

# **A Constituição Balzaquiana e outros escritos**



Antonio Oneildo Ferreira

# **A Constituição Balzaquiana e outros escritos**



Brasília – DF, 2019

© Ordem dos Advogados do Brasil  
Conselho Federal, 2019  
Setor de Autarquias Sul - Quadra 5, Lote 1, Bloco M  
Brasília – DF CEP: 70070-939

Distribuição: Conselho Federal da OAB – GRE  
E-mail: oabeditora@oab.org.br

## FICHA CATALOGRÁFICA

---

C755

Ferreira, Antonio Oneildo.

A constituição balzaquiana e outros escritos / Antonio Oneildo Ferreira  
– Brasília: OAB, Conselho Federal, 2019.  
ii, 225 p.

ISBN: 978-85-7966-111-2.

1. Constituição (1988), Brasil. 2. Direitos e deveres fundamentais, Brasil.  
I. Título.

CDDir: 341.272

CDU: 347.912.8

---

Elaborado por: CRB 1-3148.

## APRESENTAÇÃO

Claudio Lamachia\*

Mais uma vez, tenho a gratificante missão de apresentar à comunidade jurídica, à Advocacia e ao público em geral uma instigante obra de Antonio Oneildo Ferreira, meu prezado amigo, colega de Diretoria no Conselho Federal da OAB nos últimos seis anos e companheiro de inúmeras lutas em prol da cidadania. Oneildo tem amadurecido cada vez mais suas elucubrações sobre o especial papel da profissão no Estado Democrático de Direito. Tem dado continuidade à sua profficua trajetória intelectual.

Seu livro anterior, *A Natureza Contramajoritária da Advocacia: direitos humanos, igualdade de gênero e democracia*, igualmente publicado por esta Editora, sobressai como um paradigma entre as abordagens da democracia, elaboradas sob o prisma dos advogados. A formulação luminar do conceito que dá título a essa publicação é um valioso instrumento para a compreensão da dimensão humana e social inerente ao nosso nobre mister, reconhecido na Constituição Federal como *indispensável à administração da Justiça*.

O livro que ora me honra demasiado apresentar, *A Constituição Balzaquiana e outros escritos*, segue o mesmo princípio de seu antecessor. Instrumentaliza mais uma inovadora empreitada que discute, invariavelmente com distinta criatividade e extraordinária capacidade analítica, o protagonismo da Advocacia sob múltiplas abordagens, inserindo-o no contexto dos mais candentes debates jurídicos, políticos e sociais da atualidade. Reitera, ademais, o íntimo compromisso do Autor com os valores do constitucionalismo, dos direitos humanos, do humanismo e da democracia.

---

\* Advogado e Presidente Nacional da OAB.

Trata-se de uma compilação de textos (artigos, prefácios, homenagens e pareceres) publicados no ano de 2018 – boa parte deles veiculada anteriormente em meios físicos e virtuais. Os artigos estão organizados em torno de quatro eixos temáticos: Constituição (Parte I), Direitos Humanos (Parte II), Cidadania (Parte III) e Advocacia (Parte IV). Versam sobre assuntos diversos, absolutamente relevantes, como a inconstitucionalidade do crime de desacato; as ameaças à liberdade manifestadas por meio de práticas autoritárias do Estado; a evolução da discussão sobre igualdade de gênero no sistema OAB; a função cidadã dos Juizados Especiais em relações consumeristas; os retrocessos infligidos pela recente Reforma Trabalhista, com enfoque em seus impactos sobre vários institutos da tradição do Estado Social, entre os quais a estrutura sindical.

Discutem-se, outrossim, temas extremamente pertinentes e atuais da rotina advocatícia: o ativismo indecoroso do Tribunal de Contas da União, que desafiou a autoridade do Supremo Tribunal Federal ao desconsiderar o entendimento deste acerca da natureza jurídica da OAB; o caráter humanitário dos honorários advocatícios; a função pública da Ouvidoria do Sistema OAB; e as exigências éticas quanto à postura da Advocacia ante a controvérsia da presunção de inocência.

Nesta coletânea são reunidos prefácios e homenagens escritos durante o período, a respeito do centenário da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Maranhão, do sistema tributário constitucional, do federalismo e da propriedade intelectual. Finalmente, encerra-se com pareceres proferidos pelo Autor enquanto Diretor-Tesoureiro do Conselho Federal da OAB, opinando sobre a nomeação de Conselheiros do CNMP e a inconstitucionalidade das novas regras do Fundo Partidário.

Destaco o artigo que dá nome a este livro: *a Constituição Balzaquiana*. Consiste em brilhante ensaio a respeito dos trinta anos da Constituição Federal de 1988, que avalia os ganhos e os retrocessos na efetivação de suas normas através das últimas décadas. A metáfora que relaciona nossa Carta Maior à heroína feminina de Balzac poderia ser

trivial, não fosse o extraordinário trabalho comparativo aqui realizado, levando a análise a desfechos surpreendentes e inspiradores. Também no marco do trintenário da Constituição, o ativismo judicial do STF é colocado sob cuidadoso exame crítico. É justo, pois, que a comemoração do aniversário da nossa Carta Magna seja posta em evidência, na medida em que é o fio condutor de todas as meditações subsequentes.

Em vista da magnitude das reflexões abordadas e, sobretudo, da competência intelectual nela empregada, a importância desta publicação é inquestionável. Novamente, estamos diante de um livro que, sem exagero algum, já nasce um clássico das letras jurídicas.



# SUMÁRIO

## ARTIGOS

PARTE I CONSTITUIÇÃO.....	3
1 A CONSTITUIÇÃO BALZAQUIANA: aos trinta anos de promulgação da Constituição da República .....	5
2 O ATIVISMO JUDICIAL NO TRINTENÁRIO DA CONSTITUIÇÃO .....	19
3 A INCONSTITUCIONALIDADE DO CRIME DE DESACATO SOB A PERSPECTIVA DA SOBERANIA POPULAR .....	43
PARTE II DIREITOS HUMANOS.....	63
4 TRÊS FACES DO AUTORITARISMO: estado policial, direito penal do inimigo e <i>lawfare</i> .....	65
5 A DEMOCRACIA NO SISTEMA OAB E A IGUALDADE DE GÊNERO.....	75
6 JUIZADOS ESPECIAIS E A FUNÇÃO PUNITIVA/PEDAGÓGICA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO .....	95
PARTE III CIDADANIA .....	115
7 EM UMA MESMA DECISÃO, TCU ATENTA CONTRA A AUTONOMIA DA OAB E A AUTORIDADE DO STF .....	117
8 A REFORMA TRABALHISTA NA PERSPECTIVA DO CONTRATO SOCIAL.....	125
9 O PROTAGONISMO DAS ENTIDADES SINDICAIS NA DEFESA DA DIGNIDADE HUMANA E OS IMPACTOS DA REFORMA TRABALHISTA .....	143

PARTE IV ADVOCACIA.....	167
10 A DIGNIDADE DOS HONORÁRIOS DA ADVOCACIA .....	169
11 ADVOCACIA, DEVER DE FIDÚCIA E A CONTROVÉRSIA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA .....	179
12 O PROTAGONISMO DA OUVIDORIA NAS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS DO SISTEMA OAB.....	187

## **PREFÁCIOS E HOMENAGENS**

13 UM CENTENÁRIO-COMBATE: memórias de um jovem universitário, a respeito do movimento do Direito Crítico do Maranhão, a propósito dos cem anos da Faculdade de Direito da UFMA.....	197
14 CONHECIMENTO HUMANO E PROPRIEDADE INTELECTUAL.....	207
15 O FEDERALISMO COMO COLONIZAÇÃO INTERNA.....	211
16 O TRINTENÁRIO DO SISTEMA TRIBUTÁRIO CONSTITUCIONAL .....	213

