundente afirmação fosse precisa, seria óbvio que todos os ordenamentos jurídicos do mundo ocidental deveriam ser radicalmente reformados, especialmente os relativos ao processo penal, pois aí deveriam ser atribuídos completos poderes probatórios – ainda que não exclusivos – aos jurados – quando o caso – e ao juiz que o preside. Ao invés disso, o sistema ocidental de justiça se baseou em algo elementar: “As partes são os melhores juízes de sua própria defesa”.⁹

O fato é que não se pode esquecer algo elementar quando se pretende compreender a doutrina processual – isto é, sua base teórica –, que é exatamente a experiência decorrente da atividade prática daqueles que manejam o processo e que, por isso mesmo, aprendem tanto com a primeira (=doutrina) quanto com a segunda (=prática). Por conta disso é que não se pode admitir a afirmação do mesmo Taruffo quando diz que “em todos os processos existe ao menos uma parte – aquela que sabe que está agindo iniquamente – que não tem interesse algum em que se descubra a verdade”. Quando se sustenta esta afirmação, se está desconsiderando a realidade mesma da vida judicial, na qual as partes – as duas partes! – normalmente chegam ao processo – e aqui deixemos de lado os casos patológicos – convencidas de que têm razão em sua causa, ainda que seja em parte. Só quem não tem experiência na realidade processual cotidiana, quem

⁹ CHIOVENDA, G., *Principios de derecho procesal civil*, II, Madrid, 1925, tradução de Casáis y Santaló, p. 183.

não tenha trabalhado profissionalmente em juízo durante a vida, é que pode fazer uma afirmação dessa natureza, no sentido de que sempre estará sem razão uma das partes.¹⁰

Somente na perspectiva de uma concepção política *autoritária* sobre a função jurisdicional, e de seu instrumento que é o processo, é que se pode chegar a sustentar que o papel do advogado é algo “diferente” se comparado com a defesa que deve exercer em relação aos interesses de seu cliente, e que por isso não poderia utilizar todos os meios disponíveis que o ordenamento jurídico-processual põe a sua disposição para o exercício técnico da ampla defesa¹¹. O absurdo, baseado numa determinada e evidente concepção ideológica, chega ao extremo de pretender que o advogado deva atuar contrariamente aos interesses de seu cliente e a favor do cumprimento do Direito objetivo, ou seja, se lhe impõe ser *imparcial*. E, em contrapartida, que o juiz abdique de sua neutralidade/imparcialidade para sempre estar ao lado de uma pretensa “verdade”.

E assim se chega ao absurdo de certas construções que propõem um mundo ao contrário do que ele é: advogado *imparcial* (veracidade, lealdade, boa-fé, colaboração com o juiz) e juiz *parcial* (perda da neutralidade/imparcialidade a serviço da verdade *material*).

1.4 Os princípios do processo

¹⁰ A afirmação que faz TARUFFO pode ser conferida em *Poteri probatori delle parti...*, p. 477.

¹¹ Por certo que nesta mesma página indicada na nota de rodapé anterior se descobre o fundo ideológico de TARUFFO quando segue afirmando, e como se isso fosse reprovável: “os defensores não são cientistas que perseguem a busca imparcial e desinteressada da verdade, senão o fazem com o interesse de ressaltar a versão dos fatos que mais convém ao seu cliente, e isso, inclusive, independente da verdade”. A surpresa que essa afirmação causa ao leitor é grande, pois os advogados, desde que a profissão existe, têm como função exatamente defender os interesses de seus clientes e para isso devem ressaltar a versão dos fatos que melhor sustenta a respectiva pretensão. O processo civil da nossa civilização se baseou precisamente no fato de que o advogado é alguém parcial, com a função clara de sustentar em juízo as pretensões – de ataque ou defesa – de seus clientes. No processo, imparcial mesmo somente é o juiz, ou será que Taruffo pretende que os advogados também sejam imparciais?

A posturas como essa, só mesmo faltaria acrescentar que as partes e seus defensores têm o dever de atuar conforme os princípios de boa-fé e veracidade, e que o juiz é o “amigo” e colaborador das partes na busca da justiça para – em definitivo – convencermos-nos da concepção totalitária que está na base de afirmações como as aqui apontadas e feitas por Taruffo. Sobre o tema, cf. MOTERO AROCA, J., “Ideología y proceso civil. Su reflejo en la ‘buena fe procesal’”, na obra coletiva *Ideología y proceso civil*, Valencia, 2ª ed., 2011.

Os princípios e regras que orientam o processo se consideram elementos que têm que determinar a possibilidade de se alcançar – em maior ou menor grau – a verdade. Por conta disso, é evidente que:

1º) Um processo regido pelos princípios da *oportunidade*, *dispositivo* e da *iniciativa da parte em matéria probatória* [=aportación], ou seja, um processo regido pelo velho brocardo *ne procedat iudex ex officio e iudex iudicare debet secundum allegata et probata partibus*, supõe necessariamente que os fatos que importam ao processo são os que foram *afirmados* pelas partes – e por ninguém mais! –, bem como que a prova deverá ter por objeto somente os fatos controvertidos através de uma atividade *verificadora*, e não por uma atividade de *investigação*¹², já que os meios de prova a serem produzidos são aqueles que foram propostos pelas partes conforme o princípio da legalidade, sendo que na *verificação* por parte do juiz não vale tudo, pois não se pode sacrificar direitos que se consideram superiores à própria verdade. Não pode servir como base da sentença um fato verificado de modo a que se tenha vulnerado um direito fundamental, como por exemplo, uma prova obtida por meio ilícito.¹³

Além disso, um processo orientado por princípios como o do contraditório e da igualdade das partes, e que é regulado de modo a conferir certas regras voltadas à segurança dessas próprias partes – como a preclusão, por exemplo –, não pode negar um e/ou outro a serviço de uma pretendida verdade que estaria por cima das próprias *garantias* oferecidas pelo processo.

¹² Em sentido estrito, a investigação supõe a busca ou descobrimento de alguns fatos desconhecidos e, evidentemente, este não é um pressuposto do processo civil. Nele, as partes têm a faculdade exclusiva de realizar as afirmações de fatos e o julgador se limita a *verificar* a exatidão dessas afirmações apenas no caso de terem sido negadas ou contraditadas.

¹³ Naturalmente que o que dissemos acima não guarda nenhuma relação com doutrinas que distinguem classes de verdade com base em classes de processos. Passou-se a sustentar que se no processo penal a função da prova devia seguir sendo a busca da verdade, que se qualificou de *material*, no processo civil bastava uma verdade que se chamou de *formal*. Se o julgador estava juridicamente limitado na busca dos fatos, o resultado da atividade probatória admitiu que não podia ser a “verdade verdadeira”, senão simplesmente uma verdade jurídica, baseada não nas leis da lógica, mas sim fundada em leis jurídicas.

A distinção anterior é absurda, mas foi sustentada pela doutrina (especialmente a alemã, o que pode se cf. em FURNO, C., *Teoría de la prueba legal*, Madrid, 1954, traduc. de González Collado, p. 22, nota 24) durante décadas e, sobretudo, permitiu aos processualistas penais diferenciar a prova penal da prova civil. O mito da verdade *formal* foi destruído por Carnelutti simplesmente evidenciando que a verdade não pode ser mais que uma, de modo que, ou a verdade formal coincide com a verdade material, e não é mais que a verdade, ou discrepa dela e por isso não é senão uma não-verdade. Cf. CARNELUTTI, *La prueba civil*, 1.ª edição 1915, e 2.ª edição 1947, com um interessante apêndice de Giacomo P. Augenti; citamos agora por *La prueba civil* (tradução de Alcalá-Zamora direto da edição italiana de 1947), 2.ª edição, Buenos Aires, 2000, p. 21, que recorda que a expressão verdade *formal* se deve a Möser.

Não se trata apenas do fato de a prova se referir às afirmações fáticas feitas pelas partes, senão também de que o processo está sujeito a certas regras e princípios de tanta importância como, ao menos em tese, possa ser o fato de que o elemento determinante da justiça contida na sentença tenha partido de um conhecimento real dos fatos. No processo, eis que uma série de atos sujeitos a certos princípios, não se pode desconhecer, por exemplo, que as alegações fáticas das partes têm um momento previamente determinado para serem feitas, de modo que, precluída essa oportunidade, não haverá mais espaço para afirmações de outros fatos, bem como não se poderá propor meios de prova fora de determinados momentos processuais. Dessa forma, não se pode ver a preclusão como um obstáculo ao “descobrimento” da verdade, mas sim como um elemento viabilizador de princípios básicos, como o são o contraditório ou a igualdade das partes, e estes princípios são tão irrenunciáveis como a própria base fática sobre a qual se deverá decidir o processo.

Tudo isso indica, sem mais, que a busca da verdade não pode ser a função última da prova civil, entre outros motivos porque o que realmente se persegue através da jurisdição não é meramente declarar de modo absoluto a verdade dos fatos. A jurisdição persegue a tutela dos direitos das partes, direitos esses decorrentes das respectivas afirmações fáticas. Mais ainda, a função da jurisdição através do processo não consiste em *declarar* certos e determinados fatos, mas sim tutelar direitos subjetivos, e isso se deve fazer conforme a regulamentação principiológico-legal do processo, cuja essência é a própria tutela desses direitos.

2º) Um modo *inquisitivo* de aplicar o Direito, vale dizer, determinado pelos princípios da *necessidade*, da *oficialidade* e da *iniciativa judicial em matéria de prova* [=aportación judicial], terá uma situação onde os fatos possam ser trazidos pelo juiz ao processo como reflexo da própria investigação. Cabe dizer que um sistema dessa natureza está, possivelmente, a serviço da verdade, muito embora esta afirmação é tão discutível como a de que o Tribunal da Inquisição foi o mais adequado para atingir a verdade. O que é certo é que este processo já não é mais um ambiente de garantia da tutela dos direitos subjetivos das pessoas, mas sim um meio de assegurar a realização do Direito objetivo.

A rigor, esse “processo” inquisitivo se explica em razão de, através dele, buscar-se um fim político – por exemplo, a construção do socialismo –, sendo

isso o que mais importa e não os direitos das partes, a não ser como complemento desse fim político. Naturalmente, nessa maneira de se aplicar o Direito objetivo não importam os princípios nem as regras determinantes à dinâmica do processo, sem dizer que *garantias* fundamentais, como por exemplo a condição de terceiro *imparcial* que o juiz deve ostentar, acabam sendo postas de lado por carecerem de real sentido, uma vez que prevalece o “político” sobre o “jurídico”.

O resultado da contraposição desses sistemas – acusatório e inquisitivo – viabilizou que fossem apresentados como opções técnicas¹⁴, mas isso evidentemente se trata de clara opção *política*, como veremos a seguir. Contudo, o que importa agora é destacar que a verificação dos fatos é um elemento transcendental no processo, já que só a partir dessa verificação é que se pode tutelar os direitos subjetivos das pessoas. E isso não de qualquer maneira, senão com os condicionamentos que são próprios da jurisdição e do processo, e daí à noção de certeza.¹⁵

2. Funções complementares da prova

Relativizada a busca da verdade, doutrina que considera que o processo é *garantia* da tutela dos direitos das partes – e não a doutrina *autoritária* – divide-se em correntes não muito bem perfiladas, muito embora as diferenças entre uma e outra sejam de matiz. Assim, é possível distinguir¹⁶ entre:

2.1 Fixar fatos

¹⁴ Neste sentido cf. COMOGLIO, *Le prove civili*, 2.^a edição, Torino, 2004, pp. 17 e ss. Em sentido contrário cf. MONTELEONE, G., *Manuale di Diritto processuale civile*, I, 4.^a edição, Padova, 2007, pp. 267-272, para quem a inquisição judicial, sem dar garantia alguma de resultados mais rápidos e melhores, é a expressão de um poder público autoritário, em detrimento das partes.

¹⁵ Ao que acabamos de dizer devem ser acrescentados outros elementos que orientam a maneira de regular o processo. Se nessa regulação se impõem às partes e a seus Advogados os deveres de dizer a verdade e de colaborar com o juiz na busca da verdade, e além disso dota-se o juiz de poderes de coerção, é obvio que se está disposto pelo legislador meios que favoreçam a verdade, mas também o que isso se faz à custa das *garantias* processuais das partes no processo; cf. MONTERO, J., *Ideología y proceso civil. Su reflejo en la “buena fe procesal”*, no já citado volume coletivo *Ideología y proceso civil*, com a bibliografia sobre a boa-fé.

¹⁶ Esta distinção efetuada já em MONTERO, J., *La prueba en el proceso civil*, 1.^a edição, Madrid, 1996, pp. 27-29, e reiterada em edições e em obras posteriores (até 2012, na 7.^a edição), é tratada criticamente por FERRER BELTRÁN, *Prueba y verdad en el Derecho*, cit., p. 73-77.

Uma coisa é a fixação dos fatos controvertidos ou a ordenação do uso de determinados procedimentos que servem para estabelecer os fatos conforme o que está disposto na Lei. A Lei regula uma série de mecanismos que o julgador tem que utilizar como sistemas únicos para chegar à fixação dos fatos e essa fixação é a função das normas do direito probatório. Trata-se aqui de que, naturalmente, importa o resultado que se alcance com o processo – o conteúdo da sentença –, mas também a forma como a este resultado se chegou; e se importante é o primeiro, não menos o será o segundo. Em outras palavras poder-se-ia dizer que o *fim* – ou o conteúdo da sentença – não justifica os *meios* – ou, como a ela se chegou.

Não se está fazendo referência exclusiva entre essas regras e as regras legais de valoração da prova, nem às que determinam quando um fato é controvertido. Inclusive, a prova dos fatos controvertidos, quando se trata da livre valoração, deve-se realizar conforme o sistema legal que lhe é próprio e neste sistema o fator determinante não é o descobrimento da verdade, uma vez que o que importa é deixar formalmente estabelecidos os fatos relevantes que constarão na sentença.

Essas regras são o resultado da intenção de se atingir segurança na determinação dos fatos (utilizando as experiências acumuladas para evitar erros) e fazê-lo com economia de esforços (evitando a realização de atos supérfluos)¹⁷. Naturalmente, nada impede que com os meios jurídicos de fixação dos fatos se chegue realmente a se descobrir a verdade, o que de outra parte deve ser o normal¹⁸. Nesta concepção de atividade probatória, a fixação dos fatos controvertidos deve estar de acordo com as regras jurídicas que lhe são próprias.

Os sistemas de fixação dos fatos não podem ser qualificados de *formalistas*, a não ser que se queira distinguir entre a *forma*, como *garantia*, e o *formalismo* como degeneração da *forma*, até o extremo de se converter em obstáculo à *garantia*.¹⁹

¹⁷ Outra vez CARNELUTTI, *La prueba civil*, cit., p. 19.

¹⁸ DÖHRING, E., *La investigación del estado de los hechos en el proceso. La prueba. Su práctica y apreciación*, Buenos Aires, 1972 (tradução de Banzhaf), p. 6.

¹⁹ Já dizia MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, VI, 2, y XXIX, 1, que a forma é o preço da segurança, e depois CHIOVENDA, G., *Las formas en la defensa judicial del derecho*, em “Ensayos de Derecho Procesal Civil”, II, Buenos Aires, 1949 (tradução de Santiago Sentís Melendo), p. 123 e ss.

2.2 Convencer o juiz

Outra coisa, bem distinta, é a convicção *psicológica* do julgador no sentido de que a prova é o conjunto de operações através do qual se busca obter o convencimento do juiz a respeito de determinados dados processuais. Relativizada a pretensão de se obter a *verdade* – é dizer: a realidade objetiva dos fatos –, surge então a função de se alcançar outra realidade – ainda que subjetiva – que é a convicção do juiz. Neste sentido é que dizia Chiovenda que a função de provar se resolve em “*criar o convencimento do juiz sobre a existência ou a não existência de fatos relevantes ao processo*”²⁰.

É natural que esta concepção se veja obrigada a negar ou a tirar valor de elementos que são impostos pela Lei. Dada a existência em todos os ordenamentos jurídicos processuais de meio de prova com *valor legal* (documentos públicos e às vezes privados, por exemplo), afirmar que a função da prova é gerar a convicção do juiz supõe desconhecer essas regras legais, e por isso se diz que elas são “*um resíduo histórico de velhas concepções em estado de contínua superação*”²¹.

Por outra parte a convicção acaba por se referir à probabilidade. A certeza se produz quando a inteligência manifesta a realidade de uma afirmação, mas a clareza absoluta só se pode produzir no campo da física ou da matemática, não no do processo, onde só cabe uma certeza moral que se resolve na convicção enquanto medida psicológica da certeza.²²

²⁰ CHIOVENDA, G., *Principios de derecho procesal civil*, II, cit., p. 281. No mesmo sentido MANDRIOLI, C., *Diritto processuale civile*, II, 15.^a edição, Torino, 2003, p. 170, se bem que deixa claro que esta definição se mantém porque é a que se presta a críticas menores a partir do lado da relatividade da verdade atingível no processo. Por isso, partindo dessa relatividade, alude à função demonstrativa da prova contra a função persuasiva, o que se põe em relação com a motivação das decisões judiciais.

²¹ GUASP, J., *La prueba en el proceso civil español: principios fundamentales*, primeiro em *Publicaciones de la Universidad de Oviedo*, Oviedo, 1945 e agora em *Estudios Jurídicos*, Madrid, 1996, pág. 393. Para ele “o fenômeno da prova taxada é um monstro jurídico que deve ser estudado não na fisiologia mas sim na teratologia do direito”, na pág. 428. Em *Derecho procesal civil*, I, 3.^a edição, 2.^a reimpressão, Madrid, 1977, p. 321, que é sua última obra geral, define a prova como “o ato ou série de atos processuais pelos quais se trata de convencer o Juiz da existência ou inexistência dos dados lógicos que hão de se ter em conta no julgamento”. Deve-se ter em conta que só se pode entender Guasp se se adverte que antes tinha escrito um livro contra o direito de disposição das partes sobre o material fático do processo, intitulado *Juez y hechos en el proceso civil (Una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso)*, Barcelona, 1943, o que no fundo se trata de desconsiderar o princípio dispositivo; neste livro se pode ler que o princípio dispositivo é “rotina mental” e foram “flexibilizados” com as reformas da Alemanha e Itália dos anos próprios do nazismo e do fascismo (pp. 2 e 3).

²² FURNO, *Teoría de la prueba legal*, cit., p. 26.

2.3 A certeza

Hoje não se pode manter uma noção unilateral da *concepção* da prova processual determinada de *modo absoluto*, sem qualquer referência a um determinado direito positivo. É certo que nos últimos anos tem-se tratado de “estabelecer” o critério de que a prova equivale à *convicção judicial* e, inclusive, ao *livre convencimento*²³, mas parece que tal *imposição* é inadmissível. É o caso, como dissemos, de matizar essa concepção.

Consciente o legislador das dificuldades em obter a verdade *metafísica* e a *física*, bem como de que o processo não pode deixar de estar sujeito a princípios e regras que lhe organizam – alguns dos quais se materializam em *garantias processuais* essenciais –, ele próprio reconduz a prova à certeza ou – se assim se preferir – à existência de elementos suficientes para que se tenham provadas as afirmações fáticas pelas partes, situação em que o próprio legislador assume que essa *certeza* pode ser atingida de vários modos:

1º) Exclui do *objeto da prova* as afirmações fáticas feitas pelas partes se sobre elas não haja controvérsia, o que se faz atendendo a natureza *dispositiva* do direito material que será aplicado. Portanto, os fatos sobre os quais as partes estão de acordo existem para o juiz e ficam excluídos da atividade probatória, e isso vai ao extremo de que, se não existem fatos controvertidos, sequer é o caso de se praticar eventual meio de prova.

2º) Atribui consequências determinantes aos princípios e às regras que organizam o processo, de modo que alguns princípios se apresentam como valores *irrenunciáveis*, como o da *legalidade*. Disso importa, sim, o resultado da atividade probatória, mas evidentemente não é menos importante o respeito a esses princípios no desenvolvimento desta mesma atividade.

3º) Algumas vezes estabelece a Lei, e de modo regrado, o *valor* que o julgador deve conceder a um determinado meio de prova, no sentido de que aí já configura a *certeza*, independentemente do critério *subjetivo* do próprio juiz, e isso até o extremo de se referir a uma *certeza objetiva*. Quando a Lei

²³ A situação chegou a tal extremo que CAVALLONE, B., *Forme del procedimento e funzione della prova (Ottant'anni dopo Chiovenda)*, na Rivista di Diritto Processuale, 2006, núm. 2, p. 425, pôde dizer que na atualidade o princípio do livre convencimento do juiz pretende se impor como algo “sagrado” e que pô-lo em discussão em nome da legalidade da prova seria como voltar a cair na “barbárie medieval”.

estabelece uma norma de *valoração* probatória, está dizendo que, por exemplo, a afirmação fática realizada por uma parte, e verificada num documento público, há de ser tida como *certa* pelo juiz. É dizer, quando isso ocorre deve se ter como provada a afirmação de fato feita por uma parte e isso independe de qualquer referência à convicção *psicológica* do juiz.

4º) Outras vezes, a Lei dispõe que o juiz deverá atribuir a um certo meio de prova o valor que estime oportuno, sempre de maneira *motivada* – logo, não de forma *discricionária* –, com o que a certeza se põe em relação com a convicção *psicológica* do mesmo juiz, ainda assim se pode concluir que nas atuações existem elementos suficientes para que o respectivo fato possa dar-se como provado. Neste caso caberia falar em *certeza subjetiva*, não se esquecendo de que não se trata daquilo que o juiz possa decidir conforme a própria “consciência” já que, ainda assim, haverá a necessidade de motivar a sentença de modo a expor de maneira racional como chegou a formar sua convicção, partindo, em todo caso, dos meios de prova contidos no processo.

Dessa maneira não se trata de voltar, por um caminho diferente, à distinção entre verdade *material* e verdade *formal*, mas, sim, de que só se pode ter a *certeza* quando, no procedimento probatório, tenha sido respeitado o princípio da legalidade, de modo que qualquer pessoa possa concluir que estão presentes elementos suficientes para, ao menos, poder dizer que uma afirmação fática pode ser tida como provada. Em sentido contrário, poder-se-á igualmente concluir que uma afirmação fática não deve ser tida como provada – independentemente de sua correspondência com a realidade – se do quadro probatório não se permite concluir que estejam presentes elementos que permitam chegar à conclusão de que dada afirmação esteja provada.

3. Concepções políticas totalitárias e a busca obsessiva da chamada verdade objetiva ou material

Se no tópico anterior expusemos uma breve síntese do que temos chamado de *função da prova* e seu *aspecto jurídico*, não podemos esquecer que ao largo do século XX produziu-se uma dogmática do processo civil voltada à persecução daquilo que se chama de verdade *objetiva* ou *material*, sendo certo que essa persecução chegou a se converter numa verdadeira obsessão ideológica. Os

textos legislativos são expressivos nesse sentido, mas o que é mais importante do que isso é a base ideológica que os sustenta.

3.1 O processo socialista

O ponto de partida teórico desta concepção está radicado no final do século XIX em Viena e se personifica em Antón Menger, professor de direito processual civil e fundador do chamado *socialismo jurídico*. Menger aspirava que transformando os direitos civis privados em direitos administrativos desapareceria a barreira mais importante que separa hoje – dizia ele – os processos civil, penal e administrativo. Tratava-se de que “*as três formas de procedimento se fundiriam em uma só, consistente essencialmente em uma instrução de ofício*”²⁴.

Pouco depois já se estaria diante dessa imposição prática. Quando Lenin dizia que “*não reconhecemos nada privado; para nós todo o campo da economia reveste-se de caráter de direito público e não de privado*”²⁵, estava estabelecendo as bases políticas para a desaparecimento dos direitos subjetivos privados de todos, mas especialmente os *econômicos*, e com isso também do próprio processo civil como se o havia compreendido até então. Naturalmente que, por esse caminho, surgiu a consideração fundamental de que o processo civil acabou sendo um “*fenômeno social de massas*”²⁶. Com isso, fica claro que

²⁴ Sobre Menger pode-se cf. sua biografia em J. L. MONEREO PÉREZ em *Juristas universales. 3. Juristas del siglo XIX*, Madrid, 2004, pp. 487-494; recordamos que ele foi professor titular de processo civil em Viena quando Klein fazia suas reformas orgânicas e processuais. As citações do texto provêm de MENGER, A., *Neue Staatslehre*, Jena, 1903, mas citamos a tradução francesa de Milhaud, *L'Etat socialista*, Paris, 1904, p. 220; existe a tradução espanhola *El Estado socialista*, Barcelona, 1908. Deve-se cf. ainda PORCAR, V., *Il giudice como amministratore: Antón Menger*, em “L'Educazione Giuridica. VI-Modelli storici della procedura continentale” (direc. de Giuliani y Picardi), tomo I, Perugia, 1994, pp. 225 e ss.

²⁵ A citação provém de GURVICH, M., A., *Derecho procesal civil soviético*, México, 1971 (tradução de Lubán e revisão de H. Cuadra), p. 44.

²⁶ Por exemplo STALEV, *El Procedimiento Civil en los estados socialistas*, cit., p. 171. A mesma concepção ideológica se encontra, por raro que possa parecer nos tempos atuais, no juiz federal brasileiro, CABRAL, Antonio do Passo, *Il principio del contraddittorio como diritto d'influenza e dovere di dibattito*, em *Rivista di Diritto Processuale*, 2005, 2, p. 453, já citado. Segundo o autor, o direito processual (em geral) tem deixado de lado já há muito tempo as amarras do individualismo, consolidando uma concepção publicista do processo; sendo direito público, deve identificar no exercício da atividade jurisdicional o esforço do Estado para realizar, por meio da jurisdição, alguns fins que são próprios e que precedem aos interesses das partes: objetivos sociais e políticos, entre os quais se deve sublinhar o de assegurar a participação popular no processo; este, o processo, é um meio a serviço de determinados fins estatais e a função jurisdicional é o caminho para alcançar os fins políticos do Estado democrático (se trocamos “democrático” por “soviético”, o discurso é exatamente o mesmo). Por isso, não se pode estranhar que o passo seguinte esteja radicado em sustentar que o princípio do contraditório deve ser entendido também como um dever, o que leva a concluir que a participação colaborativa

o mais importante nessa concepção não é a *tutela* dos direitos da pessoa em si considerada. O mais importante é converter o processo num meio a serviço de determinados fins estatais, fins esses de caráter *político* a serem cumpridos pela atividade jurisdicional.

Na intenção de resumir os princípios deste chamado *processo socialista*, podemos mencioná-los em dois tópicos:

3.1.1 A verdade objetiva

A obtenção da verdade *objetiva* – ou *material* – foi um princípio essencial do processo socialista, princípio este que correspondia a nada menos que um postulado *marxista-leninista*²⁷, além do que vinha marcado por sua concepção da função do juiz e de sua realização por meio do processo²⁸.

O direito socialista, por meio do princípio da verdade *objetiva* ou *material*, impunha aos tribunais o dever de adotar todas as medidas necessárias para esclarecer do modo mais completo possível as circunstâncias reais do assunto, as relações jurídicas entre as partes, seus direitos e obrigações. O princípio respondia claramente ao interesse do Estado na realização do direito objetivo e, a partir daí, não atendia à tutela dos direitos subjetivos das pessoas. O importante era fazer *efetivo* o direito tal como havia sido definido pelo Estado, sendo todo o resto mero acessório²⁹.

nas decisões estatais justifica a repressão dos comportamentos de má-fé ou de atos que ofendam a dignidade da justiça; “se está garantida a participação, a conduta deve ser ética, em consonância com os objetivos estatais da jurisdição” (p. 460). Nunca é demais recordar, com MONTELEONE, G., *Manuale di Diritto processuale civile*, 4.ª edição, I, Padova, 2007, p. 21, que instrumentalizar o processo para qualquer fim significa adular profundamente a essência de sua função, e isso conduz à supressão do contraditório e à sujeição do juiz, que deixa de ser um sujeito imparcial e independente para assumir o papel de marionete, cujos fios são manejados por outros sujeitos [N.T.: no caso, os donos do poder político].

²⁷ GURVICH, M. A., *Derecho procesal civil soviético*, México, 1971 (trad. de Lubán e revisão de H. Cuadra), p. 43, postulado que se denomina de cognoscibilidade, no sentido de que todo homem tem a capacidade de refletir em sua consciência os fenômenos do mundo objetivo; o homem é capaz de conhecer o mundo e a verdade. Mais especificamente, cf. LENIN, *Materialismo y empíricocritismo: Notas críticas sobre una filosofía reaccionaria*, Barcelona, 1975.

²⁸ Deve-se ver TROUSSOV, A., *Introduction à la théorie de la preuve judiciaire*, Moscú, s.d, mas do ano de 1965, traduc. de Piatigorski; GWIAZDOMORSKI y CIESLAK, *La preuve judiciaire dans les pays socialistes à l'époque contemporaine*, no volume *La preuve*, Bruxelles, 1963, em «Recueils de la Société Jean Bodin, XIX», pp. 69 e ss.; CERRONI, U., *El pensamiento jurídico soviético*, Madrid, 1977, traduc. de Zapatero e De la Rocha, pp. 243 e ss. Também seria útil ver-se VISHINSKI, A., *La teoría de la prueba en el derecho soviético*, Buenos Aires, 1951, pp. 178 e ss.

²⁹ Por isso não se pode estranhar que em alguns países socialistas o princípio da verdade objetiva no processo chegou a aparecer na respectiva Constituição, como, por exemplo, na Constituição Checoslovaca de 1960,

A partir deste princípio da busca da verdade *objetiva* ou *material* é que devem ser compreendidas as *faculdades* do juiz. Primeiro, a respeito de ele próprio poder realizar atividade voltada a reunir provas no processo. Se o Estado, e no caso o juiz como órgão ou representante do Estado, tinha que conhecer a verdade “verdadeira” existente nas relações jurídicas entre os particulares, as consequências disso tinham que ser: a) para decidir, o tribunal não estava limitado aos fatos alegados pelas partes, de modo que na busca do conhecimento sobre os fatos estavam interessados tanto o tribunal com a procuradoria e várias outras organizações estatais e de representação da sociedade soviética, todos os quais podiam e deviam aportar fatos ao processo; b) o tribunal não devia se conformar com os meios de prova propostos pelas partes, sendo seu dever determinar todas as provas *de ofício* que entendesse ser oportunas e úteis para se chegar ao conhecimento da chamada verdade *objetiva*.³⁰

O princípio da verdade *objetiva* gerava a consequência de que o juiz *podia*, ou melhor, *devia*, adotar todas as medidas tendentes ao esclarecimento total das circunstâncias do assunto, incluindo, obviamente, o poder de determinar a produção de meios de prova *de ofício*. Não se tratava de uma *faculdade* do juiz, mas de um *dever*, e a finalidade não era propriamente a tutela dos direitos dos particulares (os quais, para esta concepção, tinham importância secundária, se é que se pode dizer que tinham real importância), mas sim a defesa do Direito objetivo, o qual devia ser aplicado sempre que se estivesse diante de um suposto fático daqueles previstos, abstratamente, na norma.³¹

onde se dizia no artigo 107: “Os tribunais realizarão um processo de tal modo que se conheça o estado real das coisas sobre as quais deliberam”.

³⁰ KELLNER, H., *Introduzione a la Ordinanza della procedura civile della Repubblica Democratica Tedesca, 1975*, Milano, 2004, no volume X de “Testi e documenti per la Storia del Processo”, dirigidos por Picardi e Giuliani (o trabalho de Kellner foi escrito nos anos oitenta do século XX). Também pode ter interesse CAPPELLETTI, M., *El proceso civil en el derecho comparado*, Buenos Aires, 1973 (tradução de Sentís Melendo).

³¹ Neste sentido, por exemplo, pode-se cf. *Principios (o Bases) fundamentales del procedimiento civil de la URSS y de las Repúblicas Federadas*, de 1961:

1) Princípio 16.º: Declaração dos fatos da causa, dos direitos e das obrigações das partes: o juiz, sem limitação alguma e independente de material levado ao processo e das declarações prestadas pelas partes, adota todas as medidas previstas pela lei a fim de alcançar um completo, minucioso e objetivo conhecimento dos fatos da causa, além dos direitos e obrigações das partes. O juiz deve orientar as pessoas que intervêm no processo sobre seus direitos e obrigações.

2) Princípio 18.º: Ônus da prova e obrigação de praticar os meios de prova: depois de decidir que os meios de prova devem ser propostos pelas partes “e pelas demais pessoas que intervêm no processo”, acrescenta: “Se as provas propostas resultarem insuficientes, o juiz ordena às partes e a outras pessoas intervenientes no processo que proporcionem outros meio de prova, ou os determinara de ofício”.

Naturalmente que neste contexto o juiz não é um *terceiro* entre as partes e tampouco se pode considerar *imparcial*, já que – afinal – não exerce propriamente *jurisdição*, ao menos tal como a entendemos no mundo ocidental. O juiz é um “funcionário” do Estado a quem se confia uma espécie de atos de jurisdição *voluntária*, atos por meio dos quais se aplica o Direito objetivo sem importar com o que as partes alegam e tampouco com os interesses que querem defender.

3.1.2 A colaboração do juiz e das partes

Uma das diretrizes constantes na doutrina comunista sobre o processo civil é a ideia relativa a que o respectivo processo não se apresenta como uma sorte de contenda entre partes, não é uma “luta” entre elas, de modo que a busca da verdade *material* se resolve em um princípio que se pode denominar de *colaboração* entre todos os que intervêm no processo, e assim se fala de uma “*colaboração de confiança entre o juiz e as partes*”³². Deste modo se destacam:

i) O dever do juiz de *assessorar* as partes sobre os direitos e obrigações que lhes correspondem, o que supõe também a necessidade de estimular a atividade processual das partes e, a rigor, de todos os demais sujeitos que intervêm no processo, chegando-se a falar de uma sorte de funções *assistenciais* encomendadas ao juiz para que possa operar mesmo quando as partes comparecem assistidas por seus advogados.³³

ii) Correlativamente o dever das partes não é aportar os fatos ao processo informando-os ao juiz, mas sim fazê-lo de modo a não esconder fato algum, fazendo-o sempre de maneira veraz, de modo que há de chegar ao processo tudo

Posteriormente o *Código de procedimiento civil de República Socialista Federal Soviética de Rusia*, de 1964, previu que os princípios anteriores se aplicavam literalmente. Estes dispositivos legais podem ser consultados em *Codice di procedura civile della Repubblica Socialista Federativa Sovietica di Russia*, Milano, 2004, no volume IX de “Testi e documenti per la Storia del Processo”, dirigidos por Picardi e Giuliani, aqui já citado.

³² Por exemplo KELLNER, *Introduzione*, cit., p. XLIX.

³³ Cf, por exemplo, em STALEV, *El proceso civil en los Estados socialistas*, cit., p. 195. Segundo o artigo 2 (2) do que se chamava *Código de Procedimiento Civil de la República Democrática Alemana*, de 1975: “Os tribunais têm o dever de esclarecer e declarar, de forma verdadeira, e decidir segundo as normas de direito, em um proceso concentrado e rápido, os fatos relevantes para o juízo”. E seu artigo 2 (3): “Os tribunais devem indicar aos que participam do proceso seus respectivos direitos e obrigações para que os mesmos se façam efetivos”. Este dispositivo legal pode ser cf. em *Ordinanza della procedura civile della Repubblica Democratica Tedesca*, 1975, Milano, 2004, no volume X de “Testi e documenti per la Storia del Processo”, dirigidos por Picardi e Giuliani, já citado.

aquilo sobre o que as partes têm conhecimento. Trata-se de um dever de *veracidade e integridade*, de muito maior alcance que o dever de *lealdade e probidade*.³⁴

Taruffo tem sustentado que esta concepção deve se referir a um contexto ideológico e filosófico absolutamente peculiar, já que determinou a ortodoxia da cultura processualista dos países socialistas e hoje não merece nada mais do que ser mencionada por razões apenas de exigências historiográficas³⁵. Contudo, não deveria se esquecer de que alguns de seus mais relevantes aspectos (por exemplo, a prova de ofício, ou os deveres de boa-fé e veracidade) continuam dando suporte à *construções teóricas* que pedem suas inclusões em *diplomas legais concretos*, sem que tais construções esclareçam quais são as bases ideológicas de umas (=teorias) e de outros (=diplomas legais concretos).

Parece-nos muito razoável exigir, ao menos, que se ponham às claras quais são as bases dogmáticas ideológicas daqueles que sustentam aquelas construções e daqueles que insistem em que se lhas incluam nos códigos, de *lege lata* ou de *lege ferenda*. Não é legítimo, portanto, seguir sustentando que tudo isso não passa de *meras* questões técnicas.

3.2 O processo fascista

Também em Viena e também ao final do século XIX encontramos Franz Klein, que em 1891 fora nomeado chefe de seção do Ministério da Justiça e que põe em marcha as “leis da justiça”³⁶. Entre as várias leis que impulsionou, e depois já como Ministro, a que aqui nos importa é *Ordenanza* Processual Civil, que foi aprovada em 1895³⁷ e entrou em vigor em 1º de janeiro de 1898³⁸. No

³⁴ Segundo o artigo 3 (“Direitos e obrigações das partes”) (1) do *Código de Procedimiento Civil de la República Democrática Alemana*, de 1975: “... As partes têm o direito e o dever de participar do processo e, especialmente, de colaborar para a declaração da situação de fato. Suas respectivas declarações e depoimentos devem ser completos e verdadeiros”.

³⁵ TARUFFO, *La prueba de los hechos*, cit., pp. 58-59.

³⁶ Sobre Klein, pode-se ver sua biografia de W. BRAUNEDER em *Juristas universales. 3. Juristas del siglo XIX*, Madrid, 2004, pp. 647-650.

³⁷ Nesse período Antón Menger era professor de processo civil em Viena e exatamente no ano de 1895 foi guindado ao mais elevado posto acadêmico, de professor titular; cf. MONEREO PÉREZ, José Luis, *Antón Menger*, cit., pp. 488, sem esquecer que, apesar do que afirma seu biógrafo, a posição de Menger não era nem liberal nem democrática.

³⁸ Cf. *Ordinanza della procedura civile di Francesco Giuseppe. 1895*, que é o núm. VIII da coleção *Testi e documenti per la storia del processo*, dirigida por Picardi e Giuliani, Milano, 2004, com a introdução de W. H.

final do século XIX governava o império austro-húngaro Francisco José I de Habsburgo, como Imperador da Áustria e Rei da Hungria. Não há correspondência nenhuma entre esse sistema político e a democracia liberal.

Curiosamente, também para Klein o processo se convertia num fenômeno social de massas ou em uma das instituições sociais do Estado³⁹. O processo é um *mal social* e, portanto, o interesse do Estado é concluí-lo o quanto antes e sob o menor custo possível⁴⁰. Estas são as bases ideológicas de Klein e o processo devia ser entendido como uma espécie de *procedimento* administrativo no qual se tutelam desde logo os interesses individuais, mas também, e especialmente, os interesses sociais⁴¹. Neste contexto, um dos elementos definidores desse processo é o *reforço* dos poderes do juiz, o qual não pode seguir sendo um mero contemplador da contenda, posto que deve *proteger* não só o indivíduo, mas também o Ordenamento Jurídico a serviço da comunidade⁴², o que inclui o *poder* de determinar a chamada prova de ofício.⁴³

O juiz não se limita a julgar, é o *gestor* (administrador) do processo, dotado de grandes poderes discricionários que devem estar a serviço de garantir

Rechberger e G. E. Kodek (pp. IX-XXXV) e a de C. Consolo, esta intitulada *Il duplice volto della "buona" giustizia civile tardo-asburgica e del suo rigeneratore* (pp. XXXVII-LXV).

³⁹ A obra de referência desta concepção é a de KLEIN, F., *Materialen zu den neuen österreichischen Zivilprozessgesetzen*, Viena, 1897. Sobre ela pode-se cf. FAIRÉN, V., *El proyecto de Ordenanza Procesal Civil austriaca visto por Franz Klein*, em "Estudios de Derecho Procesal", Madrid, 1955, págs. 301 e ss. Klein chegava a falar de processo civil como uma "instituição de beneficência" ou de um instituto dirigido a promover o bem-estar coletivo e, a partir daí, com a consequente função social do juiz. É evidente aqui a influência de Menger; este considerava que o juiz não devia ser um terceiro imparcial, pois devia assegurar a assistência e a instrução da parte mais fraca, e na mesma linha Klein fala do processo como meio para educação e bem-estar social (cf. PORCAR, *Il giudice como amministratore: Antón Menger*, em "L'Educazione Giuridica. VI", tomo I, cit., p. 231).

⁴⁰ Neste sentido SPRUNG, R., *Le basi del diritto processuale civile austriaco*, em Rivista di Diritto Processuale, 1979, p. 38. Também CIPRIANI, F., *Nel centenario del Regolamento di Klein (Il processo civile tra libertà e autorità)*, em Rivista di Diritto Processuale, 1995, depois publicado em *Idelogie e modelli del processo civile. Saggi*, Napoli, 1997 e, por fim, em *Batallas por la justicia civil*, Lima, 2003 (tradução de Ariano); cito desde esta última publicação, e na p. 65. Também se pode ver PARRA QUIJANO, J., *Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio*, Bogotá, 2004, pp. 39 e ss.

⁴¹ Outra vez SPRUNG, *Le basi del diritto*, cit., p. 36.

⁴² Neste sentido FASCHING, em palestra austríaca citada por FAIRÉN, *Los procesos europeos desde Finlandia hasta Grecia (1990-1975)*, em "LXXI años de evolución jurídica en el mundo", México, 1978, p. 28. Depois na Introdução de W. H. RECHBERGER e G. E. KODEK (p. XXVII) à *Ordinanza della procedura civile di Francesco Giuseppe. 1895*, antes citada, pode-se ler que a Ordenanza está sujeita a um "princípio inquisitivo atenuado" e que o processo civil austríaco se caracteriza "principalmente pela chamada iniciativa do juiz".