## **PARECERES**

17 NOMEAÇÃO DE CONSELHEIROS DO CNMP .....	219
18 FUNDO PARTIDÁRIO .....	223

# **ARTIGOS**



PARTE I  
CONSTITUIÇÃO



# 1 A CONSTITUIÇÃO BALZAQUIANA: aos trinta anos de promulgação da Constituição da República

---

## QUEM É A MULHER BALZAQUIANA?

A célebre mulher balzaquiana transcende a dama pequeno-burguesa concebida, no apogeu dos seus trinta anos, na imaginativa obra de Honoré de Balzac. Mais que uma personagem concreta – a Sra. Julie d’Aiglemont no esplendor do crepúsculo de sua juventude –, a mulher balzaquiana é um feixe no qual convergem os mais variados extratos que compõem o imaginário feminino do século XIX. Ao longo desse imaginário orbitaram mistério, perscrutação, imensa e inesgotável curiosidade. A mulher era retratada como criatura **misteriosa** nas narrativas oitocentistas, cuja natureza obscura parecia inescrutável às mais insistentes interpretações, assim desde as ficções de Stendhal, Zola e Goethe, às sofisticadas elaborações filosóficas de Nietzsche e Freud.<sup>1</sup> Traços da jovem senhora balzaquiana estão difusos pela cultura ocidental, e mesmo imortalizados na literatura, através da Emma Bovary de Flaubert, da Anna Karenina de Tolstói, da Nora de Ibsen, todas elas heroínas trágicas fustigadas por indecisões, terrores, perturbações e terríveis tempestades da alma.<sup>2</sup>

A centúria oitocentista de forma inédita trouxe a mulher para o cerne das reflexões sociais e existenciais, e isso, sem dúvida, graças ao pioneirismo da abordagem ficcional de Balzac. Este foi, com efeito, o primeiro romancista de grande expressão a colocar a mulher na posição de centro das **contradições** da sociedade moderna. Não apenas a “mulher

---

<sup>1</sup> MORAES, Eliane Robert. “Introdução”. In: BALZAC, Honoré de. *A mulher de trinta anos*. Trad.: Rosa Freire d’Aguiar. 1ª ed. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2015. [p. 11]

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 15.

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

madura” lhe interessava, senão a mulher **moderna**, que se oferecia àquela época como “incontornável enigma”.<sup>3</sup> As ambiguidades perpassam toda a obra, tanto o romance quanto a personagem: se o enredo é a um só tempo realista e romântico, a protagonista exhibe-se ora cética, ora iludida. Do mesmo modo desenvolvem-se as contradições do que significava ser mulher naquele momento histórico. Olhos voltados ao passado, porém esgueirando rumo ao futuro.

Ao final da trajetória da heroína balzaquiana, esta já se tomava pela **desilusão**; madura, vivida e desencantada, lançava um olhar cínico, desolado, pessimista sobre aqueles tempos, a impor uma lúcida crítica “a uma sociedade que mal acabara de despertar e já se vangloriava de suas falsas promessas de felicidade”.<sup>4</sup> Finalmente, resta uma questão por esclarecer. A escolha dos trinta anos não foi ao acaso. Na óptica de Balzac, essa idade expressa o “auge poético da vida das mulheres”, quando se supõe um tipo de “**profundidade** da alma” que pode decorrer tão só da experiência.<sup>5</sup>

### POR QUE A “CONSTITUIÇÃO BALZAQUIANA”?

Quais similitudes podemos reconhecer entre a Constituição da República Federativa do Brasil e a mulher balzaquiana, para além de seus trinta anos? Curiosamente, nossa Constituição Cidadã – assim nominada por Ulysses Guimarães – que recém completa seu trigésimo aniversário compartilha cinco das características-chave que podemos reconhecer também na mulher balzaquiana: *a)* modernidade, *b)* mistério, *c)* contradição, *d)* desilusão e *e)* profundidade. Podemos conceber, então, uma imagem metafórica da **Constituição balzaquiana**, a qual passo a

---

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 15.

desenvolver em pormenores, ainda que de forma propositiva e embrionária, de agora em diante.

### a) A modernidade da Constituição Balzaquiana

Quando se reivindica para uma constituição o predicado de “moderna”, está-se a afirmar, evidentemente, que há constituições que são modernas e outras que não o são. Em que sentido nossa Constituição balzaquiana pode ser reconhecida como moderna? O constitucionalismo foi um movimento deflagrado principalmente a partir do século XVIII, congênere da ascensão da burguesia ao topo da pirâmide socioeconômica dos Estados ocidentais – isto é, fenômeno tipicamente moderno, nascido ali mesmo na efervescência das revoluções burguesas, no turbilhão do moderno capitalismo: em Inglaterra, Estados Unidos e França.

Constituições houvera antes, porém numa acepção decididamente distinta. Quando se alude quer à constituição feudal, quer às mais remotas constituições da *polis* grega e da república romana, ou, sobretudo, quando se reafirma o adágio de que não existe ou jamais existira Estado ou sociedade política sem constituição, evoca-se aquilo que em teoria constitucional convencionou-se denominar conceito **sociológico**.<sup>6</sup> Nomeia-se a constituição **real e efetiva** de uma comunidade atravessada pelo poder, cuja natureza Ferdinand Lassalle dedicou-se a explicar, em sua clássica conferência, reduzindo-a nos termos dos chamados **fatores reais do poder**.<sup>7</sup> A constituição pré-

---

<sup>6</sup> Cf. LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Pref. e Org.: Aurélio Wander Bastos. 9. Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. [p. 33]

<sup>7</sup> Fatores reais do poder são conceituados, por Lassalle, como “essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são” [p. 20]. Daí que o pensador político conclua que a constituição de um país (constituição real) é a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação [p. 26]. In: LASSALLE, *Op. Cit.* De maneira que a Constituição de um país expressa as relações de poder nele dominantes (poder militar, poder social, poder econômico e poder intelectual). As relações fáticas resultantes da conjugação desses fatores constituem a força

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

moderna é meramente o modo de ser e de existir do Estado, o conjunto das suas instituições verificadas na realidade, e os jogos de poder que elas configuram. São fatos, muito mais produto da observação, do que propriamente normas, artefatos para a prescrição.

A grande virada para a modernidade é a eclosão de uma concepção jurídica que vinha a escoltar o constitucionalismo. Seja mediante a constituição material inglesa, seja mediante as constituições formais estadunidense e francesa, os séculos XVII e XVIII assistiram à atribuição de **força normativa e caráter jurídico** às constituições – escritas ou não –, que passaram a ser “lei fundamental” do Estado, normas juridicamente instituidoras de uma comunidade, centro de gravitação do ordenamento jurídico e das demais leis, dotadas de certa estabilidade, imodificáveis nos moldes das leis comuns – portanto providas de supremacia, capazes até de derrogar as leis ordinárias com ela incompatíveis.

Testemunhamos um deslocamento do **significado descritivo** (o modo de ser, o que uma comunidade simplesmente é) em direção ao **significado normativo** (um ato constitutivo, o pacto fundante de uma nova comunidade). Trata-se da compreensão da Constituição como “a ordenação sistemática e racional da comunidade política plasmada em um documento escrito, no qual se fixam os limites do poder político e declaram-se direitos e liberdades fundamentais”.<sup>8</sup>

A Constituição Cidadã de 1988 seguramente insere-se nesse movimento constitucionalista, embora na sua vertente mais tardia, quando o conteúdo constitucional trivial passou a abarcar matérias que não dizem respeito diretamente à composição do Estado, à sua organização e à limitação de seus poderes, isto é, matérias exóticas com

---

ativa determinante das leis e das instituições da sociedade. Cf. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1991. [p. 9]

<sup>8</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. Salvador: Editora JusPodvm, 2015. [p. 34]

relação à “constituição material”. É produto de uma complexidade social irrefragável, que demanda garantia e estabilidade jurídica, e *ipso facto* pede, por solicitação e pressão dos grupos de interesse, a inclusão de pautas e assuntos os mais variados em documento escrito sob a forma de normas de *status* constitucional.

Isto é, a Constituição balzaquiana é um perfeito exemplar de constituição moderna no que tange ao seu conteúdo, pois acolhe toda a evolução do conteúdo constitucional pela qual trespassou a tradição jurídica ocidental, sendo por isso considerada uma das mais avançadas do mundo em matéria de direitos e de contenção dos poderes da autoridade pública. É uma constituição dirigente, que busca modelar todas as atividades do Estado e da sociedade visando a um ideal assumido, que é o **paradigma da igualdade complexa**.

## **b) O mistério da Constituição balzaquiana**

Na proporção em que rondava um mistério acerca da natureza feminina da moderna mulher oitocentista, há muitas décadas perguntamo-nos com curiosidade e perplexidade sobre a natureza das constituições. São elas fatos sociais, arranjos políticos ou normas jurídicas? O insondável mistério constitucional nunca foi de todo solucionado nem pela prática nem pela doutrina. Nunca se soube ao certo onde se situa a constituição naquele entrelugar entre o social, o jurídico e o político.

Trata-se, nosso objeto de investigação, de mera folha de papel que espelha uma realidade preexistente, descritiva de um emaranhado de relações de poder, como insinuava Lassalle?<sup>9</sup> Trata-se de decisão política fundamental a ser manejada pelas autoridades políticas do Estado, como propunha Schmitt? Trata-se de norma jurídica que fornece fundamento

---

<sup>9</sup> Lassalle advertia que os problemas constitucionais não são problemas do direito, e sim do poder. In: LASSALLE, *Op. Cit.* [p. 45]

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

de legitimidade a todo um sistema normativo hierarquicamente estruturado, como propunha Kelsen?

Antes de tudo, uma peculiaridade distingue o direito constitucional de todo o resto do ordenamento jurídico: a saber, o destinatário de suas prescrições normativas. As normas constitucionais vertem-se aos agentes públicos e, não raro, exigem a aquiescência e fidelidade dos agentes políticos da mais alta patente do Estado. Por essa razão, faltam ao direito constitucional mecanismos autônomos e garantias externas para efetivar o cumprimento de suas normas, nas hipóteses em que elas forem desobedecidas pelas autoridades máximas do Estado, estas **no limite** insuscetíveis de qualquer controle institucional. Afinal, quem controla o controlador (*quis custodiet ipsos custodes*)? Quem vigia a autoridade final? Quem vai julgar o juiz? Daí se pergunta: o direito constitucional é direito *stricto sensu*? E, se é direito, deve sê-lo em um sentido muito próprio, diverso do direito que é comumente afirmado como tal, de cuja violação inexoravelmente decorrem sanções mobilizadas pelo poder coercitivo do Estado contra particulares ou agentes públicos subalternos.

Noutro sentido, o direito constitucional é um direito “enigmático” pela sua própria natureza. Na interpretação de muitas de suas normas, considerações jurídicas se confundem e se imiscuem num caldo de considerações de ordem moral e política. De tal sorte que, na prática hermenêutica, raras vezes é possível vislumbrar com clareza o limite entre o moral, o político e o jurídico na teia argumentativa. É o que acontece principalmente quando juízes, legisladores, administradores, ou mesmo cidadãos, vêm-se desafiados a dizer, em abstrato ou em um caso concreto, o que significam os princípios abstratos do republicanismo, do Estado democrático de direito, da igualdade, da dignidade humana, da liberdade, do devido processo legal, do direito de defesa, do contraditório etc. O mesmo sucede com praticamente todos os direitos fundamentais dos arts. 5º e 6º convocados

para o jogo da argumentação jurídica – todos assinalados por incontestes conteúdo moral e político.

A balzaquiana Constituição de 1988, naturalmente, não foge a essa regra. O preenchimento de seu conteúdo semântico apela para razões de ordem política e moral, que extrapolam o típico arsenal de instrumentos fornecidos pela teoria jurídica. Apenas para nos atermos a um exemplo recente, em que a trama política rivalizou com o desfecho jurídico, de modo que foi impraticável visualizar qualquer limiar estanque entre direito, política, considerações morais e circunstâncias impositivas do poder, consideremos o processo de *impeachment* da Presidente da República em 2016. Embora tenham vindo à tona complexos argumentos de direito financeiro que – para apenas uma parcela dos juristas consultados – poderiam justificar **juridicamente** o afastamento da Presidente por comprovarem a configuração de crime de responsabilidade previsto na Constituição, a impressão que ficou a parte significativa da comunidade jurídica foi de que as motivações políticas e morais (como a ingovernabilidade de fato, a inabilidade de transitar com sucesso entre as facções do poder e o desgaste da figura pública da chefe de governo) pesaram muito mais na deposição, sendo os argumentos técnicos meros pretextos de ordem perfunctória. Em todo caso, tudo isso apenas confirma a vocação politizante e moralizante, e assim ambígua, polissêmica, enigmática, **misteriosa** das constituições.

### c) A contradição da Constituição balzaquiana

Entre a euforia otimista e a consternação pessimista, entre o utopismo do ideal e o ceticismo do real, as modernas constituições – sobretudo aquelas repletas de promessas, como é o caso da balzaquiana – escancaram a abismal contradição entre **constituição ideal** e **constituição real**. O fosso mostra-se mais protuberante quanto aos aspectos constitucionais que prescrevem objetivos e finalidades sociais para determinado Estado, no sentido de construir um certo tipo de país

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

ou projeto de nação. Eventuais falhas no que respeitam a esse projeto repercutem em déficits de força normativa da constituição, ou seja, é colocada em xeque a própria efetividade das normas constitucionais, a sua capacidade de se transfigurarem em realidade (eficácia social). Nisto assenta a polêmica acusação de Lassalle de que a constituição escrita é um mero **pedaço de papel**: em sua inaptidão para conformar uma realidade que lhe é anterior e indiferente.

O caso dos direitos sociais é o mais emblemático. Ainda que o texto constitucional esteja recheado de direitos que procuram, ao menos no nível das **intenções constituintes**, assegurar trabalho, previdência, assistência social, saúde, educação, lazer, cultura, moradia e transporte, o quadro de descompasso entre o “prometido” e o constatado é desconcertante. É bem verdade que os direitos a prestações estatais exigem, como parte de sua própria estrutura normativa, normas programáticas que os transformem em ação governamental concreta. E essa ação pode ser gradativa, paulatina, maximizada ou minimizada ao sabor das circunstâncias fáticas. Porém, as estatísticas e os indicadores socioeconômicos não deixam camuflar a insuficiência das políticas públicas para consolidar a paisagem traçada na Constituição. Lamentavelmente, muitos ainda estão excluídos da cidadania em nosso país, em manifesta afronta à igualdade constitucionalmente preconizada.