⁴³ Para GOLDSCHMIDT, J., *Derecho procesal civil*, Barcelona, 1936 (trad. de Prieto Castro e notas de Alcalá-Zamora), p. 40, na ZPO austríaca "a reunião dos elementos do processo se obtém pela colaboração do juiz com as partes, graças a uma feliz fusão do princípio dispositivo e o oficial, ou inquisitivo", além de viabilizar a possibilidade de determinar provas de ofício e da imposição de deveres ou obrigações às partes.

não só os direitos das partes, mas principalmente os valores e interesses da sociedade.⁴⁴

3.2.1 Alemanha e o nazismo

A *Ordenanza* Processual Civil de 1877 pode-se considerar *liberal*⁴⁵ e, chegada a época do nazismo, ainda que não se tenha positivado outra *Ordenanza*, defendia-se⁴⁶ que o denominador comum das elaborações do regime político foi a tirânica acentuação do critério coletivista da “*comunidade do povo*”⁴⁷, no qual se pautava, dentre outras coisas, a exaltação da figura do juiz que, por outro lado, converteu-se em *dependente* do poder nazista. Como dizia o Ministro da Justiça Hans Frank, o juiz deve ser sempre consciente de que “*em razão de sua posição predominando na aplicação do direito, não pode jamais ir contra os princípios do programa político nacional-socialista e de sua ideologia*”.⁴⁸ A concepção de processo civil, não a extrema, em que se quis convertê-lo em mera *jurisdição voluntária*⁴⁹, mas a menos radical de Hans Otto

⁴⁴ FAIRÉN, *El proyecto de Ordenanza Procesal Civil...*, cit., pp. 315-6: “É lamentável, dizia Klein, que em determinada porcentagem as sentenças, quando confrontadas com a realidade dos fatos, venham a resultar injustas ou defeituosas”; isso ocorre em muitos casos por falta de diligência; em outros, por ver-se o juiz diligente obrigado a julgar sobre uma base de fatos injustos, incertos e duvidosos. Por isso Klein aumenta os poderes do juiz, o qual pode completar o processo naquilo que lhe falte, é dizer, pode determinar quantos meios de prova estime oportunos.

⁴⁵ Para LEIBLE, S., *Proceso civil alemán*, Medellín, 1999, pp. 64-65, a ZPO de 1877, influenciada pela codificação napoleônica, estava “assentada totalmente numa concepção liberal de Estado”, de modo que a lei era o regramento da luta entre as partes, na qual estas assumiam sua responsabilidade, sendo o juiz um terceiro neutral. Já GOLDSCHMIDT, James, *Derecho procesal civil*, Barcelona, 1936 (trad. de Prieto-Castro e notas de Alcalá-Zamora), p. X, havia dito que o processo alemão era um “vestido liberal do século XIX ao qual se tinha costurado muitos remendos surgidos dos tempos passados”.

⁴⁶ BÖHM, P., *Proceso civile e ideologia nello stato nazionalsocialista*, em *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2004, núm. 2, pp. 623 e ss. (o trabalho é de 1990, e apareceu publicado no volume coletivo *Nationalsozialismus und Recht*, Viena, 1990).

⁴⁷ Em matéria penal essa “comunidade do povo” deu lugar à legislação sobre os “estranhos à comunidade”, e um exemplo disso pode se ver em MUÑOZ CONDE, F., *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo. Estudio sobre el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo*, 4.ª edição, Valência, 2003.

⁴⁸ Citado por BÖHM, *Proceso civile e ideologia nello stato nazionalsocialista*, cit., pp. 629-630.

⁴⁹ BAUMBACH, A., *Zivilprozess und freiwillige Gerichtsbarkeit* (Proceso civil y jurisdicción voluntaria), em *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht*, 1938, pp. 583 e ss; depois, em 1941, pp. 31-49, e em 1942, p. 49. Para sua exposição crítica na Itália CALAMANDREI, P., *Abolizione del processo civile?*, em *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1938, I, pp. 336-340, e depois em *Opere giuridiche*, I, Napoli, pp. 387-390; e na Espanha PRIETO CASTRO, L., *Revisión de los conceptos básicos de derecho procesal*, em *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*, II, Madrid, 1950, pp. 665-669. Ultimamente foi recordado por CAPONI, R., *I poteri probatorie delle parti e del giudice nel processo civile tedesco dopo la riforma del 2001*, em “Prove nel processo civile”, *Atti del XXV Convegno Nazionale*, nos Quaderni dell’Associazione fra gli Studiosi del Processo Civile (Cagliari, 7-8 ottobre-2005), Milano, 2007.

de Boor⁵⁰, sustentava: “*Que para nós, no Terceiro Reich, não nos serve para nada um processo de inspiração e características liberais, é coisa totalmente evidente, sobre a qual não se deve dar nem sequer uma explicação*”. Negava-se, pois, a concepção do juiz como sujeito neutral que assiste a luta entre duas pessoas; era necessário um juiz que “*tutele os interesses da comunidade do povo de modo extremadamente ativo*”. Esse juiz tampouco tutelava os direitos subjetivos dos cidadãos, já que sua função consistia em levar a termo, na prática, o Direito objetivo, o qual era expressão da ideologia nazista.

Na *Exposição de Motivos* da Lei de 1933, que modifica o procedimento civil na Alemanha, dizia-se: “*As partes e seus representantes devem ser conhecedores de que a jurisdição não serve só a elas, senão que serve antes e principalmente à atuação da paz de toda a comunidade*”. Mas ainda assim se tratava, como disse Böhm, de que as disposições programáticas da Lei de 1933 impunham ao juiz uma “*rigorosa direção do processo*”, o “*efetivo descobrimento da verdade*”, e uma disciplina de procedimento “*dinâmica*”, “*compreensível*” e “*autenticamente popular*”.⁵¹

Maior incidência teve, ainda, a Lei de 15 de julho de 1941, sobre a participação do Ministério Público nas controvérsias civis. Com ela, o Promotor de Justiça [=Fiscal] assumia em todos os processos civis, mais ou menos como o Promotor soviético, a posição de pretensa parte *imparcial*, com poder para alegar fatos e para propor a produção de provas. Desta maneira o princípio da *aportação* vinha completamente alterado, sendo um primeiro passo no caminho da imposição do princípio *inquisitivo* no processo civil. Tratava-se de sacrificar a estrutura bilateral do processo e por isso a Lei foi qualificada de “*giro crucial*” na evolução do direito.

3.2.2 Itália e o fascismo

A concepção do processo civil do fascismo italiano é revelada na *Relazione* (Exposição de Motivos) do Código processual civil de 1940, redigida por

⁵⁰ A síntese de DE BOOR pode ser vista em BÖHM, *Processo civile e ideologia nello stato nazionalsocialista*, cit., pp. 631-633; trata-se do artigo publicado também na *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht*, 1938, pp. 834 e ss. e intitulado *Die Funktion des Zivilprozesses* (A função do processo civil).

⁵¹ BÖHM, *Processo civile e ideologia nello stato nazionalsocialista*, cit., p. 639.

Calamandrei apesar de assinada por Dino Grandi, então Ministro da Justiça⁵². Sem maiores dificuldades nessa *Relazione* se encontra:

i) O novo Código se baseia num condicionamento político; se o Código anterior, o de 1865, era expressão dos interesses individuais que estavam à base do Estado Liberal, o Código de 1940 queria ser a expressão do Estado Fascista. Para este, o processo civil não é apenas a *luta* entre interesses privados; é também instrumento para assegurar que as normas ditadas por esse Estado sejam cumpridas (cf. na *Relazione*, “2.- Os fatores históricos da reforma”).

ii) Um dos pontos fundamentais do Código de 1940 foi o *aumento* dos poderes do juiz (cf. na *Relazione*, “8.- O juiz e a lei”), que foi qualificado como “*diretriz fundamental da Reforma*”, mas isso é de ser entendido dentro do “*renovado conceito da dignidade e da autoridade do Estado fascista e de seus órgãos*”⁵³ (cf. *Relazione*, “12.- Reforço dos poderes do juiz para a direção do processo”).⁵⁴

⁵² Estamos fazendo referência à *Relazione* ou Exposição de Motivos que precede o Código, que foi escrita por Calamandrei e assinada pelo Ministro Dino Grandi. A *Relazione al Re* havia sido esquecida depois de não ter sido publicada desde 1943, cf. CIPRIANI, D’ELIA e IMPAGNATIELLO, *Codice di procedura civile con la Relazione al Re*, cit., mas é evidente que expressa politicamente o que o Código desenvolve em seus artigos. Ultimamente, parte da doutrina está chegando ao extremo de imputar a quem cita a *Relazione* [=Exposição de Motivos] uma espécie de má-fé argumentativa quando se faz referência à ideologia do *Codice*, de modo que parece que se quer negar sua existência (p. ex., CHIARLONI, S., *Le recenti riforme del processo civile*, Bologna, 2007, p. 154). A situação chega a certo ponto que é possível, neste momento, começar a se acreditar em milagres; ou, pelo menos, passar a acreditar que a Itália fascista de 1940 tenha produzido um *Codice* que, apesar de tudo, é liberal e democrático. Ou seja: milagre! Resta saber a quem devemos atribuí-lo para dar início ao seu processo de beatificação...

⁵³ Deveria ser desnecessário ter que recordar que o próprio CALAMANDREI, na *Avvertenza* à primeira edição das *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice, Parte prima*, Padova, 1941, p. X, disse: “Uma das maiores virtudes do novo Código, quiçá sua mais apreciável novidade, é sua adequação histórica: a consciência que teve o legislador em relação à posição que a justiça ocupa no Estado e da necessidade de considerar também as instituições judiciais como expressão de um certo clima histórico, não alheias à realidade social, senão também tendo suas raízes bem fincadas no terreno político de seu próprio tempo” (na segunda edição de 1943, ainda que sua *Avvertenza* seja datada em dezembro de 1942, reiterada na p. XI). Desta maneira, resulta algo aparentemente estranho mas que, sem bem pensadas as coisas, não o é; alguns primeiro negam, sem mais, que o Código seja fascista para poder, na sequência, defender o que está sustentado no Código e, ao final, há os que, como nós, vemos que o “Rei segue nu” [=el Rey va desnudo] (JUAN MANUEL, *Conde Lucanor*, 1335, Conto XXII, “Lo que sucedió a un rey con los burladores que hicieron el paño”), ou seja, que o Código só pode mesmo ser fascista, muito embora com isso podemos acabar sendo acusados de “revisionistas”.

⁵⁴ Este conjunto de caracteres que determinam o que é um Código fascista têm uma explicação doutrinária de relevo no Capítulo Terceiro das *Istituzioni* de CALAMANDREI, P., *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice, Parte prima*, Padova, 1941, pp. 233 e ss. Nesse Capítulo é necessário ler os parágrafos 57, sobre o princípio da autoridade no processo, o 59, sobre o princípio dispositivo, mas especificamente na parte atinente à iniciativa probatória do juiz, e o 61, sobre a intensificação do dever cívico de colaboração com a justiça. As diferenças são muitos apreciáveis se comparadas com a obra de CARNELUTTI, F., *Instituciones del Nuevo proceso civil italiano*, Barcelona, 1942 (tradução de Guasp).

A partir dessas considerações o Código dedicou um Título (o V do Livro I) denominado “*Dos poderes do juiz*”, e principalmente em matéria de prova aos juízes foram atribuídos poderes de ofício para: a) determinar a qualquer momento do processo o interrogatório das partes (art. 117), b) determinar o reconhecimento de pessoas (partes ou terceiros) e de coisas (art. 118), c) deferir o *juramento supletório* (arts. 240 e 241 do CPC, e art. 2.736 do CC), d) formular à testemunha qualquer pergunta que entenda útil para esclarecer os fatos (art. 353), e) decretar acareações (art. 254), f) determinar o comparecimento de testemunhas *referidas* (art. 257) etc. E não se esqueça que no processo do trabalho o art. 421 permite ao juiz determinar qualquer prova e a qualquer momento, independentemente de pedido da parte interessada.⁵⁵

3.2.3 Espanha e os fatos no processo de Guasp

Neste momento poderíamos fazer menção também a Portugal e a seu Código de Processo Civil de 1939 junto com a obra de José Alberto dos Reis⁵⁶, mas não é o caso de, agora, seguir-se examinando os códigos de outros países originados mais ou menos na mesma época, isto é, antes da II Guerra Mundial.⁵⁷

Algum dia se haverá de comparar a ideologia processual franquista (se é que existiu) com a nazista, a fascista e o salazarismo português, para análise de similitudes e diferenças entre elas, mas no momento basta informar que na Espanha franquista não houve alterações de transcendência no processo civil.

⁵⁵ Uma síntese pode ser vista hoje, por exeplo, em CONTE, M., *Le prove nel processo civile*, Milano, 2002, pp. 31-32.

⁵⁶ MENDONÇA, L. C. de, *Direito processual civil. As origens em José Alberto dos Reis*, Lisboa, 2002, e *80 anos de autoritarismo: uma leitura política do processo civil português*, no volume “Proceso civil e ideología” (coord. Montero), Valencia, 2006, pp. 381 e ss, *O pensamento de Franco Cipriani sobre a justiça civil*, em Revista do Centro de Estudos Judiciários, 2005, núm. 2, pp. 65-125.

⁵⁷ Não é fácil resistir a indicar o disposto no artigo 481 do Código português de 1939, no qual se assume a reforma introduzida pelo Decreto Lee de 22 de setembro de 1926: O juiz deve indeferir a petição inicial [=rechazar la demanda]: “d) Quando a injustiça da pretensão do autor seja tão evidente que resulte inútil qualquer instrução da causa”. Esta inovação foi qualificada de “autêntica revolução” por seu ideólogo, J. A. DOS REIS, *O novo Código de Processo Civil Português*, no Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, suplemento VI, 1945, p. 343, citado por MENDONÇA, *Direito processual civil*, cit., p. 156; mas também se deve ver DOS REIS, *La riforma del processo civile portoghese*, na Rivista di Diritto Processuale, 1930, I. Por certo que esta “revolução” salazarista foi assumida no artigo 427 do Código Processual Civil do Peru de 1993 e é necessário ver a defesa de MONROY GÁLVEZ, J., *Introducción al proceso civil*, tomo I, Bogotá, 1996; a citação feita aqui é a de ARIANO DEHO, E., *¿Diez años de eugenesia procesal? Los artículos 426 y 427 del Código Procesal Civil*, em “Derecho Procesal Civil. Congreso Internacional”, Lima, Universidad de Lima, 2003, pp. 119-135.

Apesar disso, não posso deixar de recordar o pensamento de Jaime Guasp⁵⁸ expressado em seu livro *Juez y hechos en el proceso civil*, de 1943, pensamento que deve ser entendido como imerso na concepção fascista do processo⁵⁹. Não se trata agora de pretender resenhar todo esse pensamento, mas simplesmente recordar que para Guasp a tendência em aumentar os poderes do juiz, tal e como estava sendo feito na Alemanha e na Itália – que Guasp qualificava de “*correntes modernas*” –, fazia parte da reforma radical que precisava ser feita na justiça civil, reforma do princípio dispositivo ao que se opunha à “*rotina mental*”, chegando mesmo a sustentar que o aforismo *secundum allegata et probata partium, iudex judicare debet*, que na Espanha havia sido convertido num dogma jurídico, explicava-se pelo entroncamento do nosso sistema com as práticas medievais⁶⁰. Obviamente que o passo seguinte é a pretensão de que um futuro código teria que superar essa velha concepção.

Em síntese, parece evidente que as concepções *fascistas* partem ideologicamente de algum matiz distinto da concepção *socialista*, mas nos dois casos se trata da busca da verdade chamada *material* ou *objetiva*, não para a tutela dos direitos do cidadão, é dizer, do interesse individual, mas sim para levar a efeito o que o Estado decidiu que é o interesse geral ao plasmá-lo no Direito objetivo; este deve se impor sempre, e por isso nos dois casos o juiz não é nem *terceiro* nem *imparcial* entre as partes.

4. A tomada de uma outra concepção

Na segunda metade do século XX produziram-se dois fenômenos concorrentes. De um lado vimos a relativização da verdade na hora de fixar a

⁵⁸ Cf. M. FENECH no seu *La posición del Juez en el Nuevo Estado*, Madrid, 1941, ainda que o prólogo deste livro seja de Guasp.

⁵⁹ GUASP, J., *Juez y hechos en el proceso civil (Una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso)*, Barcelona, 1943, publicado agora também em *Estudios jurídicos*, cit., pp. 279-390.

⁶⁰ O que para o livro *Juez y hechos en el proceso civil* eram “práticas medievais”, posteriormente no manual *Derecho procesal civil*, 3.^a edición, 2.^a reimpresión, Madrid, 1977, pp. 316-317, eram “ordenamentos primitivos da instituição processual”; é dizer, para Guasp, não apenas na obra de 1940, senão até o final de sua vida, “a exclusividade da atividade de alegação a cargo das partes, segundo o qual, a teor do velho aforisma *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*, não é senão uma arcaica reminiscência de ordenamentos primitivos da instituição processual. A finalidade característica do processo não ficaria desnaturalizada ainda que fosse atribuída ao juiz a possibilidade de aportar dados ao processo, sempre que se mantivesse em vigor, e radicalmente separada, a distinção entre pretensão processual e as meras alegações, de modo a se garantir a exatidão lógica do julgado”.

função do processo civil, mas por outro lado a verdade *objetiva* se converteu politicamente no fim do processo civil e, ao menos, na função essencial da prova. Trata-se obviamente de algo que pode parecer contraditório, mas não é, se bem que isso nos leva a questionar o que está por trás de códigos *aparentemente* pouco politizados.⁶¹

Por exemplo, no *Código de Processo Civil Modelo para a Iberoamérica* está disposto que dentre as faculdades do tribunal está a de “ordenar as diligências necessárias para esclarecer a verdade dos fatos controvertidos, respeitando o direito de defesa das partes” (art. 33, 4º) e, na sequência, entre seus deveres refere-se a “empregar as faculdades e poderes que lhe concede o Código para a direção do processo e a averiguação da verdade dos fatos alegados pelas partes” (art. 34.2), devendo ser entendido que o não cumprimento destes deveres acarretará na responsabilização funcional da autoridade judicante.

A persecução da pretendida verdade é muito mais grave do que pode parecer. Uma coisa é partir do pressuposto de que – ainda que com as limitações antes apontadas – o normal é que no processo civil se chegue à *verdade* de como ocorreram os fatos, posto que as limitações operam de um modo não geral, mas em situações de processos concretos, e outra, muito diferente, em que se entende que a “justiça” do caso concreto apenas é atingida quando se alcança a verdade *objetiva*, pois então a tentação leva a ignorar princípios essenciais do processo civil, como os princípios *dispositivo* e do *contraditório*.

Hoje é difícil alguém sustentar de modo aberto o princípio da verdade *objetiva*, ao menos na sua derivação decorrente da doutrina marxista-leninista de que o homem é capaz de conhecer o mundo e a verdade, pelo que não se pode

⁶¹ Dizia DENTI, V., *La evolución del derecho de las pruebas en los procesos civiles contemporáneos*, em *Estudios de derecho probatorio* (tradução de Sentís e Banzhaf), Buenos Aires, 1974, p. 152, que a concepção do processo como *adversary system* respondia a uma concepção liberal e democrática (no sentido ocidental) da sociedade civil, mas que a queda destes valores, seja quanto aos fins em si mesmos (caso dos regimes ditatoriais fascistas), seja em relação ao valor justiça (caso dos regimes ditatoriais socialistas), inevitavelmente leva à atenuação da iniciativa das partes e à afirmação dos poderes do juiz.

Se deixarmos de lado as expressões claramente sectárias de Denti (tal como dizer que a derrocada da liberdade e da democracia nos países socialistas responde a uma ideia superior de *justiça*), é evidente que para o antigo professor de Pavia a atenuação da iniciativa das partes e o aumento dos poderes do juiz responde a bases sem dúvida alguma políticas, e precisamente de conteúdo muito bem determinado. Por isso, causa estranheza que o seu sucessor de cátedra chegue a negar a conexão entre o aumento dos poderes probatórios do juiz e os regimes políticos autoritários e antidemocráticos (assim o faz TARUFFO, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, cit., pp. 468 e ss).

pôr barreiras ao conhecimento, nem é imaginável que se siga sustentando que a verdade supõe coordenação entre as declarações e a realidade objetiva, aqui entendido que essa verdade não se identifica com a verdade *absoluta*. Tampouco ninguém se atreveria a sustentar que se chegar a essa verdade *objetiva* é algo que passa ao largo dos princípios dispositivo (manifestação dos inexistentes direitos privados de natureza econômica) e do contraditório (qualificado como expressão hipócrita do interesse da classe dominante). Da mesma maneira que não é fácil encontrar alguém que defenda que a verdade *material*, com o aumento dos poderes que implica, justifica-se com referência ao “*renovado conceito da dignidade e da autoridade do Estado fascista e de seus órgãos*”.

Hoje, ninguém se soma a essas bases ideológicas de modo claro, mas o certo é que seguem sendo registradas manifestações doutrinárias e práticas onde se defende que a prova deve perseguir a verdade *material* ou *objetiva*, e com esse fim o juiz deve poder determinar provas de ofício; nessas situações, seria conveniente que fossem explicadas publicamente quais são as bases ideológicas das quais partiram.⁶²

Espero por isso já há algum tempo. Mais de uma década. Porém em vão.

⁶² Não se colocam de manifesto as bases ideológicas, ao contrário, são escondidas quando (assim o faz TARUFFO, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, cit., pp. 476-477), partindo do princípio de que se opta por um sistema onde importa a qualidade da decisão que resolve o processo, a qual deve estar baseada numa declaração verdadeira dos fatos da causa – algo que qualquer pessoa está disposta a afirmar como algo evidente, ainda que se esqueça dos limites constitucionais à busca incessante dos fatos –, passa-se a sustentar que, para se atingir essa finalidade, necessita-se de um juiz que “possa integrar as iniciativas probatórias das partes quando estas pareçam insuficientes ou inadequadas para que se prolate uma sentença que declare a verdade dos fatos”. As bases ideológicas são reveladas, ainda que veladamente, quando é sustentado seguidamente por Taruffo que: 1) Em todos os processos há sempre uma parte que não tem interesse em que se descubra a verdade, e 2) Em todos os processos os Advogados não perseguem a busca imparcial e desinteressada da verdade, mas, sim, têm interesse em ressaltar a versão dos fatos que seja mais conveniente à parte que defendem. Aqui já se mostra que se está partindo de uma maneira evidentemente ideológica de negar dois elementos essenciais que estão na base na civilização ocidental, pois o que se está dizendo é que: 1) Os cidadãos não podem ter, em todas as situações, o direito de defender em juízo o direito que estimam ter, e 2) Os advogados, que se consideram elementos perturbadores da “justiça”, não deveriam atuar como defensores desses direitos. Quem sustenta suas considerações fundadas nesses pressupostos nada mais precisa dizer para confirmar quais são suas bases ideológicas.

LA EFICACIA EXTERNA O (ALCANCE) HORIZONTAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. LA APLICACIÓN (VINCULACIÓN) DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES PRIVADAS (LABORALES). UN ANÁLISIS (CRÍTICO) A LA LUZ DE LA REALIDAD BRASILEÑA Y ARGENTINA

Fábio Nadal Pedro*

SUMARIO: 1-) Introducción. 2-) La (nueva) visión de la eficacia o (alcance) vertical de los derechos fundamentales y la desconstrucción del principio de la supremacía del interés público. 3-) De la eficacia externa u (alcance) horizontal de los derechos fundamentales. 3.1-) Teoría de la eficacia inmediata o directa de vinculación (alcance) de los derechos fundamentales. 3.2-) Teoría de la eficacia mediata o indirecta de vinculación (alcance) de los derechos fundamentales. 3.3-) Teoría del *State Action Doctrine (Public Function Theory)*. 4-) Crítica a la eficacia externa u (alcance) horizontal de los derechos fundamentales. 5-) La adopción por Brasil y Argentina de la Teoría de la eficacia inmediata o directa de vinculación (alcance) de los derechos fundamentales. 6-) Conclusión. 7-) Bibliografía.

1-) Introducción.

El tema involucra al análisis de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, a partir del desarrollo dogmático de los derechos humanos de posguerra, en especial, en Alemania, y la constatación del “fenómeno de la constitucionalización” que deflagró un gradual desaparecimiento de la frontera entre el derecho constitucional y el restante del ordenamiento jurídico, sobre todo el derecho privado.

Finalizada la Segunda Guerra Mundial, los Estados Occidentales, hundidos en un paradigma democrático de legitimidad do poder⁶³, pasaron a editar normas protectoras de los derechos humanos (*rectius*, protección a la dignidad de la persona humana)⁶⁴, con el propósito

*Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor de Direito Constitucional e Direito Tributário. Procurador da Câmara Municipal de Jundiá.

⁶³ Sobre el paradigma democrático de Estado, ver nuestro: NADAL, Fábio. *A constituição como mito. O mito como discurso legitimados da Constituição*. São Paulo: Método, 2006, páginas 62-66. Para Ives Gandra Martins, la democracia, como técnica de libertad, impone mayor complejidad para la conquista y ejercicio del poder. In MARTINS, Ives Gandra. *Una breve teoría del poder*. São Paulo: Revista de los Tribunales, 2009, página 195.

⁶⁴ La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949, en su art. 1º dispone que “la dignidad de la persona humana es intocable; respetarla y protegerla es obligación de todo el Poder Público”.

de tornar remota la reedición de modelos ideológicos semejantes al nazismo alemán o fascismo italiano (modelos despóticos y absolutistas)⁶⁵.

En el plano internacional⁶⁶, la Organización de las Naciones Unidas albergó la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) que en su preámbulo (*rectius*, espíritu de la declaración) apunta que: “*el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables es el fundamento de la libertad, de la justicia y de la paz en el mundo.*”

En razón de su “fuerza expansiva” (teoría de los derechos humanos), gana cuerpo la discusión de la aplicación de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones privadas; *locus* registrado por el instituto de autonomía de las voluntades, en especial, en Alemania, durante los años 50 y 60 (*drittwirkung* o *horizontalwirkung*), así como también en los Estados Unidos de América (*state action doctrine* o *public function theory*).

No obstante, la conformación teórica/dogmática sobre el alcance (vertical y horizontal) de los derechos humanos no es gravada de univocidad, existiendo gran divergencia sobre su extensión y sus fines.

2-) La (nueva) visión de la eficacia o (alcance) vertical de los derechos fundamentales y la desconstrucción del principio de la supremacía del interés público.

⁶⁵ Esta discusión, postsegunda guerra mundial, acerca de supremacía de los derechos humanos y rechazo al cumplimiento de órdenes delictivos de tiranos inhumanos, puede ser bien evaluada en la obra de Gustav Radbruch, in RADBRUCH, Gustav, *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*. Traducción: María Isabel Azareto de Vásquez. Argentina: Abeledo-Perrot, 1962. Observan German J. Bidart Campos y Walter F. Carnota que en razón de la referida “fuerza expansiva” de la teoría de los derechos fundamentales “*hasta los estados socialistas y marxistas han incorporado al texto de sus constituciones una declaración de derechos, sólo que con una finalidad totalmente distinta y con una formulación también henchida de la ideología y del vocabulario que le son propios.*” (BIDART CAMPOS, German J. & CARNOTA, Walter F. *Derecho constitucional Comparado*. Buenos Aires: Ediar. Tomo II, 2000, página 14).

⁶⁶ Sobre la recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino, ver: MANILI, Pablo Luis. *El bloque de constitucionalidad. La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires: La Ley. 2003. En el ámbito del Derecho Internacional prevalece, de la misma forma, la supremacía de las Convenciones y Tratados de Derechos Humanos, como Derecho Supranacional, y que no pueden, en relación a los Estados signatarios del pacto, ser distanciados, *a posteriori*, en razón de obstáculos constitucionales (Derecho Interno de un país), conforme enseña Augustín Gordillo (GORDILLO, Augustín & FLAX, Gregorio (Orgs.). *Derechos Humanos*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo. 6ª edición, 2007, página III-1). Sobre el aparato internacional de protección de los derechos humanos y su efectivización, en especial, en el sistema jurídico brasileño, la obra de Flávia Piovesan (PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva. 12ª edición, 2011).

La “tensión dialéctica” que gravita sobre el tema no se circunscribe tan solo sobre la eficacia (alcance) horizontal de los derechos fundamentales, sino también en las relaciones entre Estado y ciudadano (eficacia vertical), alejando la visión apriorística de preponderancia sobre los intereses públicos en detrimento de los intereses privados, en todas las hipótesis de conflictos y colisiones, de forma monolítica y absoluta.

Basados sobre la teoría de los derechos fundamentales, autores replican la existencia del principio de la supremacía del interés público⁶⁷ o le dan otra conformación, más ajustada a la axiología del Estado de Derecho Democrático⁶⁸.

Por lo tanto, esta visión doctrinaria aleja la prevalencia teórica del interés público sobre los intereses individuales y particulares, imponiendo aquel que concretiza la función estatal de proceder una interpretación del “sistema de ponderaciones” (orientado por el principio de la proporcionalidad), visando alcanzar el “mejor interés público”, en los dichos de Gustavo Binenbojm⁶⁹.

En Brasil, el Supremo Tribunal Federal, al analizar la Acción Directa de Inconstitucionalidad nº 1753-2/DF, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, en que se discutía la ampliación de plazo para la propuesta de acciones rescisorias, por el Poder Público, de dos para

⁶⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann, “Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O Direito Público em tempos de crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, páginas 99-127; NEGREIROS, Teresa, “Dicotomia Público/Privado frente ao problema da colisão de princípios”. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, páginas 337-375.

⁶⁸ DROMI, José Roberto. *Sistema y valores administrativos*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2003, páginas 15-46. Para el referido autor hay garantías públicas (los derechos fundamentales) que deben ser preservadas frente a las *prerrogativas públicas*, propias del Estado. De la misma manera, aunque reconozca la distinción entre el régimen de derecho público y régimen de derecho privado, “*esta distinción no implica confrontación, pues se intenta ‘distinguir para unir’*”; FREITAS, Juarez de. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3ª edición, São Paulo: Malheiros, 2004, páginas 34-36. Para el mencionado autor, el principio de la supremacía del interés público (por él denominado ‘principio de interés público’) “*exige la simultanea subordinación de las acciones administrativas a la dignidad de la persona humana y el fiel respeto a los derechos fundamentales*”.

⁶⁹ BINENBOJM, Gustavo. “Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: Um novo paradigma para o Direito Administrativo”. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, páginas 117-170. Por influencia del Estado de Derecho, se tornó “sentido común teórico” que el axioma de la supremacía del interés público (principio de la finalidad pública o principio del interés público), en la doctrina del Derecho Administrativo brasileño, no faculta a la Administración Pública tornar mezquino al derecho del particular. En ese sentido: NADAL, Fábio & RIBEIRO, Vauleidir. *Direito Administrativo. Série Exame de Ordem*. São Paulo: Método. 7ª edición, 2010, página 36.

cinco años (privilegio procesal basado, en suma, en la falta de estructura de un Estado agigantado), basado sobre los principios de la proporcionalidad, razonabilidad, igualdad y de la supremacía del interés público, reconoció la inconstitucionalidad del dispositivo legal, en esencia, sobre un doble fundamento: **(i)** la suficiencia (razonabilidad) del plazo existente; **(ii)** el plazo ampliado debería beneficiar por igual a los particulares y no sólo al Poder Público (isonomía)⁷⁰.

En Argentina, la Corte Suprema, en el caso “Pustelnik”⁷¹, de 1975, de forma oblicua, rompió con el axioma “apriorístico” de la supremacía del interés público, al distanciar la presunción de legitimidad de los administrativos nulos. La Suprema Corte entendió: “*que dicha presunción de legitimidad de los actos administrativos no puede siquiera constituirse frente a supuestos de actos que adolecen de una invalidez evidente y manifiesta*”.

3-) De la eficacia externa o (alcance) horizontal de los derechos fundamentales.

En un breve análisis de Derecho Comparado⁷², podemos identificar países que: **(i)** positivaron la eficacia (alcance) horizontal de los derechos fundamentales⁷³; **(ii)** adoptaron la eficacia inmediata o directa horizontal de los derechos fundamentales⁷⁴; **(iii)** adoptaron la

⁷⁰ En el mismo sentido, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinario n°148754, Relator Ministro Carlos Velloso, In: RTJ 150/888-891. En este juzgamiento, el STF restringió el alcance del art. 6º, de la Medida Provisoria n° 314/93, que suspendía todos los plazos procesales de la Unión, en el curso de la implantación de su Abogacía-General. El Supremo Tribunal Federal apartó la aplicación de la suspensión de los plazos procesales en los procesos en que la defensa de la Unión le cupiera a la “Fiscalía de la Hacienda Nacional”, pues esta institución ya se encontraba bien estructurada, no existiendo motivos para tal beneficio.

⁷¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, 293:133. En el mismo sentido: el caso Acuña Hnos. y Cía., Fallos, 252:39-50, año 1962.

⁷² El Derecho Comparado, conforme enseña José Cretella Júnior, no es disciplina jurídica autónoma, sino un método científico de observación y cotejo de los diversos sistemas jurídicos con intuito de verificar la universalidad de un concepto o por la tipificación de un instituto en un determinado sistema jurídico. Enseña el referido autor: “*Le droit compare, comme on le sait bien, n’est pas une branche de l’arbre du droit. Ce n’est pas une discipline juridique autonome. Ce n’est pas du droit. C’est une méthode scientifique qui, em faisant appel à l’observation et à la confrontation, met em lumière les traits dominants de divers systèmes juridiques, em comparant sur le même plan, des instituts parallèles et des systèmes, pour conclure après pour l’universalité d’un concept ou pour un seul type unique d’un institut dans un système donné de droit.*” (CRETELLA JÚNIOR, José. *Droit Administratif Comparé*. São Paulo: Editora de la Universidad de São Paulo. 1973, página 28).

⁷³ Conforme dispuesto en el artículo 18, inciso I, de la Constitución de Portugal.

⁷⁴ Ejemplificadamente, adoptan tal teorización los siguientes países: Argentina, Brasil, España e Italia.

eficacia mediata o indirecta de los derechos fundamentales⁷⁵; y, (iv) adoptaron el posicionamiento según el cual los derechos fundamentales solamente vinculan al Estado (*state action doctrine*) o particulares que ejerzan funciones delegadas del Estado (*public function theory*)⁷⁶.

En Brasil y Argentina, que albergan la idea de la eficacia inmediata o directa horizontal de los derechos fundamentales, no existe norma positivada determinando la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas. Tal entendimiento, de esta forma, decanta la idea (teoría) de la eficacia propagada de los derechos fundamentales, donde las normas de derecho privado, en especial, sus cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados, no pueden generar antinomias con los parámetros contenidos en las normas fundamentales.

A partir del análisis de los sistemas jurídicos de varios países, insistimos, podemos divisar diversas teorizaciones sobre la aplicabilidad de los derechos fundamentales en las relaciones privadas⁷⁷.

3.1-) Teoría de la eficacia inmediata o directa de vinculación (alcance) de los derechos fundamentales.

Por la influencia de Hans Carl Nipperdey, Juez del Tribunal Constitucional Alemán, se estructuró a inicios de la década del 50 (del siglo pasado), la teoría de aplicación de los derechos fundamentales directamente por el Poder Judicial, sin ninguna intermediación del legislador (infraconstitucional), en el campo del Derecho Civil (*rectius, esfera privada*).

Para Hans Carl Nipperdey, los derechos fundamentales serían absolutos, pues (i) tendrían contenido invariable en el tiempo (sin ninguna relación con la visión jusnaturalista o

⁷⁵ Modelo adoptado, v.g., en Alemania.

⁷⁶ Modelo adoptado, v.g., en los Estados Unidos de América.

⁷⁷ Por fuerza del fenómeno de la internacionalización del Derecho, estas “categorizaciones”, relativas al tema de eficacia/alcance horizontal de los derechos fundamentales, siguen, por procesos deductivos, casos paradigmáticos (v.g., caso *Luth*) tornando, tanto los sistemas de *common Law* como los de tipo romanista (*statute law*), operativamente abiertos, con franca incidencia de “conceptos jurídicos indeterminados”. En ese sentido: MOHINO, Juan Carlos Bayón. “Internacionalización del derecho y metodología jurídica”. In DIAS, Jorge de Figueiredo (Org.). *Internacionalização do Direito no novo século*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, páginas 13-43.

de inmutabilidad) y, (ii) no podría sufrir limitaciones, a pesar de lo restringible en la dinámica de aplicación en las relaciones entre particulares⁷⁸.

Para esta teorización, la eficacia de los derechos fundamentales posee efecto absoluto, o sea, tiene eficacia directamente normativa, pudiendo modificar o crear normas de derecho privado⁷⁹. Se atribuye, indistintamente, a los derechos fundamentales, una doble dimensión (subjetiva y objetiva) que se irradia sobre todo el sistema jurídico, inclusive en el campo privado (*rectius*, el derecho civil).

Alertamos que existe variaciones surgidas en el seno de la doctrina constitucional sobre la extensión de la eficacia inmediata o directa de vinculación (alcance) de los derechos fundamentales. La primera vertiente apunta para su aplicabilidad incondicional de los derechos fundamentales en las relaciones privadas. La segunda vertiente limita la aplicación sólo para los casos derivados de desigualdades entre particulares. La tercera vertiente apunta para la aplicación directa, pero no de forma ilimitada o incondicional, existe la necesidad de intervención judicial y aplicación del principio de la ponderación (o proporcionalidad, en el sentido estricto)⁸⁰.

3.2-) Teoría de la eficacia mediata o indirecta de vinculación (alcance) de los derechos fundamentales.

La eficacia mediata de los derechos fundamentales tiene como precursor Gunther Dürig y como paradigma jurisprudencial la decisión proferida por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, en el caso *Luth-Urteil*⁸¹ (caso involucrando la ordenación de valores y clarificación

⁷⁸ De acuerdo con Virgílio Afonso da Silva. (SILVA, Virgílio Afonso de. *A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005, página 88).

⁷⁹ Para H. C. Nipperdey: “El efecto jurídico es más bien un efecto directamente normativo que modifica las normas de derecho privado existentes, sin que importe que se trate de derecho vinculante o dispositivo, de cláusulas generales o de determinadas normas jurídicas, o cree otras nuevas, sean éstas prohibiciones, mandatos, derechos subjetivos, leyes de protección o razones de justificación.” (NIPPERDEY, Hans Carl, “Grundrecht und Privatrecht”. In NIPPERDEY, Hans Carl (comp.). *Festschrift für E. Molitor*. Munich/Berlin, 1962, página 26; *apud* ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Versión castellana: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, página 513).

⁸⁰ Conforme Ionilton Pereira do Vale. VALE, Ionilton Pereira. “A eficácia horizontal dos direitos fundamentais: a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito privado”. In *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista de los Tribunales, volumen 44 (octubre-diciembre 2010), páginas 58-76.

⁸¹ Tribunal Constitucional Alemán: *BVERFGGE* 7, 198 (LUTH-URTEIL) – 15/01/1958:

“Reclamación constitucional contra decisión judicial.

del relacionamiento entre derechos fundamentales – libertad de expresión – y derecho privado – reparación de daños a tercero, en razón de conducta atentatoria contra las buenas costumbres, en los términos del § 826 del Código Civil alemán⁸²).

Para esta teoría los derechos fundamentales, mientras sean “principios objetivos”⁸³, influyen en la conformación/interpretación del derecho privado, más precisamente: **(i)** en la concretización/densificación semántica de las cláusulas generales de derecho privado (conceptos jurídicos indeterminados); **(ii)** en la interpretación de una norma de derecho privado; y, **(iii)** excepcionalmente, como justificación de decisiones tomadas contra el texto de una ley. No obstante, se mantiene la autonomía del derecho privado, limitándose la actuación del intérprete en el análisis de la influencia de los derechos fundamentales en las normas privadas.

Por lo tanto, la mediación de la aplicación de los derechos fundamentales, en el campo privado, primordialmente, compete al Poder Legislativo (dador legislativo) que debe disciplinar el derecho privado en los términos y parámetros constitucionales, en especial, resguardando los derechos fundamentales de los particulares, pero sin romper con los postulados propios del

1. *Los derechos fundamentales son, en primera línea, derechos de resistencia del ciudadano contra el Estado. No obstante, a las normas de derecho fundamental se incorpora también un ordenamiento axiológico objetivo, que vale para todas las áreas del derecho como una fundamental decisión constitucional.*

2. *En el Derecho Civil, el contenido jurídico de los derechos fundamentales se desarrolla de modo mediato, por intermedio de las normas de derecho privado. Él interfiere, sobre todo, en las prescripciones de carácter convincente y es realizable por el juez, principalmente por la vía de las cláusulas generales.*

3. *El juez de salas civiles puede, por medio de sus decisiones, violar derechos fundamentales (§ 90 BVerfGG), cuando ignore la influencia de los derechos fundamentales sobre el derecho civil. El Tribunal Constitucional Federal revisa decisiones civiles solamente en lo que respecta a tales violaciones de derechos fundamentales, pero no en relación a errores jurídicos en general.*

4. *Las normas de derecho civil también pueden ser “leyes generales” en la acepción del Art. 5 II GG y, de esta forma, limitar el derecho fundamental a la libertad de expresión del pensamiento.*

5. *El Derecho Fundamental del Art. 5 GG no protege solamente la expresión de una opinión mientras sea tal, sino también protege el efecto intelectual a ser alcanzado por su expresión...*

6. *Una expresión del pensamiento que contenga una convocatoria a boicot no viola necesariamente las buenas costumbres en la acepción de § 826 BGB; ella puede ser justificada constitucionalmente, en el marco de la ponderación de todos los factores involucrados en el caso, por medio de la libertad de expresión del pensamiento.” (SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta años de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Traducción para la lengua portuguesa: Leonardo Martins (Org.), Beatriz Hennig, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro y Vivianne Galdes Ferreira. São Paulo: Konrad Adenauer Stiftung. 2005, página 382).*

⁸² KOMMERS, Donald P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham and London: Duke University Press. 1997, página 361.

⁸³ También denominados, según Robert Alexy, como “decisiones valorativas”, “normas objetivas” o “valores jusfundamentales” y que influyen en la relación ciudadano/ciudadano (efecto horizontal). Conforme ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Versión castellana: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, página 510.

derecho privado (v.g., libertad en la conformación de su personalidad, forma libre de los pactos, autonomía de las voluntades, igualdad de las partes), con la finalidad de mantener la diferenciación (sub)sistémica entre los regímenes de derecho público y privado. Por su parte, al Poder Judicial (dador jurisdiccional), en forma accesoria, a la luz de los derechos fundamentales de un determinado orden jurídico, le compete interpretar las cláusulas generales de derecho privado, dándoles mayor densidad semántica, bien como excepcionalmente, analizar la constitucionalidad de una norma de derecho privado (ley) que confronte con los derechos fundamentales.