A Constituição balzaquiana é palco de um permanente e inevitável conflito entre a constituição real e a constituição jurídica. Que parte de nosso projeto constituinte ainda permanece simples pedaço de papel, destituído de qualquer normatividade prática diante dos fatores reais do poder? Konrad Hesse alertava que a **estabilidade** é condição *sine qua non* para a eficácia das constituições.<sup>10</sup> E a estabilidade é diretamente dependente da compatibilidade da constituição jurídica com a constituição real, uma vez que, sempre que em conflito, há o risco de que aquela sucumba diante desta – Lassalle é mais radical e assevera que

---

<sup>10</sup> Cf. HESSE, *Op. Cit.* [p. 22]

a constituição escrita necessariamente sucumbirá perante os fatores reais de poder.<sup>11</sup>

A conclusão mais óbvia ao partir desse raciocínio seria de que as constituições escritas são supérfluas, pois, quando muito, apenas repetem um conjunto preexistente de coisas: o funcionamento de um sistema econômico capitalista iníquo, a divisão estratificada de classes, a organização do poderio militar em favor das elites etc. A grande contradição constitucional seria, assim, a própria desnecessidade de uma constituição no sentido que modernamente lhe atribuímos. Como facilmente prova nossa história, contudo, esse argumento é falacioso. Há muito mais força normativa nas constituições modernas do que se suspeitara na época de sua germinação. É certo que uma correspondência com a realidade – com os **limites do factível** – ainda é exigida como condição de efetividade. No entanto, a dependência da constituição com relação às condições de eficácia não é capaz de torná-la simplesmente inócua, mera folha de papel, aquém da força jurídica necessária às regras do direito.

Não se ignora que a resposta a tantas inquietações é assaz complexa. Todavia, mesmo que não se consiga responder a elas de vez por todas, o desenvolvimento do conhecimento jurídico-constitucional das últimas décadas nos tem fornecido indícios de como lidar com os persistentes enigmas constitucionais. Konrad Hesse nos sugere empregar uma **interpretação construtiva** para equacionar a tensão entre idealidade e realidade, ínsita à dimensão da existência constitucional: “a interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes”.<sup>12</sup> Está claro que a prática constitucional coerente exige um meio-termo, que não isole completamente a realidade que se imporá a qualquer custo, nem esgarce indevidamente a normatividade

---

<sup>11</sup> Cf. LASSALLE, *Op. Cit.* [p. 39].

<sup>12</sup> Cf. HESSE, *Op. Cit.* [p. 23].

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

contrafactual inerente ao direito. Realidade e ideal estão, portanto, postos em uma relação de mútua dependência.

### d) A desilusão da Constituição balzaquiana

O desenlace da heroína de Balzac revelou-se deveras trágico. Quanto mais passou o tempo, tanto mais ela tornou-se desencantada com as “promessas de felicidade” de um imberbe “mundo caduco”. Desejamos com todo o vigor de espírito evitar que o mesmo inconsolável destino assole a nossa Constituição balzaquiana. Passados trinta anos de inumeráveis promessas de uma nação mais justa, ainda é tempo de reparar os erros e as omissões que têm atravancado nossos nobres projetos? Ou nos resta somente a resignação que convém aos desiludidos?

É momento de retornar a uma indagação que lancei na seção anterior: que parte de nosso projeto constituinte ainda permanece mero pedaço de papel, incapaz de exercer qualquer normatividade significativa perante a inexorável realidade do poder? Depois desses trinta anos, no que ainda nos resta avançar – ou o que ainda sequer “saiu do papel”? Temos sido bem-sucedidos em efetivar as premissas de uma **democracia**: alternância de poder, eleições livres e ilibadas, voto consciente e informado, moralidade pública? Obtemos êxito em implementar os pressupostos de um **Estado de direito**: garantia das liberdades individuais, limitação da autoridade coercitiva, obliteração da violência estatal? Estamos conseguindo alcançar as metas de um **Estado social**: aprimoramento da igualdade social, erradicação da pobreza, maior redistribuição de renda, universalização dos serviços públicos?

Se uma determinada constituição imprime tantas promessas modificativas da realidade a ponto de ser considerada insustentável ou irrealizável, o natural é que nela se perca a confiança, e que ela seja ineludivelmente lançada ao caminho da desilusão. Com efeito, temos fracassado em muitos dos propósitos declarados naquele compromisso fundamental de um marco fundante de uma sociedade livre, justa e solidária.

Não podemos assegurar que as premissas democráticas foram efetivadas com sucesso entre nós. Não é incomum que ouçamos reiteradas denúncias de eleições fraudulentas, “caixa dois”, uso espúrio de influência econômica no processo eleitoral etc. Na Administração Pública, nos espaços parlamentares, nas polícias e no Judiciário, os escândalos de corrupção sequer parecem capazes de nos surpreender, tamanha tem sido a naturalização da propina e da privatização do patrimônio público enquanto fenômenos de índole e repercussão sistêmica. Em casos extremos, mandatários são cassados; rotineiramente, contentamo-nos com assistir passivamente à vertiginosa e contundente perda de representatividade das instituições políticas. As recentes investigações e os julgamentos dos crimes políticos têm avocado para si atenção popular e midiática como possíveis redutores desse quadro; porém, como efeito colateral acabam por ameaçar gravemente pressupostos do Estado de direito que pareciam há muito guarnecidos.

Nossa história política há muitos séculos amarga uma tradição lamentavelmente autoritária, seja no período colonial, seja no império, seja na república. Nem de longe podemos reivindicar a posse de uma cultura política liberal. Muito pelo contrário, vivemos alternando entre momentos de repressão mais ou menos ostensivos, entre governos ditatoriais e populistas. Acreditava-se que a Constituição Cidadã viria oportunamente interromper esse malfadado destino. Mas o fez de um modo apenas **aparente**, ou no máximo parcial. Para as camadas mais marginalizadas da sociedade – para os excluídos, que são **a maioria** –, o Estado continuou funcionando seletivamente como um Leviatã, simplesmente como um aparelho repressor de corpos e mentes, como uma máquina de disseminar violência institucionalizada e de adestrar índoles refratárias, à revelia dos mais elementares princípios que o liberalismo professa.

Para essa mesma parcela social excluída do Estado de direito, aliás, foi recusado o Estado social. A Constituinte claramente elegeu como projeto de nação a redistribuição equânime de suas riquezas, mas optou por fazê-lo de forma democrática, ao repudiar as vias radicais de

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

exceção. Pelo contrário, o projeto democratizante naquele momento inaugurado suplantou um longo período de excepcionalidade na medida em que veio sustentar-se em um núcleo de direitos fundamentais imodificáveis, verdadeiras cláusulas pétreas tidas como o cerne do governo democrático constitucional. A tônica do projeto constituinte era o aperfeiçoamento das instituições democráticas, no que seguia à risca a lição traçada pelos Federalistas norte-americanos: “remédios republicanos para males republicanos”.<sup>13</sup>

Desde então, esforços políticos, legislativos, administrativos e judiciais, por mais contundentes que tenham sido, no sentido de conferir efetividade às normas constitucionais que garantem o *mínimo existencial* a todos os cidadãos brasileiros, não têm desafiado decisivamente nossa atávica concentração de renda e lucros, e o patrimonialismo que predomina em várias instituições republicanas. Diante do que parece ser um retumbante fracasso em três dimensões essenciais da vida constitucional – a democracia, o Estado de direito e o Estado social –, ainda nos sobra alguma esperança de um futuro de remissão? Resta-nos algo mais que uma pungente e inevitável desilusão? Certamente os desfechos aqui anunciados dependerão dos caminhos que seguiremos doravante. O que intuímos é que algumas escolhas diferentes precisam ser tomadas. Em contrapartida, sabemos que nossa estrutura constitucional precisa ser mantida; nela confiamos, e se a obedecermos fielmente, nossos desígnios de prosperidade decerto estarão mais próximos de tornar-se reais.