3.3-) Teoría del *State Action Doctrine (Public Function Theory)*.

La *state action doctrine* o *public function theory*, de matriz estadounidense, deriva de los límites de actuación gubernativa⁸⁴ de la Suprema Corte, al definir los derechos fundamentales y sus respectivas protecciones, en el sentido de imponer las prácticas permitidas o exigidas por el Estado.

Para la Suprema Corte estadounidense esta actuación gubernativa en la definición y protección de los derechos fundamentales, más detenidamente, centradas en la aplicabilidad de la decimocuarta enmienda constitucional, solamente vincula el Estado (*state action doctrine*) o particulares que ejerzan funciones delegadas del Estado (*public function theory*)⁸⁵ y, en ese último aspecto, de forma restrictiva.

Esta actual conformación del *state action* se levanta de la sustancial alteración de los miembros de la Suprema Corte estadounidense, a inicios de los años 70 (del siglo pasado), cuando el Presidente Nixon indicó 04 (cuatro) miembros para la referida Corte (*Chief Justice Burger*)⁸⁶

⁸⁴ En esencia, los poderes estatales, siguiendo la idealización de Aristóteles, forman la denominada *trias política*, la cual hace mención Emmanuel Kant (KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito*. Traducción: Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993, página 152).

⁸⁵ Ralph A. Rossum y Alan Tarr circunscriben el término *state action* a la actuación del estado o de entidad privada asociada al estado (“*under color of state*”), siendo “*the basis for redress under the Due Process and Equal Protection Clauses of the Fourteenth Amendments.*” (ROSSUM, Ralph A. & TARR, Alan. *American Constitutional Law. Cases and interpretation*. New York: St. Martin Press, 3ª. Edición, página 744)

⁸⁶ Asumió el cargo en la Corte Suprema en 1969.

y los *Justices* Blackmun⁸⁷, Powell⁸⁸ y Rehnquist⁸⁹)⁹⁰. Esto porque, anteriormente, en la denominada “era Warren” (*Chief Justice* Earl Warren – 1953/1969) la Suprema Corte estadounidense, a través de innumerables decisiones inclusive, involucrando litigios entre particulares, exigió e impuso la creación de condiciones fácticas favorables al ejercicio/defensa del catálogo de derechos fundamentales declarados por el orden jurídico, asumiendo, de la misma manera, una función de concretizador de políticas públicas (*rectius*, politizando el proceso de juzgamiento constitucional), en un evidente ejemplo de jurisprudencia de los valores⁹¹, o sea la idea de que la Ley Fundamental no es neutra, sino que está dotada de valores que deben ser obedecidos por toda la sociedad, inclusive la esfera privada.

A partir de la instalación de la “Court Burger” (1969), en vista de eso, la Suprema Corte estadounidense pasó a adoptar un concepto más estricto para el *state action* (restricción a la equiparación de la acción privada y pública). En el caso *Jackson v. Metropolitan Edison Co.*⁹², v.g., La Suprema Corte asentó que la interrupción de suministro de energía por falta de pago no estaba sujeta a la cláusula del *due process of law* (no reconoció la actividad de la empresa como *longa manus* del Estado de Pensilvania). En el caso *Flag Bros Inc Brooks*⁹³, igualmente, fue decidido que el referido almacén no ejercía función delegada del Estado, lo que permitió al mismo vender bienes que estaban bajo su custodia, para costear las tasas impagas por los usuarios.

No obstante, al contrario de lo que apunta el “sentido común teórico”, siguiendo las enseñanzas de Virgílio Afonso da Silva⁹⁴, la doctrina del *state action* no buscó sedimentar el axioma de la no aplicabilidad de los derechos fundamentales en las relaciones privadas. Al

⁸⁷ Asumió el cargo en la Corte Suprema en 1970.

⁸⁸ Asumió el cargo en la Corte Suprema en 1972.

⁸⁹ Asumió el cargo en la Corte Suprema en 1972.

⁹⁰ Conforme Graig R. Ducat (DUCAT, Graig R. *Constitutional Interpretation*. Belmont: West Thomson Learning. 17ª edición, 2000, páginas 1262-1263).

⁹¹ Conforme André Ramos Tavares. (TAVARES. André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2004, páginas 363-365). Son ejemplos emblemáticos de juzgados de la “Era Warren”, en especial, involucrando la cohibición de la segregación/discriminación racial: *Peterson v. City of Greenville*, 373 U.S. 244, 83 S. Ct. 1119 (1963); *Lombard v. Louisiana*, 373 U.S. 267, 83 S. Ct. 1122 (1963); *Robinson v. Florida*, 378 U.S. 153, 84 S. Ct. 1693 (1964); *Evans v. Newton*, 382 U.S. 296, 86 S. Ct. 486 (1966); e *Reitman v. Mulkey*, 387, U.S. 369, 87, S. Ct. 1627 (1967).

⁹² 419 U.S. 345, 95 S. Ct. 449, 42 L.Ed.2d 477 (1974)

⁹³ 436, U.S. 149 (1978)

⁹⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005, páginas 99-102.

contrario, tal engendro jurisprudencial buscó romper esta limitación equiparando la acción privada a la acción pública, aunque de forma artificial. El referido autor apunta como ejemplos de la artificialidad en la jurisprudencia de la Suprema Corte estadounidense el caso *Shelley v Kramer*⁹⁵ en que fue reconocida la inconstitucionalidad, no con base en una violación a la Enmienda XIV (*rectius*, igualdad de derechos de los particulares, moradores de un condominio/lote, que celebraron contratos con cláusula prohibiendo la venta de inmuebles a “no blancos”), sino con fundamento en la decisión de la jurisdicción inferior “*que prestó su fuerza y autoridad a la discriminación contraria de la Constitución*”. La artificialidad de la argumentación de la Suprema Corte, por lo tanto, reside en el hecho de que si la cláusula contractual era constitucional, la decisión de mantener sus efectos, por la jurisdicción inferior, también debería serlo.

Concluye Virgílio Afonso da Silva que “*Aunque que se insista que, en los Estados Unidos, los derechos fundamentales solamente vinculen las autoridades estatales, la práctica jurisprudencial ha mostrado otra realidad, aunque sea encubierta: la de que los derechos fundamentales vinculan, de alguna forma, a los individuos en sus relaciones entre sí.*”⁹⁶

4-) Críticas a la eficacia externa o (alcance) horizontal de los derechos fundamentales.

Al margen de las diversas concepciones acerca de la eficacia externa o (alcance) horizontal de los derechos fundamentales restan críticas en relación a su aplicabilidad.

La primera crítica deriva del *standart* de la autonomía privada (derecho de autodeterminación), inherente a las relaciones entre particulares y que difiere de la relación entre Estado y ciudadano. En el primer caso, impera, bajo la óptica jurídica, una relación de coordinación y autonomía entre las partes. En el segundo caso, figura en uno de los polos una institución dotada de poder de regulación unilateral y presa en un régimen de derecho público⁹⁷.

⁹⁵ 334 U.S. 1, 68 S. Ct. 836, 92 L. Ed. 1161 (1948). Los propietarios de lotes, que contenía la cláusula de restricción de venta del inmueble a “no blancos” promovieron la acción contra el adquirente negro.

⁹⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005, página 102. El mencionado autor cita todavía como argumentos artificiales de la Suprema Corte lo siguiente juzgado: *Burton v, Wilmington Parking Authority*, 365 U.S. 715 (1961), donde la Suprema Corte estadounidense equiparó los actos practicados por un restaurante a actos estatales porque él se localizaba en una área pública.

⁹⁷ Conforme Reinhold Zippelius. ZIPPELIUS, Reinhold. *Introdução ao estudo do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, página 130.

La segunda crítica está radicada en la pérdida de la claridad conceptual de las normas de derecho privado, en la hipótesis de aplicación de las normas de derecho fundamental en las relaciones privadas.

Siguiendo esta orientación Konrad Hesse apunta que la superposición del Derecho Constitucional con el Derecho Privado “*puede comportar una sensible restricción a la autonomía privada y, por eso, una considerable limitación de la libertad responsable, modificando de forma esencial, por lo tanto, la naturaleza y el significado del Derecho Privado*”⁹⁸.

Además, según Konrad Hesse, la baja densidad semántica de las normas de derechos fundamentales, en regla, amenaza la misión del Derecho Privado que debe tornar posible, con la aplicación de normas claras, detalladas y precisas (*rectius*, con alta densidad semántica) la modelación de las relaciones jurídicas privadas.

Sintetiza el mencionado jurista que “*la ventaja de una amplia validez y efectividad de los derechos fundamentales paga el precio de una cierta inseguridad jurídica y de pérdida de la autonomía del Derecho Privado*”⁹⁹.

5-) La adopción por Brasil y por Argentina de una *vulgata* de la teoría de la eficacia inmediata o directa de vinculación (alcance) dos derechos fundamentales.

Los Tribunales Superiores de Brasil y de Argentina, a pesar de haber juzgado casos involucrando la aplicación/vinculación de particulares a los derechos fundamentales, no estructuraron, de forma explícita, una tesis o modelo para a su resolución. Prevalece, por los casos juzgados en los Tribunales de los dos países, la idea de adopción de una *vulgata* de la teoría de la eficacia inmediata o directa de vinculación (alcance) de los derechos fundamentales.

En Brasil, el Supremo Tribunal Federal, al juzgar el recurso extraordinario RE nº 161243-6/DF¹⁰⁰, admitió la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones laborales. El caso involucraba la recusa de aplicación del reglamento de una empresa aérea (*Air*

⁹⁸ HESSE, Konrad. “Significado dos Direitos Fundamentais”. Traducción para la lengua portuguesa: Carlos dos Santos Almeida. In *Temas fundamentais de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, página 61.

⁹⁹ HESSE, Konrad. “Significado dos Direitos Fundamentais”. Traducción para la lengua portuguesa: Carlos dos Santos Almeida. In *Temas fundamentais de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, página 62.

¹⁰⁰ STF, RE 161243-6/DF, Segundo Grupo, Rel. Min. Carlos Veloso, DJ 19.12.1997. RTJ 172/604 (AgR).

France) a los empleados brasileños, únicamente en razón de su nacionalidad (*rectius*, lesión al principio constitucional de la igualdad).

Consta en la referida decisión que “*la discriminación que se basa en atributo, cualidad, nota intrínseca del individuo, como sexo, raza, nacionalidad, o credo religioso, etc., es inconstitucional*”. La fundamentación de la decisión, por lo tanto, no fue urdida con la preocupación (teórica) de evitar premisas generalizantes y monolíticas acerca el tema.

En el recurso extraordinario RE n° 158.215/RS¹⁰¹, el Supremo Tribunal Federal analizó un caso involucrando desobediencia de normas estatutarias, de entidad de derecho privado (Cooperativa Mixta São Luiz), en relación a la expulsión de algunos de sus asociados/cooperados (no observancia del procedimiento de expulsión de sus asociados/cooperados, previsto en su estatuto constitutivo).

La decisión proferida por el Supremo Tribunal Federal fue en el sentido de que “*la garantía de la amplia defensa está esculpida en precepto de orden público*”, no pudiendo ser desobedecida en ningún ámbito (público o privado). Fue deferido a los cooperados/asociados expulsados un derecho público subjetivo a ser reintegrados a la entidad privada y ser juzgados en los términos del estatuto constitutivo de la cooperativa. Por lo tanto, un tema evidentemente de naturaleza privada (descumplimiento de cláusulas estatutarias de cooperativa), se transmutó en una decisión de la Corte Constitucional de Brasil, involucrando la eficacia de derechos fundamentales.

El Tribunal Superior de Trabajo (Brasil), en diversos casos juzgados¹⁰², reconoce igualmente, de forma implícita, la aplicabilidad de la teoría de la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones laborales.

En Argentina, la Cámara Nacional de Apelaciones Civiles consideró que una empresa había incurrido en discriminación arbitraria contra las mujeres ante la manifiesta desproporción verificada en la contratación de hombres para tareas que podrían ser realizadas por mujeres¹⁰³.

¹⁰¹ RTJ 164/757 (758).

¹⁰² Por ejemplo: TST, RR n° 119037/2003-900-02-00.0, Tercer Grupo, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, DJ 31.08.2007. Caso involucrando la discriminación (lesión al principio de isonomía) relativo a la falta de pago (injustificado) de gratificación por despido, concedido a apenas algunos empleados. TST, RR 2195/1999-009-05-00.6, Primer Grupo, Rel. Min. João Oreste Dalazen, DJ 09.07.2004. Caso involucrando indemnización por daño moral, por lesión privacidad de empleada que era sometida a revista personal, y que tenía que desnudarse enfrente de representante del empleador. En este juzgado hay mención a la doctrina sobre la eficacia horizontal.

¹⁰³ Caso “Fundación de Mujeres en Igualdad c. Freddo (LA LEY 2003-B, 970), *apud* BADENI, Gregorio. *Manual de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: La Ley, 2011, página 320.

En el caso “Ratto”, la Sala V, de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, por mayoría de votos, reconoció existir tratamiento discriminatorio por parte de la empresa al gratificar algunos operarios en detrimento de otros, cuando todos realizaban las mismas tareas¹⁰⁴. Por afronta al art. 19, de la Constitución Argentina, la cuestión fue sometida a la Corte Suprema, que reconoció que el derecho del empleador de premiar a sus funcionarios se somete a su prudente juicio discrecional, bajo pena de desvirtuarse su ejercicio¹⁰⁵. Posteriormente, la Corte Suprema, en el caso “Fernández c. Sanatorio Güemes” ponderó que el trabajador que demuestre que se encuentra en igualdad efectiva con otro, tiene derecho a igual tratamiento¹⁰⁶.

En seguida, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo firmó posicionamiento en el sentido de que la reestructuración de una empresa no constituía un motivo objetivo que justificara la desigualdad en las retribuciones a sus empleados¹⁰⁷.

Así como en Brasil, las decisiones de las Cortes Superiores de Argentina, mencionadas anteriormente, no están dotadas de aportes teóricos sobre la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

6-) Conclusión.

Las conclusiones apuntadas en este trabajo no se restringen a enunciar una lista de los temas abordados. Al contrario, busca una reflexión, a partir de lo que fue analizado.

La teoría de la eficacia inmediata tiene mayor razón de ser en los países que adoptan el control concentrado de constitucionalidad, pues tal tarea se concentra en las Cortes o Tribunales Constitucionales (v.g., Alemania, España, Italia). Esta concentración del control de constitucionalidad en un órgano (Consejo, Tribunal o Corte), promueve con mayor énfasis/eficacia, la concretización de un “sentido de Constitución”, aquí, incluidos los límites de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

La “atomización” de la función de dador jurisdiccional (propio de los modelos difusos de control de constitucionalidad), en especial, sobre el tema involucrando la eficacia (alcance)

¹⁰⁴ CNTrab, Sala V, 14/12/64, “atto”, DT, 1966-449.

¹⁰⁵ CSJN-Fallos, 265:242.

¹⁰⁶ CSJN, 23/8/88, “Fernández c. Sanatorio Güemes”, DT 1989-580.

¹⁰⁷ CNTrab, Sala VII, 20/3/89, “Miller c. ENTel”, DT, 1989-1350, *apud* KIPER, Claudio Marcelo. *Derechos de las minorías ante la discriminación*. Argentina:Hammurabi – José Luis Depalma/Editor, 1998, página 240.

horizontal de los derechos fundamentales, genera en el área privada, inseguridad jurídica, conforme nos alerta Konrad Hesse, en la medida en que el derecho privado es suplantado por el Derecho Constitucional (fenómeno de la *constitucionalización del derecho privado*), quedando sometido a diversos entendimientos de jueces y órganos jurisdiccionales que normalmente, no adoptan un modelo o estructura para enfrentamiento del tema.

En Brasil y Argentina, la situación se agrava, ya que la *constitucionalización del derecho* suena como un “mantra jurídico”, en la medida en que no se identifica con claridad el posicionamiento doctrinario y jurisprudencial mayoritario, acerca del papel que la constitución desempeña en el ordenamiento jurídico.

La teoría de los derechos fundamentales, diseminada en el mundo occidental, promovió la adopción, por el Poder Judicial, de un “derecho sustantivo racional”, utilizado como instrumento de intervención prospectivo, orientado por principios, irguiendo su función creadora (en el sentido de promoción social y de control de la actividad política)¹⁰⁸.

En un mundo globalizado, marcado por la “hipercomplejidad” social, no solamente el Estado amplió sus actividades y funciones, sino que también la sociedad participa cada vez más del ejercicio del poder, siendo innegable la necesidad de tutela estatal contra los abusos de los detentadores de poder social y económico, generadores de desigualdades o discriminaciones.

Por las mismas razones expuestas anteriormente, la responsabilidad del dador jurisdiccional queda potencializada, pues decisiones involucrando la aplicabilidad de los derechos fundamentales en las relaciones privadas pueden causar serios impactos (económicos, sociales) para una determinada categoría de personas. En Brasil, Maria Tereza Sadek¹⁰⁹ coordinó una encuesta indagando a los magistrados sobre las motivaciones de sus decisiones judiciales. La mayoría (86,5%) verbalizó que se orientaba por parámetros legales. En el ámbito de la encuesta, se verificó también que a la mayoría (78,5%) le importaban las consecuencias sociales de sus decisiones, y una parte (36,5%) apuntaba para las consecuencias económicas. La conclusión del estudio apuntó que la falta de preocupación con los límites de decisión judicial, aún, daría oportunidad al cometimiento de excesos.

La sistemática procesal, tanto en Brasil como en Argentina, no está lista todavía para una resolución célere de los eventuales excesos que se puedan cometer por parte de órganos y miembros del Poder Judicial.

¹⁰⁸ Conforme QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, página 344.

¹⁰⁹ SADEK, Maria Tereza. *Magistrados: uma imagem em movimento*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

El problema, por lo tanto, reside en el modelo de control a ser adoptado. Según Virgílio Afonso da Silva¹¹⁰, la teoría de la aplicabilidad directa de los derechos fundamentales en las relaciones privadas es ampliamente minoritaria en prácticamente todos los países en que el tema es objeto de estudio sistemático. Para otros (v.g., Canotilho), la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, no es uniforme, reclamando soluciones diferenciadas.

El tema, en nuestro aspecto, tanto en Brasil como en Argentina, merece un análisis más detenido por parte de la doctrina y de la jurisprudencia, pues su análisis no debe limitarse al elenco de los posicionamientos doctrinarios y sus citas, con intuito de alcanzarse un *efecto evocativo secundario*, demostrando erudición. La discusión pasa necesariamente por la adopción y estructuración de un modelo (estructural y teórico) de aplicación de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

Esta estructuración puede ser realizada bajo el enfoque de adopción de la eficacia mediata (de forma de no prescindir de la actuación legislativa estatal y conferir mayor seguridad en las relaciones privadas) o de la concentración de la competencia (jurisdiccional, política, etc.) a determinado órgano (Tribunal, Consejo o Corte) para ejercer el control de constitucionalidad, con exclusividad.

Resta, por fin, la paradoja de la idea del “pensamiento único” (Ignacio Ramonet) acerca del “sentido de constitución”, más apto, bajo el enfoque economicista, atendiendo la realidad de un mundo globalizado contraponiéndose a la idea de garantía de la diferencia y de la pluralidad, propios de las Constituciones occidentales bajo su enfoque sustancial.

7-) Bibliografía

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Versión castellana: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BADENI, Gregorio. *Manual de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: La Ley, 2011.

BIDART CAMPOS, German J. & CARNOTA, Walter F. *Derecho Constitucional Comparado*. Buenos Aires: Ediar. Tomo II, 2000.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Droit Administratif Comparé*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo. 1973.

¹¹⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005, página 94.

DIAS, Jorge de Figueiredo (Org.). *Internacionalização do Direito no novo século*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

DUCAT, Graig R. *Constitutional Interpretation*. Belmont: West Thomson Learning. 17ª edição, 2000.

DROMI, José Roberto. *Sistema y valores administrativos*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2003.

FREITAS, Juarez de. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3ª edição, São Paulo: Malheiros, 2004.

GORDILLO, Agustín & FLAX, Gregorio (Orgs.). *Derechos Humanos*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo. 6ª edição, 2007.

HESSE, Konrad. “Significado dos Direitos Fundamentais”. Tradução para língua portuguesa: Carlos dos Santos Almeida. In *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito*. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993.

KIPER, Claudio Marcelo. *Derechos de las minorias ante la discriminación*. Argentina: Hammurabi – José Luis Depalma/Editor, 1998.

KOMMERS, Donald P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham and London: Duke University Press. 1997.

MANILI, Pablo Luis. *El bloque de constitucionalidad. La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires: La Ley. 2003.

MARTINS, Ives Gandra. *Uma breve teoria do poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NADAL, Fábio. *A constituição como mito. O mito como discurso legitimador da Constituição*. São Paulo: Método, 2006.

NADAL, Fábio & RIBEIRO, Vauleidir. *Direito Administrativo. Série Exame de Ordem*. São Paulo: Método. 7ª edição, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva. 12ª edição, 2011.

QUEIROZ, Cristina. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

RADBRUCH, Gustav. *Arbitrariedad legal y derecho supralegal*. Tradução: María Isabel Azareto de Vásquez. Argentina: Abeledo-Perrot, 1962.

ROSSUM, Ralph A. & TARR, Alan. *American Constitutional Law. Cases and interpretation*. New York: St. Martin Press. 3ª. edição.

SADEK, Maria Tereza. *Magistrados: uma imagem em movimento*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O Direito Público em tempos de crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Tradução para a língua portuguesa: Leonardo Martins (Org.), Beatriz Hennig, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldine Ferreira. São Paulo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VALE, Ionilton Pereira. “A eficácia horizontal dos direitos fundamentais: a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito privado”. In *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, volume 44 (outubro-dezembro 2010).

ZIPPELIUS, Reinhold. *Introdução ao estudo do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

**CONFLITOS ENTRE O DEVER DO ESTADO À PRESTAÇÃO DE SAÚDE
UNIVERSAL E A LIBERDADE RELIGIOSA DE TESTEMUNHA DE JEOVÁ:
ESTUDO DE CASO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N° 979742/AM.**

CONFLICTS BETWEEN THE STATE'S DUTY TO THE UNIVERSAL HEALTH
BENEFIT AND THE RELIGIOUS FREEDOM OF JEOVAH'S WITNESS: STUDY OF
CASE TO "RECURSO EXTRAORDINÁRIO N° 99742/AM."

Gustavo Costa Silva¹¹¹

Adriana Galvão Moura Abílio¹¹²

RESUMO: A Constituição Federal Brasileira estabelece o acesso gratuito à saúde pública como princípio universal através do Sistema Único de Saúde; entretanto, várias são as dificuldades enfrentadas para que esse serviço seja eficaz no país, além das inúmeras demandas travadas junto ao Poder Judiciário para garantir direitos. Também não seria diferente as dificuldades enfrentadas por cidadãos que precisam se socorrer do Poder Público para efetivar o direito à saúde e o direito à liberdade religiosa. Reside nestes direitos (saúde e liberdade religiosa) a tônica do presente artigo, que tem como objetivo analisar um recurso extraordinário – 97742/AM de uma pessoa testemunha de Jeová, que pleiteia na justiça uma cirurgia de acordo com os preceitos religiosos por ela adotados, ou seja, sem transfusão de sangue, o que seria um desafio para o Poder Público, além das particularidades que envolvem a matéria. Com a análise de diversos autores, a pesquisa guiou-se pelo método empírico dedutivo, através de livros, artigos científicos, julgados de tribunais e publicações de grandes meios de comunicação, a fim de compreender os elementos subjetivos e objetivos na colisão de princípios que se observa no caso concreto.

Palavras-chave: Liberdade Religiosa; Testemunha de Jeová; Direito à Saúde.

¹¹¹ Advogado, Formado em Direito pelo Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos (UNIFEB).
E-mail: gustavocosta.cs@gmail.com.

¹¹² Advogada - Sócia Galvão Moura Advocacia, possui graduação em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto, Doutorado em Direito pela PUC/SP, Bolsista do Programa CAPES/PROSUP, Mestrado em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Especialização em Direito Econômico e Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas - FGV. Atualmente é professora do curso de Direito do Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos (UNIFEB), do IMESB-VC em Bebedouro/SP. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Direitos Humanos e Direito do Trabalho. E-mail: drigm22@hotmail.com.

ABSTRACT: The Constitution of the Federative Republic of Brazil institutes free access to the public health as a universal principle through National Health System. However, there are many obstacles on its way that does not let this service really effective in the country, as well as the demand of people suing the State, requiring health solutions. Therefore, citizens also face obstacles to see their health and religious rights being accomplished as well. Their rights (health and religious liberty) is the purpose of this article what is to analyze an extraordinary case – 97742/AM of a Jehovah's Witness, who sued Public Power for a surgery with no blood transfusion, what would cost a high value to the public administration. Several academic titles were used in order to make this article. The research was followed by empiric deductive method, in other words, books, scientific articles, court decisions and relevant publications, with the purpose to understand the subjective and objective elements in the current collision of laws principles.

Keywords: Religious freedom; Jehovah's Witness; Right to health.

1 INTRODUÇÃO

Uma das classificações existentes sobre a correspondência da Constituição Federal com a realidade é a nominativa, ou seja, a carta magna busca alcançar o objetivo do bem-estar social, mas ainda carece de uma realização prática eficaz. Esse entendimento se valida, por exemplo, nos diversos problemas judiciais envolvendo conflitos entre a saúde e a liberdade religiosa.

O caso que será analisado no presente artigo destina-se a apresentar os fatos e desdobramentos referentes a um cidadão brasileiro testemunha de Jeová residente no estado do Amazonas que requer em vias judiciais que a União custeie um tratamento não coberto pelo Sistema Único de Saúde, tratamento este que facilmente seria realizado sem prejuízo ao erário público caso fosse possível a realização da transfusão de sangue negada em sua religião.

Para entender o problema em questão, no primeiro item serão transcritos alguns detalhes dos fatos apresentados no decorrer processual do respectivo caso, com a reprodução de alguns trechos das partes envolvidas, a fim de se inteirar detalhadamente do objeto. Com base nisso, será trazido em pesquisa todo o aporte constitucional que cobre a matéria envolvida, bem como será buscado no código de ética médica o comportamento médico em relação a este tipo de conflito.

Posto isso, em outro capítulo será abordado o comportamento das testemunhas de Jeová para a compreensão da importância de respeitar o direito pessoal e religioso dessas pessoas ao recusar a transfusão de sangue e como a jurisprudência brasileira lida com os processos judiciais em que o objeto problema se encontra na recusa da transfusão de sangue.

O item seguinte será destinado a compreender o papel na forma dos limites e da competência de cada ente federativo na prestação de assistência à saúde tida como universal e igualitária pela constituição e também será buscada na jurisprudência a resposta de como o Estado lida com casos judiciais de prestação de saúde que não estejam enquadrados no Sistema Único de Saúde em geral.

Por fim, serão apresentadas as conclusões do texto, com o objetivo de tentar responder sob a ótica do direito constitucional brasileiro e da realidade prática quem está certo na demanda, que atualmente não se é mais de fato e sim de direito no recurso extraordinário a ser julgado pelo Supremo Tribunal Federal sobre quais os limites da liberdade religiosa na requisição de particularidades no âmbito público.

2 ESTUDO DE CASO DO PACIENTE TESTEMUNHA DE JEOVÁ E O ESTADO DO AMAZONAS

Segundo relatos do RE nº 979742/AM, objeto de estudo do presente trabalho que neste tópico em partes se transcreve, no ano de 2017 a União, o Estado do Amazonas e o município de Manaus foram condenados pela Turma Recursal do Juizado Especial Federal do Amazonas e Roraima a custear um tratamento de saúde que atualmente não se encontra na rede do Estado para um cidadão por conta de suas convicções religiosas.

Inicialmente, o indivíduo, residente em Manaus, requereu judicialmente uma cirurgia de artroplastia total primária cerâmica a ser realizada na cidade de Itu, no interior do estado de São Paulo, além do custo da viagem, hospedagem, transporte e alimentação, tanto para si como também para um acompanhante durante o período do tratamento.

O processo, ao tramitar perante a 6ª Vara Federal da Seção Judiciária do Amazonas, teve julgado procedente o pedido com tutela de urgência sob o

fundamento dos artigos 196 e 198 da Constituição Federal, sob pena de responsabilidade civil, multa e crime de homicídio culposo.

Os fundamentos foram em tese de que tanto a União quanto os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possuem obrigação solidária de promover de forma efetiva a garantia constitucional da prestação de serviço à saúde, independentemente de qualquer divisão de cotas de responsabilidade prevista pela legislação infraconstitucional (vol. 1, p.35).

Na defesa da União, a mesma afirma ilegitimidade, pois sua competência dentro do SUS é apenas de mera gestora, e cabe diretamente aos municípios e Estados promoverem o efetivo tratamento dos pacientes. Já o Município de Manaus alegou sua incompatibilidade de legitimidade, pois o caso em questão é de nível complexo.

O Estado do Amazonas, por sua vez, também garante em juízo a falta de legitimidade, já que não é de competência estadual propor respectivo custeio, mas também o tratamento a ser custeado foi pedido em São Paulo, logo, um Estado não tem poder de inferir autonomia a outro ente da federação, devendo, portanto, ser papel da União. Nas palavras da defesa do Estado (vol.1, p.77):

O Estado não pode ser constrangido a custear os serviços de transporte e de atendimento médico solicitados pela parte Autora, não apenas porque não se insere em seu raio de competência tal matéria, mas, sobretudo, porque o mesmo não pode ser obrigado a prestar tratamento de saúde fora de seus limites territoriais, com clara violação ao poder de autogoverno do ente central e de Estados-membros.

Outro ponto também debatido na lide foi que com informações advindas do Ministério da Saúde, o autor já havia sido convocado para realizar a cirurgia necessária por uma vaga que se abriu após um cadastro no TFD (tratamento fora de domicílio), programa este que disponibiliza tratamentos de nível complexo fora de domicílio, e o requerente recusou na data agendada ser submetido ao procedimento cirúrgico, e por isso, a mora administrativa.

Diante disto, foi constatado nos laudos processuais que o autor recusou o tratamento agendado em 2014, pois o mesmo seria submetido a cirurgia com transfusão de sangue, o que viola sua índole religiosa. Assim, as requeridas declararam como uma afronta ao princípio da isonomia o autor

ajuizar determinado pedido, após ter, por arbítrio próprio, recusado realizar o tratamento no seu domicílio por questões peculiares religiosas.

Após recurso extraordinário, o Ministro Roberto Barroso (2018) declarou ser um caso de repercussão geral:

[...] exigir que o sistema de saúde absorva toda e qualquer pretensão individual, como se houvesse na Constituição o direito a um trunfo ilimitado, leva à ruína qualquer tentativa de estruturação de serviços públicos universais e igualitários. Dessa forma, deve-se ponderar não apenas qual bem constitucional deve preponderar no caso concreto, mas também em que medida ou intensidade ele deve ponderar.

Em virtude dessas considerações, existe o debate a ser estudado nos próximos itens deste trabalho sobre esse conflito de direitos fundamentais. No caso em tela, a liberdade de crença religiosa do autor e o dever fundamental do Poder Público de promover, proteger e recuperar a saúde, mediante a elaboração de políticas públicas que garantam o atendimento universal e igualitário à sociedade.

2.1 Aporte constitucional sobre a matéria

Após essa importante análise processual, é possível verificar que existe um conflito entre os direitos pretendidos por um único indivíduo e os direitos coletivos de responsabilidade do Estado para satisfazer o bem-estar social sob a ótica dos princípios da isonomia e da razoabilidade.

Antes de tudo, o autor Luiz Antônio Rizzatto Nunes (2002, p.23) destaca que, baseado no contexto histórico internacional social e também do próprio país, o Brasil inaugurou um ordenamento jurídico pautado no princípio histórico da dignidade da pessoa humana como fundamento e valor supremo de um Estado Democrático de Direito.

Quando, no referido caso, a testemunha de Jeová solicita judicialmente a cirurgia de artroplastia sem a transfusão de sangue, ele está invocando seus direitos fundamentais respaldados no art. 5º da Constituição Federal.

Tais direitos fundamentais consistem em liberdade religiosa, saúde, e por consequência a vida, já que a saúde é uma qualidade essencial para que o primeiro possa ser mantido; além disso, todos estes direitos são abrigados sob a égide da interpretação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Em contrapartida o Estado tem o dever de assegurar a todos o direito à saúde, promovendo assistência de forma gratuita mediante políticas públicas e também econômicas, visando um atendimento universal e igualitário conforme expressa o art. 196 da Constituição Federal.

Sobre o conceito de saúde, a autora Regina Tavares da Silva (2009) define como:

O bem-estar físico e psíquico, relevante para a pessoa individualmente considerada e para a sociedade, já que a doença, se contagiosa for, gera o risco de propagação generalizada, e, mesmo que não o seja, desfalca a interação produtiva, deixando o ser doente de ser contribuinte ativo para tornar-se ônus para todos.

Alexandre de Moraes (2014, p.30) realça que nenhum direito fundamental é ilimitado; os direitos encontram limites dentro do próprio sistema normativo, e assim sendo, não pode ser escusa de nenhum indivíduo para práticas ilícitas ou até mesmo para pedidos extraordinários ao Estado.

Com base nisso, o autor Ingo de Sarlet (2016) expõe que uma das dificuldades referentes ao estudo do direito à saúde é justamente entender o alcance do seu objeto e seus limites objetivos e subjetivos, gerando a discussão em torno da possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo individual ou coletivo a prestações na área da saúde.

Para melhor compreensão, é preciso destacar o entendimento de Dirley Jr. da Cunha (2012, p.28) de que a constituição em sua interação com os fenômenos da vida política e social deve-se moldar e evoluir perante a sociedade que acompanha e, por conseguinte, seu sistema jurídico deve ser compreendido como um conjunto de normas-regras e normas princípios.

As normas regras seguem o conceito de Dworkin (*apud* Gomes, 2005) do “all or nothing”, objetivando regulamentar determinada situação, se esta ocorre ela incide, caso contrário não, de encontro aos princípios, que são

segmentos gerais do ordenamento jurídico e, diferentemente das normas, têm caráter abstrato, valendo-se da interpretação jurídica.

A principal diferença entre as duas modalidades de normas acontece quando existe uma colisão entre elas. No entendimento de Robert Alexy (*apud* Cunha, 2012, p.30) na obra Teoria dos Direitos Fundamentais:

Na colisão entre princípios – e isso ocorre quando um princípio veda o que o outro permite – um deles deve ceder. Assim, no tocante aos princípios, cuja sobrevivência pode ser conflituosa, vigora a ideia de peso ou valor ou importância, de modo que o princípio de maior peso ou valor ou importância é o que deve preponderar no caso concreto. Com relação às regras, cuja sobrevivência é antinômica, não é possível o conflito: uma regra vale ou não vale.

Portanto, quando há um conflito entre dois princípios é preciso haver uma ponderação entre ambos e sobressair-se o mais importante, de preferência que nenhum direito seja extinto pelo outro, e sim que prevaleça uma harmonia justa entre eles, adequando proporcionalmente o peso de cada um no caso concreto.

Nesse contexto, Humberto Avilla (2011, p.38) precisa ainda mais o conceito proposto por Alexy, deixando evidente que no campo dos princípios o conceito de Dworkin não é válido, de forma que nenhum direito possa ser esvaziado em detrimento de outro, e sim que seja buscada a harmonia entre ambos.

Nas suas palavras:

A distinção entre princípios e regras – segundo Alexy – não pode ser baseada no modo tudo ou nada de aplicação proposto por Dworkin, mas deve resumir-se, sobretudo, a dois fatores: a diferença quanto à colisão, na medida em que os princípios colidentes apenas têm sua realização normativa limitada reciprocamente, ao contrário das regras, cuja colisão é solucionada com a declaração de invalidade de uma delas ou com a abertura de uma exceção que exclua a antinomia; diferença quanto à obrigação que instituem, já que as regras instituem obrigações absolutas, não superadas por normas contrapostas, enquanto os princípios instituem obrigações *prima facie*, na medida em que podem ser superadas ou derogadas em função dos outros princípios colidentes.

De forma complementar, Moraes (2014, p.30) também esclarece:

[...] quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

Com base nisso, na garantia de assistência à saúde pelo Estado é preciso verificar a reserva do possível que se faz do binômio do princípio da razoabilidade da pretensão e a disponibilidade do Estado.

Portanto, a reserva do possível só será de fato um obstáculo dos direitos sociais se o Estado comprovar que não tem realmente condições de dispor as custas necessárias para promover de forma razoável o tratamento, respeitando o princípio da dignidade; essa condição será abordada em outro tópico no decorrer do trabalho.

2.1.1 Princípio da isonomia e a liberdade religiosa no ordenamento jurídico

Durante o andamento do processo, foi alegado pelas rés que oferecer o tratamento pedido com a opção de ser realizado sem transfusão de sangue feriria o princípio da isonomia, pois o Estado estaria privilegiando um indivíduo em detrimento de outros por conta de preferências pessoais.

Primordialmente o Brasil, assim como vários outros estados da modernidade, é um país laico nas letras do artigo 19 da Constituição Federal, que aponta a separação entre igreja e Estado. Na íntegra:

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
I – estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público. [...]

Conforme aponta Roberto Arriada Lorea (2008, p.17), existe uma faceta multicultural muito presente na arte, na gastronomia, no folclore, nas danças, mas não é tão expressiva na religião, ainda que exista.

Em 2008 o Brasil era o terceiro país mais religioso na América Latina, perdendo apenas para Argentina e Bolívia, com 73,6% da população sendo católica, 15,4% evangélica, 3,6% de religiões diversas e apenas 7,4% sem religião pré-definida (Oro, 2008, p.89).

Este é o resultado da formação muito forte do país em conjunto com o cristianismo trazido pelos portugueses durante o período colonial através dos jesuítas pela formação da Companhia de Jesus (Hernandes, 2010, p. 222).

Estatísticas do JW.org (2019) indicam que o país atualmente conta com aproximadamente 869.537 evangelizadores, ou seja, para cada 240 brasileiros, um é testemunha de Jeová. Comparativamente, o censo demográfico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) referente ao ano de 2010 apontou 1.393.208 pessoas que se afirmaram testemunhas de Jeová no país.

Sabe-se que a Constituição Federal traz a liberdade religiosa expressa no art. 5º, VI: “É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”. Outros incisos do mesmo artigo também destacam a garantia da liberdade de crença.

Entretanto, assim como todos os outros direitos fundamentais tidos como invioláveis, com a liberdade religiosa não seria diferente, havendo restrições interpretativas e também normativas.

Consta no artigo 5º da Constituição Federal, em seu inciso VIII, que: “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”.

Sobre o significado de escusa, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes (*apud* Marques, 2014) define como “a forma máxima de respeito à intimidade e à consciência do indivíduo. O Estado abre mão do princípio de que a maioria democrática impõe as normas para todos, em troca de não sacrificar a integridade íntima do indivíduo”.

Compreende-se então que um cidadão não pode usar suas crenças pessoais de esfera privada para negar-se a pagar um imposto, pois ele não pode ignorar que ainda que possua sua religião vive em um ambiente público regido por um ordenamento jurídico e social.

Nesse sentido, recentemente vêm despontando diversos conflitos na esfera pública envolvendo a liberdade religiosa, reconhecidos como repercussão geral pelo STF, vide

exemplos da data alternativa de realização de concursos públicos para praticantes da guarda sabática (RE 611874), possibilidade de fotos com indumentárias em documentos de identificação (RE 859376) e sobre o ensino religioso de forma confessional nas escolas (ADI 4439), já declarado como constitucional em jurisprudência.

Além disso, outro julgamento importante do Supremo Tribunal Federal foi a respeito da legalidade da prática de abate de animais para cultos e rituais religiosos, em recurso extraordinário (RE 494601) do relator ministro Marco Aurélio, que diferentemente de casos como a vaquejada, rinha de galo e outros com finalidades culturais e desportivas, foi julgada constitucional.

O Tribunal deliberou a decisão, assim definida:

O Tribunal, por maioria, negou provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Ministro Edson Fachin, Redator para o acórdão, vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio (Relator), Alexandre de Moraes e Gilmar Mendes, que também admitiam a constitucionalidade da lei, dando-lhe interpretação conforme. Em seguida, por maioria, fixou-se a seguinte tese: “É constitucional a lei de proteção animal que, a fim de resguardar a liberdade religiosa, permite o sacrifício ritual de animais em cultos de religiões de matriz africana”, vencido o Ministro Marco Aurélio. Não participaram da fixação da tese os Ministros Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 28.03.2019.

Semelhante a esses dilemas, ainda é polêmica na França a lei sancionada em 2011 como forma de segurança nacional e garantia da ordem pública que vedou a prática de cobrir o rosto em locais públicos. Segundo reportagem da revista Deutsche Welle (2016), essa medida afetou principalmente as mulheres muçulmanas do país que costumam, pela cultura religiosa, utilizar véus islâmicos como a burca ou *niqab*, mas conforme publicação no Jornal Nexo (2017), foi declarada como legítima em 2014 pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos como uma forma de preservação da laicidade do país.

O ponto de vista entre aqueles que não aprovam a lei é de que esta viola o princípio da livre convivência, gerando uma divisão social por intolerância religiosa, e ainda que as mulheres de religião muçulmanas são a exceção no país, não devendo ser o foco e nem mesmo representação de perigo

à população (Ciganeiro, 2016). Segundo dados do Ministério francês, apenas 908 mulheres foram multadas em toda a vigência da lei, muitas delas reincidentes.

Nesse viés, o país precisa analisar delicadamente qual o impacto dos efeitos de permitir ou não que as liberdades religiosas possam expressar sua autonomia peculiar abertamente na sociedade, pois cada conflito religioso e social possui nuances específicas.