---

<sup>13</sup> Referência ao título dado por Fernando Papaterra Limongi ao seu instrutivo capítulo dedicado aos escritos federalistas. In: WEFFORT, Francisco (org.). *Os clássicos da política*. Vol 1. São Paulo: Ática, 2006. (pp. 243-287).

## e) A profundidade da Constituição balzaquiana

Se os trinta anos são o “auge poético” da vida das mulheres, pode ser que representem o mesmo para as constituições. Aos trinta anos, atinge-se um **ponto de equilíbrio**, um grau de maturação que congrega experiência e juventude, em que se sobressaem as melhores qualidades, ao passo que os defeitos mais constrangedores com o tempo já se podem ter arrefecido. Aos trinta anos, cabe-nos reconhecer na Constituição alguma **sabedoria**. Ela já pôde resistir às mais renitentes provações, pois, se se não manteve intacta, ao menos conservou sua espinha dorsal, que são os direitos fundamentais e os princípios estruturais que regem o funcionamento das instituições democráticas. Sofreu abalos, porém não os teve senão na superfície: seu coração permanece vigorante, repleto de força vital e oportunidades para a serendipidade.

Temos uma Carta Constitucional que é síntese das mais entusiásticas conquistas da história política e jurídica do Ocidente, unindo, em um só corpo coeso, passado, presente e futuro. Que registra as tradições das antigas cartas políticas (*e. g.*, das liberais norte-americana e francesa), mesclando-as com as inovações das mais modernas (*e. g.*, com a social-democrata e garantista lei fundamental alemã). Nossa Constituição balzaquiana é, portanto, simultaneamente um apanhado histórico e um projeto aberto para o futuro; ao tempo em que concentra experiências, gera também sonhos, grandes expectativas e horizontes democráticos. Faça-nos que só poderia ser conquistada por uma obra constitucional que alcançou tal grau de maturação, equilíbrio e “profundidade da alma”; que perpassa, altiva e jubilosa, por seu “auge poético”.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A despeito dos flancos de contradição e desilusão abertos nesses trinta anos de vigência da Constituição balzaquiana, gostaria de encerrar estas reflexões comemorativas em um tom consolador. Mais de uma vez

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

indaguei acerca daquelas frações da tessitura constitucional que, não obstante os mais intrépidos esforços a perdurarem por três décadas, ainda são vislumbradas no máximo como folha de papel, como um encadeamento de palavras que só têm alguma realidade em um mundo jurídico textual. Há um grupo de normas sobre as quais recai a suspeita de não imprimirem a força normativa necessária para ajustar a realidade nacional às suas prescrições. De outro lado, há normas cuja densidade normativa é mais evidente, tendo sido mais imediata e incontestável – estas, porém, não à toa costumam causar menor fascínio aos estudiosos.

Na contenda já abordada entre as concepções de Lassalle e Hesse, uma destas sobressai como vitoriosa. O próprio desenvolvimento da história constitucional tardia deu a Hesse razão, de sorte que a força normativa – observados os limites do factível – tem prevalecido sobre uma inerte e pusilânime visão realística da constituição. A trajetória de nossa Constituição balzaquiana justamente confirma isso. O simples fato de existir um texto constitucional, aliado ao não menos significativo fato de haver um tribunal encarregado de examinar a compatibilidade das leis e dos atos jurídicos com a constituição, abre um campo *a priori* ilimitado para as potencialidades semânticas do juízo constitucional. Para que os direitos fundamentais e os princípios do Estado democrático de direito, enfim, infiltrem-se e irradiem-se por todo o ordenamento jurídico, vindo seus significados práticos a ser disputados politicamente a todo tempo, por intermédio dos instrumentos e da linguagem jurídica. Eis o triunfo do constitucionalismo; eis a – ainda que relativa – comprovação objetiva da força normativa da constituição.

## 2 O ATIVISMO JUDICIAL NO TRINTENÁRIO DA CONSTITUIÇÃO

---

Passados trinta anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, a pergunta que move este ensaio é se o Supremo Tribunal Federal tem sido nesse ínterim, como de fato propagado pela mídia e por setores da comunidade jurídica, um tribunal ativista. Um protagonista do ativismo judicial, pois. Ou se teriam, pelo contrário, os momentos de autocontenção eclipsado os rompantes de ativismo. Caso concluamos em favor da hipótese do ativismo judicial, perguntamos, residualmente, se este tem sido predominantemente orientado numa direção progressista ou conservadora com relação a visões ideológicas sobre o texto constitucional, especialmente sobre a abrangência dos direitos fundamentais.

É preciso ter em conta que o conceito de ativismo judicial vem sofrendo desgastes em suas potencialidades semânticas e analíticas à medida que se vem disseminando acriticamente no debate público. De maneira que, mesmo para os acadêmicos estudiosos do fenômeno, não há muita precisão ao determiná-lo, sendo corriqueiro depararmos com uma variedade de conceitos até contrastantes e contraditórios entre si. O uso que se deu a esse termo pelo vulgo é tão impreciso e rarefeito que dificilmente, a partir desse critério semiótico sociolinguístico, o conceito teria algum valor **de fato** para avaliar decisivamente a atuação de um tribunal e distingui-la de outras posturas concebíveis. Em última análise, assoma a dificuldade de diferenciar adequadamente ativismo judicial e judicialização da política – fenômenos que podem ser coincidentes ou mesmo complementares, mas que se distinguem estruturalmente.

A primeira tarefa que se impõe a uma investigação deste tipo reside na eliminação da dificuldade conceitual, isto é, na delimitação do

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

alcance semântico do conceito, por meio da escolha do uso específico que se lhe conferirá. Para os fins deste trabalho, interessa-nos entender o ativismo judicial num contexto em que o Supremo foi proclamado solenemente o **guardião da Constituição**. Tendo o tribunal recebido esse honroso mister do poder constituinte originário, indagamos se o Pretório Excelso tem-se valido de intervenções ativistas para consolidar as normas constitucionais. Ou, ao invés, se tem aplicado as mesmas estratégias ativistas para esmorecer o significado da Constituição. Ou ainda – como terceira via – se a corte prefere evadir aos desafios de resguardar a ordem constitucional, ao lançar mão de subterfúgios omissivos típicos de uma conduta de deferência aos órgãos políticos do governo, a qual caracteriza a autocontenção judicial.

A ideia normativa de ativismo judicial, que orientará nossas reflexões, enfoca o grau em que as decisões do tribunal, no decurso desses trinta anos de vigência de nossa Constituição balzaquiana, resultaram na **maximização ou minimização da força normativa do texto constitucional**. Pressupõe saber o quanto extraíram dele: se um conjunto determinante de princípios e regras; saber em que medida tornaram vigorantes ou tornaram inócuos um certo direito fundamental; saber a frequência com que invalidaram uma lei ou determinaram uma política pública com base em um entendimento emanado diretamente do texto constitucional.