Além disso, deve-se ter ciência de que aplicar a isonomia na sociedade não é necessariamente padronizar um comportamento restringindo direitos, e sim buscar o ideal social aplicando o conceito aristotélico de igualdade: tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

2.2 A Responsabilidade Médica à luz da Bioética e do Biodireito

A medicina atual avançou em níveis inimagináveis em diversos âmbitos da saúde, e um deles é na possibilidade de prolongar a vida do indivíduo por muitos anos de maneira artificial.

Entretanto, nem sempre esses métodos tecnológicos podem ser utilizados de maneira que possa ser considerada digna pela pessoa, afinal, no entendimento dos autores Natália Karolensky e Hamilton Henriques (2014, p.276), esse processo já não busca a cura da moléstia e sim apenas o adiamento da morte, o que acaba gerando, por exemplo, várias discussões a respeito da ortotanásia e da eutanásia na relação paciente e médico.

De forma semelhante, explica Aldir Guedes Soriano (2001) que os médicos encontram dilema com testemunhas de Jeová na recusa da transfusão de sangue, isso porque o paciente, quando perde 30% de sangue, sofre o processo de choque hipovolêmico, que o faz correr iminente risco de vida, que pode ser facilmente evitado com uma transfusão; entretanto, para os adeptos dessa religião tal procedimento não é uma opção.

Negar o ato da transfusão em face de preferir morrer tem impactos muito além da autonomia da própria pessoa, acarretando em efeitos jurídicos para o hospital e ao próprio médico, que não fez o que estava em seu alcance para salvar o paciente.

O Código de Ética Médica é claro em seus artigos 46 e 56, de que o médico sempre deve informar o paciente sobre o procedimento que irá realizar, bem como dos riscos do mesmo,

para que obtenha a autorização do próprio paciente ou responsável; da mesma forma, é antiético ultrapassar a autonomia do paciente e executar algum procedimento de qualquer natureza contra sua vontade.

Nesse entendimento, o Conselho Federal de Medicina tratou do tema sobre conflitos éticos de maneira que quando o paciente estiver inconsciente ou de alguma maneira impossibilitado de comunicar-se, devem prevalecer as suas diretrizes antecipadas de vontade, que sempre se sobrepõem ao desejo dos familiares e a qualquer outro parecer não médico.

Já nos casos em que não tiver sido manifestada a vontade do paciente, a Resolução nº 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina dispõe que deve-se então consultar um representante que tenha sido designado pelo mesmo e, na falta deste, o médico deve recorrer ao Comitê de Bioética da instituição, caso exista, ou, na falta, à Comissão de Ética Médica do Hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina.

Sobre a seguinte Resolução, entende o autor Henrique Moraes Prata (2017, p.188) que ainda existe muita insegurança sobre o tema, principalmente pelo fato de as diretrizes de vontade do paciente serem expressas na forma oral, e que, se anotadas em junta médica e não apenas por médico singular, trariam mais segurança jurídica a respeito dos procedimentos médicos. Nas suas palavras:

Não obstante, apesar da novel Resolução CFM n. 1995/2012, a ausência de legislação sobre a matéria deixa um vácuo de insegurança sobre os limites dessas declarações, o que faz com que alguns tabeliães se neguem a acolhê-las, como pudemos perceber em nossas pesquisas de campo.

Entretanto, o art. 1º do Código de Ética Médica permite ao médico se abster de todos esses preceitos quando em caso de risco iminente de vida, afinal de contas o princípio fundamental da medicina é o de zelar pela saúde do ser humano, usando o que há de melhor na sua capacidade profissional.

Mas essa capacidade em seu ápice não significa necessariamente realizar cirurgias apenas com a transfusão de sangue, pois atualmente inúmeros são os procedimentos alternativos descobertos e estudados com a possibilidade de execução sem sangue, de acordo com Fabiano da Costa Lima de Sá (2000, p. 323).

Para o médico hematologista Dr. Murilo Carvalho Martins (apud De Sá 2000, p.330), professor e responsável pela disciplina de Hematologia na Universidade Federal do Ceará, de C.R.M 215:

[...] uma transfusão só deve ser feita quando realmente necessária, pois, se for possível outro procedimento, ele o adotará e orientará seus alunos neste sentido. Contudo existem realmente casos em que só uma transfusão pode salvar a vida e isso deve ser analisado caso a caso.

Portanto, mais uma vez percebe-se que a recusa da transfusão de sangue deve ser analisada caso a caso, uma vez que essa negativa médica pode acarretar diversos problemas ou não, dependendo do caso concreto.

3 TESTEMUNHA DE JEOVÁ E A RECUSA À TRANSFUSÃO DE SANGUE

As testemunhas de Jeová, conforme explica o autor Rodrigues Tereza Vieira (2006, p.56), portam um documento chamado “Diretrizes sobre tratamento de saúde e isenção para a equipe médica”, no qual consta a necessidade dos praticantes da religião de aceitarem apenas tratamentos alternativos e a recusa total à transfusão de sangue.

Para elas, a Bíblia expressa claramente a necessidade de ter o respeito com o sangue do próprio corpo, conforme uma passagem em Atos dos apóstolos, no Novo Testamento:

Com efeito, parecem bem ao Espírito Santo e a nós não impor outro peso além do seguinte indispensável: que vos abstenhais das carnes sacrificados aos ídolos, do sangue da carne sufocada e da impureza. Dessas coisas fareis bem de vos guardar conscientemente.

Assim, para elas recusar sangue de terceiros é manter a integridade do próprio corpo, além de respeitar o sangue como ele deve ser respeitado, muito além de um instrumento médico, mas divino e intocável.

Este é um entendimento majoritário para essa religião, e não há meios das pessoas mudarem o cerne desse conceito; a prática da transfusão de sangue viola a dignidade e a moral dessas pessoas, que preferem de fato morrer a se submeter a estes tipos de tratamentos médicos. Para elas, é a prova de suas crenças em Deus, e de que seguindo os ensinamentos dispostos na Bíblia conseguirão a redenção no reino do céu (De Sá, 2000).

Exatamente por isso, muitas organizações de apoio a testemunhas de Jeová buscam cada vez mais estabelecer vínculos com hospitais para promover a demanda e incentivar o uso de tratamentos alternativos no país para os praticantes da religião. O resultado dessas comissões é que no mundo todo já existem aproximadamente 40.000 médicos dispostos a executar tratamentos sem a transfusão de sangue (De Sá, 2000).

Pode-se concluir desse processo de luta religiosa pelos direitos a tratamentos médicos sem transfusão de sangue que as testemunhas de Jeová, embora prefiram morrer a se submeterem a essa modalidade médica, não querem morrer. Não se trata do conflito entre a liberdade religiosa e a vida, e sim da busca pela vida e pelo viver digno.

3.1 Entendimento Jurisprudencial sobre a recusa à transfusão de sangue pelas testemunhas de Jeová

Como disposto acima, sobre a situação em que se encontram as testemunhas de Jeová no Brasil, será de extrema importância passar a analisar neste presente tópico algumas decisões dos tribunais em conflitos envolvendo a recusa à transfusão de sangue e a liberdade de crença.

Segue a primeira ementa:

SAÚDE. CIRURGIA. TESTEMUNHA DE JEOVÁ. Distinções, na prestação do serviço público de saúde, para atender às convicções religiosas ferem o direito à igualdade na repartição dos encargos públicos. Daí que a liberdade de religião garantida a todos pela Constituição da República não assegura o direito à pessoa humana de exigir do Estado prestação diferenciada no serviço público para atender às regras e as práticas da fé que professa. Negado seguimento ao recurso (TJ do RS, 2014).

Semelhante ao caso estudado neste trabalho, o caso julgado na ementa acima traz uma testemunha de Jeová que apelou perante a Vigésima Segunda Câmara Cível do Rio Grande do Sul e teve o recurso indeferido.

Observa-se que o fundamento é de que o Estado não deve custear tratamento alternativo por convicções religiosas em face da administração pública, uma vez que a liberdade religiosa consiste na abstenção do Estado.

Pode-se entender então dessa afirmativa que o Estado age sem interferir na escolha religiosa das pessoas, mas também de igual maneira não passa a custear a religião com tratamentos de saúde personalizados ou outras ações positivas que não estejam previstas na Constituição.

Deste julgado em diante, pode se perceber que os tribunais brasileiros adotam a laicidade estatal na forma da ação negativa do Estado em quaisquer casos que possam configurar privilégios religiosos em demandas que envolvem a administração pública.

A próxima ementa trata de um pedido de uma testemunha de Jeová pelas vias administrativas por um medicamento que funcionaria como uma alternativa a determinado procedimento sem transfusão de sangue.

O pedido em face de agravo de instrumento foi indeferido, uma vez que o medicamento não comprova a certeza da não necessidade de transfusão, o que acarreta em apenas mais custos para a administração pública em cima de uma incerteza.

Posto isso, faz-se necessário analisar outro caso:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PARA TRATAMENTO ONCOLÓGICO. LIBERDADE DE CRENÇA RELIGIOSA. TESTEMUNHA DE JEOVÁ. MEDICAMENTO DE EFICÁCIA NÃO COMPROVADA. SUBSTITUIÇÃO DE TRANSFUSÃO SANGUÍNEA. IMPOSSIBILIDADE. Em razão da demora em surtir efeito da medicação requerida como alternativa a transfusão de **sangue**, não se inibe o risco na fase aguda de comprometimento medular, nem se afasta a necessidade de transfusão sanguínea, não sendo recomendável a utilização de medicamento do qual a eficácia não está comprovada adotada somente como terapêutica alternativa, quando há alguma restrição clínica ao uso de hemoderivados. (TRF, 2018).

Em sentido contrário ao das decisões vistas, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais deferiu o pedido de recusa à transfusão de sangue em paciente no processo de quimioterapia, caso houvesse o risco da mesma afetar o sistema imunológico, sendo necessária a transfusão, sob a alegação de que sendo a paciente pessoa lúcida e dotada de autodeterminação e capacidade civil, pode decidir sobre os atos individuais da própria vida. Segue a ementa:

EMENTA: PROCESSO CIVIL. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA ANTECIPADA. CASO DAS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. PACIENTE EM TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO. TRANSFUSÃO DE SANGUE. DIREITO À VIDA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E DE CRENÇA. - No contexto do confronto entre o postulado da dignidade humana, o direito à vida, à liberdade de consciência e de crença, é possível que aquele que professa a religião denominada Testemunhas de Jeová não seja judicialmente compelido pelo Estado a realizar transfusão de sangue em tratamento quimioterápico, especialmente quando existem outras técnicas alternativas a serem exauridas para a preservação do sistema imunológico. - Hipótese na qual o paciente é pessoa lúcida, capaz e tem condições de autodeterminar-se, estando em alta hospitalar. (TJMG, 2018).

De acordo com o julgado, não se pode obrigar um indivíduo a submeter-se a qualquer tipo de procedimento que esteja contra a sua natureza, e deferir o pedido de não ser submetido a transfusão de sangue é, além do respeito à liberdade de crença, também o respeito à dignidade da pessoa humana.

Portanto, pode-se concluir que os Tribunais vêm decidindo contra a individualidade das testemunhas de Jeová na recusa à transfusão de sangue em âmbito público, ou seja, quando pleiteiam nas vias judiciais o custeamento pelo Estado de um medicamento ou cirurgia. Interessante notar que dentre as decisões, esta última, em que foi concedido o deferimento do pedido do autor de recusa à transfusão de sangue, era a única que não envolvia obrigação de fazer por parte do Estado.

4 LIBERDADE RELIGIOSA E A SAÚDE PÚBLICA

A Constituição atribui ao poder público diversas tarefas de execução do serviço público de saúde, como o estabelecimento do Sistema Único de Saúde (SUS), a concessão da iniciativa privada para promover bens e serviços na área da saúde e o encargo da competência aos legisladores para a regulamentação dessa área. Nas palavras da autora Natale de Souza (2016, p.37):

O título VIII, Seção 2, “da saúde”, é composto por 5 artigos. São eles: 196, 197,198,199 e 200. Neles, encontraremos a obrigação do Estado em prover o acesso às ações e serviços de saúde, como o sistema deve ser organizado as diretrizes, a participação complementar da rede privada e algumas das atribuições do sistema único de saúde. Lembre-se que é a partir dessa carta magna que a saúde passa a ser incluída, ou seja, universal e igualitária. Sendo mais clara: aqui nasce o SUS.

Nesse sentido, a Carta Magna no seu art. 30, inciso VII, prevê que o atendimento e prestação de saúde à população será de competência dos Municípios, com a cooperação técnica e financeira da União e dos Estados, e conforme o art. 198 da mesma, ainda será de forma integral, descentralizada e hierárquica.

Em complemento a isso, está expresso no Blog do Planalto (Brasília/DF, 2014) que é da responsabilidade da União coordenar os sistemas de saúde de alta complexidade e por meio do Ministério da Saúde planejar e fiscalizar o SUS em todo o país. Compete aos governos estaduais os

atendimentos complexos da região, criar as políticas de saúde, ajudar na execução das políticas nacionais e realizar o repasse das verbas.

E por fim, é de competência municipal garantir a assistência básica à saúde e prestar os serviços na localidade, e também criar em parceria com os Estados políticas de saúde, utilizar adequadamente as verbas repassadas, bem como organizar os laboratórios, hemocentros e administrar os serviços de saúde, até mesmo os mais complexos.

Entretanto, ainda que cada ente federativo tenha seu âmbito de competência na gestão do SUS, já afirmou o STF (2018) que: “constitui obrigação solidária dos entes da Federação o dever de tornar efetivo o direito à saúde em favor de qualquer pessoa, notadamente de pessoas carentes”, logo, não devendo em síntese qualquer dos entes federados se eximir da responsabilidade na prestação de saúde na alegação de ser ilegítima em polo passivo processual, pois a saúde ainda é um dever do Estado conforme o art. 196 da Constituição Federal.

Durante o recurso, também foi alegada pelos entes a incompetência do poder judiciário na intervenção em atos administrativos, pois a proferida sentença condenatória, na obrigação de fazer, fere o princípio da separação dos poderes.

Também compartilha este pensamento a doutrinadora Maria da Silva Zanella Di Pietro (2017, p. 997):

O judiciário não tem funções de planejamento, não tem competência em matéria de destinação de recursos orçamentários, ele não pode determinar à administração que transfira recursos de uma dotação para outra, pois, se o fizer, estará se substituindo ao legislador. O Judiciário é intérprete e aplicador da lei e não pode decidir contra ela, a menos que declare sua inconstitucionalidade.

Referente a essa intervenção, o Ministro Roberto Barroso (2015) expressa o seguinte entendimento:

[...] permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: (a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado; (b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao

mesmo resultado com menor ônus a um direito individual (vedação do excesso); (c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha.

Dessa forma, é preciso se lembrar do dispositivo do art. 5º, inciso XXXV, que trata sobre a inafastabilidade do poder judiciário. Ainda que os poderes executivo, legislativo e judiciário sejam autônomos e fiscalizadores um do outro, todo direito fundamental gera direito público subjetivo, e se existe lesão ou ameaça a direito, o acesso à justiça deve ser requisitado e não pode ser ausente.

Ou seja, o juiz precisa verificar e sentenciar da maneira mais razoável possível se os atos administrativos pautados nos princípios da própria esfera e da Constituição Federal estão sendo adequados à possibilidade e ao objetivo do caso concreto, com o menor número de perdas possível, e, de outro lado, se o objetivo do autor é razoável às condições do ente público, sendo realmente pedido aquilo que se faz estritamente necessário.

Assim, na garantia de assistência à saúde pelo Estado é preciso verificar a teoria da reserva do possível em cada caso individualmente para se obter uma medida satisfatória. Tal teoria será abordada com mais detalhes no item seguinte.

Seguindo este mesmo alinhamento, a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça (*apud* Revista Consultor Jurídico, 2018) demarca que a solicitação de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige o cumprimento de alguns requisitos, como a incapacidade financeira do paciente, a comprovação por meio de laudo médico da necessidade do medicamento para o tratamento junto da ineficácia dos disponíveis na rede do SUS, além do registro do medicamento pretendido pela ANVISA.

Depreende-se, então, que é perfeitamente possível conceder medicamentos que não são cobertos pelo SUS quando estes forem essenciais para a manutenção da saúde da pessoa, bem como comprovada a carência da mesma em não ter condições financeiras para arcar com o custo por conta própria. De maneira análoga, portanto, deve-se empreender quando se trata de cirurgias ou aparelhos necessários não cobertos dentro do plano do SUS, conforme a ementa abaixo:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. MANDADO DE SEGURANÇA. PORTADOR DE MIOCARDIOPATIA CHAGÁSICA CRÔNICA. NECESSIDADE DE IMPLANTAÇÃO DE CARDIOVERSOR-DEFIBRILADOR AUTOMÁTICO PARA GARANTIR A SOBREVIVÊNCIA DO IMPETRANTE. PROCEDIMENTO NÃO COBERTO PELO SUS. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. PERDA DO OBJETO. NÃO-OCORRÊNCIA. SITUAÇÃO FÁTICA CONSOLIDADA. (TRF 1ª Região, 2018).

Logo, o Ministério da Saúde e a União Federal devem providenciar os meios necessários para garantir a prestação adequada de saúde para aquele que corre risco de vida ou é portador de doença grave e irreversível.

4.1 Recurso Extraordinário nº 97742/AM ante a aplicação da reserva do possível e do mínimo existencial

Como já elencado, os conflitos entre os princípios vigentes neste recurso são em destaque os princípios da dignidade da pessoa humana em face do princípio da razoabilidade, ou seja, é necessário que a medida adotada pelo Estado para resolver tal situação seja aquela menos gravosa para os dois polos do processo, que respeite o mínimo existencial da pretensão do autor, mas que também respeite a reserva do possível.

A reserva do possível, explica o autor Franklin Gonçalves Batista (2016), é uma teoria originada no direito alemão a respeito da razoabilidade do objeto que uma pessoa deve buscar na tutela do Estado. No Brasil existem diversas discussões sobre uma possível definição, mas a teoria vem sendo comumente utilizada como justificativa sobre a escassez de recursos públicos na falta de garantias de direitos constitucionais.

A ADPF 45 (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) do Min. Celso de Mello (2004) expressa que a reserva do possível é um limite imposto para que o Estado não arque descontroladamente e inconsequentemente com despesas exorbitantes que vão além da possibilidade efetiva dos recursos públicos.

Nesse sentido, de acordo com o autor Daniel W. L. Wang (2008, p.539), para cumprimento de um direito de segunda geração, é preciso que esteja

em alinhamento com o binômio razoabilidade do pedido e disponibilidade financeira da administração pública para uma efetiva tutela do Estado.

Para Marcelo Alexandrino (2013, p. 253), dessa forma o julgado assegura ao mesmo agir conforme o possível financeiramente, seja concedendo total ou parcialmente a tutela pretendida com base no que for devidamente demonstrado, embora jamais a reserva do possível possa atuar como um “salvo conduto” para que o Estado se escuse de suas obrigações.

Conclui-se a partir dessa ADPF que o direito à saúde, bem como os demais direitos sociais de segunda geração, não são absolutos, assim como qualquer outro direito fundamental; logo, se o Estado não pode deixar de cumprir o mínimo pretendido anulando direitos constitucionais, também não pode ser desdobrar em objetivos impossíveis e prejudiciais ao erário.

Para Di Pietro (2017, p.997), a reserva do possível nem sempre é aceita, pois quando se trata de direitos fundamentais, o Poder Judiciário sempre ordenará a alocação de verba orçamentária para tal fim; essa realidade se tornando uma regra traz sérios prejuízos ao erário. *In verbis*:

O custo global das prestações positivas assim obtidas é de tal ordem que acaba por praticamente obrigar ao administrador público a destinar, para esse fim, verbas que estariam previstas no orçamento para atender outros objetivos.

Entende-se que permitir ao Estado agir em pretensões individuais como esta atrapalha todo o planejamento coletivo da administração, como, por exemplo, em se tratando de saúde, bancar um tratamento muito caro para apenas um indivíduo traz o prejuízo do gasto de dinheiro que a *priori* estaria destinado à construção de um hospital público para o tratamento de inúmeras pessoas.

Descendo-se aos lindes do caso concreto, o RE/979742-AM (vol.1, p.5) ilustra que o autor socorre-se do judiciário para que o Estado custeie uma cirurgia de artroplastia primária total cerâmica a ser realizada na cidade de Itu, no interior do estado de São Paulo, como também as passagens aéreas e a hospedagem enquanto durar o período do tratamento, além de oferecer ajuda de custo para suprimentos e despesas com alimentação e transporte, tudo isso para o autor e um acompanhante.

Mecanismos existem, pois por parte do Estado é possível custear o transporte aéreo e as diárias de alimentação e hospedagem para o paciente e acompanhante, desde que a União, no caso, confirme o agendamento da cirurgia no hospital indicado para autorização do procedimento (vol.1, p.97).

Essa possibilidade ocorre por meio do sistema do TFD (tratamento fora de domicílio) disposto na Portaria nº 55, de 24 de fevereiro de 1999, do Ministério da Saúde, para casos complexos de alto risco, quando esgotados todos os meios de tratamento no próprio município, observando um teto financeiro para cada município e estado para execução das atribuições.

O grande questionamento é até que ponto pode ser realizado tal tratamento conforme pleiteado judicialmente com base no teto financeiro disponível no erário, já que a estimativa do orçamento definitivo que incide nesse tratamento não é possível de se calcular com os dados disponíveis no processo.

Fato é que a administração pública na gestão do SUS já tratou de todos os requisitos presentes no caso deste recurso em estudo, seja em lidar com procedimentos não cobertos pelo programa, seja em regular os tratamentos que só possuem execução em outro local que não no município do requerente, e a saber que a mesma possui polo passivo, conforme já entendido em diversos casos envolvendo a saúde pelos tribunais do país.

5 CONCLUSÃO

Pode ser entendido de maneira geral que uma testemunha de Jeová, no momento em que recusa a transfusão de sangue, coloca em xeque seu direito à vida e à saúde com o seu direito de liberdade de crença; entretanto, isto não acontece no caso estudado, pois ao apresentar e exigir do estado um tratamento opcional, o requerente está buscando na verdade justamente a conciliação destes elementos.

Dessa forma, o principal problema encontrado no âmbito deste recurso extraordinário se encontra no conflito entre o direito à vida, à saúde e à liberdade religiosa, ou, simplificando, o princípio da dignidade da pessoa humana em face aos princípios da razoabilidade e da isonomia.

Assim, presente uma colisão de princípios, o ideal, por parte dos doutrinadores estudados, é que diferente da norma regra, os princípios, por seu caráter abstrato, devem ser equilibrados quando em conflito, de forma que nenhum necessariamente vede o outro, mas sim que haja uma relação harmônica entre eles, ainda que prevaleça o mais prioritário.

Nesse entendimento, é possível pensar que o Estado não poderia se omitir de prestar a assistência devida ao requerente por descumprimento desse preceito, pois o resultado que ele deve buscar no final da equação é o menos gravoso, imediatamente se pensaria em preservar uma vida humana.

Entretanto, pelo posicionamento dos tribunais em casos semelhantes, é levada em consideração a primazia do interesse público sobre o interesse privado, e não há como deixar de enxergar que o Estado possui alcance limitado financeiramente para cumprir de maneira eficaz todas as responsabilidades de direitos sociais a que é obrigado, ainda mais no âmbito individual.

Portanto, entende-se o porquê de a jurisprudência ser negativa em relação ao tema, mas a pesquisa levantada demonstra que se a *priori* não é possível a conciliação destes elementos, o mínimo é buscar alternativas, seja cumprindo apenas parcialmente os pedidos, dando prioridade aos mais importantes, seja buscando medidas de barateamento dos mesmos.

Revela-se então a insistente necessidade de reflexão e estudo em cima do assunto, já que a liberdade religiosa está em crescente conflito com os mais variados âmbitos de políticas públicas, e não se pode deixar de lado o princípio de valor supremo buscado pela Constituição Federal, que é a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

A BÍBLIA. **Atos dos apóstolos**. Novo Testamento. 2ª ed. rev. atual. Barueri, SP. 1999. p. 896.
ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 10 ed. São Paulo: Método, 2013. p.253.

ANDRÉ, M. Lopes, C. **Vade Mecum de Jurisprudência Dizer o Direito**. 5ª edição. Salvador/BA: Ed. Juspodium, 2018.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BATISTA, Franklin Gonçalves. A teoria da reserva do possível frente aos direitos fundamentais. **Rev. Âmbito Jurídico**. Rio Grande, XIX, n. 149. jun de 2016. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17359>. Acesso em: 27 dez. 2018.

BARROSO, Luiz. Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <<https://app.saraivadigital.com.Br/leitor/ebook:581213>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

BRASIL. ADPF 45 MC/DF. Relator Min. Celso de Mello. Data da publicação: 04.05.2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 27. dez. 2018.

_____. Código de Ética Médica. Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra.asp>. Acesso em: 04 de nov. 2018.

_____. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. 15. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____. Portaria nº 55, de 24 de fevereiro de 1999. **Ministério da Saúde**. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sas/1999/ptr0055_24_02_1999.html>. Acesso em: 23 set. 2018.

_____. Resolução n. 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <http://cremesp.org.br>. Acesso em: 23 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário RE: 979742/AM. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, DF 2018. DJ: 01/08/2017. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5006128>>. Acesso em: 14 fev. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário RE: 494601/RS. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF 2019. DJ: 16/04/2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2419108>>. Acesso em: 11 set. 2019.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento 1.0701.07.191519-6/001. Relator: Des. Alberto Vilas Boas. DJ: 14/08/2007. Belo Horizonte. Disponível em: <<https://revistadir.ufv.br/index.php/RevistaDireito-UFV/articledownload/440/63>>. Acesso em: 03 nov. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação: APL 00002322920138190009 Rio de Janeiro, Bom Jardim, Vara Única. Relator: Juarez Fernandes Folhes. DJ: 30/01/2018. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116649161/apelacao-apl-502643620128190021-tj-0050264-3620128190021/inteiro-teor-144013901?ref=serp>>. Acesso em: 03 nov. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70061159398, Vigésima Segunda Câmara Cível. Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, DJ: 29/08/2014. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/137157526/apelacao-civel-ac-70061159398-rs>>. Acesso em: 03 nov. 2018.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de Instrumento: AG 47458 RS 2005.04.01.047456-2. Relator: Luiz Carlos de Castro Lugon. Porto Alegre. DJ: 25/04/2006. Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1218053/agravo-de-instrumento-ag-47458?ref=serp>>. Acesso em: 03 nov. 2018

CIGANEIRO, Jake. Proibição da burca segue sendo polêmica na França. **Portal Deutsche Welle**. Berlim, 11. abr. 2016. Disponível em: <https://p.dw.com/p/1ITI9>. Acesso em: 17 set. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30ª ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2017. p.997.

Entes federados têm responsabilidade solidária na assistência à saúde, reafirma STF. **Supremo Tribunal Federal**. Brasília - DF, 13. mar. 2015. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=287303>. Acesso em: 21 set. 2018.

GOMES, Luiz Flávio. Normas, regras e princípios: conceitos e distinções. **Revista Jus Navigandi**. ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7527>. Acesso em: 3 set. 2018.

HERNANDES, Paulo Romualdo. A Companhia de Jesus no Século XVI e o Brasil. **Revista HISTEDBR On-line**. Campinas, n. 40, p. 222-244. 2010. Disponível em: http://www.histedbr.fe.unicamp.br/revista/edicoes/40/art14_40.pdf. Acesso em: 9 out. 2018.
IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa Nacional por amostra de domicílios: religião** 2010. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/pesquisa/23/22107>. Acesso em: 03 set. 2019.

KAROLENSKY, N. R. HENRIQUE, H. B. A Recusa de Tratamentos Vitais No Ordenamento Brasileiro: A Escolha é Sua. **Coleção Conpedi/Unicuritiba** – Vol 3. – Biodireito. Curitiba. p. 276. 2014.

LEHFELD, L. S.; LÉPORE, P. E.; FERREIRA, O. A. V. A.; **Monografia Jurídica: guia prático para elaboração do trabalho científico e orientação metodológica**. 2 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Editora Método, 2015. 126p.

LOREA, Roberto Arriada et. al. **Em Defesa das Liberdades Laicas**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MARQUES, Gabriel. O Que é Escusa de Consciência? **Jus Brasil**. [S. I.]. 2014. Disponível em: <https://gabrielmarques.jusbrasil.com.br/artigos/112321019/o-que-e-escusa-de-consciencia>. Acesso em: 16 abr. 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30ª edição. São Paulo: Atlas, 2014. 978p.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ORO, Ari Pedro. **A Laicidade na América Latina: uma apreciação antropológica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PIMENTEL, Matheus. Por que parte da Europa proíbe o véu islâmico. E o que dizem as muçulmanas. **Jornal Nexo**. São Paulo 20. Jul. 2017. Disponível em: <https://www.nexojournal.com.br/expresso/2017/07/20/Por-que-parte-da-Europa-proibe-o-veu-islamico.-E-o-que-dizem-as-muçulmanas>. Acesso em: 17 set. 2018.

PRATA, Henrique Moraes. **Cuidados paliativos e direitos do paciente terminal**. Barueri, SP: Manole, 2017.

SÁ, Fabiana Costa Lima de. A Liberdade Religiosa e a Transfusão de Sangue nas Testemunhas de Jeová. **Themis: Revista da ESMEC**, Fortaleza, v.3, n.1, p. 323-338, 2000. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/18833>>. Acesso em: 10 set. 2018.

SARLET, I. W.; MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <<https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:580074>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

SILVA, Regina. B. T. **Responsabilidade Civil na Área da Saúde – Série GVLAW**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:583082>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

SORIANO, Aldir Guedes. Terapia transfusional: Aspectos jurídicos. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 6, n. 52, 1 nov. 2001. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2405>>. Acesso em: 4 nov. 2018.

SOUZA, Natale de Oliveira. **Legislação do SUS – Esquematizada e Comentada**. 1º ed. Salvador: Ed. Sanar, 2016.

STF altera regras para fornecimento de remédios não listados no SUS. **Portal Consultor Jurídico**. São Paulo, 13. set. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-set-13/stj-altera-regras-fornecimento-remedios-nao-listados-sus>>. Acesso em: 03 nov. 2018.

STF vai decidir se liberdade religiosa justifica custeio de tratamento de saúde pelo Estado. **Notícias do Supremo Tribunal Federal**. Brasília/DF, 07. ago. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=3516690>>. Acesso em: 04 mar. 2018.

Testemunhas de Jeová em todo o mundo - Brasil. **Site Oficial das Testemunhas de Jeová**. São Paulo. Disponível em: <<https://www.jw.org/pt/testemunhas-jeova/worldwide/BR/>>. Acesso em: 03 set. 2019.

União, estados e municípios têm papéis diferentes na gestão do SUS. **Blog do Planalto**. Brasília/DF, 03. out. 2014. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2014/10/o-papel-de-cada-ente-da-federacao-na-gestao-da-saude-publica>>. Acesso em: 03 out. 2018.

VIEIRA, Tereza, Rodrigues. **Bioética – temas atuais e seus aspectos jurídicos**. 1º ed. Brasília: Ed. Consulex, 2006.

WANG, Daniel W. L. Escassez de Recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. **Revista Direito GV**. São Paulo. 2008. p.539. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/35040967/adpf-45>>. Acesso em: 27 dez. 2018

OS PRINCÍPIOS DO DIREITO CIVIL LUSO E BRASILEIRO E A FRATERNIDADE NA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

Nara Pinheiro Reis Ayres de Britto¹¹³

Bryan Phillip de Jongh Martins¹¹⁴

RESUMO: O presente trabalho tem como objeto a influência e consonância da fraternidade proposta pelo artigo “I” da Declaração Universal dos Direitos Humanos dentre os princípios norteadores do direito civil brasileiro e do direito civil português. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a Constituição da República Portuguesa de 1976 trazem em seu preâmbulo a fraternidade como uma meta social a ser cumprida, o que aproxima ainda mais a aplicação da disposição universal no direito civil de cada um dos países. No Brasil, os três princípios do ordenamento civil são a eticidade, a sociabilidade e a operacionalidade; em Portugal são nove: da personificação jurídica do ser humano, do reconhecimento dos direitos da personalidade, da igualdade da pessoa humana perante a lei e na lei, do reconhecimento da família como instituição fundamental, da autonomia da vontade ou da autonomia privada, da consagração da responsabilidade civil, da propriedade privada, do reconhecimento ao direito sucessório a todos os herdeiros e do reconhecimento da personalidade jurídica às pessoas coletivas. Todos estes princípios, de certa forma, recebem da Declaração Universal dos Direitos Humanos um norteador que direciona as relações civis, cada um de seu modo, cujo fim ensejado é a efetivação da fraternidade social. Como principal marco teórico adota-se a obra de Alexy, “Teoria dos Direitos Fundamentais”, bem como esparsa literatura relacionada à temática do trabalho. O objetivo do trabalho é relacionar, princípio a princípio, os atributos fraternais incutidos na aplicação da lei civil e, como resultado, pode-se perceber a influência desse objetivo fraternal em cada um dos princípios civis.

Palavras-chave: Direito Civil; Direitos Humanos; Fraternidade; Princípios.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1. OS PRINCÍPIOS DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO E PORTUGUÊS E A FRATERNIDADE HUMANA; 2. OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS NORTEADORES DO DIREITO CIVIL PORTUGUÊS; CONCLUSÕES FINAIS; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

¹¹³ Doutoranda em Direito Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa (Portugal), UAL, Mestre em Direito Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa (Portugal), UAL, Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UNICEUB, professora orientadora do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais – CBEC Universitário, do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB membro colaboradora do Instituto de Advogados do Distrito Federal – IADF, advogada, sócia de capital do escritório Ayres Britto Consultoria Jurídica e Advocacia, conferencista, autora de livros e artigos jurídicos.

¹¹⁴ Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UNICEUB, Diretor Institucional do Instituto Victor Nunes Leal – IVNL, pesquisador na área de Direito Constitucional e Digital, autor de livros e artigos jurídicos.

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende abordar a relação entre a fraternidade atribuída pelo artigo “I” da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) e os princípios dos códigos civis luso e brasileiro.

Denota-se, em sede introdutória, que a fraternidade expressa, tanto na Declaração Universal dos Direitos Humanos quanto nos preâmbulos das constituições do Brasil e de Portugal, se apresenta como uma manifestação que permeia toda a função social, em esferas públicas e privadas, como um objetivo social final, cujo resultado seria uma sociedade com o adjetivo fraterno.

O direito civil brasileiro é dotado de três princípios constantes do Código Civil de 2002, vigente, quais sejam: a eticidade, a sociabilidade e o da operabilidade. Todos tangem para efetivação, de certa forma, de uma sociedade fraternal.

Já o direito civil português, possui nove princípios inerentes ao Código Civil de 1966, vigente, sendo eles: da personificação jurídica do ser humano, do reconhecimento dos direitos da personalidade, da igualdade da pessoa humana perante a lei e na lei, do reconhecimento da família como instituição fundamental, da autonomia da vontade ou da autonomia privada, da consagração da responsabilidade civil, da propriedade privada, do reconhecimento ao direito sucessório a todos os herdeiros e do reconhecimento da personalidade jurídica às pessoas coletivas. Em um espectro mais amplificado, os princípios do código civil português também conduzem, em sua efetivação, ao estado de fraternidade.

Por tanto, adiante, pretende-se demonstrar a relação entre esses princípios e a fraternidade.

1 OS PRINCÍPIOS DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO E PORTUGUÊS E A FRATERNIDADE HUMANA

O artigo “I” da Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe que as relações humanas devem se pautar pelo espírito de fraternidade (ASSEMBLÉIA GERAL DA ONU, 1948), assim como a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, e a Constituição da República Portuguesa, de 1976, também mencionam a fraternidade em seus preâmbulos, como um objetivo social elementar.

A partir da ideia de Alexy, pode-se dizer que existem várias formas de diferenciar regras de princípios; a mais comum delas é a generalidade. As normas dotadas de um nível de generalidade mais alto são consideradas princípios, enquanto as que possuem nível mais baixo são regras comuns (ALEXY, 2011, p. 87). Além disso, a diferenciação entre a norma e o princípio não se percebe apenas pelo caráter de seu grau de generalidade, se denota também pelo aspecto qualitativo, aspecto que o autor entende como correto. O critério crucial para a caracterização de um princípio se dá pelo dever empregado por essa norma de promover em máximo grau a realização de algo, respeitados os parâmetros fáticos e legais existentes (ALEXY, 2011, p. 90).

Neste caso, quando falamos em princípios, podemos auferir que o fim buscado está relacionado à busca intrínseca pela prevalência de uma sociedade pautada pelas intenções fraternas. Portanto, neste capítulo, busca-se demonstrar a relação entre os princípios dispostos no Código Civil e a busca por uma sociedade fraterna, como propõem a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Cabe ressaltar de antemão que enquanto no Brasil existe uma maior concentração de princípios na esfera constitucional, existindo apenas três princípios inseridos no Código Civil, em Portugal os princípios instituídos pelo ordenamento civil são bem mais numerosos.

1.1 A Fraternidade e os Princípios do Código Civil Brasileiro

Os princípios contidos no Código Civil Brasileiro de 2002 podem ser facilmente relacionados com o que se entende como convívio fraterno. Obviamente, as relações humanas não se consubstanciam apenas pelo contemplado conteúdo do direito civil; contudo, faz-se uma delimitação negativa, restringindo o recorte aqui abordado ao âmbito do direito civil.

Os três princípios presentes no Código Civil de 2002 são: O princípio da eticidade, o da sociabilidade e o da operabilidade. Todos possuem, em diferentes graus, relação com o que se percebe como elementos basilares da efetivação da fraternidade como fim implícito no direito civil. Ressalta-se que o direito civil brasileiro é permeado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que coloca uma farta gama de princípios que devem ser aplicados em todo o ordenamento jurídico brasileiro, mas este capítulo delimita-

se ao âmbito da aplicação e efetivação da fraternidade presente na DUDH no direito civil brasileiro através de seus princípios.

1.2 O Princípio da Eticidade

A relação entre a “eticidade” e a fraternidade se denota como um dos diversos princípios cuja proposta de dever ser se consagra como destino, resultando em uma sociedade fraterna.

Quando falamos a respeito de “eticidade”, faz-se mister entender o que significa essa palavra. “Eticidade” se origina da palavra “ética”; no Dicionário Escolar da Língua Portuguesa de 1983, “ética” significa “Parte da filosofia que estuda os deveres do homem para com Deus e a sociedade: deontologia: ciência da moral.” (BUENO, 1983, p. 462).

Ao observarmos a etimologia da palavra “ética”, percebemos que ela está elencada à palavra “moral”, e ambas se referem a condutas do homem. (REINEHR, 2013).

Sobre o princípio da eticidade, o Código Civil de 2002 se afastou do “tecnicismo institucional” herdado do Direito Romano, que era extremamente formal, e tratou de dar reconhecimento aos valores éticos em todo o ramo do Direito Privado. (TARTUCE, 2011, p. 45).

Destarte, ao ter como princípio basilar o da “eticidade”, ele privilegiou a “ética”, como fundamento e orientação primordial a ser seguida pelo aplicador da norma nas relações privadas. (HENTZ, 2006).

Sobre o princípio da eticidade, Alexandre dos Santos Cunha afirma que tal princípio tem como objetivo a valorização do indivíduo perante a sociedade, e esse princípio se efetiva por meio da aplicação dos princípios constitucionais, e, indubitavelmente, por meio da dignidade da pessoa humana. (CUNHA, 2002, p. 260).

Afirma, ainda, que apesar de o princípio da dignidade da pessoa humana estar inserido na Magna Carta, sua origem e sua concretização advêm do direito privado. (CUNHA, 2002, p. 260).

Sobre o que é ser ético, o jurista Carlos Ayres Britto afirma: “O fato é que a ética leva o indivíduo a um estado de centralidade, a ter orgulho de si

mesmo e a ter uma personalidade bem formada que, do individual, passa para o coletivo”. (BRITTO, 2013).

Fazendo um paralelo do “ser ético”, acima conceituado, com o contexto do estudo em questão, o “indivíduo” supramencionado pode ser entendido como o operador do Direito ao se valer da norma positivada no Código Civil de 2002. Esse “ser ético”, constituído de um estado de centralidade e orgulho de si mesmo, interage com a coletividade agindo com ética, moral e objetiva o bem comum social ao aplicar as normas gerais do Direito Civil em si.

Nas palavras de José Augusto Delgado, “interpretar as regras do Código Civil com base em princípios éticos é contribuir para que a idéia de justiça aplicada concretamente torne-se realidade”. (HENTZ, 2006).

Deveras, podemos perceber a valorização do homem sendo concretizada no momento em que a lealdade e a confiança começam a fazer parte das relações privadas.

Esse contexto de segurança se concretiza quando o julgador, e aplicador do Direito, pode analisar subjetivamente a controvérsia judicial em questão e buscar uma solução jurídica mais igualitária a ser aplicada ao caso concreto. Esse cenário acaba por gerar um distanciamento das formalidades jurídicas impostas pela legislação civil de 1916.

Destarte, o princípio da eticidade é caracterizado como o que garante a aplicação da boa-fé objetiva em todas as relações civis. Exemplo disso está nas relações contratuais, onde ambas as partes dos contratos devem agir de acordo com a boa-fé. (BERTOCCO, 2008).

Sobre a legislação brasileira, o princípio da eticidade está contemplado no Código Civil de 2002, quando este privilegia os institutos da boa-fé, da moral e dos bons costumes em vários de seus artigos¹¹⁵, e, dessa forma, deixa o

¹¹⁵“Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a **boa-fé** e os usos do lugar de sua celebração.” (grifo nosso).

“Art. 164. Presumem-se, porém, de **boa-fé** e valem os negócios ordinários indispensáveis à manutenção de estabelecimento mercantil, rural, ou industrial, ou à subsistência do devedor e de sua família.” (grifo nosso).

“Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela **boa-fé** ou pelos **bons costumes**.” (grifo nosso).

“Art. 309. O pagamento feito de **boa-fé** ao credor putativo é válido, ainda provado depois que não era credor.” (grifo nosso).

“Art. 689. São válidos, a respeito dos contratantes de **boa-fé**, os atos com estes ajustados em nome do mandante pelo mandatário, enquanto este ignorar a morte daquele ou a extinção do mandato, por qualquer outra causa.” (grifo nosso).

“Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

aplicador do Direito à vontade para interpretar as normas jurídicas abertas de acordo com a ética, moral, boa-fé e bons costumes. (REINEHR, 2013).

A boa-fé também é um dos motivos pelos quais a lei civil brasileira foi alterada em 2002. Atualmente, ela é amparada pelo princípio da eticidade e inspira a ordem jurídica para a aplicação justa das normas já existentes. Ela é um dos princípios que mais influenciam todo o ordenamento jurídico brasileiro, principalmente o Direito Privado.

Ao citar a conceituação de Miguel Reale, Flávio Tartuce esclarece que o princípio da eticidade cuida da valorização ética e da boa-fé, de acordo com a boa-fé objetiva, no plano da conduta de lealdade das partes. (TARTUCE, 2011, p. 23).

Assim, de acordo com o Código Civil de 2002, a boa-fé objetiva teria como função interpretar os negócios jurídicos em geral; tal aplicação está consagrada no artigo 113 do Código Civil de 2002.

Ademais, a boa-fé objetiva ainda atua como forma de controle das condutas humanas, uma vez que quando violada, sua consequência pode acarretar em abuso de direito, o que é uma modalidade de ilícito, como se depreende do artigo 187 do Código Civil de 2002.

Cabe esclarecer que além da função de interpretar e controlar as condutas humanas, a boa-fé ainda tem a função de integrar absolutamente todas as fases da relação contratual, como se pode observar do disposto no art. 422 do Código Civil de 2002.

Portanto, diante do exposto, há de se perceber uma relação entre o princípio da eticidade, pela boa-fé nas relações civis, e a busca por uma sociedade fraternal no Brasil. As boas práticas em âmbito civil são de fundamental importância para que em últimas circunstâncias se alcance a fraternidade presente no artigo “I” da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ASSEMBLÉIA GERAL DA ONU, 1948).

1.3 Princípio da Sociabilidade

Quando tratamos de sociedade fraterna, tem-se inculido o necessário convívio social inerente à condição humana enquanto animal social. Afinal, não

III - praticar atos contrários à **moral** e aos **bons costumes;**” (grifo nosso).

há fraternidade de um indivíduo para consigo mesmo. Este convívio, no âmbito do direito civil, se pauta pelos direitos e deveres presentes no art. 1º do Código Civil Brasileiro.

Ao tratarmos sobre a “sociabilidade”, é importante entendermos o que ela significa. “Sociabilidade”, no Dicionário Escolar da Língua Portuguesa de 1983, significa “Qualidade do que é sociável; tendência para a vida em sociedade, modos de quem vive em sociedade.” (BUENO, 1983, p. 1066).

Quando tratamos do princípio da sociabilidade no âmbito do Código Civil de 2002, estamos falando de um princípio que é caracterizado por ser aquele que garante a aplicação dos valores da coletividade sobre cada um dos indivíduos, observando os direitos fundamentais da pessoa humana. Um exemplo da aplicação desse princípio pode ser encontrado no princípio da função social do contrato e da propriedade. (BERTOCCO, 2008).

O significado de sociabilidade no Código Civil de 2002 vai de acordo com o significado discricionário dado pelo Dicionário supracitado, uma vez que em ambas as situações, está se privilegiando o caráter social e coletivo desse princípio.

Assim, para a legislação brasileira atual, o princípio da sociabilidade exprime a noção de que os interesses sociais estão em um patamar superior aos individuais. Aqui, visa-se o interesse da coletividade, da sociedade.

Ao analisarmos a legislação brasileira, percebemos a concretização desse princípio no art. 1.228, §1º, §2º e §3º do Código Civil de 2002. Vejamos o que diz a Lei:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e **sociais** e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

§ 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou **interesse social**, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente. (Grifo nosso).

Com efeito, pode-se entender do princípio da sociabilidade que qualquer uma das categorias civis passa a ter função social, como a família, a posse, a empresa, o contrato, a responsabilidade civil e até mesmo a propriedade.

Portanto, embasados pela conceituação de Miguel Reale sobre o princípio da sociabilidade, conceituamos esse princípio na nova codificação como uma forma de superação do caráter individualista e egoísta da legislação anterior, o Código Civil de 1916, pois a partir do novo código vigente, o sujeito “eu” passa ser substituído pelo “nós”. (TARTUCE, 2011, p. 23).

Posto isso, percebe-se a necessidade do balizamento legal das condutas civis no tocante ao comportamento social, para que se consagre a efetiva busca por uma sociedade fraterna.

1.4 Princípio da Operabilidade

A antiga legislação civil brasileira, qual seja, o Código Civil de 1916, apenas prestigiava as formalidades de cada um dos integrantes da relação jurídica, não aceitava a especificidade e a concretude de cada indivíduo. Ele igualava a todos e ignorava as particularidades de cada ser humano nas relações jurídicas. A norma era aplicada de maneira genérica, independentemente do caso em questão. (FARIAS, ROSENVALD, 2011, p. 56).

Já o Código Civil de 2002 adotou outra postura em relação à maneira de tratar o homem, que passa a ser visto como um ser central no ordenamento jurídico constitucional.

O Código faz questão de frisar que diferentemente do que acontecia nas antigas codificações, onde o indivíduo era tratado de forma abstrata, agora ele é visto como um ser concreto, que será minuciosamente examinado em todas as suas peculiaridades, um ser distinto. (FARIAS, ROSENVALD, 2011, p. 57).

A partir desse mero expediente, podemos visualizar o acerto do legislador ao inserir o termo “pessoa” ainda no primeiro artigo do Código Civil de 2002, quando ele afirma que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

Sobre a concretude, esta se dá por meio da operabilidade, que se concretiza por meio de encontrar formas céleres de solucionar as pretensões jurídicas, bem como através de mecanismos que “evitem a eternização de incertezas e conflitos”.

A respeito do princípio da operabilidade, ao citar o jurista Miguel Reale, Flávio Tartuce manifesta em sua obra, Manual de Direito Civil, que tal princípio possui dois sentidos:

- (i) O primeiro sentido seria o da simplicidade ou da facilitação das categorias privadas;
- (ii) O segundo sentido seria de efetividade ou concretude, que foi consagrado a partir do sistema de cláusulas gerais que foi adotado pelo Código Civil de 2002. (TARTUCE, 2011, p. 23).

Na legislação brasileira, o artigo do Código Civil de 2002 que melhor ilustra tal princípio, no que se refere à aplicabilidade da lei, é o artigo 1.228, em seus parágrafos 4º e 5º; vejamos:

Art. 1.228. “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.
§ 4o O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.
§ 5o No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

Assim, pode-se dizer que o atual objetivo do ordenamento jurídico é o de atingir a pessoa como a destinatária direta da norma, de modo que, para tanto, o legislador não se utiliza mais do preciosismo gramatical da norma, mas sim da sua efetividade na sua aplicação, de modo a primar pela executividade e praticidade.

Portanto, podemos afirmar categoricamente que o Código Civil de 2002 objetiva expurgar qualquer tipo de conceituação estéril não efetiva. (FARIAS, ROSENVALD, 2011, p. 57).

Tal entendimento demonstra que o direito posto pelos indivíduos no processo democrático e legal já leva em consideração que, em determinadas circunstâncias, analisadas em conformidade ao caso concreto, o direito individual abre espaço para o direito de um grupo de pessoas ou da coletividade. Como o tratamento fraterno enseja um grau de sacrifício individual, ainda que em abstrato, com fim de garantir o bem dos semelhantes, nota-se que o disposto no art. “I” da Declaração Internacional dos Direitos Humanos (ASSEMBLÉIA GERAL DA ONU, 1948) se efetiva pela operabilidade no direito civil.

2 OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS NORTEADORES DO DIREITO CIVIL PORTUGUÊS

Diferentemente do direito civil brasileiro, o direito civil português possui uma gama maior de princípios. Contudo, diante do que será exposto a seguir, pode-se auferir que alguns princípios do ordenamento civil português guardam uma relação ainda mais substancial com os elementos da fraternidade.

2.1 O Princípio da Personificação Jurídica do Ser Humano

Luís A. Carvalho Fernandes, em sua obra *Teoria Geral do Direito Civil*, introduz o princípio da personificação jurídica do homem como o primeiro dos princípios fundamentais do Direito Civil português. (FERNANDES, 2015, p. 81).

Esse princípio pode ser considerado como “o princípio dos princípios”, uma vez que ele reconhece a personalidade jurídica do homem e enxerga o homem como ponto central de todo o Direito.

Tal concepção é classificada como humanista, de forma que o indivíduo e todos os seus direitos que lhe foram outorgados são tidos como “o ponto mais alto do tratamento dos conflitos e interesses”. (FERNANDES, 2015, p. 81).

O personalismo ético tem raiz estóica e cristã e tem como característica ser comum a todos os ramos do Direito, não sendo um atributo único do Direito Civil. (VASCONCELOS, 2015, p. 11).

O princípio da personificação jurídica do homem trata o indivíduo como um ser autônomo, livre e irreparável, tido como o elemento central de qualquer organização social. A sua dignidade é intrínseca desde a sua formação inicial.

Essa dignidade está proibida de ser, de alguma forma, reduzida, extinta ou alienada e ela jamais poderá ser valorada entre as pessoas, isso significa dizer que ela é indistinta para todas as pessoas.

Tal princípio veda qualquer forma de preconceito, seja ele racial, religioso, de gênero, classe ou qualquer que seja a forma de discriminação social, bem como proíbe qualquer tipo de restrição, exclusão ou privação de sua intrínseca qualidade de pessoa jurídica em relação a outro indivíduo, seja ele quem for. (FERNANDES, 2015, p. 83).

A partir dos ensinamentos trazidos pelo código civil português, cabe ressaltar que o princípio da personificação jurídica do homem ou do ser humano é um pressuposto inderrogável.

Deveras, a personalidade é algo intrínseco à pessoa humana. Partindo dessa premissa, é de se afirmar que ela jamais poderá ser limitada, alienada ou condicionada a algo. Assim, quem quer que seja e estiver vivo jamais poderá abrir mão dela. A personalidade só se extingue com a morte.

Com efeito, qualquer pessoa nascida com vida adquirirá personalidade jurídica, de modo que não existe uma pessoa viva sequer que não tenha, aos olhos do Direito, personalidade jurídica. É o que expressam os artigos 66.º e 68º do Código Civil; vejamos:

Artigo 66.º (Começo da personalidade)

1. A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida
2. Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento.

Artigo 69.º (Renúncia à capacidade jurídica)

Ninguém pode renunciar, no todo ou em parte, à sua capacidade jurídica.

Portanto, a partir do reconhecimento e constatação de que personalidade é inerente à natureza do homem, o Direito Civil dá a sua principal colaboração para o Direito em geral. (VASCONCELOS, 2015, p. 11).

Diante do exposto, fica caracterizado o tratamento civil do indivíduo ante a sociedade, de modo que esteja garantido para cada pessoa o seu reconhecimento jurídico como membro da fraternidade social, como ser dotado de direitos e deveres impostos pelo ordenamento civil português.

2.2 O Reconhecimento dos Direitos da Personalidade

O princípio do reconhecimento dos direitos da personalidade é uma consequência do princípio fundamental da personificação jurídica do homem.

Entretanto, o simples reconhecimento do homem como um ser constituído de dignidade não seria o suficiente para que esse pudesse realizar de forma plena todos os seus interesses, mas a partir do reconhecimento de que o homem possui personalidade jurídica, que ele pode exercer todos os direitos jurídicos. (FERNANDES, 2015, p. 84).

Os direitos da personalidade têm a virtude de ser determinados pelo modo fundamental de ser de cada uma das pessoas. A Constituição portuguesa prevê, implicitamente, em sua Parte I, ao falar dos direitos e deveres

fundamentais, a consagração do direito da personalidade. (FERNANDES, 2015, p. 85).

Portanto, pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana é amparada no ordenamento jurídico português tanto pelo princípio da personalidade quanto pelo da personificação do homem, atributo que se coloca em consonância com o disposto na DUDH, art. “I” (ASSEMBLÉIA GERAL DA ONU, 1948), como elemento constitutivo do indivíduo habilitado a exercer um convívio em condições de fraternidade.

2.3 O Princípio da Igualdade da Pessoa Humana Perante a Lei e na Lei

Os princípios fundamentais do direito civil anteriormente citados dão amparo à dignidade da pessoa humana, uma vez que estes garantem que ela é indistintamente inerente a todos os homens. (FERNANDES, 2015, p. 86).

Com efeito, não seria diferente a respeito do princípio da igualdade dos homens perante a lei, uma vez que ele reconhece a dignidade como algo em comum para ser aplicado a todos os homens.

Partindo para uma análise do princípio da igualdade do homem perante a lei, o atual código civil português, apesar de não ter expressamente acolhido esse princípio, o consagrou em seu sistema jurídico, diferentemente do que aconteceu na Constituição Política de 1933, que apesar de citar o princípio da igualdade em seu artigo 5.º, § único, fazia diferenciação na aplicação prática desse princípio quanto ao gênero, pois condicionava a sua aplicação para as mulheres nos seguintes termos:

O Estado português é uma” República unitária e corporativa, baseada na igualdade dos cidadãos perante a lei, no livre acesso de todas as classes aos benefícios da civilização e na interferência de todos os elementos estruturais da Nação na vida administrativa e na feitura das leis.

§único – A igualdade perante a lei envolve o direito de ser provido nos cargos públicos, conforme a capacidade ou serviços prestados, e a negociação de qualquer privilégio de nascimento, nobreza título nobiliárquico, sexo ou condição social, **salvas, quanto à mulher, as diferenças resultantes da sua natureza e do bem da família**, e, quanto aos encargos ou vantagens dos cidadãos, as impostas pela diversidade das circunstâncias ou natureza das coisas. (grifo nosso).

Assim, apesar de a Constituição de 1933 citar o princípio da igualdade perante a lei, esta continha ressalvas para sua aplicação.

Já a atual Constituição da República Portuguesa de 1976 não condiciona a nada a aplicação do princípio da igualdade, uma vez que ela estabelece que este princípio deve ser aplicado a todos os cidadãos, sem nenhum tipo de restrição. Vejamos:

“Artigo 13.º Princípio da igualdade

1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.

2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual”.

Outrossim, cabe salientar que em seu artigo 9º, a atual Constituição da República Portuguesa de 1976 vislumbra um regime igualitário concreto e real entre os seus cidadãos, uma vez que estabelece que “é uma das tarefas fundamentais do Estado a promoção da igualdade real entre os portugueses” (FERNANDES, 2015, p. 87).

Destarte, o princípio da igualdade ganha real efetividade quando é assegurado aos desiguais o tratamento desigual, na medida de suas desigualdades, para que a igualdade seja atingida.

Isso, por exemplo, ocorre com as pessoas portadoras de necessidades especiais, pois lhes são atribuídos, em disposições legais, “benefícios” que lhes garantam direitos que viabilizem o exercício de condições de igualdade com pessoas não portadoras de necessidades especiais.

Assim, vale reiterar o que foi dito anteriormente; o princípio da igualdade se presta para garantir que toda pessoa humana seja tratada com dignidade, uma vez que ele garante a igualdade aos desiguais, na medida de suas desigualdades.

Posto isso, pode-se auferir que este princípio se coloca como um elemento de obrigação de tratamento, pelos moldes fraternos, do indivíduo pelos demais membros da sociedade.

2.4 O Princípio do Reconhecimento da Família como Instituição Fundamental

Faz parte da “maneira de ser” do Direito Civil português o princípio do reconhecimento da família como instituição fundamental da sociedade. A

assertiva se justifica porque a família é a célula social onde se inicia o amadurecimento da vida dos indivíduos. (FERNANDES, 2015, p. 92).

É na família que se desenvolve o modo de ser das gerações passadas e futuras, que dão seguimento à vida em sociedade. Por essa razão o Direito busca, em primeiro lugar, parâmetros que reconheçam a família como uma instituição.

Para o Direito português, a família possui o status de elemento fundamental da sociedade e possui proteção constitucional; prova disso está nos artigos da Constituição da República Portuguesa de 1976 a seguir aduzidos:

Artigo 67.º

Família

1. A família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à protecção da sociedade e do Estado e à efectivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros.

2. Incumbe, designadamente, ao Estado para protecção da família:

- a) Promover a independência social e económica dos agregados familiares;
- b) Promover a criação e garantir o acesso a uma rede nacional de creches e de outros equipamentos sociais de apoio à família, bem como uma política de terceira idade;
- c) Cooperar com os pais na educação dos filhos;
- d) Garantir, no respeito da liberdade individual, o direito ao planeamento familiar, promovendo a informação e o acesso aos métodos e aos meios que o assegurem, e organizar as estruturas jurídicas e técnicas que permitam o exercício de uma maternidade e paternidade conscientes;
- e) Regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana;
- f) Regular os impostos e os benefícios sociais, de harmonia com os encargos familiares;
- g) Definir, ouvidas as associações representativas das famílias, e executar uma política de família com carácter global e integrado;
- h) Promover, através da concertação das várias políticas sectoriais, a conciliação da actividade profissional com a vida familiar.

Deveras, cabe salientar que a família foi protegida pelo legislador quando este reconheceu no art. 67º o dever de assegurar a protecção desta e de assegurar a realização pessoal de seus membros.

Artigo 36.º

Família, casamento e filiação

1. Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade.

2. A lei regula os requisitos e os efeitos do casamento e da sua dissolução, por morte ou divórcio, independentemente da forma de celebração.

3. Os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos.

4. Os filhos nascidos fora do casamento não podem, por esse motivo, ser objecto de qualquer discriminação e a lei ou as repartições oficiais não podem usar designações discriminatórias relativas à filiação.

5. Os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos.

6. Os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial.

O artigo constitucional 36º acima transcrito ressalta o reconhecimento da família como elemento fundamental da sociedade, assegurando às pessoas o direito de se casar e constituir família, se assim desejarem, bem como assegura a igualdade de tratamento às famílias não constituídas pelo matrimônio, mas pela união de fato, bem como reconhece o caráter laico do casamento. (FERNANDES, 2015, p. 93).

Dar-se-ia então, por intermédio da família, o seio primário da relação social humana, um ambiente favorável para o desenvolvimento da fraternidade do indivíduo, pois nesse âmbito as experiências de relação fraterna, o tratamento entre irmãos, pais, filhos, como iguais, dão ensejo à compreensão, mesmo que rudimentar, de como a pessoa deve exercer suas condutas, levando em consideração algo maior do que a percepção de si mesmo, a percepção de um modo de viver social.

2.5 A Consagração do Princípio da Autonomia da Vontade ou Privada

O poder da consagração do princípio da autonomia da vontade ou da vontade privada tem espaço no Direito Privado, uma vez que ele é o campo onde os indivíduos realizam as suas liberdades individuais, civis, contratuais e de personalidade. (FERNANDES, 2015, p. 94).

Como princípio característico do Direito Civil, a autonomia privada é consequência do princípio da liberdade, que representa o conceito de que tudo aquilo que não é ilícito, é lícito.

O princípio da autonomia privada é contraposto ao princípio da competência, proveniente do Direito Público, que delimita a licitude apenas às coisas legalmente permitidas.

Para o Direito Civil português, o princípio da autonomia privada abarca, subjetivamente, a vontade individual, onde os interesses de cada um são realizados no âmbito das relações entre particulares, de modo que os particulares têm a faculdade de dispor ou não sobre as suas vontades, pois possuem autonomia própria para tanto.

Pode-se dizer, então, que o princípio da autonomia da vontade ou da vontade privada está no “poder de livre exercício dos direitos pelo seu titular”. (FERNANDES, 2015, p. 95).

No entanto, na atual conjuntura do Direito Civil português, existe a predominância da ideia de que não existe direito subjetivo absoluto, uma vez que esses direitos devem atingir fins econômico-sociais, o que acaba por esbarrar nas esferas do individualismo da autonomia.

Ademais, cabe esclarecer que os direitos subjetivos muitas vezes acabam pondo em risco a segurança de outras pessoas ou dela própria. Assim, é possível se afirmar que existe um limite à autonomia da vontade privada, uma vez que o direito do possuidor da autonomia pode ser abusivo, e o Direito Civil não reconhece, em sua ordem jurídica, tutela a condutas eivadas de abusividade.

Deveras, o direito subjetivo passou a ser funcionalizado, uma vez que não é mais apenas a vontade do indivíduo a que prevalece no princípio da autonomia da vontade privada, mas a função social das atividades que este irá desempenhar, pois tal princípio também prima pelos interesses da coletividade.

Cabe esclarecer que o princípio da autonomia privada tem maior reconhecimento e efetividade no plano negocial, ou seja, no plano dos contratos, na liberdade contratual, uma vez que é por meio dos contratos que a autonomia privada produzirá efeitos jurídicos. (FERNANDES, 2015, p. 96).

Desta forma, pode-se aduzir que o direito civil português leva em conta, por um princípio, o aspecto da função social, da utilidade fraterna, mesmo em âmbito privado. Este elemento, de consideração do coletivo, é característico de uma sociedade fraterna, em conformidade com o art. “I” da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ASSEMBLÉIA GERAL DA ONU, 1948).

2.6 O Princípio da Consagração da Responsabilidade Civil

Estendendo o entendimento de que o privado deve exercer sua função social para consagração da sociedade fraterna, no exercício dessa função se dá o princípio da consagração da responsabilidade civil, que se efetiva quando os danos causados a outrem são reparados por quem efetivamente causou esses danos.

A liberdade sempre esteve atrelada ao que se entende pela concretização da responsabilidade civil, uma vez que quando se reconhece o direito das pessoas à liberdade para fazerem o que quiserem, estas também terão que responder pelas suas consequências.

Outrossim, o agente causador de um dano terá que responder civilmente por tais danos causados, independentemente desses danos terem sido causados por vontade do agente (dolo), por negligência ou até mesmo por culpa (diligência exigível). (FERNANDES, 2015, p. 97).

Devido a fenômenos ligados à ampliação do desenvolvimento tecnológico, social e comercial, o conceito de responsabilidade civil se alargou e passou a ser mais rigoroso nas relações jurídicas e subjetivas de modo a surgirem novas modalidades de responsabilidade civil, pelas quais até atividades consideradas como lícitas passaram a ser passivas de responsabilização por danos que tais atividades pudessem causar.

Como nos casos das relações de consumo, nas quais um produto adquirido pelo consumidor venha a possuir um vício ou nos casos em que uma atividade comercial cause danos ao meio ambiente (situação particular que deu ensejo para a promulgação do Decreto-Lei n.º 174/2008). (FERNANDES, 2015, p. 98).

Em relação à cobertura do dano causado a outrem, a responsabilidade civil evoluiu, uma vez que para as situações em que não seja possível averiguar quem causou um mal por meio de uma atividade lícita, surge a figura dos seguros – obrigatórios ou facultativos – como forma de ressarcir a pessoa que sofreu o dano causado por uma atividade lícita.

Assim, a partir dessas novas relações jurídicas, surge uma necessidade cada vez maior de garantir a efetividade da reparação dos danos eventualmente causados, seja por meio do seguro obrigatório ou facultativo, seja pela intervenção do Estado nessas relações, sendo ele o responsável por reparar o prejuízo causado a outrem. Dessa maneira, fica constatado o que o civilista Almeida Costa chama de “socialização do dano”. (FERNANDES, 2015, p. 99).

A responsabilização pelo dano contribui para a sociedade fraterna, em especial no prisma do pensamento da tutela de um por todos e todos por um. Quando se dá a aplicação deste princípio, se consubstancia o dever do indivíduo perante aos outros, e o cumprimento da cota parte individual, em termos de responsabilidade, é essencial para o alcance de uma sociedade fraterna de fato.

2.7 O Reconhecimento do Princípio da Propriedade Privada

Para falarmos sobre o princípio da propriedade privada, precisamos primeiramente entender o que propriedade significa para a Teoria Geral e os princípios fundamentais do Direito Civil. Nesse contexto, ela tem significado de identificação e reconhecimento dos direitos patrimoniais, “direito real de gozo máximo”. (FERNANDES, 2015, p. 100).

A atual Constituição da República Portuguesa assegura o direito à propriedade privada em seu art. 62º, nº 1; vejamos:

Artigo 62.º

Direito de propriedade privada

1. A todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição.

Em relação ao conteúdo do direito de propriedade privada, o artigo 1305.º do Código Civil prevê o direito real pleno da propriedade; vejamos:

Artigo 1305º - Conteúdo do direito de propriedade

O proprietário goza de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem, dentro dos limites da lei e com observância das restrições por ela impostas.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos também trata da propriedade privada no seu artigo “XVII” (ASSEMBLÉIA GERAL DA ONU, 1948), garantindo que esse direito seja assegurado em oposição a quem queria feri-lo. Pode-se dizer que uma sociedade fraterna

age em conjunto para proteger os direitos individuais, dentre os quais figura o direito de propriedade, direito esse que se consolida pela função social, como tratado anteriormente.

2.8 O Princípio do Reconhecimento ao Direito Sucessório a Todos os Herdeiros

O princípio do reconhecimento ao direito sucessório a todos os herdeiros é uma consequência da consagração do reconhecimento da propriedade privada. Ele é proveniente dos Direitos das Sucessões e se manifesta a partir do reconhecimento do que se conhece no Direito português por *mortis causa*. (FERNANDES, 2015, p. 103).

O advento do instituto da *mortis causa* tem previsão legal no supracitado artigo 62.º, n.º 1 do Código Civil.

O fenômeno sucessório é classificado pela doutrina portuguesa em três sistemas fundamentais sucessórios: a) o capitalista (cuja visão é constitucionalista, isto é, de acordo com a proximidade com o texto constitucional, onde se reconhece a propriedade privada e o fenômeno sucessório), b) o familiar e c) o socialista.

No entanto, o Direito das Sucessões é visto pela lei portuguesa como um sistema misto, sendo uma consequência lógica dos três fenômenos supracitados.

Com efeito, quando se trata de sucessão legitimária, é importante destacar o papel que o cônjuge tem nesse instituto, uma vez que ele é um dos principais sucessíveis legitimários, concorrendo igualmente com os herdeiros descendentes e ascendentes.

Cabe salientar que a inclusão do cônjuge na lista dos principais sucessíveis legitimários é recente e aparece como forma de ressaltar a importância do instituto da família no fenômeno sucessório. (FERNANDES, 2015, p. 105).

Logo, esse princípio surge como uma consagração da tutela principiológica da propriedade privada e da proteção da família, cuja proteção é inerente a todos, uma vez que o exercício da vida em plenitude de direitos e compromissada com os deveres sociais é fundamental para a consolidação da sociedade fraterna.

2.9 O Princípio do Reconhecimento da Personalidade Jurídica às Pessoas Coletivas

A personalidade jurídica coletiva se dá no momento em que existe uma generalidade de pessoas que se projetam no tempo e ultrapassam a duração da vida do homem. Ela pode existir tanto no campo do Direito Público quanto no campo do Direito Privado. (FERNANDES, 2015, p. 91).

A norma constitucional fala da personalidade jurídica coletiva em seu art. 12.º, n.º 2; vejamos:

Princípio da universalidade

1. Todos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição.
2. As pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza.

Com efeito, há de se reconhecer nesse princípio que cada uma das pessoas coletivas possui individualidade própria, uma vez que o texto constitucional determina que os direitos de gozo dessas pessoas estão sujeitos aos deveres compatíveis com a sua natureza. (FERNANDES, 2015, p. 91).

Por fim, temos o princípio que trata do desempenho da sociabilidade do indivíduo na busca por um fim social. Fora do seio familiar e do convívio social comum, os indivíduos se reúnem para executar um determinado trabalho, para a entrega à sociedade de um produto ou serviço necessário. O desempenho regular da fraternidade se consolida de forma mais efetiva na formação de entes de personalidade jurídica formados pela unificação do trabalho de vários indivíduos.

A junção do exercício social, com o cumprimento de deveres, nos limites dos direitos individuais e no desempenho da função social pode caracterizar muito bem a fraternidade enquanto um princípio e fim. Em conformidade com o disposto no art. “I” da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ASSEMBLÉIA GERAL DA ONU, 1948).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme se pretendeu demonstrar, pode-se perceber que os princípios presentes nos códigos civis de Portugal e do Brasil remontam, cada um de uma maneira, ao objetivo de fraternidade social inserido na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Por sua natureza de reforço interpretativo, a fraternidade se consagra como um balizador da aplicação do direito, especialmente pelos operadores do direito civil, no caso em tela: as condutas desempenhadas pelos indivíduos.

Soa razoável que mesmo diante de uma lide cuja origem se dá por um litígio de extenso dano social, os códigos civis remontem ao objetivo social da fraternidade, constringendo judicialmente o caso subjetivamente controverso no mais pacificamente fraternal possível, dando a solução fraterna e justa para o caso concreto.

Dessa forma, conforme o demonstrado, conclui-se que a fraternidade em abstrato, reforçada pelo preâmbulo da constituição de cada um dos países, flui pelo ordenamento jurídico em consonância com princípios norteadores do direito civil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ASSEMBLÉIA GERAL DA ONU. (10 de dezembro de 1948). DUDH 2019. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wpcontent/uploads/2018/10/DUDH.pdf>> Acesso em: 30 set. 2019.

BERTOCCO, Ciara. Quais são os princípios norteadores do Código Civil de 2002? **CJusbrasil**. 2008. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/24493/quais-sao-os-principios-norteadores-do-codigo-civil-de-2002-ciara-bertocco>>. Acesso em: 30 set. 2019.

BRASIL. Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRITTO, Carlos Ayres. Ética em verso e por prosa. **CREA-SE**. 2013. Disponível em: <<http://www.crea-se.org.br/etica-em-verso-e-prosa/>>. Acesso em: 30 set. 2019.

BUENO, Francisco da Silveira – Dicionário Escolar da Língua Portuguesa. 11^a. ed. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura Fundação Nacional de Material Escolar, 1983.

FERNANDES, L. A. C. **Teoria Geral do Direito Civil**. 6^a ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

HENTZ, André Soares. Os princípios da eticidade, da socialidade e da operabilidade no Código Civil de 2002. **Revista Jus Navigandi**, Teresina. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/922>>. Acesso em: 30 set. 2019.

REINEHR, Rosemeri. Os princípios orientadores do novo Código. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13183&revista_caderno=7>. Acesso em: 30 set. 2019.

TARTUCE, Flávio – **Manual de Direito Civil – Volume Único**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

O PRINCÍPIO DA HUMANIDADE: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Roberta Espinha Corrêa*

Resumo: O artigo traz ao debate a discussão teórica do conflito social, mais especificamente a sua relação com a violência contemporânea, época de muitas incertezas e desafios, diante de uma criminalidade estruturada e organizada de forma transnacional. Demonstraremos que a solução está no próprio Direito penal material e processual, que deve ser reforçado, para ser um direito efetivo de tutela do bem jurídico, amparado pelo Direito Constitucional. A prevenção e a repressão dessa criminalidade que visa destruir o Estado democrático de direito têm que se afirmar com base nos princípios constitucionais. O princípio tratado no artigo é o da humanidade, cuja proposta que se faz é a defesa da dignidade humana como bem jurídico.

Palavras-chave: Conflito social – Violência – Criminalidade estruturada – Prevenção – Repressão – Direito penal material e processual – princípios constitucionais

Abstract: The article brings to the debate the theoretical discussion of the social conflict, specifically its relation with contemporary violence, period of many uncertainties and challenges, in face of a criminality structured and organized in a transnational way. We will demonstrate that the solution is in the material and procedural Criminal Law itself, that must be enforced, to be an effective guardian of the juristic asset, sustained by the Constitutional Law. The prevention and repression to this criminality that aims to destroy the Democratic State rule by the Law must assert themselves according to the constitutional principles. The principle brought up in the article is humanity, in which the proposal is the defense of human dignity as juristic asset.

Keywords: Social conflict – Violence – Structured Criminality – Prevention – Repression – procedural and material Criminal Law – constitutional principles

Sumário:

Introdução; 1. Como solucionar: violência e medo nas cidades; 2. Princípio da humanidade da intervenção; 3. Princípio da humanidade e o direito penal da segurança; 4. Pela defesa da dignidade humana como bem jurídico; 5. Considerações finais. Referências.

* Mestranda e doutoranda em Ciências Jurídicas na Universidade Autônoma de Lisboa.

I – INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, os conflitos têm crescido ao longo do território africano e de vários países do Oriente Médio. Historicamente falando, esses territórios sempre foram muito conflituosos, desde a época de colonização e descolonização, assim como na implantação de democracias e intervenções internacionais, além de viverem rebeliões e revoltas locais, mas sempre vivenciando vários ciclos de problemas. Com todos estes problemas e as guerras que estes locais vêm enfrentando ao longo do tempo, tornando, assim, precária a vida nestes lugares, ocorreram inúmeras migrações dessa população para regiões mais centrais e com melhores condições de vida. O destino natural destes refugiados na busca por uma nova vida é a Europa. Contudo, em função do grande número de refugiados que se deslocam para a Europa, o continente europeu está em plena crise humanitária e apesar dos esforços das Nações Unidas para buscar uma solução para este problema, ainda não há uma política migratória comum para tratar destes novos refugiados.

Ademais, o continente europeu ainda sofre com a existência de crimes como terrorismo, tráfico de armas, de pessoas, de órgãos, de drogas, corrupção, e existe entre eles a ideia de que todo refugiado é um potencial terrorista, criminoso, traficante... Sem dúvidas, existe uma grave crise humanitária que pode resultar em crises econômicas, políticas, sociais e muitas outras.

Diante deste quadro surgem os defensores do Direito Penal do Inimigo, como uma forma de tornar o inimigo inofensivo, através da eliminação preventiva do perigo, que é o próprio ser humano. Mas seria este o melhor caminho para combater a violência e o medo nas cidades, para solucionar este conflito entre refugiados e povos invadidos, assim como o combate aos crimes organizados? Entendemos que não, pois vemos a possibilidade do surgimento de uma nova perspectiva, do ponto de vista jurídico e social, para toda a comunidade europeia, em favor dos refugiados e imigrantes e contra a violência.

II- COMO SOLUCIONAR: VIOLÊNCIA E MEDO NAS CIDADES

“Se você quer a paz, cuide da justiça, advertia a sabedoria antiga – e, diferentemente do conhecimento, a sabedoria não envelhece.” (BAUMANN,

2007:11). “Uma vez investido sobre o mundo humano, o medo adquire um ímpeto e uma lógica de desenvolvimento próprios e precisa de poucos cuidados e praticamente nenhum investimento adicional para crescer e se espalhar – irrefreavelmente”. (BAUMANN, 2007:15)

Ao falarmos de violência e medo nas cidades, diante da existência de crimes como terrorismo, tráfico de armas, tráfico de drogas, tráfico de seres humanos, tráfico de órgãos, corrupção, lavagem de dinheiro e fraude econômico-financeira, dentre outros, entendemos que a solução dos problemas para se promover uma melhor e mais adequada prevenção e repressão da criminalidade estruturada e organizada transnacional, impõe-se que se reforce o Direito Penal material e processual, vigente e efetivo, como um Direito penal do bem jurídico e que se submetam a novos meios de investigação criminal, inclusive os próprios meios ocultos de investigação criminal, assim como os meios de investigação preventiva avançada – ou de campo avançado ou mesmo perseguição criminal de crimes – aos princípios regentes do Estado democrático de direito. Qualquer outra solução que não seja esta é negar o Direito Penal como direito assente em uma política criminal do ser humano. (VALENTE, 2014:11-12)

No breve estudo que pretendemos apresentar, analisaremos se o melhor caminho para se combater e prevenir estes crimes que são considerados os mais agressivos contra a humanidade seria utilizar o Direito Penal hoje para evitar questões futuras (a norma como manifestação constitutiva do Direito), como defendido por alguns, ao contrário da lógica do Direito Penal, que atua no presente, para aplicar sanção ao ocorrido no passado e não no futuro (a norma no tempo e o tempo na norma). Desta forma, como não somos defensores do Direito Penal do Inimigo preventivo, não aceitamos que se estabeleça como regra do Direito Penal prender alguém hoje porque teria chances de matar no futuro. O nosso estudo busca um caminho jurídico para o Direito Penal material e processual, amparado pelo Direito Constitucional. Assim, de forma oposta às posições que defendem o Direito Penal do inimigo, como a solução para o medo nas cidades e o combate a estes crimes organizados e transnacionais, entendemos que podemos avançar nos princípios da política criminal do ser humano, tais como: o princípio da legalidade ampla material (assente na igualdade), o princípio da culpabilidade que afasta a periculosidade e a

segurança como princípios regentes da atuação penal, o princípio da humanidade da intervenção (penas e meios processuais) e o princípio do tratamento dos agentes dos crimes (prevenção especial positiva). (VALENTE, 2014:12-13)

Criminalizar comportamentos que representem pertencer a uma organização criminosa ou que representem um perigo social, como quer o Direito Penal do Inimigo, no qual o sujeito perigoso, rotulado como inimigo, caracteriza-se por ter abandonado o direito permanentemente, não seria o melhor caminho para o Direito Penal material e processual. O que se vê no Direito Penal do inimigo é uma guerra entre o Estado e o inimigo de forma a torná-lo inofensivo, ou seja, não se trata de um castigo por uma conduta reprovável de dano social, mas sim de uma eliminação preventiva da fonte de perigo que é o ser humano definido como perigoso e inimigo. Não podemos esquecer que em alguns Estados, através de uma ampliação da intervenção do Direito Penal, em relação aos meios de investigação criminal, restringindo direitos, liberdades e garantias – como ocorre com o Ato Patriótico dos Estados Unidos e a lei de segurança e combate ao terrorismo do Reino Unido (VALENTE, 2014:12-13) – é a total falta de amparo dessa intervenção penal nas Constituições vigentes nestes Estados. Entendemos que o Direito penal material e processual deverá estar sempre amparado pelos princípios constitucionais. E, dentre os princípios constitucionais que são fundamentais ao Direito Penal, temos convicção de que o principal, o primordial deles, é o princípio da dignidade da pessoa humana.

III- PRINCIPIO DA HUMANIDADE DA INTERVENÇÃO

“A negação de um cidadão como ser humano é reduzi-lo a indivíduo e a inimigo da ordem jurídica, é negar a axiologia inata ao Direito e negar o esforço e o sangue de nossos antepassados para que tivéssemos, hoje, um Direito que atua sobre seres humanos e não sobre coisas, que é aplicado por seres humanos e não por coisas, que foi criado, elaborado e aprovado por seres humanos e não por coisas.” (VALENTE, 2014:12)

Com base no princípio humanista, afasta-se o direito penal material e processual do inimigo, que nada mais é do que uma “caça às bruxas, uma

cruzada contra os malfeitores arqui-malvados, ou, mais recentemente, uma caça aos fantasmas” (ZAFFARONI, 1998:613-620). Necessário que defendamos a dignidade da pessoa humana como um bem jurídico.

A vigência de uma norma especial para inimigos é uma medida muito agressiva, que descreve um direito penal sem garantias, portanto, é inconstitucional! Se o Estado desconfia do cidadão, é possível ele se sentir seguro? Segundo Robert Castel, os países que se dizem avançados vivem em sociedades que estão entre as mais seguras que já existiram até hoje (CASTEL apud BAUMANN, 2009:13). Entretanto, de forma totalmente contrastante com essa evidência, os povos desenvolvidos sentem-se cada vez mais inseguros, ameaçados e amedrontados, inclinados ao pânico (BAUMANN, 2009:13).

Contudo, estamos falando da existência de novas classes perigosas, incapacitadas para a “reintegração e classificadas como não assimiláveis, porque não saberiam se tornar úteis, nem depois de uma reabilitação” (BAUMANN, 2009:22).

E assim, as cidades se transformaram em depósitos de problemas causados pela globalização. O que vemos é que os cidadãos e os políticos eleitos para representá-los estão diante de uma tarefa que não sabem como resolver: encontrar soluções locais para problemas e contradições globais (BAUMANN, 2009:32).

Um fenômeno presente na Europa, em especial, é a convivência com os estrangeiros, especificamente os refugiados, que trazem consigo o horror das guerras, da fome e escassez e representam o maior pesadelo para os povos invadidos, que é o medo de perder seus meios de sobrevivência e posição social. Os refugiados representam a fragilidade da condição humana, e ninguém quer lembrar dessas situações horríveis, todos os dias. Assim, esses imigrantes são os principais portadores das diferenças que provocam medo e insegurança, e por isso, os países considerados desenvolvidos necessitam demarcar suas fronteiras. Para estes imigrantes ou refugiados foi criada uma palavra cruel nos Estados Unidos, mas já está difundida na Europa: *underclass* ou subclasse. E ser *underclass* é estar fora do sistema de classes, é estar fora, excluído, não servir para nada. E no entendimento dos povos invadidos ou ameaçados de invasão, a sociedade seria melhor se o *underclass* desaparecesse por completo. E isso ocorre porque o que se prega de forma globalizada é o preconceito em relação

ao underclass, considerados um lixo, parasitas e até mesmo terroristas em potencial, que cedo ou tarde irão matar os povos que invadiram ou tentam invadir (BAUMANN, 2009:79-83).

Mas o que fazer? Qual seria a solução?

A solução certamente está no próprio ser humano, pois se os seres humanos aceitam e apreciam outros seres humanos e procuram diálogo, certamente as diferenças culturais serão transponíveis. É totalmente possível pensar diferente e viver junto, pois viver com a diferença é uma arte, e se os seres humanos souberem respeitar essa diferença e salvaguardar a diversidade de um e aceitar a do outro, é totalmente possível essa convivência entre povos imigrantes ou refugiados e os habitantes locais.

Importante lembrarmos que os seres humanos são diferentes de animais e por isso podem ajudar um inválido a sobreviver, por exemplo. Pode-se dizer que historicamente a sociedade humana nasceu com a compaixão e com o cuidado com o outro, qualidades apenas humanas. Na visão de Baumann, a preocupação contemporânea está toda concentrada em como levar essa compaixão e essa solicitude para o nosso planeta. Gerações que nos precederam tiveram que enfrentar essa tarefa, mas no atual tempo, gostando ou não, é necessário prosseguir neste caminho e não há nada mais importante para se começar agora, imediatamente (BAUMANN, 2009:89-90).