Enfim, é missão nossa, mais adiante, refinar a noção de em que consiste “maximizar ou minimizar a força normativa da Constituição”. E o faremos, além de chamando ao auxílio uma robusta discussão teórica, através de uma breve análise de casos julgados pelo Supremo. Para chegar até ali, traçaremos um caminho de construção de um arsenal analítico-conceitual indispensável, que incluirá: (a) a origem histórica da expressão “ativismo judicial”; (b) as causas político-sociais do ativismo judicial; (c) conceitos e critérios para o ativismo judicial; (d) críticas ao ativismo judicial; (e) o modelo construtivista de decisão judicial; e (f) considerações acerca do Supremo como guardião da Constituição. Após

(g), oportunidade em que haverá breve análise de casos, a questão central colocada será debatida: **o STF é um tribunal ativista? Em caso afirmativo, nesses trinta anos, tem sido ativista para maximizar ou minimizar as potencialidades do texto constitucional?**

#### **a) Origem histórica da expressão “ativismo judicial”**

Para o empreendimento de desvendar o significado de um conceito, é revelador deslocar-se até suas origens históricas. O termo “ativismo judicial” remonta aos Estados Unidos do século passado, quando, em janeiro de 1947, Arthur Schlesinger publicou um perfil pioneiro a respeito dos juízes da Suprema Corte em uma revista popular. Naquela oportunidade, os *justices* Black, Douglas, Murphy e Rutledge foram qualificados de **ativistas**. A justificativa: ao considerar que direito e política eram mundos indissociáveis, serviam-se de sua judicatura a fim de avançar na promoção do bem-estar social e na inoculação de suas visões sobre bem comum. A expressão só veio a se popularizar massivamente, no entanto, para qualificar a atuação da corte presidida por Earl Warren (1954-1969) – esta notabilizada por ter desenvolvido uma jurisprudência progressista em matérias de direitos fundamentais.<sup>14</sup>

Daí que se tenha falado em ativismo judicial, em suas raízes, como uma **reação conservadora** frente ao que insinuava ser uma vanguarda progressista da jurisdição constitucional. O termo indubitavelmente se revestiu de conotação negativa, quase insulto a um magistrado ou tribunal; remetia ao “exercício impróprio do poder judicial”, à ultrapassagem, pelo Judiciário, das fronteiras entre as esferas judicial e legislativa, sob a forma de decisões que contrariavam o “pleno significado da Constituição” em vistas à promoção das preferências pessoais dos juízes. Embora, naquela época, se ignorasse –

---

<sup>14</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. [p. 246]

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

propositadamente ou não – que condutas ativistas em si nada têm de inerentemente progressistas ou conservadoras.<sup>15</sup> Fato que enseja, por si só, a insuficiência da dicotomia conceitual entre ativistas e passivistas (estes procuram prezar pela maior deferência judicial ao respeitar a margem de conformação do legislador). Que, com muito mais razão, solapa a identificação do ativismo com a interpretação ideologicamente progressista dos dispositivos constitucionais. Esta não eflui ineludivelmente daquele. Desde então, chamou-se atenção para a desconfiança e a ambiguidade de que se tem contagiado o conceito sob exame. Exploraremos esse ponto em (c).

### **b) Causas político-sociais do ativismo judicial**

Cabe inquirirmos em que conjunturas sociais e políticas o ativismo judicial tornara-se apto a florescer, uma vez que é fenômeno relativamente recente na historiografia dos Estados modernos, e mais ainda na história política brasileira. Os estudiosos são unânimes em atribuir a uma severa e vertiginosa crise de representatividade política seu estopim de deflagração. Observa-se no marco de um grave divórcio entre os interesses da sociedade civil e da classe política, em que esta mostra-se ineficaz para atender às demandas daquela, culminando em uma retração do Poder Legislativo e em um conseguinte alargamento do Poder Judiciário. Temos, então, como causa (i) o descrédito da legislatura oriundo de uma mais profunda crise de representatividade.

Havendo descrédito dos legisladores – da política *stricto sensu* –, surge tão logo uma desconfiança quanto à idoneidade e à lisura dos procedimentos políticos, que precisa ser contemporizada com as reivindicações populares por ética. Desponta como causa (ii) a crescente demanda social por controle ético na política, a ser exercido pelo

---

<sup>15</sup> *Ibid.* [p. 246].

Judiciário. Na esteira da desconfiança na política, brota também um (iii) vácuo de poder que reclama frequentes pronunciamentos judiciais quanto a questões políticas não resolvidas por um Legislativo omissivo.

Mas nenhuma dessas condições seria suficiente se não houvesse uma atitude, uma **inclinação volitiva** dos juizes no sentido de assumir uma postura ativista. Temos como causa (iv) o voluntarismo dos membros da magistratura em interferir nas questões políticas. Essa condição subjetiva, entretanto, só é possibilitada por uma condição objetiva, estrutural, que podemos chamar de (v) **condição democrática**: para que haja magistrados ativistas, é imprescindível que os princípios basilares do Estado democrático de direito, sobretudo a separação de poderes e os direitos fundamentais das minorias (princípio contramajoritário), estejam sendo observados, fato que franqueia aos juizes maior margem de independência frente às forças políticas hegemônicas.

A condição democrática se faz presente também na raiz de um fenômeno semelhante, com muita frequência associado, e mesmo confundido com o ativismo: a judicialização da política.<sup>16</sup> Mas ao contrário desta, descrita como fenômeno estrutural, que depende de causas e ambientes propícios, e não de opções, o ativismo judicial é uma **atitude**, uma “escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”.<sup>17</sup> Não basta, pois, que as decisões sejam carregadas dos fóruns políticos para os fóruns judiciais – o que inevitavelmente ocorrerá em democracias que adotam a *judicial*

---

<sup>16</sup> Com o fenômeno da judicialização introduz-se um fator de complexidade nas estruturas constitucionais decisórias: áreas de competência anteriormente reservadas aos legisladores recaem sobre a esfera de atuação dos juizes: “Quando falamos da expansão global do poder judicial, referimo-nos à inserção dos procedimentos judiciais de decisão e afins (*judicial decision-making and courtlike procedures*) nas arenas políticas de onde eles previamente estavam ausentes”. VALLINDER, Torbjörn. “When the Courts go marching in”. In: TATE, C. Neal; \_\_\_\_\_. *The global expansion of judicial power*. New York University Press, 1997, p. 13. (Tradução nossa).

<sup>17</sup> BARROSO, *Op. Cit.* [p. 247].

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

*review* (judicialização da política), mas que os juízes reajam diante delas de modo proativo, interferindo decisivamente no conteúdo político da Constituição, maximizando ou minimizando o alcance de seus dispositivos (ativismo judicial). Podemos dizer, portanto, que (vi) a judicialização da política é uma condição que facilita e em certo sentido permite o ativismo judicial.

### c) Conceito e critérios para o ativismo judicial

Partindo do consenso de que o conceito de ativismo judicial está sujeito a irrefragáveis controvérsias, é-nos recomendável construir uma definição que seja adequada para os modestos limites deste ensaio, e que seja, ao menos provisoriamente, colocada fora de suspeita. Com suporte na literatura acadêmica de que nos socorremos, podemos compilar três critérios determinantes e caracterizantes de uma postura ativista; ausente pelo menos um deles, não parece razoável reconhecer uma situação como tipicamente ativista. É importante ressaltar que apenas o critério (iii) torna necessariamente uma decisão **problematicamente ativista**, isto é, ativista em um sentido negativo:

(i) O ativismo judicial pressupõe o uso do poder jurisdicional para contestar e reverter decisões dos demais poderes do Estado, anulando atos normativos (do Executivo ou do Legislativo) cuja constitucionalidade é *prima facie* defensável. Segundo esse critério, mede-se o grau de ativismo pela frequência com que um juiz ou tribunal invalida as ações dos Poderes políticos, ou seja, “retira a decisão das mãos dos eleitores”. Em princípio, trata-se de conduta reprovável, pois, em uma democracia representativa, a constitucionalidade dos atos do legislador deve ser presumida (princípio do *in dubio pro legislatore*),

cenário em que a soberania do povo estará devidamente resguardada pelo respeito ao vínculo representativo.<sup>18</sup>

(ii) O ativismo judicial pressupõe a “criação de um novo direito” a pretexto de interpretá-lo. Cortes ativistas tendem a desprezar os limites de sua própria atuação, demarcados pelo princípio da separação dos poderes, de sorte a procurar suprir omissões ostensivas ou aparentes dos demais Poderes. Frequentemente atuam positivamente na promoção de políticas públicas ou na regulamentação do jogo democrático fora das hipóteses taxativamente assinaladas em lei. Dentre todos os critérios, é o mais problemático e de difícil averiguação, uma vez que o limiar entre a criação e a interpretação do direito sempre foi extremamente nebuloso para a teoria jurídica, terreno ainda quase que completamente desconhecido. Sabe-se, porém, que a distância entre uma e outra pode ser bem menor do que aparenta.<sup>19</sup>

(iii) O ativismo judicial pressupõe a desconsideração dos princípios da coerência do direito e da segurança jurídica. Uma decisão é essencialmente ativista quando não se enquadra na orientação jurisprudencial consolidada, nem pode ser justificada com coerência dentro da tradição firmada, seja enquanto continuidade, seja enquanto ruptura ancorada em argumentos de justiça plausíveis. Isso porque não aplicar o precedente é o mesmo que não aplicar o direito preexistente e, por conseguinte, criar um direito inédito, à maneira da hipótese (ii), e julgar conforme a própria conveniência e subjetividade, sob a égide da aleatoriedade da escolha com base nas eventuais contingências. Pondera Marcelo Casseb Continentino: “o ‘casuismo jurídico’ é o inimigo número um da noção de coerência ou integridade no direito e, ao mesmo tempo, o elemento revelador do ativismo judicial. Decisões distintas proferidas por um mesmo tribunal ou juiz em situações semelhantes

---

<sup>18</sup> CASSEB CONTINENTINO, Marcelo. “Ativismo judicial: proposta para uma discussão conceitual”. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 49, n. 193, janeiro/março 2012. [p. 143]

<sup>19</sup> *Ibid.* [p. 143].

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

deixam transparecer um forte potencial de ativismo, além de subjetivismo e de irracionalidade judicial”.<sup>20</sup>

Expostas as premissas para a detecção de um comportamento ativista – registrado o peso negativo inevitavelmente atribuído ao critério (iii) –, já podemos, tomando de empréstimo a formulação de Luís Roberto Barroso, determinar o que há de comum em toda decisão que recebe tal predicado. Quaisquer sejam as circunstâncias, uma decisão ativista tende a “extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados)”.<sup>21</sup> Decisão diametralmente oposta seria a autocontida (passivista), em que há deliberada redução de interferência nas ações dos outros Poderes.

Concluimos que a essência do ativismo judicial em sede constitucional, então, identifica-se com a **frequência em que se induz força normativa nos dispositivos indeterminados da Constituição, seja para maximizar, seja para minimizar seu alcance**. A interpretação resultante tanto pode ser dada em termos de consequências politicamente progressistas quanto conservadoras. Tanto pode restringir quanto aumentar o âmbito de abrangência da normatividade constitucional. No fundo, um ativista se comporta como se todas as respostas às questões juridicamente formuladas estivessem contidas *a limine* no *corpus* constitucional, cabendo-lhe um papel oracular com relação a eventuais soluções.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> *Ibid.* [p. 144].

<sup>21</sup> BARROSO, *Op. Cit.* [p. 247].

<sup>22</sup> Compilemos também as dimensões semânticas do conceito de ativismo judicial, isto é, situações em que o mesmo é usualmente empregado na literatura jurídico-política, indicando tipos específicos de condutas. Refere-se frequentemente a: ativismo contramajoritário, quando tribunais são relutantes em aceitar as decisões dos poderes democraticamente eleitos; ativismo não-originalista, quando a intenção do legislador é alijada da interpretação judicial; ativismo de precedentes, quando o magistrado tergiversa para os precedentes consolidados; ativismo jurisdicional, quando a corte

#### d) Críticas ao ativismo judicial

Havíamos anotado a carga negativa que acompanha o conceito de ativismo judicial desde sua invocação inicial até os dias de hoje. Ela alude à extrapolação das funções inerentes à jurisdição rumo a uma invasão das atividades reservadas à legislatura e à administração do Estado. Não é de se espantar que o fenômeno tenha atraído tantas críticas, as quais podemos agrupar em três categorias principais: (i) político-ideológicas, (ii) quanto à limitação do debate e (iii) quanto à capacidade institucional.

(i) Críticas político-ideológicas: remetem ao tema da dificuldade contramajoritária, tal como problematizado no debate constitucionalista norte-americano. Por este ângulo, questiona-se a **legitimidade democrática** dos tribunais para intervir em assuntos políticos, considerando que os juízes não são agentes públicos eleitos pela vontade popular, mas que, ao invalidar atos legislativos e do governo, afetam-na diretamente.

(ii) Críticas quanto à limitação do debate: conseqüências da categoria anterior, inserem-se também na vertente das preocupações democráticas quanto às conseqüências do ativismo judicial. Alertam para o risco de haver excessivo confinamento do debate aos fóruns dominados pela linguagem técnico-jurídica, com conseqüente alijamento das maiorias que não dominam esse discurso especializado, o que significaria, na prática, um déficit de discussão democrática. As conseqüências do ativismo para a sociedade e para os tribunais podem relacionar-se como exato contrário: se podem despolitizar a sociedade, ao provocar a apatia das forças sociais, que cada vez mais

---

resiste em aceitar limites formais de competência relativos à sua atuação; ativismo criativo, quando a decisão resulta na “criação” de novos direitos e teorias na doutrina constitucional; ativismo remediador, quando o Judiciário impõe obrigações aos outros Poderes; e ativismo *partisan*, quando a decisão é tomada no interesse de algum partido político ou grupo social. É bastante provável que um caso de ativismo configurará alguma(s) dessas hipóteses.

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

dependerão do protagonismo dos juízes, podem, ao reverso, causar excessiva politização do Judiciário – efeito inadequado, tendo em vista que é desejável que o espaço judicial seja presidido pela razão em lugar das paixões.

(iii) Críticas quanto à capacidade institucional: decisões judiciais podem gerar, devido à imprevisibilidade de suas consequências, “efeitos sistêmicos indesejados” pelo motivo de que não raro podem versar sobre matérias que envolvam aspectos técnicos e científicos de enorme complexidade, sobre os quais os juízes não detêm conhecimento específico nem habilidade de previsão e resolução. Questiona-se, então, se deixar a solução a cargo do Judiciário é a opção mais socialmente benéfica em larga escala.

### e) O modelo construtivista de decisão judicial

Como pode um juiz ou tribunal, desse modo, evitar de incorrer nos deletérios riscos que rondam as iniciativas ativistas? Há algum padrão hermenêutico empregado nas decisões assim qualificadas? O eminente constitucionalista estadunidense Cass Sunstein<sup>23</sup> observou que sentenças ativistas seguem modelos construtivistas. Juízes construtivistas costumam ser ambiciosos, seduzidos por pretensões doutrinárias: pretendem reconhecer novos direitos ou conferir aos direitos existentes novos significados, a partir de princípios positivados ou não no texto constitucional. Valem-se, para isso, da interpretação de profundas teorias morais ou políticas subjacentes. São também referidos como “perfeccionistas”, pois procuram fazer da Constituição “o melhor que ela pode ser”.