O berlinense Georg Simmel, sociólogo cujo personagem mais importante de suas obras é a cidade moderna (Berlim, no caso para ele), entendia que os conflitos são laços fortes que nos unem e sem os quais a vida perde o sabor. O lado trágico é vivermos na era do progresso (técnico e científico), na era da valorização da cultura objetiva, pois, em contrapartida, o ser humano não encontra o seu lugar, nem retorno, e assim o culto à violência é uma resposta às avessas. Portanto, a hostilidade acentua-se sob a forma de violência nas guerras, nas facções criminosas, no terrorismo, no tráfico de drogas, dentro do nosso cotidiano, até mesmo na “barbárie de matar por matar”, ao lado do crescimento da cultura objetiva (CARVALHO, 2007:159). E diante dos problemas que afligem a sociedade moderna, dos conflitos, dos processos de alienação do indivíduo, da privação de liberdade, impostos pela cultura objetiva, e da intensificação da violência a cada dia, percebemos a dificuldade de encontrar

um lugar onde conseguiremos que os limites sejam estabelecidos. (CARVALHO, 2007:161)

IV- PRINCÍPIO DA HUMANIDADE E O DIREITO PENAL DA SEGURANÇA

Tem-se falado muito nos últimos anos que o Direito Penal está evoluindo para um Direito da Prevenção de Perigos, tendo como alvos diretos o estabelecimento e a manutenção da segurança. Essa evolução realiza-se no momento em que as margens de ação dos cidadãos estão sendo cada vez mais restritas através das proibições jurídico-penais. Na Alemanha, especialmente nos anos 80 do século passado, ocorreram alterações no Código Penal da República Federal da Alemanha, tendo sido promovidas mudanças pelas quais a segurança prevalece sobre a liberdade (HASSEMER, 2006:76).

Seriam várias essas mudanças, como a agravação de proibições já existentes, mediante ameaças penais mais rigorosas, notadamente em algumas áreas, como economia, meio ambiente, processamento de dados e entorpecentes. Também passa o legislador a fazer uso cada vez mais da técnica de proteção fática do delito de perigo abstrato. Neste tipo de delito, ao contrário dos delitos de lesão clássicos, somente se exige como requisitos de punibilidade uma ação perigosa contra bens jurídicos e não mais a lesão de bens jurídicos. Outra tendência do legislador penal moderno é atender a bens jurídicos que são formulados de forma muito vaga e não mais aqueles voltados para interesses individuais de alguém, tornando o Direito Penal, assim, amplo e difuso. Exemplos neste caso seriam a manutenção da saúde pública e a proteção do mercado de capitais (HASSEMER, 2006:74).

Outra mudança significativa no processo penal moderno seria um aumento significativo dos métodos de investigação de forma muito sigilosa, devido à moderna tecnologia da comunicação, como serviços de escuta e observação. Inclusive através dessas tecnologias é possível estender essa investigação numa dimensão maior aos terceiros, com o emprego de investigadores ocultos, escuta telefônica, rastreamento de pistas, etc.

Enfim, no discurso político-penal atual houve uma mudança radical em relação às situações histórico-teóricas de outrora, nas quais os direitos

fundamentais eram considerados direitos de defesa contra o Estado. O que se vê hoje é que não existe mais o Estado ameaçador de liberdade e o cidadão defensor de sua liberdade. Verifica-se que o Estado realizou uma mudança fundamental em relação ao seu papel perante os cidadãos, inclusive vista pelos próprios cidadãos. O Estado deixou de aparecer como aquele que ameaça os interesses de liberdade dos cidadãos. Ao contrário, o Estado cresceu e tornou-se parceiro, aliado dos cidadãos, que são impulsionados pelo medo dos riscos e pelo temor dos crimes e por isso reivindicam que o Estado garanta a sua segurança.

Desta forma, a tensão que anteriormente existia entre a liberdade e a segurança dos cidadãos passou por uma mudança fundamental em favor da segurança, sendo que o Estado passa a corresponder a esses anseios da população, proporcionando-lhe segurança, ao invés de colocar em perigo a liberdade desta. Assim, o Estado deixa de ser uma ameaça de perigo para ser portador de esperança e aliado. (HASSEMER, 2006:77).

Nesta ideia é possível caminhar para um Direito Penal da Segurança baseado no Estado de Direito. A segurança através do Direito Penal é uma meta do Direito Penal e não de um Direito de Prevenção de Perigos, segundo Hassemer (HASSEMER, 2006:84). E Hassemer entende que todos os anseios por segurança que estiverem fora do Direito Penal, também com promessas de êxito, nada têm a fazer dentro do Direito Penal, porque o Direito Penal é e permanece *ultima ratio*. E isso significa que um Direito Penal da Segurança põe em primeiro plano a “peculiaridade, a personalidade e a dignidade da pessoa afetada, salvaguarda e protege sua autonomia pessoal e fortalece a perspectiva da liberdade”. (HASSEMER, 2006:85).

Contudo, a necessidade de segurança, mais até do que a liberdade, conforme anteriormente dito, não pode se desvencilhar em momento algum do princípio da dignidade humana; há que estar sempre compatível a segurança com este princípio fundamental.

O artigo 1º da Declaração Universal de Direitos Humanos, adotada pelas Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, diz o seguinte: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos.” A Constituição da República Federal da Alemanha, aprovada há 60 anos, inicia-se com um capítulo dedicado aos direitos fundamentais em seu artigo 1º, que assim começa: “A

dignidade humana é inviolável.” Portanto, a dignidade humana também desempenha, hoje, um papel proeminente no discurso internacional sobre os direitos humanos. Um fato interessante ocorrido na Alemanha em 2006 no que diz respeito à inviolabilidade da dignidade humana foi a rejeição pelo Tribunal Federal Constitucional da “Lei de Segurança da Aviação”, aprovada pelo Parlamento federal, considerando-a inconstitucional. Essa lei, visando proteger as pessoas ameaçadas em terra pelo terrorismo (após o cenário de 11 de setembro nos Estados Unidos), autorizava as forças armadas a abater aviões de passageiros, que numa situação desse tipo tivessem se transformado em bombas. Contudo, na opinião do Tribunal, a morte de passageiros causada por órgãos estatais seria inconstitucional. Entendeu o Tribunal Constitucional alemão que a obrigação de respeitar a dignidade humana dos passageiros (conforme o n.º.2 do artigo 2º da Constituição alemã) tem precedência sobre a obrigação do Estado de proteger a vida das potenciais vítimas de um atentado (HABERMAS, 2012:28-29).¹¹⁶

Corroborando a decisão do Tribunal Constitucional alemão, Habermas conclui que o “respeito pela dignidade humana de todas as pessoas interdita o Estado de dispor de um qualquer indivíduo como meio para um outro fim, mesmo que seja para salvar a vida de muitas outras pessoas” (HABERMAS, 2012:29).

Norberto Bobbio, ao falar da Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, entende que não há nenhum conflito na Declaração Universal, pois a proposição todos os seres humanos nascem livres e iguais é o mesmo que dizer que todos os seres humanos nascem igualmente livres ou mesmo que todos os seres humanos nascem iguais na liberdade, no duplo sentido da expressão, isto é, os seres humanos têm igual direito à liberdade ou os seres humanos têm direito a uma igual liberdade (BOBBIO, 2009:98). De acordo com o preâmbulo da Declaração Universal, o ideal comum que todos os povos e nações buscam é um fato histórico cuja importância necessita ser trazida à consciência de cada um de nós, e cada um

¹¹⁶ Habermas cita à página 28 de sua obra “Um Ensaio sobre a Constituição da Europa”, de 2012, que a decisão do Tribunal Constitucional alemão se baseou na obrigação de respeitar a dignidade humana, segundo o n.º. 2 do artigo 2º da Lei Fundamental. Contudo, é importante lembrar que este artigo diz que “Todos têm direito à vida e à integridade física”.

tem seu próprio pensamento e ação, então não temos como prever se a concretização desses ideais está próxima ou distante. Contudo, cada um de nós deve carregar sua própria pedra, por menor que seja, para a “construção do grande edifício” (BOBBIO, 2009:98).

E para finalizar este capítulo, ainda podemos citar Cesare Beccaria, que em 1764 escreveu: “O legislador deve ser um arquiteto hábil, que saiba ao mesmo tempo empregar todas as forças que podem contribuir para consolidar o edifício e enfraquecer todas as que possam arruiná-lo” (BECCARIA, 2016:72).

V- PELA DEFESA DA DIGNIDADE HUMANA COMO BEM JURÍDICO

Defendemos, assim, a dignidade da pessoa humana como bem jurídico.

No mundo moderno, as novas ameaças e os novos perigos que vão surgindo causam com eles o medo, a insegurança e a falta de confiança de que o Direito Penal do cidadão seja capaz de combater a criminalidade organizada, o terrorismo, o tráfico de armas, de seres, de órgãos e de drogas, ou mesmo crimes contra a autodeterminação sexual (com crianças, por exemplo) e tantos outros, destruindo, assim, a crença de que o Direito Penal comum está adequado para combater estes fenômenos, já que a criminalidade organizada transnacional é altamente especializada (econômico-financeira, bancária e cibernética), gerando, assim, uma maior lesividade social do que a criminalidade tradicional, também chamada de criminalidade de massa (VALENTE, 2016:63).

Todas essas ameaças e impunidades dos criminosos levam ao questionamento de qual é o Direito Penal que os cidadãos querem, se será necessário reinventar o Direito Penal ou se se aprofundará e desenvolverá um Direito Penal para a afirmação de um Direito Penal da liberdade e da humanidade, o Direito Penal do ser humano (VALENTE, 2016:64).

Pensamos que o único caminho para se buscar uma maior segurança não pode passar à distância da dignidade da pessoa humana. Qualquer mudança que se busque no Direito penal material e processual tem que estar inserida no princípio da humanidade. O princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no artigo 1º da CRFB, também no artigo 1º da CRP e também no art. 1º da Constituição da Alemanha, refletem o princípio da humanidade como princípio regente de uma ordem jurídica que se inscreva como caminho da

afirmação e valorização do ser humano. Impõe-se, assim, que a ciência jurídica crie os postulados científicos de uma ordem jurídica valorativa do ser humano, por ele ser o verdadeiro usufruidor e destinatário da construção normativa vinculante do ente público e do ente privado (VALENTE, 2013:56-57).

E com base neste princípio da humanidade, implica dizer que a consequência jurídica da infração tem de derivar da absoluta necessidade, caso contrário é tirânica e desumana e violadora da dignidade da pessoa humana.

VI- CONCLUSÃO

Concluimos, assim, que Constituições Republicanas que consagram a dignidade da pessoa humana como a base do Estado Democrático de Direito, tal qual ocorre em Portugal, deixam explícito que a pessoa humana está em lugar acima da organização política. Essa dignidade determina deveres de proteção em situações especiais propícias a graves atentados a essa dignidade, como é o caso dos refugiados, de detidos e tantos outros (CANOTILHO E MOREIRA, 2007:197-200).

Necessário afirmar que a dignidade da pessoa humana é um princípio que coenvolve todos os princípios relativos aos direitos e também aos deveres das pessoas e a posição do Estado perante elas (MIRANDA, 2016:280). E pode até haver uma ponderação da dignidade de uma pessoa com a dignidade da outra, mas não há ponderação entre a dignidade humana com qualquer outro princípio, fundamento, valor ou interesse (MIRANDA, 2016:280).

Não se pode olvidar que o ser humano que vive em um sistema de poder centralizado tenderá, de um modo geral, a maximizar um dos seus piores institutos humanos, como a ganância, a destrutibilidade, a acumulação de poder para si e a destruição de outros (CHOMSKY, 2014:85). Na realidade é um tipo de instinto que surge e atua em determinadas circunstâncias históricas, mas com certeza o que se busca é uma sociedade em que exista a probabilidade desse instinto ser reprimido e substituído por outros instintos mais saudáveis (CHOMSKY, 2014:85). Buscar a dignidade da pessoa humana com um bem jurídico é um caminho para alcançarmos essa sociedade.

Existe um grande desafio das sociedades consideradas desenvolvidas e que são as que propagam a democracia e a paz, que precisam fazer valer seu

poder humano e político para buscar maneiras de resolver a situação do medo que prevalece nos seres humanos. Mas com certeza não será através da violência (pela qual os povos imigrantes e refugiados já passaram em suas terras de origem) que se resolverá essa situação. É necessário haver a sustentação do poder, mas também uma garantia de melhores perspectivas de vida, já que os países desenvolvidos são uma alternativa para a fuga da violência, para a esperança de muitos que há muito tempo não são tratados de forma humanizada em seus países de origem. Não podemos esquecer que toda sociedade é um produto de elementos desiguais (SIMMEL, 1986:52), mas todos têm em comum a dignidade da pessoa humana, todos têm o direito à vida e à sua integridade física.

Assim sendo, concluímos que qualquer solução pela qual se busque encontrar a paz e a segurança tem que passar pelo caminho da humanidade, pela dignidade da pessoa humana.

VII- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUMAN, Zygmunt- **Tempos líquidos**; tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. ISBN 978-85-7110-993-3.

BAUMAN, Zygmunt- **Confiança e Medo nas Cidades**; tradução Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2009. ISBN 978-85-378-0122-2.

BECCARIA, Cesare – **Dos Delitos e das Penas**. 2ª ed. São Paulo: Edipro, 2016. ISBN 978-85-7283-925-9.

BOBBIO, Norberto- **o Terceiro Ausente**. Barueri: Manole, 2009. ISBN 978-85-98416-66-3.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa Anotada**, volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. ISBN 978-85-203-3044-9.

CARVALHO, Giane Alves- **Conflito, violência e tragédia da cultura moderna: reflexões à luz de Georg Simmel**. Revista Brasileira de Segurança Pública. Ano1. ed. 2, 2007.

FOUCAULT, Michel; CHOMSKY, Noam- **Natureza Humana Justiça vs. Poder**. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2014. ISBN 978-85-7827-793-2.

HABERMAS. Jurgen- **Um Ensaio sobre a Constituição da Europa**. Lisboa: Edições 70. 2012. ISBN 978-972-44-1700-4.

HASSEMER, Winfried- **Sobre a Arquitetura de um Direito Penal da Segurança**, In: **Direito Público** [Em linha] nº14, 2006. Doutrina Estrangeira. Pág. 76. [Consult. 1 Jul. 2017]. Disponível em:

<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.be/direitopublico/search/authors/view?firstName=Winfried&middleName=&lastName=Hassemer&affiliation=&country=>

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Câncio; org. e trad. CALLEGARI, André Luís, GIACOMOLLI, Nereu José- **Direito Penal do Inimigo Noções e Críticas**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. ISBN 978-85-7348-792-3.

MACHADO, Jónatas – **Direito Internacional**. 4ª ed. Coimbra: Coimbra, 2013. ISBN 978-972-32-2181-7.

MIRANDA, Jorge – Curso de Direito Constitucional Estado e Constitucionalismo. Constituição. Direitos Fundamentais. Volume 1. Lisboa: Universidade Católica, 2016. ISBN 9789725405123.

SIMMEL, Georg- **Sociologia: estudos sobre las formas de socialización**. Madrid: Alianza, 1986a. ISBN 9788420624792.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes- **Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-858-49-3124-8.

VALENTE, Manoel Monteiro Guedes- **A Ciência Jurídica como Caminho de Afirmação e Valorização do Ser Humano**. In: Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo. Jan/Dez 2013, vol. 4- Número 1, pp.49-62.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes- **Os desafios do processo penal do estado democrático de direito: A sociedade internético-personocêntrica**. In: III Seminário do IBADPP- Processo Penal e Democracia. [Em linha]. Salvador:2014 [Consult.10. Jun. 2017]. Disponível em: <http://www.ibadpp.com.br/category/artigosinternacionais>.

ZAFFARONI, Raul E.- “La Creciente legislación penal y los discursos de emergência”. En: Varios autores. Teorias Actuales en el Derecho Penal. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998.

OS SINDICATOS DE TRABALHADORES RURAIS NO BRASIL: ORIGEM E CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTAIS

THE RURAL WORKERS' UNIONS IN BRAZIL: ORIGIN AND FUNDAMENTAL CHARACTERISTICS

Claudinei Coletti ¹¹⁷

Resumo

O objetivo deste artigo é analisar o processo de implantação dos sindicatos de trabalhadores rurais no Brasil, a partir da década de 1960, e as características fundamentais que tal sindicalismo assumiu ao longo das duas primeiras décadas de sua existência (décadas de 1960 e 70). Nossa hipótese é a de que os principais objetivos do Estado, ao levar o sindicalismo oficial ao campo, eram combater a organização política autônoma dos trabalhadores rurais, que surgira nos anos 50; desviar as entidades sindicais da luta reivindicativa dos trabalhadores; e, por fim, criar um sindicalismo frágil, não-representativo, assistencialista e conservador, subordinado aos interesses governamentais e às classes dominantes do campo. Nossa conclusão é a de que se a intenção do governo era trazer a organização dos trabalhadores rurais para o âmbito do seu controle com a intenção de esvaziá-la, em grande medida, esta estratégia governamental foi coroada de êxito.

Palavras-chave: Sindicalismo. Direitos sociais. Sindicatos de Trabalhadores Rurais. Assistencialismo.

Abstract

The objective of this article is to analyze the implantation process of rural workers' unions in Brazil, from the 1960s, and the fundamental characteristics that this unionism took on over the first two decades of its existing (1960 and 70's decades). Our theory is that the State main objectives, by taking the official unionism to the countryside, were to oppose the independent political organization of rural workers that emerged in the 1950s; divert the unions from the workers' claim fight; and, lastly, build a fragile unionism, unrepresentative, assistentialist and conservative, subjected to the governmental interests and to the ruling classes of countryside. Our conclusion is that, if the governmental intention was to bring the rural workers organization to its control with the intention of emptying it out, largely, this governmental strategy was successful.

Keywords: Unionism. Social rights. Rural workers' unions. Assistentialist politics.

¹¹⁷ Doutor em Ciências Sociais e mestre em Ciência Política pelo Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da UNICAMP. Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Padre Anchieta, em Jundiaí (SP), e do Curso de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, em Campinas (SP).

Introdução

Os primeiros sindicatos operários surgiram na Europa no século XIX. O capitalismo industrial já se consolidara e o Estado absolutista transformou-se no Estado democrático de direito de inspiração liberal. Com o Estado democrático de direito foram estabelecidos os direitos humanos de primeira geração: os direitos civis e os direitos políticos ligados à garantia das liberdades individuais. Este Estado era a instituição adequada à preservação e expansão dos interesses do capitalismo e da própria burguesia, nova classe politicamente dominante, saída das revoluções burguesas.

Segundo a doutrina liberal, o Estado não deveria intervir nas atividades econômicas (liberalismo econômico) e também deveria ser limitado em seus poderes e em suas funções (liberalismo político). O Estado de Direito limitava os poderes do executivo ao subordinar todos, indistintamente, inclusive os governantes, às normas jurídicas vigentes. Além disso, havia a proposta liberal de mínima intervenção do Estado na esfera de ação dos indivíduos e de garantia da liberdade contratual (prevalência do princípio da autonomia da vontade).

Esta concepção liberal de defesa da liberdade contratual significou, em grande parte do século XIX, o afastamento do Estado das relações entre capital e trabalho. Resultado: instaurou-se no capitalismo, no contexto da primeira revolução industrial ocorrida na Europa, um processo de generalização da pobreza e de superexploração da força de trabalho, expressa por jornadas de trabalho demasiado extensas e salários miseráveis impostos à classe operária.

As condições de vida nas cidades eram tão adversas, que alguns dados de recenseamentos ingleses mostram que, na década de 1840, um homem vivia em média cinquenta anos no campo e apenas trinta, nas cidades.

Nesse contexto, revoltas operárias contra as péssimas condições de vida e de trabalho eram inevitáveis, e desse longo processo de luta e de organização surgiram os sindicatos operários, instituições representativas dos interesses dos trabalhadores frente aos capitalistas e ao próprio Estado.

Num determinado momento histórico, o Estado foi obrigado a reconhecer os sindicatos como instituições representativas e a levar em conta suas reivindicações. Isto ocorreu na Inglaterra (1824), na Alemanha (1869), na França (1884) e assim por diante. E mais: o Estado foi obrigado a intervir na

relação entre capital e trabalho a fim de disciplinar juridicamente essa relação e estabelecer limites à exploração da força de trabalho. Começava a surgir, assim, a legislação social-trabalhista.

Aos poucos, portanto, o Estado democrático de Direito de inspiração liberal (não intervencionista) foi se transformando num Estado intervencionista, denominado por alguns autores de Estado social¹¹⁸. Este Estado social, vigente nas sociedades capitalistas no século XX, preocupava-se, diferentemente do Estado anterior, com certa distribuição de renda e com a garantia de condições minimamente dignas de trabalho e de vida aos menos favorecidos, sobretudo para apaziguar a sociedade. É deste Estado, portanto, que surgiram os direitos fundamentais de segunda geração, isto é, os direitos sociais. E, como dissemos há pouco, o surgimento do sindicalismo operário foi um momento decisivo para o desencadeamento de todo esse processo.

No Brasil, no início do século XX, havia um sindicalismo em gestação. As primeiras formas de organização operária foram as “sociedades de socorro e auxílio mútuo” e as “uniões operárias”, as quais se transformaram, pouco depois, nos primeiros sindicatos operários. Houve vários congressos operários (em 1906, 1913 e 1920) e também várias greves nesse momento histórico. Uma característica fundamental marcava o sindicalismo brasileiro na Primeira República: o Estado não intervinha na organização e luta sindical, ou melhor, intervinha, mas apenas repressivamente, por meio da ação policial.

A revolução de 1930, que levou Getúlio Vargas ao poder, representou um divisor de águas na história do sindicalismo brasileiro: a partir daquele momento, a organização sindical, antes autônoma e independente, foi trazida para dentro do Estado, o qual passou a controlá-la.

A partir da criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio (Decreto nº 19.433, de 26 de novembro de 1930) e da promulgação da chamada “Lei de Sindicalização” (Decreto-Lei nº 19.770, de 19 de março de 1931), teve início o funcionamento da estrutura sindical oficial brasileira, cuja principal característica seria o atrelamento e a subordinação das organizações sindicais ao aparelho de Estado. O objetivo do Estado era o de viabilizar, com baixos salários, o processo de industrialização da economia brasileira que se iniciava

¹¹⁸ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

naquele contexto. Vários outros decretos foram promulgados durante a década de 1930 e início da de 1940 (Decreto nº 24.694, de 12 de julho de 1934; Decreto-Lei nº 1.402, de 5 de agosto de 1930 e Decreto-Lei nº 2.377, de 8 de julho de 1940), e o resultado de todo esse processo foi a promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) em 1943.

Os sindicatos brasileiros, para ter existência legal, passaram a ter de ser reconhecidos pelo Estado (investidura sindical), o Estado instituiu o monopólio legal da representação sindical (unicidade sindical) e criou o imposto sindical, cujo objetivo era garantir a sustentação financeira dos sindicatos independentemente de qualquer representatividade ou de adesão dos trabalhadores.¹¹⁹ O objetivo do governo era claro: criar um sindicalismo oficial, frágil, não representativo e tutelado pelo Estado.

Nosso objetivo, neste artigo, é o de analisar a expansão dessa estrutura sindical oficial no campo brasileiro.¹²⁰ Os trabalhadores rurais foram praticamente excluídos do direito de constituir sindicatos oficiais durante as décadas de 1930, 40 e 50. Somente no início da década de 1960 foi-lhes dado esse direito, por meio de duas portarias do Ministério do Trabalho e Previdência Social e, pouco depois, com a aprovação do Estatuto do Trabalhador Rural (Lei 4.214, de 2 de março de 1963).

As questões das quais partimos, portanto, são as seguintes: quais os objetivos fundamentais do Estado ao trazer a organização sindical dos trabalhadores para o âmbito do seu controle? Quais razões motivaram e possibilitaram a implantação do sindicalismo oficial no campo naquela determinada conjuntura (década de 1960)? Quais características fundamentais este sindicalismo assumiu?

¹¹⁹ BOITO JÚNIOR, Armando. **O sindicalismo de Estado no Brasil**: uma análise crítica da estrutura sindical. São Paulo: Hucitec; Campinas, SP: Editora da Unicamp, 1991. A Constituição Federal de 1988 alterou a investidura sindical ao estabelecer, em seu art. 8º, que “a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente [...]”. O inciso II deste mesmo artigo 8º manteve a unicidade sindical e o IV manteve os impostos sindicais. Recentemente, a reforma trabalhista do governo Temer (Lei 13.467/2017) acabou com o imposto sindical de março. Como nosso objetivo aqui é analisar a origem e expansão do sindicalismo dos trabalhadores rurais nos anos 1960 e 70, não discutiremos tais alterações.

¹²⁰ Grande parte das reflexões aqui presentes, sobre a origem e expansão do sindicalismo dos trabalhadores rurais no Brasil, está contida no seguinte trabalho de pesquisa, de nossa autoria: COLETTI, Claudinei. **A estrutura sindical no campo**: a propósito da organização dos assalariados na região de Ribeirão Preto. Campinas (SP): Editora da Unicamp: Centro de Memória-Unicamp, 1998, especialmente no capítulo 1º.

Nossa hipótese é a de que, não obstante o fato de o direito à sindicalização e à legislação social-trabalhista, na sua origem (Europa), serem conquistas dos trabalhadores obtidas a partir de um longo processo de organização e luta, no caso brasileiro, tais direitos foram manipulados política e ideologicamente pelo Estado, com dois objetivos fundamentais: 1º) desviar as entidades sindicais da luta reivindicativa e da representatividade político-sindical dos trabalhadores; 2º) criar a falsa ideia entre os trabalhadores de que os direitos sociais não são efetivamente direitos de cidadania, mas mera doação (assistencialista) do Estado, feita por este ou aquele governante de plantão. No caso do sindicalismo oficial rural, a questão que se colocava era combater a organização política autônoma dos trabalhadores rurais, que vinha crescendo desde a década de 1950, e estabelecer novas formas de dominação no campo, a partir de um papel ativo do Estado.

Num primeiro momento deste artigo, analisaremos as mobilizações camponesas que surgiram no Brasil na década de 1950; depois, trataremos da implantação do sindicalismo oficial no campo, entendida como uma resposta dada pelo Estado àquelas mobilizações camponesas; em seguida, discutiremos as principais providências tomadas pelo regime ditatorial militar para transformar os sindicatos de trabalhadores rurais em entidades meramente assistenciais e, por fim, abordaremos a questão da existência do peleguismo no interior do sindicalismo oficial rural.

1. As mobilizações camponesas na década de 1950

Nos anos 50, o campo foi palco de uma efervescência política, cujo resultado mais importante e evidente foi a constituição do movimento das Ligas Camponesas do Nordeste.

Em 1955, no Engenho Galileia, no município de Vitória de Santo Antão, no estado de Pernambuco, surgiu a Sociedade Agrícola e Pecuária dos Plantadores de Pernambuco, mais tarde chamada Liga Camponesa da Galileia, que reunia cento e quarenta famílias e quase mil pessoas. Surgida, de início, como uma associação de auxílio-mútuo, transformou-se rapidamente, graças à reação dos latifundiários da região, numa associação de resistência às tentativas de aumento do preço do foro, de expulsão dos foreiros das terras de engenho e

de alteração dos dias de cambão.¹²¹ Vivia-se, na época, um momento favorável à demanda externa do açúcar e muitas terras cedidas em aforamentos – os chamados “engenhos de fogo morto” – passaram a ser cobiçadas por seus proprietários, que desejavam transformar-se, novamente, em fornecedores de cana para as usinas.

É nesse contexto de luta pela permanência na terra que as Ligas Camponesas se firmaram. Em 1959, após uma longa disputa judiciária, os camponeses obtiveram uma vitória importantíssima: o Engenho Galileia foi desapropriado, por meio de um projeto de lei aprovado pela Assembleia Legislativa de Pernambuco.¹²² Tratou-se, sem dúvida, de um acontecimento decisivo para a posterior expansão das Ligas, as quais rapidamente se espalharam para outros municípios de Pernambuco e para outros estados do Nordeste, transformando-se em verdadeira organização camponesa e ocupando um espaço próprio nas lutas sociais do campo nas décadas de 1950 e 60.

Em termos organizacionais, o que caracterizava as Ligas era o fato de se constituírem como uma sociedade civil de direito privado, com sede na capital do estado ou na maior cidade da região, com jurisdição para todo o estado ou para toda a região respectiva. Não dependiam, portanto, para seu registro, da complexa burocracia do Ministério do Trabalho, mas apenas de um cartório de títulos e documentos.¹²³

Fernando Antônio Azevêdo detecta a existência de três fases na trajetória das Ligas Camponesas: a primeira vai desde a fundação da Sociedade Agrícola e Pecuária dos Plantadores de Pernambuco (1955) até a desapropriação do Engenho Galileia (1959), caracterizada pelas denúncias das arbitrariedades que imperavam no campo, pela luta jurídica para permanecer na terra e pela luta

¹²¹ “Foro” era uma determinada quantia anual que o “foreiro” era obrigado a pagar ao proprietário das terras que cultivava. O “cambão” era a obrigação que o “foreiro” tinha de trabalhar gratuitamente para o proprietário cerca de vinte dias por ano. SIGAUD, Lygia. **Os clandestinos e os direitos**: estudo sobre trabalhadores da cana-de-açúcar de Pernambuco. São Paulo: Duas, Cidades, 1979. p. 47.

¹²² Fernando Antônio Azevêdo observa que essa desapropriação não se constituiu em nenhum ato revolucionário, foi um ato de exceção, realizado dentro dos parâmetros legais. AZEVÊDO, Fernando Antônio. **As ligas camponesas**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982. p. 72. As desapropriações de terras eram inviáveis por exigirem, segundo a Constituição Federal de 1946, prévia e justa indenização em dinheiro.

¹²³ Francisco Julião, a maior liderança política das Ligas Camponesas, assim se expressou a este respeito: “Para se fundar uma delegacia ou liga, basta reunir certo número de camponeses, trinta ou quarenta, submeter o estatuto geral à sua apreciação, e, uma vez todos de acordo, eleger a diretoria. Lavrada a ata e assinada pelos fundadores, se alfabetizados, ou a rogo, se analfabetos, basta o Conselho Deliberativo oficializar à Justiça, comunicando a existência legal da entidade. E pronto.” JULIÃO, Francisco. **Que são as ligas camponesas**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1962. p. 47-48.

pela indenização das benfeitorias; a segunda fase, de 1960 a 1962, foi caracterizada por uma virada política e ideológica nas Ligas, na qual se destacam, primeiro, a bandeira da “reforma agrária radical”, na “lei ou na marra”, e, segundo, a incorporação de concepção foquista da revolução armada – tal concepção resultou na criação de vários campos de treinamento guerrilheiro, mais tarde desarticulados pelas Forças Armadas; finalmente, a terceira fase, a partir de 1963, caracterizou-se por uma profunda crise nas Ligas provocada pela sindicalização oficial rural e por dissensões políticas e ideológicas entre as suas facções internas.¹²⁴

Porém, se por um lado, as Ligas Camponesas transformavam-se no símbolo mais visível das lutas dos trabalhadores rurais no período pré-1964, por outro, não podemos reduzir as lutas do campesinato no período apenas àquelas manifestações. Com efeito, a inquietação social no campo extrapolava a região Nordeste e espalhava-se por vários cantos do Brasil. Alguns exemplos: os posseiros, ameaçados de despejo, desencadeavam longas batalhas em Formoso e Trombas (Goiás), no sudoeste do Paraná e na baixada da Guanabara; em Santa Fé do Sul (São Paulo) houve sérios conflitos nos anos de 1950-60 envolvendo pequenos arrendatários e proprietários de terras; no Rio Grande do Sul surgiu o Movimento dos Agricultores Sem-Terra (MASTER); as greves no campo multiplicavam-se numa escala sem precedentes.

No início da década de 1960, havia quatro forças políticas atuantes no campo, que tentavam controlar o movimento camponês: As Ligas Camponesas, o Partido Comunista do Brasil (PCB), a Igreja Católica e os chamados “católicos radicais” representados principalmente pela Ação Popular (AP).

O PCB priorizava o trabalho com o trabalhador assalariado rural e concebia a reforma agrária como uma etapa da revolução nacional-democrática anti-imperialista, a qual precederia a revolução socialista (concepção da revolução brasileira em duas etapas). Defendia, também, a constituição de uma “frente única” de forças interessadas em combater o imperialismo norte-americano, formada pela classe operária, pelos camponeses, pela pequena burguesia urbana, pela própria burguesia e até mesmo por setores latifundiários que possuíssem contradições com o imperialismo. Avaliava que existia a

¹²⁴ AZEVÊDO, Fernando Antônio. **As ligas camponesas**. p. 75-79.

possibilidade de conduzir, por meios pacíficos, a revolução nacional-democrática e anti-imperialista.¹²⁵

As Ligas divergiam relativamente às proposições dos comunistas: para elas, o campesinato era a principal força da revolução brasileira, cujo conteúdo era imediatamente socialista. Francisco Julião também refutava a ideia de “frente única”, que incluía a burguesia e até mesmo segmentos do latifúndio, e defendia a proposta de uma reforma agrária radical, “na lei ou na marra”.

A Igreja Católica, por sua vez, preocupada com o perigo da expansão comunista no campo e com a possibilidade de perda de sua influência no meio agrário, iniciou, no final da década de 1950, seu trabalho organizativo no meio rural exatamente por aqueles estados mais ameaçados pela expansão das Ligas e do PCB. Assim, em 1960, o Serviço de Assistência Rural do Rio Grande do Norte criou um setor de sindicalização rural, cujo objetivo era a formação de sindicatos cristãos no campo.¹²⁶ Em 1961 surgiram o Serviço de Orientação Rural de Pernambuco (SORPE), a Equipe de Sindicalização Rural da Paraíba e a Equipe de Sindicalização da Secretaria de Planejamento da Arquidiocese de Teresina, no Piauí; em 1962 foi criado o Serviço de Orientação Rural de Alagoas.¹²⁷ No Estado de São Paulo surgiram, a partir de 1961, os Círculos Operários.

A Ação Popular (AP), surgida de setores leigos ligados à Igreja Católica, fugiu à expectativa do sindicalismo cristão e passou a adotar posturas radicais de apoio à luta camponesa, desenvolvendo um importante trabalho por meio do Movimento de Educação de Base (MEB).¹²⁸

Enfim, as classes dominadas do campo rebelavam-se, transformando, aqui e acolá, o pacato mundo rural em verdadeiro campo de batalha. Nas décadas de 1950 e 60, a quebra das “relações de dominação e dependência pessoal” assumiu proporções tão significativas que os antagonismos de classe no mundo rural, até

¹²⁵ Essa concepção está presente num documento do próprio Partido, “Declaração sobre a política do PCB”, de março de 1958. CARONE, Edgard. **O PCB (1943-1964)**. São Paulo: Difel. v. II.

¹²⁶ Sobre o Serviço de Assistência Rural (SAR), fundado em 1949 pelo então Padre Eugênio de Araújo Sales, e sua atuação no movimento sindical rural do Rio grande do Norte, ver: CRUZ, Dalcy da Silva. **A redenção necessária: sindicalismo rural e a Igreja Católica (1960-1964)**. 1982. Dissertação (Mestrado em Sociologia Rural) – Centro de Humanidades da Universidade Federal da Paraíba, Campina Grande, 1982. p. 55-73.

¹²⁷ MEDEIROS, Leonilde Sérvalo de. **História dos movimentos sociais no campo**. Rio de Janeiro: FASE, 1989. p. 76-77.

¹²⁸ LIMA, Haroldo; ARANTES, Aldo. **História da Ação Popular: da JUC ao PC do B**. São Paulo: Alfa-Ômega, 1984.

então mascarados pela obrigação de lealdade dos trabalhadores para com os senhores de terra, explicitaram-se, desembocando num intenso processo de conflito de classes.¹²⁹

O que consideramos importante ressaltar, nesse processo de rupturas e mudanças pelas quais passava uma boa parte do campo brasileiro nas décadas de 1950 e 60, é o fato de que as transformações econômicas e a deterioração crescente das relações de dominação e dependência pessoal desencadeavam conflitos, que, por sua vez, atuavam como propulsores na quebra daquelas relações. A organização e a luta do campesinato demonstravam uma força que começava a inquietar vários setores das classes dominantes. Colocava-se, portanto, para as classes dominantes, a tarefa de estabelecer novas formas de dominação no campo, a partir de uma atuação efetiva do Estado burguês. Os sindicatos oficiais cumprirão essa função.

2. A sindicalização rural como contraofensiva do Estado

Em 1962, a partir de duas portarias do Ministério do Trabalho e Previdência Social, iniciou-se o processo de implantação da estrutura sindical oficial no campo: Portaria 209-A, de 25 de junho de 1962, e Portaria 355-A, de 20 de novembro de 1962.

O enquadramento sindical estabelecido pela Portaria 366-A permitia a existência de quatro sindicatos por base territorial: Sindicato dos Trabalhadores na Lavoura, Sindicato dos Trabalhadores na Pecuária e Similares, Sindicato dos Trabalhadores na Produção Extrativa Rural e Sindicato dos Produtores Autônomos – pequenos proprietários e trabalhadores autônomos que explorem atividade rural sem empregados, em regime de economia familiar ou coletiva. Segundo Fátima Regina de Barros, a inclusão dos produtores autônomos no sindicalismo rural poderia ser vista como uma medida para atingir as bases

¹²⁹ Utilizamos, aqui, a definição de “relações de dominação e dependência pessoal” tal como proposta por Décio Saes: “nela, pode-se discriminar analiticamente duas dimensões distintas, porém inter-relacionadas. De um lado, a base infraestrutural (dimensão econômica): o proprietário de terras tem um *poder econômico* sobre o trabalhador a quem cede a posse da terra. De outro lado, o traço superestrutural que lhe corresponde (dimensão ideológica): a dependência pessoal, cujo fundamento é a cessão da posse da terra, exprime-se ideologicamente como *obrigação subjetiva de lealdade* para com o senhor da terra, ou, num nível mais diretamente político, como *fideldade ao chefe local*”. SAES, Décio. *Coronelismo e Estado burguês: elementos para uma reinterpretação*. In: SAES, Décio. **Estado e democracia: ensaios teóricos**. Campinas, SP: IFCH/Unicamp. (Coleção Trajetória 1). p. 90, grifos do autor.

sociais das Ligas Camponesas, até aquele momento a única forma de organização efetiva dos produtores do campo.¹³⁰ Este enquadramento sindical foi modificado depois pela Portaria nº 71, de 2 de fevereiro de 1965, do Ministério do Trabalho e Previdência Social, que estabeleceu um único sindicato de “trabalhadores rurais” para cada base territorial.

Ao lado de medidas adotadas no âmbito do poder executivo, também o legislativo se movimentava no mesmo sentido. Assim, o projeto de lei apresentado à Câmara pelo deputado Fernando Ferrari, em maio de 1960, após várias modificações e quase três anos de tramitação no Congresso Nacional, foi finalmente aprovado em novembro de 1962, e encaminhado ao gabinete da Presidência da República para sanção, em fevereiro de 1963. Promulgava-se, assim, a Lei nº 4.214, de 2 de março de 1963, conhecida como Estatuto do Trabalhador Rural (ETR). Ressalte-se que esta iniciativa do Poder Legislativo era importante para marcar o posicionamento político do Congresso frente à questão, mas, na prática, a corrida às cartas sindicais já tinha sido desencadeada pelas portarias do Ministério do Trabalho e Previdência Social.

O ETR copiava o modelo do sindicalismo oficial urbano: exigia a “carta de reconhecimento sindical” assinada pelo Ministro do Trabalho; criava a “contribuição sindical”; estabelecia como deveres dos sindicatos a colaboração com os poderes públicos e a manutenção de serviços de assistência para seus associados etc. Como observa Verena Stolcke, “foi uma concessão moderada aos trabalhadores rurais, feita por um Congresso nitidamente conservador, num contexto de radicalização política no campo”¹³¹.

Três forças principais passaram a disputar a fundação do maior número possível de sindicatos e federações oficiais no campo: a Igreja Católica, o PCB e a AP. Tratou-se, acima de tudo, de um processo desenvolvido de fora para dentro e de cima para baixo, ou seja, a luta travada entre as diversas forças atuantes no campo pela hegemonia do movimento deixou para um segundo plano a participação efetiva dos trabalhadores no processo, a qual foi extremamente restrita.

¹³⁰ BARROS, Fátima Regina de. **A organização sindical dos trabalhadores rurais**: contribuição ao estudo do caso do Estado de São Paulo, entre 1954-1964. 1986. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Departamento de Ciências Sociais-Unicamp, Campinas, SP, 1986.

¹³¹ STOLCKE, Verena. **Cafeicultura**: homens, mulheres e capital (1850-1980). São Paulo: Brasiliense, 1986. p. 218.

Do lado da Igreja Católica, a justificativa para a criação de sindicatos oficiais rurais era a necessidade de isolar os trabalhadores da influência das Ligas Camponesas e dos comunistas; para estes, as justificativas das vantagens dos sindicatos sobre outras formas de organização estavam ligadas à concepção do papel primordial exercido pelo proletariado no processo de transformação social, além da postura legalista assumida pelo partido a partir de 1958; a AP, por sua vez, de uma proposta inicial de conscientização do trabalhador por meio do Movimento de Educação de Base, passou, a partir de 1963, a se preocupar com a criação do maior número possível de sindicatos e federações.

Vale ressaltar que as oligarquias rurais e a burguesia agrária opuseram-se, de forma veemente, a qualquer possibilidade de extensão da legislação trabalhista ao campo e de alteração, por meio de uma reforma agrária, da estrutura fundiária brasileira. Até o início da década de 1960 foi possível manter intocados seus interesses. Entretanto, a partir do momento em que a mobilização e a organização crescente do campesinato deixavam claro que as massas rurais fugiam ao controle de seus senhores, foi necessário que o Estado interviesse a fim de conter e canalizar institucionalmente a inquietação camponesa. O Estado, ao levar o sindicalismo oficial ao campo, tinha como objetivo fundamental estabelecer um controle sobre a organização política autônoma dos trabalhadores rurais, pois o poder privado dos proprietários rurais já não conseguia mais subjugar as massas rurais.

3. O golpe militar de 1964

O golpe militar de abril de 1964 representou, ao mesmo tempo, uma ruptura e uma continuidade no processo de organização dos trabalhadores rurais. Ruptura, porque as Ligas Camponesas e as lideranças combativas do sindicalismo rural foram definitivamente varridas do cenário político do campo. Continuidade, porque o sindicalismo oficial rural, enquanto instituição, foi preservado, e a Igreja Católica, que anunciara seu apoio explícito aos militares golpistas, pôde nomear um grande número de interventores, convertendo-se na única força atuante no interior do sindicalismo oficial rural.

As intervenções do governo federal nas direções sindicais eram uma possibilidade aberta pelas próprias características do sindicalismo oficial: se

era o Estado que reconhecia o sindicato e outorgava aos seus dirigentes a representatividade (formal) junto a um determinado segmento de trabalhadores; se era o Estado que garantia a sustentação financeira dos sindicatos por meio dos impostos sindicais, este Estado poderia destituir e nomear dirigentes sindicais de acordo com suas conveniências. As intervenções foram, portanto, a primeira providência tomada pelos militares relativamente às entidades sindicais rurais.

Segunda providência: trazer a questão fundiária e a bandeira da reforma agrária levantada pelos camponeses para o controle do Estado. Isto foi feito, em novembro de 1964, por meio do Estatuto da Terra.

José de Souza Martins, ao analisar a concepção de reforma agrária presente no Estatuto da Terra, observou que a ênfase da proposta estava na constituição da empresa rural e na condenação tanto do minifúndio quanto do latifúndio. A palavra-chave era modernização. O Estatuto nasceu, portanto, subordinado ao projeto de desenvolvimento econômico do regime ditatorial militar, o qual privilegiava a constituição de grandes empresas rurais e favorecia, de um lado, a concentração de terras e de capital, de outro, a expropriação e a expulsão dos trabalhadores do campo.¹³²

Terceira providência: alterar o enquadramento sindical rural, com o objetivo de facilitar ainda mais o controle governamental sobre os sindicatos. Isto foi feito, como já dissemos aqui, por meio da Portaria nº 71, de 2 de fevereiro de 1965, a qual estabeleceu um único sindicato de “trabalhadores rurais” para cada base territorial, alterando a Portaria 355-A, de 1962, que estabelecia até o máximo de quatro.

Se no contexto do Estado populista – no período pré-1964 – a função de controle estatal sobre os sindicatos oficiais por vezes era mascarada pela possibilidade de as massas rurais serem integradas ao jogo político, como base de sustentação do governo, no regime ditatorial militar essa máscara desfez-se, e os sindicatos oficiais revelaram toda a capacidade de controle (autoritário) que possuíam sobre a organização dos trabalhadores.

4. A expansão do sindicalismo oficial no campo e a previdência social dos trabalhadores rurais

¹³² MARTINS, José de Souza. **A militarização da questão agrária no Brasil**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1985.

Na década de 1970, o mecanismo mais eficiente utilizado pelo regime ditatorial militar para destruir qualquer possibilidade de os sindicatos oficiais rurais converterem-se em instrumento de organização e luta dos trabalhadores rurais foi a instituição do Programa de Assistência ao Trabalhador Rural (PRORURAL), mais conhecido como FUNRURAL.

O Fundo de Assistência e Previdência do Trabalhador Rural (FUNRURAL) foi criado com o Estatuto do Trabalhador Rural, em 1963, e tinha como finalidade instituir alguns benefícios previdenciários aos trabalhadores rurais, como, por exemplo, aposentadoria por velhice e por invalidez, auxílio-doença, assistência médica e odontológica, pensão por morte, auxílio-funeral etc.

Entretanto, foi somente em 1971 que ele passou efetivamente a funcionar, a partir da aprovação da Lei Complementar nº 11, de 25 de maio daquele ano, a qual criava o PRORURAL, cuja execução caberia ao FUNRURAL.

O art. 28 da Lei Complementar nº 11 estabelecia que “as entidades sindicais [...] poderão ser utilizadas na fiscalização e identificação dos grupos rurais beneficiados com a presente Lei Complementar e, mediante convênio com o FUNRURAL, *auxiliá-lo na implantação, divulgação e execução do PRORURAL*”.¹³³

A inclusão desses serviços previdenciários no interior dos sindicatos de trabalhadores rurais visava, segundo as palavras do então Ministro do Trabalho, Júlio Barata, a converter o assistencialismo no principal ou, pelo menos, em um dos principais papéis desempenhados pelas entidades sindicais rurais.¹³⁴

Segundo Ricardo Abramovay, esta manobra, em primeiro lugar, transformou o presidente do sindicato numa espécie de gerente da agência do

¹³³ BRASIL. **Lei Complementar nº 11, de 25 de maio de 1971.** Institui o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp11.htm. Acesso em: 26 set. 2019. Grifos nossos.

¹³⁴ Segundo as palavras do próprio ministro, por ocasião do encerramento do II Congresso da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG), em maio de 1973: “o PRORURAL é o fortalecimento do sindicalismo autêntico, porque à sombra do programa estão surgindo os sindicatos rurais, já com propósitos de prestação de serviços e não apenas com propósitos reivindicatórios”. Apud NOVAES, Regina Reyes. Continuidades e rupturas no sindicalismo rural. In: BOITO JÚNIOR, Armando (org.). **O sindicalismo brasileiro nos anos 80.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 178.

FUNRURAL, em segundo lugar, fez com que o trabalhador encarasse sua organização de classe como uma organização meramente assistencial.¹³⁵

O processo de expansão do número de sindicatos rurais foi intenso desde que a estrutura sindical oficial foi estendida ao campo, em meados de 1962. No entanto, na década de 1970, aí incluído o período de maior repressão da ditadura militar, o crescimento foi espantoso. Tratou-se, na esmagadora maioria dos casos, de um crescimento meramente burocrático e completamente desvinculado da luta dos trabalhadores. Dos 2.747 sindicatos de trabalhadores rurais recenseados em 1988, 1.206 (44%) foram fundados no período de 1971 a 1980.¹³⁶ Tal fenômeno, sem dúvida, em grande medida, esteve relacionado aos convênios estabelecidos entre as entidades sindicais e o FUNRURAL, por meio dos quais os sindicatos foram transformados em verdadeiros postos de saúde e em agências de encaminhamento de aposentadorias e pensões, a serviço do governo. Levando-se em conta a precariedade das condições de vida do homem do campo, podemos entender o significado que assumiu tal programa para o trabalhador agrícola.

A manipulação, pelo dirigente sindical, dos recursos transferidos pelo Estado fez surgir certo tipo de clientelismo no interior dos sindicatos de trabalhadores rurais. Muitos sindicatos foram transformados em verdadeiras empresas familiares, tendo em vista o número de parentes de seu presidente ali empregados, e estabeleceu-se, por outro lado, uma troca de favores e cumplicidade entre as direções sindicais, as autoridades municipais, as entidades patronais e os grandes proprietários. E o presidente do sindicato tornou-se, pelo poder (outorgado) de que dispunha, o principal agente desse clientelismo.¹³⁷

Alguns autores viram com bons olhos esse processo. Para Moacir Palmeira, por exemplo, o fardo assistencial que o governo transferiu ao sindicalismo oficial rural foi por este incorporado de maneira positiva, pois “o movimento sindical aceitou correr os riscos de trazer as práticas assistenciais

¹³⁵ ABRAMOVAY, Ricardo. Lutas sociais no campo. In: DEPARTAMENTO DE ECONOMIA RURAL-FCA/Botucatu (org.). **A mão-de-obra volante na agricultura**. São Paulo: Polis: Unesp: CNPq, 1982. p. 214.

¹³⁶ IBGE. **Sindicatos: indicadores sociais**. Rio de Janeiro: FIBGE, 1989. v. 2.

¹³⁷ NOVAES, Regina Reyes. Continuidades e rupturas no sindicalismo rural. p. 183.

para dentro dos sindicatos, como um *meio* de estimular o aumento da sindicalização e de evitar o controle da assistência pelos políticos locais”¹³⁸.

Ora, não concordamos com esse ponto de vista, porque acreditamos que o assistencialismo, na esmagadora maioria dos casos, não foi um *meio* utilizado pelos dirigentes sindicais para chegar até os trabalhadores e trazê-los para a luta sindical, mas converteu-se, de forma perversa, num fim em si mesmo da prática sindical. E os resultados desse processo, sob o ponto de vista da representação ideológica que os trabalhadores construíram das entidades sindicais, foram desastrosos. A marca assistencialista prevaleceu, constituindo-se, para os trabalhadores, na primeira e, às vezes, na única função dos sindicatos de trabalhadores rurais. Uma pesquisa do IBGE de 1988 confirma tal fato: os três principais serviços oferecidos pelos sindicatos de trabalhadores rurais, segundo seus filiados, eram serviço odontológico (59%), serviço médico (56%) e assistência jurídica (55%).¹³⁹

Se o objetivo da ditadura militar era reduzir os sindicatos de trabalhadores rurais aos seus serviços assistenciais – como se supõe pelas palavras, em 1973, do então Ministro do Trabalho, Júlio Barata – poderíamos afirmar que, em grande medida, os resultados corresponderam às intenções.

5. O peleguismo no interior do sindicalismo oficial rural

Para tratar desta questão é necessário, em primeiro lugar, definir, ainda que de maneira sucinta, o conceito de “peleguismo”.

A estrutura sindical brasileira, tal como foi constituída e conforme já observado pelos estudiosos do assunto¹⁴⁰, implica dependência das entidades sindicais, prioritária e fundamentalmente, em relação ao Estado. Quem garante

¹³⁸ PALMEIRA, Moacir. A diversidade da luta no campo: luta camponesa e diferenciação do campesinato. In: PAIVA, Vanilda (org.). **Igreja e questão agrária**. São Paulo: Loyola, 1985. p. 47, grifos nossos.

¹³⁹ IBGE. **Sindicatos: indicadores sociais**. v. 2. p. 27-28. Outras pesquisas confirmam essa afirmação. Verena Stolcke, por exemplo, ao analisar uma turma de trabalhadoras boias-frias em Jaguariúna, na região de Campinas (SP), observou que para as trabalhadoras o lugar adequado para a formulação de suas reclamações eram as agências da Justiça do Trabalho, e não o sindicato. Este era visto pelas trabalhadoras como uma entidade de assistência médica e dentária. STOLCKE, Verena. *Cafecultura: homens, mulheres e capital (1850-1980)*. p. 344.

¹⁴⁰ Ver, por exemplo: SIMÃO, Aziz. **Sindicato e Estado**. São Paulo: Ática, 1981; RODRIGUES, José Albertino. **Sindicato e desenvolvimento no Brasil**. São Paulo: Símbolo, 1979; BOITO JÚNIOR, Armando. **O sindicalismo de Estado no Brasil: uma análise crítica da estrutura sindical**.

a existência e sobrevivência dos sindicatos, federações e confederações oficiais, por meio do reconhecimento, da outorga da representatividade e dos impostos sindicais, em última instância, é o Estado, e não os trabalhadores, nem tampouco os patrões. No limite é possível, inclusive, haver sindicatos oficiais sem trabalhadores, e os chamados “sindicatos de carimbo” são uma prova concreta desta possibilidade.

Ora, é exatamente dessa relação de dependência fundamental entre sindicalismo oficial e Estado que decorre a definição de peleguismo. Nas palavras de Azis Simão, trata-se de sindicalistas que mantêm uma estreita vinculação com o Ministério do Trabalho, constituindo-se em seu “agente oficioso” na organização sindical corporativa¹⁴¹. Ou, dito de outra forma: “o ‘pelego’ se comporta como uma subclasse do funcionalismo pois, sem pertencer necessariamente aos quadros ministeriais, age de conformidade com os padrões mais convenientes ao Ministério do Trabalho”¹⁴². Como observado por Armando Boito Júnior, “o pelego não é um sindicalista amarelo, dependente e subordinado às direções das empresas”, ainda que isto possa facilmente acontecer. Como dependentes que são, fundamentalmente, da burocracia do Estado e do próprio governo, podem, dependendo dos interesses e da política governamental do momento, tomar iniciativas que se choquem com os interesses imediatos dos patrões¹⁴³. Portanto, o elemento fundamental para a definição de peleguismo é o “governamental”, não excluída, em hipótese alguma, a possibilidade de existência de um “peleguismo governamental-patronal”¹⁴⁴.

O peleguismo é um efeito da própria estrutura sindical oficial. Como as entidades sindicais no Brasil são instituições subordinadas ao Estado, este pode convertê-las, por meio de uma série de artifícios – e de fato as converteu em determinadas conjunturas – em representantes dos interesses governamentais junto a um determinado segmento de trabalhadores. O peleguismo pode variar, dentro de certos limites, de acordo com a correlação de forças entre as classes

¹⁴¹ SIMÃO, Aziz. **Sindicato e Estado**. p. 216-217.

¹⁴² RODRIGUES, José Albertino. **Sindicato e desenvolvimento no Brasil**. p. 19.

¹⁴³ BOITO JÚNIOR, Armando. **O sindicalismo de Estado no Brasil: uma análise crítica da estrutura sindical**. p. 131-132.

¹⁴⁴ É José Albertino Rodrigues quem fala em “peleguismo governamental” e “governamental-patronal”. RODRIGUES, José Albertino. **Sindicato e desenvolvimento no Brasil**. p. 131.

sociais numa determinada conjuntura.¹⁴⁵ Assim, por exemplo, no contexto do Estado populista (governo de João Goulart), numa conjuntura de relativas liberdades democráticas e de ascensão do movimento de massas, a presença de forças de esquerda no interior do sindicalismo oficial rural – PCB, AP, e mesmo antigos militantes das Ligas Camponesas – colocava-se como um obstáculo à expansão desenfreada do peleguismo no interior do movimento. Não que a corrente pelega, representada principalmente pelos sindicalistas ligados à Igreja Católica conservadora, não fosse hegemônica no sindicalismo oficial rural, mas o fato é que ela não era exclusiva e, por conseguinte, tinha de disputar espaço com outras forças não pelegas.¹⁴⁶ Após o golpe de 1964, houve, como sabemos, uma seleção de lideranças no sindicalismo oficial rural e as lideranças mais combativas foram afastadas e substituídas por dirigentes mais dóceis aos desígnios governamentais. Portanto, os obstáculos à expansão do peleguismo no interior do sindicalismo oficial rural começaram a ser removidos e, para isto, o Estado utilizou-se de intervenções nas diretorias sindicais.

Porém, a nosso ver, as intervenções não foram os únicos nem o principal artifício utilizado pelos governos militares para converter as entidades sindicais em correias de transmissão dos interesses governamentais no sindicalismo rural.

Faz-se necessário que analisemos, a esta altura, a relação entre o peleguismo e o assistencialismo.

Como já observado aqui, tendo em vista a precariedade das condições de vida da imensa maioria da classe trabalhadora brasileira, o assistencialismo transformou-se, sem dúvida, no mais poderoso instrumento utilizado pelo Estado para desviar as entidades sindicais daqueles que deveriam ser seus objetivos fundamentais: a organização e luta dos trabalhadores.

O assistencialismo sempre foi um efeito da estrutura sindical oficial, mais especificamente dos impostos sindicais: se o Estado garantia a arrecadação desses impostos e o repasse deles às entidades sindicais, ele poderia muito bem determinar como deveria ser utilizado o dinheiro.¹⁴⁷ O sindicalista, uma vez

¹⁴⁵ BOITO JÚNIOR, Armando. **O sindicalismo de Estado no Brasil**: uma análise crítica da estrutura sindical. p. 39-40.

¹⁴⁶ Este mesmo raciocínio poderia ser utilizado para a década de 1980, no contexto da crise da ditadura militar e de emergência de um sindicalismo combativo no Brasil, que se aglutinou na Central Única dos Trabalhadores (CUT).

¹⁴⁷ A CLT, por exemplo, em seu art. 592, determinava que a “contribuição sindical” dos sindicatos de trabalhadores fosse aplicada em assistência jurídica, assistência médica, dentária, hospitalar e farmacêutica,

investido no cargo de dirigente sindical, mesmo que não quisesse, era obrigado a manter em seu sindicato determinados serviços assistenciais, até por se tratar de uma imposição jurídica.

É óbvio que tal assistencialismo poderia ter sido utilizado como um *meio* de arregimentação de trabalhadores para as entidades sindicais e para a luta reivindicativa. Contudo, por ser administrado por dirigentes conservadores, acomodados e não comprometidos com a organização e mobilização dos trabalhadores, converteu-se num *fim* em si mesmo da atividade sindical. Como a ausência de luta reivindicativa e a desorganização político-sindical dos trabalhadores interessam ao Estado burguês, o assistencialismo transformou-se, assim, em poderoso instrumento de controle dos governantes sobre os sindicatos, permitindo a expansão do peleguismo no movimento sindical. Ou seja, por meio do assistencialismo, os sindicalistas, conscientes ou não do papel que lhes foi atribuído, muitas vezes transformavam-se em agentes dos interesses governamentais no movimento sindical.

Não bastasse o assistencialismo decorrente dos impostos sindicais, como vimos, na década de 1970, os sindicatos foram transformados, por meio de convênios com o FUNRURAL, em verdadeiros postos de previdência social a serviço do governo. Um grande número de sindicatos surgiu, inclusive, a partir de tais convênios.

Naquela conjuntura, diríamos que era impossível fugir da lógica assistencialista e previdenciária, primeiro porque se tratava de uma imposição do Estado, segundo pelo fato de os trabalhadores rurais reivindicarem tais benefícios. Independentemente dos objetivos e vontades dos dirigentes sindicais, eles foram transformados em correias de transmissão dos interesses governamentais no interior do sindicalismo oficial.

Considerações finais

Ao longo deste artigo, vimos que o movimento sindical operário surgiu na Europa do século XIX, a partir da organização e luta classe operária por

assistência à maternidade; agências de colocação, cooperativas, bibliotecas, creches, auxílio-funeral, colônias de férias etc.

melhores condições de vida e de trabalho. Com os sindicatos surgiram os direitos sociais-trabalhistas (direitos humanos de segunda geração) e, aos poucos, o Estado liberal transformou-se num Estado social (intervencionista), preocupado em garantir condições de vida mínimas para a classe trabalhadora e para os cidadãos em geral.

Vimos também que no Brasil esse processo assumiu contornos distintos: a partir de 1930, o governo de Getúlio Vargas, ao mesmo tempo em que reconhecia uma série de direitos sociais-trabalhistas aos trabalhadores urbanos, trouxe a organização sindical dos trabalhadores para dentro do Estado com a finalidade de subordiná-la e de controlá-la – juridicamente, as entidades sindicais foram transformadas em “pessoas jurídicas de direito público”.

Os trabalhadores do campo, por sua vez, durante as décadas de 1930, 40 e 50, foram praticamente excluídos de toda essa legislação sindical-trabalhista. Apenas no início da década de 1960, o sindicalismo oficial foi levado ao campo, a partir de uma iniciativa do Ministério do Trabalho e Previdência Social e, pouco depois, com a aprovação do Estatuto do Trabalhador Rural.

Procuramos demonstrar que o sindicalismo oficial no campo surgiu com o objetivo fundamental de tutelar a organização e a luta dos trabalhadores rurais, num momento de ascensão da luta camponesa e de deterioração das relações de dominação e dependência pessoal estabelecidas entre proprietários e trabalhadores rurais. Colocava-se, naquela conjuntura (início da década de 1960), para as classes dominantes, a tarefa de estabelecer novas formas de dominação no campo, a partir de um papel ativo do Estado. Esta função foi cumprida pelas entidades sindicais rurais.

Observamos, ademais, que, com o golpe militar de 1964, muitas diretorias de entidades sindicais rurais, que tinham em suas direções lideranças combativas, geralmente ligadas às forças políticas de esquerda, sofreram intervenção do Estado, e a Igreja Católica conservadora, que anunciara apoio aos militares golpistas, pôde nomear um grande número de interventores. Além disso, com a aprovação do Estatuto da Terra, em novembro de 1964, os militares trouxeram a questão fundiária e a bandeira da reforma agrária levantada pelo movimento camponês para o controle do Estado – a ênfase do Estatuto da Terra estava na constituição da empresa rural e na modernização do campo, ou seja, no desenvolvimento capitalista da agricultura.

Analizamos, em seguida, o processo de expansão das entidades sindicais rurais na década de 1970, procurando demonstrar o quanto tal processo esteve ligado à extensão da previdência social aos trabalhadores rurais e a uma prática assistencialista. Os presidentes dos sindicatos de trabalhadores rurais foram transformados numa espécie de gerentes das agências do FUNRURAL, e o trabalhador passou a encarar sua organização de classe como uma organização meramente assistencial. Aliás, foi exatamente o assistencialismo e a previdência social rural que permitiu a expansão do peleguismo no interior das entidades sindicais rurais.

Em suma, pelo que foi exposto ao longo deste artigo, poderíamos concluir que a prática das entidades sindicais rurais (sindicatos, federações e Confederação dos Trabalhadores na Agricultura), constituída após o golpe de 1964, caracterizou-se por ser, embora não exclusiva, hegemonicamente assistencialista e conservadora.

Se a intenção do governo era trazer a organização autônoma e independente dos trabalhadores rurais para o âmbito do seu controle, a fim de esvaziá-la, podemos afirmar que, em grande medida, tal objetivo foi alcançado.

Referências das fontes citadas

ABRAMOVAY, Ricardo. Lutas sociais no campo. *In*: DEPARTAMENTO DE ECONOMIA RURAL-FCA/Botucatu (org.). **A mão-de-obra volante na agricultura**. São Paulo: Polis: Unesp: CNPq, 1982.

AZEVÊDO, Fernando Antônio. **As ligas camponesas**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

BARROS, Fátima Regina de. **A organização sindical dos trabalhadores rurais**: contribuição ao estudo do caso do Estado de São Paulo, entre 1954-1964. 1986. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Departamento de Ciências Sociais-Unicamp, Campinas, SP, 1986.

BOITO JÚNIOR, Armando. **O sindicalismo de Estado no Brasil**: uma análise crítica da estrutura sindical. São Paulo: Hucitec; Campinas, SP: Editora da Unicamp, 1991.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. **Lei Complementar nº 11, de 25 de maio de 1971**. Institui o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp11.htm. Acesso em: 26 set. 2019.

CARONE, Edgard. **O PCB (1943-1964)**. São Paulo: Difel. v. II.

COLETTI, Claudinei. **A estrutura sindical no campo**: a propósito da organização dos assalariados na região de Ribeirão Preto. Campinas (SP): Editora da Unicamp: Centro de Memória-Unicamp, 1998.

CRUZ, Dalcy da Silva. **A redenção necessária**: sindicalismo rural e a Igreja Católica (1960-1964). 1982. Dissertação (Mestrado em Sociologia Rural) – Centro de Humanidades da Universidade Federal da Paraíba, Campina Grande, 1982.

IBGE. **Sindicatos**: indicadores sociais. Rio de Janeiro: FIBGE, 1989. v. 2.

JULIÃO, Francisco. **Que são as ligas camponesas**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1962.

LIMA, Haroldo; ARANTES, Aldo. **História da Ação Popular**: da JUC ao PC do B. São Paulo: Alfa-Ômega, 1984.

MARTINS, José de Souza. **A militarização da questão agrária no Brasil**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1985.

MEDEIROS, Leonilde Sérvalo de. **História dos movimentos sociais no campo**. Rio de Janeiro: FASE, 1989.

NOVAES, Regina Reyes. Continuidades e rupturas no sindicalismo rural. *In*: BOITO JÚNIOR, Armando (org.). **O sindicalismo brasileiro nos anos 80**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

PALMEIRA, Moacir. A diversidade da luta no campo: luta camponesa e diferenciação do campesinato. *In*: PAIVA, Vanilda (org.). **Igreja e questão agrária**. São Paulo: Loyola, 1985.

RODRIGUES, José Albertino. **Sindicato e desenvolvimento no Brasil**. São Paulo: Símbolo, 1979.

SAES, Décio. Coronelismo e Estado burguês: elementos para uma reinterpretação. *In*: SAES, Décio. **Estado e democracia**: ensaios teóricos. Campinas, SP: IFCH/Unicamp. (Coleção Trajetória 1).

SIGAUD, Lygia. **Os clandestinos e os direitos**: estudo sobre trabalhadores da cana-de-açúcar de Pernambuco. São Paulo: Duas, Cidades, 1979.

SIMÃO, Aziz. **Sindicato e Estado**. São Paulo: Ática, 1981.

STOLCKE, Verena. **Cafeicultura**: homens, mulheres e capital (1850-1980). São Paulo: Brasiliense, 1986.

EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E DAS LIBERDADES SOCIAIS

Silvia Teixeira do Vale¹⁴⁸

Maíra Guimarães de La Cruz¹⁴⁹

RESUMO: Este trabalho analisa a eficácia dos direitos fundamentais sociais, bem assim as liberdades sociais, desmistificando a ideia segundo a qual somente aqueles são vinculados ao princípio da reserva do possível.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais sociais – eficácia – liberdades sociais.

ABSTRACT: This paper analyzes the effectiveness of fundamental social rights as well as social freedoms, demystifying the idea that only those are linked to the principle of the reserve of the possible.

KEYWORDS: Social fundamental rights - effectiveness - social freedoms.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Breves notas sobre a evolução teórica acerca da eficácia das normas constitucionais; 2. Alcance do artigo 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988, à luz da máxima efetividade e da força normativa da Constituição; 3. Eficácia dos direitos sociais prestacionais e o problema da reserva do possível. Breves considerações; 4. Os direitos sociais prestacionais como direitos subjetivos; 5. As liberdades sociais; Conclusão; Referências.

SUMMARY: 1. Introduction; 2. Brief notes on theoretical developments regarding the effectiveness of constitutional norms; 3. Scope of article 5, paragraph 1 of the Federal Constitution of 1988, in the light of the maximum effectiveness and the normative force of the Constitution; 4. Effectiveness of social welfare rights and the problem of reserving the possible. Brief Considerations; 4. Prestational social rights as subjective rights; 6. social freedoms; 7. Conclusion; 8. References.

¹⁴⁸ Possui graduação em Direito pela Universidade Potiguar (1998), instituição esta onde se pós-graduou e foi professora durante seis anos. Professora convidada do curso de pós-graduação lato sensu da Faculdade Baiana de Direito, EMATRA5, CERS e da Escola Judicial do TRT da 5ª Região. Juíza do Trabalho no TRT da 5ª Região. Mestre em Direito pela UFBA. Doutora pela PUC/SP, pós-doutora pela Universidade de Salamanca, Membro do Conselho da Escola Judicial do TRT da 5ª Região (2012-2017). Coordenadora acadêmica da EMATRA5, biênio 2013/2015. Diretora da EMATRA5, biênio 2019/2021. Membro do Conselho editorial da Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região e da Revista Vistos etc. Ex-professora substituta da UFRN.

¹⁴⁹ Juíza do Trabalho do TRT da 5ª Região. Pós-Graduada em Direito Público pela Faculdade Jorge Amado/Jus Podivm.

1. Introdução

Embora o artigo 5º, § 1º do Texto Constitucional de 1988 seja enfático no sentido de se considerarem plenamente eficazes os Direitos Fundamentais, sem descuidar em relação às gerações (ou dimensões) ou até mesmo no tocante aos particulares, a realidade tem demonstrado que isso não é suficiente, tendo-se que normas fundamentais há que, a despeito de exporem proteção a Direito Fundamental de suma importância para o bom desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, ainda padecem de baixa densidade normativa, cabendo ao aplicador do Direito, sobretudo ao Estado-Juiz, compatibilizar a redação da norma com princípios como a força normativa da Constituição ou a plena eficácia de suas normas e a própria unidade do Texto Constitucional.

2. Breves notas sobre a evolução teórica acerca da eficácia das normas constitucionais

A discussão acerca da eficácia e alcance das normas constitucionais não é assunto moderno e, apesar da farta doutrina produzida, ainda padece de finalização terminológica segura e definitiva.

Foi Ruy Barbosa quem, partindo da doutrina e jurisprudência estadunidenses, primeiro tratou sobre o tema aqui no Brasil, dividindo as normas constitucionais em autoaplicáveis (ou autoexecutáveis) e normas não autoaplicáveis (ou não autoexecutáveis), assim entendidas pela doutrina estrangeira aludida, respectivamente, como normas *self-executing*, *self-acting*, ou *self-enforcing* e normas *not self-executing*, *not self acting*, ou *not self-enforcing*, ainda sob a égide da Constituição de 1891. Para o referido publicista, deve-se atentar para o enunciado ou conteúdo do preceito constitucional, para, a partir daí, se determinar se a correspondente norma é dirigida ao legislador ou ao judiciário, demonstrando que o mais importante a ser analisado é se a norma exige concretização ao patamar legislativo ou não, para gerar por si só efeitos jurídicos imediatos¹⁵⁰.

¹⁵⁰ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Op. cit., p. 242.

José Afonso da Silva, sem abandonar completamente a divisão alhures apontada, dividiu as normas constitucionais em três grupos, a saber, normas de eficácia plena, de eficácia contida e de eficácia limitada. As primeiras são aquelas que não dependem de qualquer regulamentação do legislador ordinário, por serem completas, de aplicabilidade direta, integral e imediata, pois “desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta ou indiretamente, quis regular”¹⁵¹.

As segundas igualmente são aptas a gerar efeitos diretos, mas não integralmente, podendo ser limitadas pelo legislador ordinário, sendo “aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos à determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados”¹⁵².

Já as normas de eficácia limitada possuem eficácia reduzida, não sendo aplicáveis a partir do texto mesmo da Constituição, carecendo, necessariamente, de intervenção legislativa ordinária para que possam ser efetivamente aplicáveis, englobando tanto as normas declaratórias de princípios programáticos quanto as normas declaratórias de princípios institutivos e organizatórios¹⁵³.

Partindo do pressuposto segundo o qual todas as normas constitucionais, sobretudo as normas fundamentais constitucionais, mesmo com redação eivada de programaticidade ou que deixa transparecer necessária intervenção legislativa ordinária, são dotadas de eficácia, ainda que mínima, ao longo deste trabalho será adotada a ideia de Sarlet, que prefere falar em normas constitucionais de alta e baixa densidade normativa, sendo aquelas “aptas a, diretamente e sem intervenção do legislador, gerar os seus efeitos essenciais” e estas as que “não possuem normatividade suficiente para [...] gerar seus efeitos principais, ressaltando-se que, em virtude de uma normatividade mínima

¹⁵¹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 79.

¹⁵² SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 79.

¹⁵³ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 73 e 106.

(presente em todas as normas constitucionais), sempre apresentam certo grau de eficácia jurídica”¹⁵⁴.

Todavia, não há como ignorar o fato de que a técnica legislativa adotada para confecção e positivação dos Direitos Fundamentais importa necessariamente na eficácia deles, sem deixar de lado o quanto já afirmado em relação à mínima eficácia consagrada em todas as normas jusfundamentais, ainda que sejam programáticas.

Doutra banda, não se pode igualmente ignorar o fato de que determinados Direitos Fundamentais já foram positivados “como autênticas ordens de legislar”¹⁵⁵, ou, como prefere Canotilho, como “normas impositivas”¹⁵⁶, sendo certo que já nesse momento se pode afirmar com exatidão que a proteção em face da despedida arbitrária, objeto do presente trabalho, constitui-se em norma impositiva, contendo em si o artigo 7º, I da CRFB/88 uma ordem dirigida diretamente ao Legislador, impondo que este exercite o seu múnus e crie normas jurídicas protetivas ao emprego, sobretudo traçando diretrizes indenizatórias no tocante à denúncia vazia do contrato de trabalho, conforme já prevê do indigitado dispositivo constitucional.

Em relação à multifuncionalidade atinente aos Direitos Fundamentais, estes são classicamente divididos em direitos de defesa, assim compreendidos como os direitos que tratam de liberdade, igualdade, políticos e garantias fundamentais; e os direitos a prestações, modernamente subdivididos em direitos a prestações em sentido amplo (proteção e participação na organização e procedimento) e direitos a prestações em sentido estrito, como os direitos sociais vinculados à prestação material, sendo certo que se, em relação aos direitos de defesa, habitualmente não há maiores discussões acerca da sua eficácia imediata, não se pode afirmar o mesmo no tocante aos direitos a prestações, passíveis de forte divergência doutrinária em relação à sua eficácia, já que requerem uma intervenção estatal material e legislativa positiva, questões estas não resolvidas somente pela leitura do artigo 5º, § 1º da Constituição

¹⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 252.

¹⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 259.

¹⁵⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed., Coimbra: Almedina, 2002, p. 1240.

pátria, em que pese a sua importante e inovadora previsão quanto à plena e imediata eficácia das normas tratantes de Direitos Fundamentais.

2. Alcance do artigo 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988, à luz da máxima efetividade e da força normativa da Constituição

No dizer de Canotilho, o princípio da máxima efetividade, também chamado de princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, significa que: “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”¹⁵⁷, sendo sempre e atualmente invocado para se resolver questões constitucionais difíceis, em caso de dúvida acerca do alcance e interpretação de determinado preceito constitucional.

Outro princípio bastante festejado é o da força normativa da Constituição, que pode até aparentar obviedade diante da sua autoexplicabilidade, mas é fruto de imenso avanço científico e mudança paradigmática na hermenêutica constitucional da segunda metade do século passado, tendo-se que, até então, os países ocidentais de orientação romano-germânica seguiam diretriz interpretativa sem grandes questionamentos em relação às limitações do Poder Legislativo, o que levava à compreensão segundo a qual a Constituição era um mero documento político, desconstituído de força normativa ampla, contendo normas inferiores às ordinariamente confeccionadas.

Segundo método intitulado de hermenêutico concretizador, Konrad Hesse tratou da Constituição jurídica, que, em síntese, deve guardar simetria com os valores sociais de seu tempo chamada de Constituição real; caso contrário, servirá de elemento catalisador para conflito, “cujo desfecho há de verificar contra a Constituição escrita, esse pedaço de papel que terá de sucumbir diante dos fatores reais de poder dominantes no país”¹⁵⁸. O citado publicista também afirmou que a Constituição se converterá em “força ativa se fizerem presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos

¹⁵⁷ Op. cit., p. 1.208.

¹⁵⁸ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 9.

princípios responsáveis pela ordem constitucional – não só a *vontade de poder*, mas também a *vontade de constituição*”¹⁵⁹ (grifos no original).

Para Canotilho, o princípio hermenêutico da força normativa da Constituição quer dizer que “na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição, contribuem para uma eficácia óptima da lei fundamental”. Nesse trilhar, “deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a ‘atualização’ normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência”¹⁶⁰.

Esse também parece ser o entendimento de Bandeira de Melo, quando salienta que o Direito tem como nota típica a imposição de conduta, sendo o regramento constitucional “um conjunto de dispositivos que estabelecem comportamentos obrigatórios para o Estado e para indivíduos”, não sendo as normas constitucionais meros convites à legislação, opções ideológicas sem conteúdo normativo, ainda que encerrem preceito programático, pois “não há norma constitucional alguma destituída de eficácia” e todas as normas constitucionais “irradiam efeitos jurídicos, importando sempre numa inovação da ordem jurídica preexistente a entrada em vigor da Constituição a que aderem e a ordenação instaurada”¹⁶¹.

O artigo 5º, § 1º do Texto Constitucional pátrio, instituindo que “as normas definidoras dos direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata”, foi fortemente inspirado no artigo 18/1 da Constituição portuguesa de 1976 e no artigo 1º, III da Lei Fundamental de Bonn, que tratam também da eficácia dos Direitos Fundamentais¹⁶²; mas, embora possa se retirar do seu conteúdo um certo perfume dos princípios da máxima efetividade das normas constitucionais e da força normativa da Constituição, a simples leitura não é suficiente para determinar o seu real alcance, tendo-se que o problema da eficácia das normas

¹⁵⁹ Op. cit., p. 19.

¹⁶⁰ Op. cit., p. 1.210.

¹⁶¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. 1. ed., 3ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2011, p. 13.

¹⁶² Artigo 18/1 da Constituição portuguesa de 1976: “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”. Artigo 1º, III da Lei Fundamental alemã: “os direitos fundamentais a seguir enunciados vinculam o Legislador, o Poder Executivo e o Judiciário como direito diretamente vigente”.

jusfundamentais, como já detectado ao norte, é resolvido muito mais prestando-se atenção à técnica utilizada pelo Legislador Constituinte, atentando-se para a baixa ou alta densidade normativa de cada dispositivo, do que pela aplicação cega do preceito indigitado.

Como bem disposto por Sarlet¹⁶³, as teses a respeito do alcance do artigo 5º, § 1º da nossa Constituição podem ser bipolares, havendo os que acreditam que o mandamento constitucional é suficiente para resolver o problema da eficácia dos direitos fundamentais, sendo a mesma plena e imediata¹⁶⁴, ante o dispositivo constitucional, e os que, ao revés, fundamentam que o Legislador, ao estabelecer tal regramento, disse além do que desejava, cabendo ao intérprete conter a sanha ampliativa em um primeiro momento conduzida pelo artigo constitucional¹⁶⁵.

Especificamente no tocante aos direitos de defesa, não há qualquer dissenso doutrinário em relação à sua plena e automática aplicabilidade. Assim, é correto dizer que todos os direitos de defesa são autoaplicáveis, por conta da técnica de redação empregada e, também, por encerrarem direitos absenteístas, cabendo ao Estado ou até mesmo aos particulares se absterem de perpetrar determinada conduta libertária, o que não impede sejam os mesmos direitos defensivos tidos no sentido prestacional, como sói ocorrer com os direitos políticos, que primariamente encerram direitos de defesa, mas também requerem por parte do Estado conduta prestacional no sentido do fornecimento do aparato necessário para a livre fruição do direito de sufrágio.

Se é certo que, em relação a todas as normas constitucionais, pende a presunção de máxima eficácia, justamente em face do princípio de terminologia idêntica, em se tratando de Direitos Fundamentais, a presunção de plena e imediata eficácia é ainda maior, sendo ainda mais correto afirmar que tais possuem um *plus* eficaz capaz de gerar tal presunção, por força do princípio presente no artigo 5º, § 1º da nossa Constituição. Mas tal afirmação,

¹⁶³ Op. cit., p. 263 e ss.

¹⁶⁴ Nesse sentido, é a doutrina de Grau, para quem “o preceito inscrito no § 1º do art. 5º da Constituição de 1988 afirma a aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Isso significa que tais normas devem ser imediatamente cumpridas pelos particulares, independentemente da produção de qualquer ato legislativo ou administrativo. Significa, ainda que o Estado também deve prontamente aplicá-las, decidindo pela imposição do seu cumprimento, independentemente da produção de qualquer ato legislativo ou administrativo, e as tornando jurídica e formalmente efetivas” (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed., São Paulo: Malheiros, 2012, p. 318).

¹⁶⁵ Esse é, em síntese, o pensamento de Gebran Neto, citado por Sarlet (Op. cit., p. 264).

como já aludido, por si só não resolve o problema, sendo certo que somente a análise tópico-sistemática das normas jusfundamentais aplicáveis ao caso concreto, atrelada à interpretação evolutiva e à observância da densidade normativa de cada específico direito fundamental será hábil a ensejar o seu real alcance.

Apesar da sedutora tese de que o artigo 5º, § 1º da Constituição pátria contém determinação no sentido de se considerarem todas as normas que tratam de Direitos Fundamentais já autoaplicáveis, parece que novamente a razão está na temperança de Sarlet, para quem o aludido dispositivo constitucional encerra conteúdo principiológico no sentido proposto por Alexy, sendo mandamento de otimização, devendo o aplicador do Direito e todos os órgãos estatais, quando em dúvida acerca do alcance do Direito Fundamental, dar-lhe a maior eficácia possível, pois o “postulado da aplicabilidade imediata não poderá resolver-se, a exemplo do que ocorre com as regras jurídicas, de acordo com a lógica do tudo ou nada, razão pela qual o seu alcance dependerá do exame da hipótese em concreto, isto é, da norma de direito fundamental em pauta”¹⁶⁶, ou, em outras palavras, pela técnica da ponderação de interesses constitucionalmente assegurados.

3. Eficácia dos direitos sociais prestacionais e o problema da reserva do possível. Breves considerações

Os direitos de defesa, como já mencionado, por requisitarem apenas uma atitude abstencionista (deixando de lado, evidentemente, a sua versão positiva) por parte do Estado ou dos particulares, normalmente não encontram divergência na doutrina¹⁶⁷ em relação à sua plena eficácia, realidade sempre corroborada com a afirmação de que tais direitos não dependem de grande dispêndio estatal, não se vinculando sequer ao denominado princípio da reserva do possível.

A tese não se sustenta quando se verifica que diversos direitos capitulados como defensivos necessitam de forte amparo e dispêndio estatal,

¹⁶⁶ Op. cit., p. 270.

¹⁶⁷ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Op. cit. p. 280.

como sói ocorrer nas eleições, conforme ao norte analisado, ou até no próprio direito de propriedade, que requer o acionamento do Poder Judiciário e grande apelo policial para sua fiel defesa, gerando, por conseguinte, um custo, o que demonstra que tal afirmação figura mais como um sofisma do que como uma realidade, tendo-se que todos os direitos fundamentais são custosos ao Estado.

Nesse trilhar, como afirma Gustavo Amaral, “todos os direitos têm custos porque todos pressupõem o custeio de uma estrutura de fiscalização para implementá-los”¹⁶⁸ e, corroborando a tese, a lição de Sarlet, para quem todos os direitos fundamentais “são, de certo modo, sempre direitos positivos, no sentido de que também os direitos de liberdade exigem um conjunto de medidas positivas por parte do poder público, que abrangem a alocação significativa de recursos materiais e humanos para a sua proteção e implementação”¹⁶⁹.

Nunca é demais frisar que o Estado, quando resolveu tomar para si a tutela jurisdicional, afastando a possibilidade de autotutela, criou a necessidade de custeio com o sistema carcerário e policial para impedir a tortura e o exercício arbitrário do ofendido, e quase ninguém ignora que essa opção pela paz na sociedade através do monopólio estatal desencadeia um imenso dispêndio – mesmo que isso diga respeito aos “primeiros direitos fundamentais” –, mas isso, como é da cultura constitucional, não é questionado e posto como impedimento para a segurança de todos os cidadãos.

Outra grande argumentação em prol da plena eficácia dos direitos de defesa reside no fato de que estes têm como desiderato a limitação de poder, estatal ou particular, ao passo que os direitos sociais a prestações, por almejarem a igualdade, necessitam de atitude positiva por parte do Estado (ou até dos particulares), para que o princípio da isonomia na sua visão material seja alcançado plenamente.

Isso porque todos os direitos sociais prestacionais – como, por exemplo, habitação, saúde e educação –, assim entendidos como direitos positivos e estimulados pelo Estado por obrigação constitucional, visam a assegurar, através de uma desigualdade jurídica, a plena igualdade material, tendo-se que o contrário da igualdade não é a desigualdade, mas, sim, a própria

¹⁶⁸ AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha. Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 39.

¹⁶⁹ Op. cit., p. 285.

igualdade, somente alcançada através de uma política de inserção social justa¹⁷⁰, daí a necessidade de intervenção estatal positiva nas relações sociais e na economia, para o usufruto da liberdade concreta, não abstrata e formal, maior objetivo de todos os direitos fundamentais.

Apesar do quanto afirmado, aderindo à tese de plena eficácia dos direitos de defesa, é possível se vislumbrar uma visão negativa dos direitos sociais prestacionais, assim entendidos como os direitos à organização e procedimento desses mesmos direitos, ou até mesmo a necessidade de o Estado não intervir na prestação já concedida – fato que se liga diretamente à própria vedação ao retrocesso social –, vicissitudes que, por ora, não serão exploradas.

Sem embargo, enquanto os custos dos direitos sociais prestacionais são apontados como o grande entrave da sua efetivação material, os custos pertinentes aos direitos de defesa são normalmente desprezados, até culturalmente, tendo-se que classicamente os direitos defensivos são tidos como “naturais” e inatos ao ser humano, pois historicamente o Estado somente se preocupava em assegurar a liberdade em seu sentido formal, abstendo-se de intervir nas relações privadas e na economia para assegurar a igualdade.

Com a chegada do Estado Social, essa realidade estatal abstencionista se mostrou insuficiente, redundando no questionamento acerca dos dividendos estatais, pois as prestações sociais costumam ser mais dispendiosas do que o aparato estatal necessário para viabilizar os direitos de defesa, o que ocasionou a vinculação tão somente dos direitos sociais prestacionais à “reserva do possível”¹⁷¹, assim entendida como “aquilo que o indivíduo pode exigir da sociedade”, conforme decidido pelo Tribunal Constitucional alemão, no julgado *BVerfGE*, 33¹⁷².

¹⁷⁰ Nesse sentido: “Enquanto nos outros valores (justiça, segurança, liberdade) a polaridade significa o momento da sua negação (injustiça, insegurança, falta de liberdade), na igualdade o seu oposto não a nega, senão que muitas vezes a afirma. Aí está o paradoxo da igualdade. A desigualdade nem sempre é contrária à igualdade” (TORRES, Ricardo Lobo. **Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 261-262).

¹⁷¹ A reserva do possível pode ser tida no sentido jurídico, cabendo ao Estado-Legislador decidir acerca da viabilidade da confecção de leis para tratar do respectivo direito social prestacional; e fático, assim entendido como a provisão de numerário nos cofres públicos, resolvida, em um primeiro plano, pelos Poderes Legislativo e Executivo.

¹⁷² Na oportunidade, a Corte alemã analisou demanda judicial proposta por estudantes que não haviam sido admitidos em escolas de medicina de Hamburgo e Munique em face da política de limitação do número de vagas em cursos superiores adotada pela Alemanha em 1960. A pretensão foi fundamentada no artigo 12 da Lei Fundamental daquele Estado, segundo a qual “*todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação*”. Ao decidir a questão, o Tribunal Constitucional

Refutando uma distinção *forte* entre os direitos de liberdade e os direitos sociais no plano da reserva do possível, tendo-se que ambos os direitos possuem custos e, por tal razão, a argumentação não pode servir de fundamento para a não eficácia dos direitos sociais prestacionais, Novais ainda lembra que alguns direitos sociais prestacionais, entendidos sob a sua vertente negativa, não custam nada, como “os deveres estatais de respeitar ou não impedir o acesso a cuidados de saúde pagos pelos próprios particulares (integráveis no direito social à saúde com um todo)”¹⁷³, sendo mais correto se falar em contraponto da reserva do possível à dimensão principal de cada direito, tendo-se que, “por força de sua natureza, os direitos sociais são [na dimensão positiva] juridicamente condicionados pela reserva do possível”¹⁷⁴.

É saber, a reserva do possível é argumento limitador imanente aos direitos sociais prestacionais na opinião do referido autor, por serem tais sempre vinculados a uma necessária fonte de custeio e, pela própria natureza, custarem mais caro ao Estado. A razão, no entanto, parece estar novamente com Sarlet, quando este argumenta que a afirmação de que a reserva do possível é elemento integrante dos direitos fundamentais é equivocada, “como se fosse parte do seu núcleo essencial ou mesmo como se estivesse enquadrada no âmbito do que se convencionou denominar de limites imanentes dos direitos fundamentais”¹⁷⁵, porquanto a reserva do possível, enquanto argumentação em torno da escassez de recursos, é critério artificialmente criado pelos intérpretes das Constituições, podendo servir tanto para conceder ou negar um determinado direito fundamental, quando com outro conflitante.

A ideia de vinculação ou justiciabilidade¹⁷⁶ dos direitos sociais prestacionais aos custos correlatos cai por terra quando se percebe que o Estado

entendeu que o direito à prestação positiva – no caso aumento do número de vagas na universidade – *encontra-se sujeito à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode esperar, de maneira racional, da sociedade*. Ou seja, a argumentação adotada refere-se à razoabilidade da pretensão.

¹⁷³ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 97.

¹⁷⁴ NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., p. 101.

¹⁷⁵ Op. cit., p. 288.

¹⁷⁶ “Por ‘justiciabilidade’ entende-se a possibilidade de o titular do direito reclamar perante o juiz ou tribunal o cumprimento das obrigações que derivam desse direito. Nesse sentido, ser titular de um direito subjetivo significa deter um poder jurídico reconhecido pelo direito objectivo, isto é, deter o poder de participar na criação de uma norma individual por intermédio de uma acção específica em justiça, designadamente através de reclamação ou queixa” (QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos fundamentais sociais**. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra Editora, 2002, p. 148).

às vezes pode despende mais numerário com os direitos de defesa, como sói ocorrer quando uma vítima de tortura recebe indenização, ou um proprietário ingressa na Justiça e tem o seu pleito indenizatório aceito, diante da constatação de desapropriação indireta, custos normalmente muito mais elevados do que o fornecimento de determinados remédios ou mesmo uma habitação digna.

Novais aponta o caminho a ser percorrido:

tomados como um todo, encontramos nos dois tipos de direitos modalidades de afectação pela reserva do possível. Há, no entanto, uma diferença sensível. Enquanto os bens de liberdade e de autonomia jusfundamentalmente protegidos pelos direitos de liberdade não *custam* (por exemplo, liberdade de religião, de expressão, de manifestação, de associação, de greve, não *custam*, não é possível *comprá-las* no mercado), então, em princípio, a reserva do financeiramente possível não os afecta intrinsecamente; só os afecta relativamente aos deveres estatais destinados a promover o acesso individual a esses bens ou a garantir a sua efetividade prática através da criação de institutos, procedimentos, serviços, apoios ou compensações. Diferentemente, como os bens jusfundamentalmente protegidos pelos direitos sociais são bens escassos, *custosos*, *procuráveis* no mercado, então a reserva do financeiramente possível, em geral, afecta-os intrinsecamente; só não os afecta relativamente aos deveres estatais de respeito e não impedimento do acesso a esses bens por parte dos particulares que dispõem, por si mesmos, dos correspondentes recursos próprios para garantir o acesso.

Se se tomar, todavia, como pressuposto que a Constituição é um sistema aberto de regras e princípios e que os Direitos Fundamentais (de defesa ou prestacionais) são princípios, assim entendidos como mandamentos de otimização, é saber, que devem sempre ser tomados segundo a sua máxima efetividade, é fácil perceber que, detendo os mesmos tal qualidade, possuem limitações externas, como o é a reserva do possível, podendo todos, direitos defensivos ou prestacionais, ser confrontados, quando colidentes nos casos concretos, segundo a regra da ponderação, prevalecendo topicamente o princípio que tiver maior peso, consideradas as condições da respectiva questão concreta, o que não quer dizer seja o direito fundamental escolhido, diante da escassez de recursos e possibilidades de escolha, prevalente sempre, tendo-se que as condições postas determinam o resultado em um ou outro sentido.

Melhor explicando, se os recursos estatais são escassos, cabe inicialmente ao Legislador decidir, segundo a escala de prioridades, qual direito

fundamental será materialmente protegido, de acordo com os critérios de ponderação, observando-se a reserva do possível, que funciona sempre como limite à escolha em um ou outro sentido. Não sendo atendido o objetivo protetivo, cabe ao Judiciário a análise do caso concreto, estabelecendo novamente juízo de ponderação, dessa feita com diversos testes de constitucionalidade e sem ignorar o fato de que o procedimento de escolha anterior igualmente encontra fundamento em prioridades tidas pelos demais Poderes e que, portanto, não pode ser posto de lado sem mais.

É certo, porém, que, em se tratando de direitos fundamentais sociais prestacionais, a reserva do possível funciona como um limite sempre presente, pois eles são prevalentemente de dimensão positiva, comportando custo estatal maior, e a análise da sua viabilidade ou não é prefacialmente perpetrada pelo Legislador, cuja priorização orçamentária deve ser respeitada pelo Juiz.

Os recursos sempre existem, sempre há dinheiro em caixa, mas a escolha sobre onde o numerário deverá ser aplicado de forma prioritária é efetuada pelo Legislador, cabendo ao Estado-Juiz “apreciar se a dificuldade financeira alegada pelo poder político é suficientemente relevante, do ponto de vista do interesse público, para afastar ou fazer ceder a pretensão individual” e se a escolha efetuada e fundamentada “não merecem censura jurídico-constitucional, controlos esses a que, do outro lado da questão, não é indiferente a importância ou premência de realização do respectivo direito social”¹⁷⁷.

É dizer, a escolha feita pelo Legislador, diante da escassez de recursos estatais, deve ser respeitada pelo Juiz, não cabendo a este substituir a escolha feita anteriormente pela sua própria, pois, assim agindo, esbarra no princípio da separação dos poderes. Apenas quando a escolha efetuada pelo Estado-Legislator se mostrar incabível diante das prioridades estatais tidas no caso concreto posto em Juízo, é que caberá a intervenção judicial no sentido de se fornecer a prestação social pretendida¹⁷⁸.

¹⁷⁷ NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., p. 117.

¹⁷⁸ Nesse sentido: “Uma vez que compete constitucionalmente ao poder político democraticamente legitimado definir prioridades e fazer escolhas no domínio da afectação dos recursos disponíveis – isto é, concretizar a reserva que afecta os direitos sociais –, então ao juiz só é reconhecida a última palavra se ele puder apurar, sem infracção do princípio da separação de poderes, portanto, sem usurpar as competências de definição e escolha orçamentais, que, apesar da reserva do possível que afecta os direitos sociais, o poder político ou a administração poderiam e deveriam fornecer a prestação social controvertida sob pena de violação do direito

4. Os direitos sociais prestacionais como direitos subjetivos

Os Direitos Sociais prestacionais (ao trabalho, educação, saúde, moradia, lazer, segurança, alimentação, previdência social, assistência aos desamparados e proteção à maternidade e à infância) previstos no artigo 6º da nossa Constituição, por possuírem conteúdo indeterminado, não especificamente previsto já no Texto Constitucional, suscitam pertinente questionamento acerca da justiciabilidade e da possibilidade de serem tais Direitos subjetivos, tendo-se que, diante da característica já denotada, cabe ao legislador ordinário a fixação dos parâmetros do usufruto e alcance dos mesmos.

Os direitos de defesa não raramente são apontados pela doutrina¹⁷⁹ como direitos mais palpáveis do ponto de vista da positivação, pois a técnica utilizada na confecção deles é mais direta, não comportando forte intervenção legislativa no sentido da sua limitação e alcance, enquanto os direitos sociais prestacionais, por serem indeterminados e não esmiuçados na Constituição, comumente necessitam de grande intervenção legislativa, pois a técnica de redação utilizada no Texto Constitucional não é capaz de abarcar todas as vicissitudes que comportam a proteção de ditos direitos, até porque não poderia fazê-lo, diante da dinâmica social, que gera um imenso risco de mudança de estrutura normativa, fazendo ensejar insegurança e constante modificação constitucional.

Aponta também a doutrina que os direitos de defesa, por não reclamarem, em regra, concretização legislativa, são direitos absolutos, ao passo que os direitos sociais prestacionais, por necessitarem não só da aludida concretização, mas habitualmente estarem vinculados à reserva do possível, são tidos como direitos relativos, tese que se afigura equivocada, pois não há um só direito fundamental absoluto¹⁸⁰.

Questão que primeiro deve ser analisada é a pertinente à natureza jurídica das normas ordinárias que concretizam direitos fundamentais sociais prestacionais, como as que tratam de saúde, previdência e educação, que, mesmo não estando formalmente em um Texto Constitucional, podem ser tidas como

social, seja por força da irrelevância da questão financeira, seja por força da extrema premência e urgência de realização do direito social” (NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., p. 118).

¹⁷⁹ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 257.

¹⁸⁰ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 290.

materialmente fundamentais, tendo-se em vista que tratam justamente de direitos fundamentais, embora em patamar ordinário.

Os direitos sociais, visualizados segundo a sua dimensão principal, que é a prestacional, em geral, padecem de determinabilidade na Constituição. É dizer, a norma constitucional não institui, em termos definitivos, todas as peculiaridades dos aludidos direitos, cabendo ao legislador ordinário fazê-lo, sendo as normas infraconstitucionais, nesse particular, normas fundamentais, pela abertura do catálogo presente no artigo 5º, § 2º da Constituição Federal de 1988.

Diante desse conteúdo de indeterminação, habitualmente os direitos sociais prestacionais, por se vincularem mais fortemente à reserva do possível, são tidos pela doutrina¹⁸¹ como direitos não subjetivos (concepção negativista), não concordando Novais com tal assertiva, assegurando que a característica da indeterminabilidade, embora atrelada à reserva do possível, estimula o legislador constituinte a fixar, “apenas um dever jurídico de realização do direito social de forma gradual e diferida no tempo por parte do Estado”, assim como também remete “implicitamente para o legislador ordinário a fixação das prestações devidas no cumprimento dessa obrigação em função das disponibilidades e das circunstâncias de cada momento”¹⁸².

Por intermédio da atuação do legislador ordinário, fixando, com precisão e firmeza, o conteúdo do direito fundamental, este é concretizado e tornado definitivo. É o que a doutrina germânica¹⁸³ intitulou de direitos sociais prestacionais derivados, cuja aceção como direito subjetivo e fundamental é defendida mais uma vez por Novais, quando, em sua obra, afiança:

os direitos sociais são direitos fundamentais, de conteúdo em grande medida indeterminado no plano constitucional, mas determinável através da actuação conformadora e concretizadora do legislador ordinário; na medida em que cumpram e enquanto cumpram essa função de realização dos direitos constitucionais sociais, os chamados direitos *a prestações derivadas* de criação legal são direitos fundamentais ou, mais rigorosamente, são faculdades, pretensões ou direitos particulares integráveis no

¹⁸¹ Novais (op. cit., p. 87) cita os principais impedimentos, normalmente apontados doutrinariamente, para que os direitos sociais sejam tidos como subjetivos: “a) o facto de os direitos sociais valerem sob reserva do (financiarmente) possível; b) o facto de os direitos sociais apresentarem uma estrutura de direitos positivos; e c) a indeterminabilidade do conteúdo constitucional dos direitos sociais”.

¹⁸² Op. cit., p. 152.

¹⁸³ Por todos: ALEXY, Robert. Op. cit., p. 442 e ss.

direito fundamental *como um todo*, ou seja, o direito fundamental que tem como referência normativa a disposição constitucional consagradora do direito social.

Mais adiante, o referido autor parece se manifestar a respeito da vinculação dos direitos sociais a prestações como direitos subjetivos, quando analisa que a distinção entre direitos sociais prestacionais derivados e originais perde importância na Constituição de Portugal e na do Brasil, que tratam “indiferentemente uns e outros”¹⁸⁴, sendo possível concluir que tanto há direito social prestacional subjetivo retirado da própria constituição, quanto previsto na própria lei ordinária.

A concepção de direitos prestacionais derivados como subjetivos em nada discrepa da tese clássica, segundo a qual a Constituição é um mero documento político, traçando conceitos indeterminados e um convite ao Legislador, sendo considerados direitos subjetivos apenas as normas ordinárias atinentes aos direitos constitucionais – máxime direitos fundamentais –, mas não as presentes na própria Constituição.

Como já analisado ao norte, o Constitucionalismo instituído a partir da segunda metade do século passado não aceita mais a supremacia da legislação ordinária em detrimento das normas presentes na Constituição, hoje tida não só como ordem de valores, mas capaz de encerrar direitos subjetivos, já retirados diretamente de seu próprio texto, mesmo que se tratem de direitos sociais, interessando mais o modo como está redigido o dispositivo constitucional, para que se tenha acerca da sua densidade normativa.

Todavia, uma coisa é certa: ao Judiciário não cabe mais tomar as normas sociais prestacionais como meros lembretes de que um dia o Legislador, quando assim o desejar, concretizará o direito e que até lá há um hiato intransponível ao Estado-Juiz.

A missão hoje posta pela Constituição, enquanto sistema de valores, é a vinculação direta do Estado-Juiz ao próprio Texto da Constituição, cabendo-lhe a interpretação que mais estimule eficácia à norma jusfundamental, para que o seu conteúdo não reste esvaziado e sem valor.

Pensar o contrário é permanecer na interpretação ortodoxa de que o Judiciário é a “boca da Lei”, quando até infraconstitucionalmente há previsão

¹⁸⁴ NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., p. 162, nota de rodapé n. 180.

de que na falta de previsão legal, sejam os princípios¹⁸⁵ (hoje concebidos como normas) utilizados no julgamento, para que seja alcançado ao máximo o escopo protetivo estatal.

Esse parece ser também o entendimento de Bandeira de Mello, quando, ao analisar os princípios regentes da Ordem Econômica e Social na Constituição, afiança que tais “não chegam a conferir aos cidadãos uma utilidade substancial, concreta, desfrutável positivamente e exigível quando negada”, sendo, no entanto, fontes de direitos, pois podem: “a) proporcionar aos administrados a possibilidade de se oporem judicialmente ao cumprimento de regras e à prática de comportamentos adversos ao estatuído na Carta do país”, assim como “b) imporem ao Judiciário, quando da interpretação e dicção do Direito nos casos concretos, decisões que converjam na mesma direção e sentido destes preceitos”¹⁸⁶.

Quando alude ao salário mínimo, com previsão constitucional no artigo 7º, IV, o citado publicista parece conceber a possibilidade de se retirar desse direito social um direito subjetivo, quando há omissão do Legislador, ou norma que não atende aos fins previstos no próprio dispositivo legal, levando a crer que o grande problema dos direitos sociais não é a vinculação à tese da eficácia direta ou não, substantiva ou objetiva, mas sim o modo como o direito fundamental está constitucionalmente positivado, tendo-se que, em relação ao salário mínimo, já há um dever imposto pela Constituição de que todos aqueles fins sociais sejam preenchidos com o valor do salário, e quando o Estado-Legislator não logra cumprir a sua missão imposta pelo Legislador Constituinte, cabe ao Estado-Juiz a fixação de indenização para suprir tal carência¹⁸⁷. Nesse particular, é mais correto se falar em ofensa a um dever de proteção, decorrente mesmo do direito prestacional de forma ampla¹⁸⁸.

Eros Grau vai além, considerando os direitos sociais prestacionais como direitos subjetivos, diante da cláusula do artigo 5º, § 1º da nossa Constituição, devendo o Poder Judiciário, por força do inciso XXXV do mesmo

¹⁸⁵ Artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

¹⁸⁶ Op. cit., p. 48.

¹⁸⁷ Op. cit., p. 49.

¹⁸⁸ Sobre o dever de proteção, vedação à insuficiência e papel do Estado-Juiz: VALE, Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do. **Participação nos lucros e resultados: uma abordagem à luz do dever de proteção**. In: Revista LTr. Legislação do Trabalho, v. 12, p. 78-12/1468, 2014.

artigo, assegurar, no caso concreto, a viabilidade do objeto da prestação, por meio da analogia, do costume ou dos princípios gerais do Direito¹⁸⁹, entendimento que, embora se afigure como bastante sedutor (até porque encerraria toda a presente análise), não se apresenta como o mais acertado.

Na doutrina estrangeira, encontra-se a lição de Abramovich e Courtis, ambos asseverando que os Direitos Sociais prestacionais são direitos subjetivos e, portanto, exigíveis, sendo mais relevante falar em “níveis de obrigações estatais”¹⁹⁰ para todos os direitos fundamentais, já que todos possuem a mesma estrutura quando avistados sob a ótica positiva ou negativa de prestação estatal, bem como da reserva do possível¹⁹¹.

Nesse contexto, afirmam os autores aludidos que os níveis vinculantes de obrigações em relação aos Direitos Fundamentais são: obrigações de respeito, obrigações de proteção e obrigações de satisfação, sendo todos os direitos, civis, políticos, sociais, culturais e econômicos, compostos de um “complexo de obrigações positivas e negativas”¹⁹².

Embora sem se reportar diretamente, os citados autores se aproximam muito das lições de Alexy quando afirmam que as obrigações positivas do Estado não se esgotam na discussão acerca da existência ou não de fundos (reserva do possível), pois há direitos que “se caracterizam pela obrigação de o Estado *estabelecer algum tipo de regulação*, sem a qual o exercício de um direito não tem sentido”, ou em outros casos, a obrigação estatal é somente no sentido de regulação ou limite das atividades ou faculdades dos particulares, como ocorre na limitação da jornada de trabalho, fixação do salário mínimo e proteção contra a despedida arbitrária¹⁹³, no que os autores aproximam mais ainda os direitos sociais prestacionais (no sentido de prestação jurídica) aos direitos de defesa, tendo-se que, nesse particular, há uma estipulação mínima ou máxima, uma limitação – ou defesa – às atividades do

¹⁸⁹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed., São Paulo: Malheiros, 2012, p. 318.

¹⁹⁰ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Direitos sociais são exigíveis**. Trad. Luis Carlos Stephanov, Porto Alegre: Ed. Dom Quixote, 2011, p. 37.

¹⁹¹ Em idêntico sentido: “não haverá dúvida quanto aos direitos, liberdades e garantias, cujos preceitos gozam, por determinação constitucional, de aplicabilidade directa, mas o conceito também se aplica aos próprios direitos sociais a prestações” (ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 4. ed., Coimbra: Almedina, 2009, nota de rodapé n. 20, p., 113).

¹⁹² Op. cit. p. 40-41.

¹⁹³ Op. cit. p. 45.

próprio Estado ou de particulares, confirmando, com isso, a irrelevância de se traçarem grandes diferenças deônticas em relação aos direitos sociais e de defesa, sendo ambos direitos subjetivos.

Sem embargo, classicamente todos os direitos de defesa – ou preponderantemente defensivos, para que fique mais claro – são considerados direitos subjetivos, terminologia que encontrou na obra de Jellinek seu ápice, quando este publicista tratou dos *status* do indivíduo em relação ao Estado.

Não poderia ser diferente, já que no final do século XIX, início do século XX, sequer se pensava seriamente na existência de um Estado Social, o que somente ocorreu após a segunda metade do século passado, havendo até quem entenda que pensar os direitos sociais como direitos subjetivos atenta contra a natureza das coisas, pois é “natural” que se pense em direitos de liberdade como inatos ao Homem e “não natural”, ou uma mera criação artificial do ser humano, pensar em direitos sociais como direitos subjetivos¹⁹⁴, o que é mera retórica, pois os direitos sociais são, na verdade, uma evolução do próprio Estado Liberal, que precisou se reinventar para atender a uma demanda social premente, desejada pela sociedade que deixava de ser individual e passava a ser massificada.

Direitos como saúde, educação, consumidor, cultura, somente para citar alguns, passaram a ser requisitados e necessários para o próprio estabelecimento do que se consolidou chamar de liberdade no sentido material, e o Estado, antes inimigo, passou a ser o grande realizador dos direitos fundamentais (agora sociais), para que tal igualdade fosse alcançada.

Nesse contexto, é visível que todos os direitos fundamentais, no fim, são de liberdade, e os direitos sociais a prestações são apenas uma pequena parcela desse modo novo de agir estatal, sendo certo que, no contexto do Estado Social, o indivíduo possui não só direito a prestação material, mas também a prestação jurídica, de não ser discriminado (direito derivado a prestação), acepções estas que se aproximam da noção defensiva do Estado, denotando que todos os direitos, sociais ou de defesa, são subjetivos, variando apenas o grau

¹⁹⁴ Cf. NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., p. 141 e ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Op. cit., p. 28-29.

de densidade normativa dos mesmos e como cada um pode ser amplificado ou deixado temporariamente de lado à luz da ponderação de interesses colidentes.

Nesse mesmo sentido é a lição de Sarlet, para quem “o problema apenas poderá ser equacionado à luz das circunstâncias do caso concreto e do direito fundamental específico em pauta, sendo indispensável a ponderação dos bens e valores em conflito”. É dizer:

em todas as situações em que o argumento da reserva de competência do legislador (assim como a separação de poderes e as demais objeções habituais aos direitos sociais a prestações como direitos subjetivos) implicar grave agressão (ou mesmo o sacrifício) do valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou nas hipóteses em que, da análise dos bens constitucionais colidentes, resultar a prevalência do direito social prestacional, poder-se-á sustentar que, na esfera de um padrão mínimo existencial, haverá como reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações, admitindo-se, onde tal mínimo for ultrapassado, tão-somente um direito subjetivo “prima facie”, já que – nesta seara – não há como resolver a problemática em termos de uma lógica do tudo ou nada¹⁹⁵.

Em obra de maior impacto, novamente Sarlet¹⁹⁶ voltou a afirmar que todos os direitos fundamentais sociais (prestacionais ou não) são direitos subjetivos, mas tal certeza não encerra a questão, somente resolvida, na prática, com a ponderação de interesses fundamentais constitucionalmente assegurados, não havendo razão para a argumentação séria sobre a reserva do possível fática ou a (in)competência dos Tribunais para a análise dos problemas atinentes às prestações sociais (reserva do possível jurídica), devendo a discussão versar muito mais sobre o não esvaziamento dos direitos sociais – que não são meras metas políticas traçadas na Constituição, e sim reais direitos subjetivos –, devendo o sopesamento passar necessariamente pela análise do mínimo existencial, assim entendido como a dignidade da pessoa humana¹⁹⁷ e o próprio

¹⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador: CAJ, n. 1, abril/2001, p. 37.

¹⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Op. cit., p. 342 e ss.

¹⁹⁷ Com a proposta de delimitação do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, Soares afiança que “dignidade humana é um constructo cultural fluido e multiforme, que exprime e sintetiza, em cada tempo e espaço, o mosaico dos direitos humanos fundamentais, num processo expansivo e inexaurível de realização daqueles valores da convivência humana que melhor impedem o aviltamento e a instrumentalização do ser humano” (SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 144).

direito à vida, não podendo o Estado Social de Direito ser excessivo, nem muito menos insuficiente.

6. As liberdades sociais

Não é incomum encontrar na doutrina classificação que apõe todos os direitos sociais no patamar de direitos prestacionais¹⁹⁸, pois estes somente passaram a fazer parte das Constituições com o advento do Estado Social, o que parece ser pouco acertado.

O Estado Liberal clássico fundamentava-se na concepção dos sujeitos como indivíduos, que, por serem formalmente iguais, poderiam contratar livremente, pois o próprio mercado ditava as suas regras, sempre fundadas na autonomia da vontade, que, selada por meio de vinculação contratual, figurava como verdadeira “lei entre as partes”.

Nesse contexto, ao Estado cabia tão só o afastamento das relações privadas, criando regras no sentido de assegurar às partes convenientes o livre exercício da autonomia sem limitações. Não é difícil compreender que, durante tal período, os primeiros Direitos Fundamentais, antes tidos como “naturais” – uma vez que decorrentes do jusnaturalismo, e “reconhecidos” pelas novas codificações – passaram a ser positivados também através de documentos constitucionais, que tinham como objetivo assegurar a plenitude da propriedade e do direito à liberdade e que, por conta disso, foram concebidos sob a ótica negativista do Estado, cuja missão somente consistia em assegurar a plenitude de seu afastamento das relações firmadas entre os indivíduos.

O modelo do Estado Social surge não abandonando a modelagem já posta, mas substitui o paradigma firmado com o Estado Liberal, tendo-se que este, fundado no protótipo da igualdade entre os indivíduos, na prática, gerava um abismo de desigualdade.

Com o surgimento da sociedade de massa, as necessidades também se amplificaram e o direito teve que se reinventar e, se antes se idealizava abstratamente o ser humano como formalmente igual, a realidade mostrou que

¹⁹⁸ De acordo com Abramovich (op. cit., p. 31), as classificações que inserem todos os direitos de liberdade como direitos de defesa e os de prestação como sociais, “estão baseadas numa visão totalmente parcial e ‘naturalista’ do papel e funcionamento do aparato estatal, que coincide com a posição antiquada de um Estado mínimo que garanta exclusivamente a justiça, a segurança e a defesa”.

a liberdade plena mais escravizava do que libertava, sendo necessária uma intervenção legislativa protetiva e “desigual” para proteger o indivíduo, agora enxergado de forma concreta, havendo uma necessidade de fixação estatal de limites para a contratação.

O Estado passa de abstencionista para intervencionista e, nesse cenário, a classificação dos Direitos Fundamentais, que até então eram ligados à atividade estatal negativa, evoluiu para considerar esses “novos direitos” como direitos positivos, de prestação estatal.

Se é correto afirmar que o Estado Liberal e a função estatal abstencionista não foram totalmente ultrapassados pelo surgimento do Estado Social, não menos correto é afirmar que nem todos os direitos sociais figuram como reais direitos a prestações, sendo certo que há direitos sociais que são verdadeiros direitos de liberdade, a exemplo de boa parte do rol dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores, como o direito ao salário mínimo; irredutibilidade do salário; limitação da jornada de trabalho em oito horas, ou módulo semanal de quarenta e quatro horas; proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência e proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos; todos com previsão no artigo 7º do Texto Constitucional.

Nesse trilhar, concordando que os Direitos Fundamentais Sociais não se encerram na sua função prestacional, Sarlet já asseverou que grande parte dos direitos dos trabalhadores, presentes nos artigos 7º a 11 da nossa Constituição, “são, na verdade, concretizações do direito de liberdade e do princípio da igualdade (ou da não-discriminação), ou mesmo posições jurídicas dirigidas a uma proteção contra ingerências por parte dos poderes públicos e entidades privadas”¹⁹⁹, deixando evidenciado que, no rol aludido assim como nos demais dispositivos que tratam de Direitos Sociais, há direitos prestacionais e direitos de defesa, sendo mais coerente tratar estes últimos como “liberdades sociais”.

¹⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 174.

Na doutrina de Hermano Queiroz Júnior também se encontra presente a mesma conclusão, tendo o referido autor já pontificado que, dentre os direitos sociais elencados nos artigos 6º a 11 da Constituição Federal de 1988, “muitos há que não se acham contemplados dentro do grupo de direitos fundamentais à prestação, mas, ao reverso, se enquadram no grupo dos direitos de defesa, na medida em que ostentam o caráter de direitos à abstenção”²⁰⁰, citando praticamente os direitos sociais trabalhistas defensivos já aludidos ao norte.

No artigo 8º da Lei Fundamental pátria é clara a previsão de legítimos direitos de liberdade, que são o direito de greve²⁰¹, a liberdade e autonomia sindical, embora capitulados no rol dos Direitos Sociais, demonstrando que o Legislador Constituinte não discrepou entre colocar direitos prestacionais e de liberdade no capítulo dos Direitos Sociais do trabalhador, não fazendo qualquer distinção em relação à eficácia entre os mesmos, até porque não poderia, diante da cláusula presente no artigo 5º, § 1º da nossa Constituição.

Idêntica manifestação se mostrava na Constituição Portuguesa de 1976 em sua versão originária, onde diversos dos direitos fundamentais dos trabalhadores, inicialmente postos no título dos direitos econômicos, sociais e culturais, passaram a ser, a partir da revisão de 1982, elencados no título dos direitos, liberdades e garantias²⁰², tendo Sarlet atentado para o fato de que “esta categoria de direitos fundamentais sociais, de cunho notoriamente negativo, tem sido oportunamente denominada de ‘liberdades sociais’²⁰³, integrando o que se

²⁰⁰ QUEIROZ JÚNIOR, Hermano. **Os direitos fundamentais dos trabalhadores na Constituição de 1988**, São Paulo: LTr, 2006, p. 67.

²⁰¹ Lançando luzes sobre a tese ora defendida, a doutrina de Martinez: “nenhum direito fundamental, entretanto, é, em rigor, unicamente defensivo ou prestacional. O seu exercício não pode acontecer sem que ações negativas e positivas sejam cumulativamente exigidas. Exatamente assim ocorre com o instituto da liberdade sindical, em nome do qual estão agregados todos os direitos que viabilizam a proteção do patrimônio jurídico dos trabalhadores, entre os quais o direito de greve e o de negociar coletivamente. Apesar de serem *posições fundamentais subjetivas de natureza defensiva*, notadamente quando opostas contra o Estado, comportam, sem dúvidas, múltiplas faculdades de exigir ou de pretender ações positivas, seja para a promoção das condições de seu gozo efetivo, seja para a sua proteção contra terceiros” (MARTINEZ, Luciano. **Condutas antissindicais**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 124).

²⁰² Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988**. In: Revista Diálogo Jurídico. Salvador: CAJ, n. 1, abril/2001, p. 18.

²⁰³ Como pontifica ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**, 4. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2007, p. 385, quando faz remissão às liberdades sociais presentes na Constituição portuguesa, indicando o direito de greve e a liberdade sindical como legítimos representantes das ditas liberdades.

poderia chamar – inspirados na concepção de Jellinek – de um ‘status negativus socialis’ ou ‘status socialis libertatis’²⁰⁴.

Nesse mesmo passo, assegura Cristina Queiroz que a Constituição portuguesa de 1976 atualmente qualifica como “liberdades e garantias” – ou, simplesmente, liberdades sociais, pela doutrina – determinados direitos dos trabalhadores, verdadeiras pretensões defensivas, a exemplo do direito de greve e da liberdade sindical, antes da aludida reforma apenas tidos como meros direitos sociais²⁰⁵.

Miranda, após afirmar que a designação complexa de direitos, liberdades e garantias não é corrente no estrangeiro, assevera que a liberdade sindical e o direito de greve, previstos respectivamente nos artigos 55º e 57º da Constituição portuguesa de 1976, são legítimos exemplos de liberdades²⁰⁶.

Sem embargo, como já verificado ao norte, todos os Direitos Fundamentais, de defesa ou sociais (prestacionais ou não) são de liberdade²⁰⁷, pois é impossível o indivíduo alçar qualquer patamar socialmente justo e digno²⁰⁸ sem que lhe sejam assegurados direitos mínimos pelo Estado, tanto é assim que, em regimes constitucionais onde não se tem um rol de direitos sociais, a própria jurisprudência se encarregou de firmar determinadas tarefas estatais, como o fez o Tribunal Constitucional alemão, com a noção de “mínimo existencial”, já que a Lei Fundamental de 1949 praticamente não trata de Direitos Sociais.

Isso é algo até curioso, já que em terras germânicas a referida Corte extraiu do direito à vida e do princípio da dignidade da pessoa humana a construção sobre o mínimo existencial e aqui, em terras brasileiras, mesmo com um imenso rol de direitos sociais prestacionais e de defesa, a doutrina e a

²⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador: CAJ, n. 1, abril/2001, p. 18.

²⁰⁵ QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos fundamentais sociais. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade**. Coimbra Editora, 2002, p.27.

²⁰⁶ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV, 2, ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 93.

²⁰⁷ “No existen derechos de libertad, por un lado, y derechos de igualdad, por outro: todos los derechos son de libertad, incluso aquéllos que aportan un elemento igualitario, como es el caso de los económicos y sociales, al potenciar y reforzar dicho elemento la libertad para todos. [...] Por ello, al analizar la estructura de los derechos soiales, se comprueba – aunque persistan notables rasgos distintivos – la inexistencia de una fractura radical com los tradicionales derechos de libertad” (IBARRECHE, Rafael Sastre. **El derecho al trabajo**. Madrid: Editora Trotta, 1996, pp. 71-72).

²⁰⁸ Nesse tocante, Gabriela Neves Delgado atesta que o direito ao trabalho, sobretudo o direito ao trabalho digno faz parte desse patamar mínimo (**Direito fundamental ao trabalho digno**, São Paulo: LTr, 2006).

jurisprudência ainda relutam em creditar plena eficácia a alguns direitos, como, por exemplo, o direito ao trabalho, assim compreendido como direito subjetivo não a um posto de trabalho, mas sim, pelo menos, como respeito ao posto ativo de trabalho, não podendo o empregado ser despedido sem que haja um motivo.

Essa também é a doutrina de Jorge Miranda, para quem, ao revés de existir uma separação estanque entre direitos negativos e direitos positivos, há intercomunicação entre eles, pois, enquanto o paradigma liberal pregava a liberdade abstrata, a ideia presente no modelo social não despreza a liberdade, mas entende que esta somente é alcançada com a igualdade material entre os indivíduos, mediante forte intervenção estatal, pois:

igualdade material não se oferece, cria-se; não se propõe, efectiva-se; não é um princípio, mas uma consequência. O seu sujeito não a traz como qualidade inata que a Constituição tenha de confirmar e que requeira uma atitude de mero respeito; ele recebe através de uma série de prestações, porquanto nem é inerente às pessoas, nem preexiste ao Estado. Onde bastaria que o cidadão exercesse ou pudesse exercer as próprias faculdades jurídicas, carece-se doravante de actos públicos em autónoma discricionariedade. Onde preexistiam direitos, imprescindíveis, descobrem-se condições externas que se modificam, se removem ou se adquirem. Assim, o conceito de direito à igualdade consiste sempre num comportamento positivo, num *facere* ou num *dare*²⁰⁹.

Se se observar atentamente o Capítulo II do Texto Constitucional, facilmente se perceberá que a própria Lei Fundamental estabeleceu uma limitação, um patamar mínimo, fixando diretrizes que deverão ser cogentemente observadas quando da pactuação empregatícia, sendo correto afirmar que abaixo do patamar estabelecido constitucionalmente, não é possível qualquer contratação individual.

No tocante à negociação coletiva, a Carta Política foi mais benevolente, permitindo que alguns direitos pontuais, a exemplo do salário e da jornada de trabalho, possam ser pactuados pelos sindicatos, em pleno exercício da autonomia privada coletiva. Assim, é possível afirmar que a limitação firmada na Constituição pátria é total em relação às partes individualmente, mas relativa em termos coletivos²¹⁰.

²⁰⁹ MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 96-97.

²¹⁰ Eis a lição de Maurício Godinho Delgado: “não prevalece a adequação setorial negociada se concernente a direitos revestidos de indisponibilidade absoluta (e não indisponibilidade relativa), os quais não podem ser transacionados nem mesmo por negociação sindical coletiva. Tais parcelas são aquelas imantadas por uma

Mais acertado ainda parece afirmar que dito patamar constitucional mínimo figura como verdadeiro direito defensivo, não podendo sequer ser o seu espectro protetivo diminuído, por força do *caput* do artigo 7º da nossa Constituição, segundo o qual todo o rol que se segue é apenas exemplificativo, pois outros direitos sociais do trabalhador poderão ser previstos ordinariamente, não podendo haver alteração a menor, significando dizer que há uma barreira estatal, uma defesa em face de alterações *in pejus*, mais próxima ao direito de liberdade do que ao prestacional²¹¹.

7. Conclusão

Como analisado, as normas constitucionais tratantes de direitos fundamentais sociais são atreladas ao princípio da reserva do possível tanto quanto os direitos de liberdade e as próprias liberdades sociais, que seguem a lógica de abstenção estatal de forma preponderante. É dizer, todos os direitos constitucionais, de liberdade ou sociais prestacionais, são direitos subjetivos e possuem eficácia, sendo muito mais relevante observar a técnica utilizada pelo Estado-Legislador, para saber se no caso concreto o direito padece de alta ou baixa densidade normativa.

8. Referências

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Direitos sociais são exigíveis**. Trad. Luis Carlos Stephanov, Porto Alegre: Ed. Dom Quixote, 2011.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha. Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed., Coimbra: Almedina, 2002.

tutela de interesse público, por se constituírem em um *patamar civilizatório mínimo* que a sociedade democrática não concebe ver reduzido em qualquer segmento econômico-profissional, sob pena de se afrontarem a própria dignidade da pessoa humana e a valorização mínima deferível ao trabalho” (**Introdução ao direito do trabalho**: relações de trabalho e relação de emprego. 2. ed., São Paulo: LTr, 1999, p. 197).

²¹¹ Fábio Rodrigues Gomes (**O Direito Fundamental ao Trabalho**, Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008, p. 178), dissertando acerca das diversidades atinentes ao direito de defesa e ao direito à proteção, assevera que não se deve confundir a função defensiva dos direitos fundamentais com a categoria dos direitos de defesa, pois “a primeira é inerente a qualquer direito fundamental e implica, não a exclusão do Estado, mas, sim, a sua intervenção (subsidiária) em determinadas hipóteses [...]. A segunda, representa os direitos de liberdade voltados *contra* o Estado, bloqueando normativamente a sua intervenção indevida”.

DELGADO, Maurício Godinho. **Introdução ao direito do trabalho: relações de trabalho e relação de emprego**. 2. ed., São Paulo: LTr, 1999.

GOMES, Fábio Rodrigues. **Direito Fundamental ao Trabalho: Perspectivas Histórica, Filosófica e Dogmático-analítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed., São Paulo: Malheiros, 2012.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

MARTINEZ, Luciano. **Condutas antissindicais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. 1. ed., 3ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2011.

MOREIRA, Alinie da Matta. **As restrições em torno da reserva do possível**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos fundamentais sociais. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade**. Coimbra Editora, 2000.

QUEIROZ JÚNIOR, Hermano. **Os direitos fundamentais dos trabalhadores na Constituição de 1988**, São Paulo: LTr, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

_____. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador: CAJ, n. 1, abril/2001.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010.