Sentenças construtivistas afloram sobretudo em casos difíceis (*hard cases*), cuja solução hermenêutica demandaria a elaboração de juízos interpretativos sofisticados com apoio em argumentos de princípio

---

<sup>23</sup> Conferir, por todos: SUNSTEIN, Cass. *Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005.

que envolveriam considerações sobre justiça, moralidade pública, bem comum, dignidade, igualdade, liberdade, função social e demais cláusulas semanticamente flutuantes. O procedimento da *leitura moral* preconizado por Ronald Dworkin é o típico exemplo desta espécie. Pela via da leitura moral, o juiz é estimulado a agir como um filósofo, a construir complexas teorias gerais para a solução de casos futuros visando à coerência quer com a história jurisprudencial do tribunal a que pertence, quer com as exigências presentes de equidade.<sup>24</sup>

O juiz construtivista concebe o texto constitucional de modo inflacionado, como se tudo já estivesse antevisto pela Constituição, e coubesse ao legislador a exígua responsabilidade de concretizar tarefas pré-definidas por valores e princípios positivados ou não, cujo conteúdo será necessariamente construído ao longo do empreendimento hermenêutico. A visão que um perfeccionista tem é despolitizada: de um mundo da política substituído pelo império do direito – especialmente pela Constituição. E, sendo os tribunais as instituições competentes para “dar a última palavra” sobre o significado concreto dos dispositivos constitucionais, a visão perfeccionista eleva a judicatura a um intangível “olimpico da vida pública”.

Não é incomum que juízes perfeccionistas sejam considerados imprudentes ou pouco democráticos, por não hesitarem em intervir em temas que dividem acirradamente opiniões na sociedade; e muitas vezes podem ser pouco reverentes à linha de precedentes seguida por sua respectiva corte. Assumem, portanto, uma posição polêmica em contraste com o papel tradicional da jurisdição. Sua atitude destoa do pluralismo imanente às modernas sociedades democráticas, nas quais é salutar a atuação criativa dos atores políticos, a mobilização da sociedade civil, o confronto de opiniões e pontos de vista numa esfera pública diversificada e caleidoscópica. O que marca a democracia é o pluralismo,

---

<sup>24</sup> Conferir, por todos: DWORKIN, Ronald. *A leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad.: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

a diversidade; é justamente a miríade de possibilidades que se abrem e se apresentam que permite que a experiência democrática constantemente se aperfeiçoe a si mesma. Uma visão excessivamente axiológica, segundo a qual para tudo existe um mandado ou uma proibição constitucional a ser “desvendada” pelos juízes, acarreta um risco democrático e pode funcionar como uma terrível armadilha para o constitucionalismo.

### **f) Considerações acerca do Supremo como guardião da Constituição**

Com o complexo sistema de controle de constitucionalidade inaugurado pela Carta Política de 1988, o Supremo Tribunal Federal sobreveio nomeadamente como o guardião da Constituição (art. 102, *caput*). Não que às outras instituições do Estado ou à sociedade civil não caiba a defesa dos valores constitucionais; pelo contrário, o ideal é vivermos em uma “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”,<sup>25</sup> onde todos a vivenciamos de forma cotidiana e inclusiva. Semelhante elocução significa, precipuamente, que o Supremo foi contemplado com a prerrogativa de decidir em última instância – seja concentrada, seja difusamente – acerca da compatibilidade de uma lei ou ato normativo com o texto constitucional. O que autorizou alguns a dizerem – não imunes à controvérsia – que o Supremo que emergiu da Constituição de 88 trata-se de verdadeira corte constitucional.

O STF foi colocado no vértice mais elevado de um sistema misto que concilia de forma mais ou menos bem-sucedida os modelos norte-americano e europeu (austríaco) de controle de constitucionalidade. Em suas competências prevalecem as matérias constitucionais, apreciadas ora em controle difuso, por meio do

---

<sup>25</sup> Ver: HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

juízo de caso concreto em única ou última instância em sede de recurso extraordinário (art. 102, III); ora em controle abstrato, monopolizado por meio do exame em tese de leis ou atos normativos em sede de ações constitucionais típicas (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, arguição por descumprimento de preceito fundamental – art. 102, I, “a” c/c art. 102, § 1º c/c art. 103, § 2º).

Desde a redemocratização, acentuadamente desde há pelo menos uma década, anuncia-se pelos meios de comunicação e pela imprensa jurídica um protagonismo descomunal por parte do STF; ou o que parece fenômeno inusitado na história de um país cujos anais mal davam notícia da existência daquele “‘ilustre desconhecido’ terceiro Poder”. Essa sigla passou a povoar as mais comzeinhas conversas entre as pessoas comuns. O que há por trás desse chamamento do STF aos holofotes da dramaturgia pública? Prontamente a judicialização da política e o ativismo judicial soergueram-se como hipóteses (por vezes com força dogmática) explicativas dessa tendência. Não há contestações significativas, senão marginais, de que ocorra concretamente judicialização da política brasileira.<sup>26</sup> Quanto a constatar se nossos ministros são ativistas ou não, o assunto parece – como fizemos notar – um tanto mais obscuro.

É certo que a atual conjuntura brasileira parece abrigar as condições positivas para que tenham irrompido posições ativistas: premissas relativas ao desprestígio da classe política, em geral (seção *b*: causas *i*, *ii* e *iii*), à aproximada realização da chamada condição democrática (causa *v*), e a um bastante provável grau de judicialização da política (causa *vi*). Esse quadro é acentuado pelo extenso rol de entidades legitimadas para propor as ações do controle concentrado de

---

<sup>26</sup> Ver: POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação? Política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora: 2011.

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

constitucionalidade diretamente ao STF (art. 103 e incisos); e, principalmente, pelo amplo leque de direitos fundamentais e princípios impressos em uma Constituição analítica, a qual de algum modo dispõe sobre praticamente todos os assuntos que apeteçam ao mundo jurídico. Entre os dispositivos constitucionais que requerem proteção, estão as cláusulas pétreas. O STF é provocado a todo tempo, pelo amplo público de legitimados do art. 103, a dizer se algum ato do legislador ou do administrador colide com o extenso, quase inexaurível temário constitucional. É convidado a buscar respostas na Constituição, recebendo dessa incumbência um poder de primeira grandeza para as decisões mais fundamentais do Estado.

Donde não se conclui, todavia, que o Supremo como colegiado, ou que seus ministros em particular, sejam necessariamente ativistas. Para formular tal juízo, é impreterível que cada decisão seja individualmente avaliada, levando-se em conta principalmente a condição subjetiva (seção *b*: *iv* – o voluntarismo, a intenção de agir proativamente) e os pressupostos colacionados na seção *c*, relativos às três notas distintivas de uma decisão ativista. Somente a partir daí poderíamos tratar de uma tendência geral do tribunal no sentido de ser mais ativista ou mais autocontido. E, sendo ativista, investigaríamos se majoritariamente estampa matizes progressistas ou conservadores em seus julgamentos; e se os resultados do plenário maximizam ou minimizam o alcance do conteúdo jusfundamental que envolve certo caso difícil.

Tarefa desse porte demandaria um fôlego hercúleo, anos a fio de interminável pesquisa e um espaço que não ambicionamos consumir nem ocupar. Por ora, vamos deslocar nossa interrogação inicial, perguntando se o STF foi de fato ativista nos casos, **e apenas naqueles casos**, que sumariamente estudaremos à guisa de material de investigação. Escapou-nos um método rigorosamente criterioso de seleção dos casos julgados; em vez disso, optamos por tratar de alguns daqueles acusados, pela literatura jurídica e pelo imaginário coletivo e

mediático, de servir como modelos paradigmáticos de performance ativista da Justiça brasileira.

### **g) Breve análise de casos julgados pelo STF**

(i) **Efeitos jurídicos do mandado de injunção.** O STF reverteu o entendimento até então consolidado, derivado da tese fixada no MI 107-3 QO/DF (Rel. Min. Moreira Alves), de que a ação de mandado de injunção tem seu objeto limitado à declaração da mora legislativa, sem que o direito seja efetivado no caso concreto (tese não concretista). Aos servidores públicos havia sido negado o direito ao exercício de greve enquanto não fosse editada lei (MI 20-4/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 15/05/1994). A adoção da tese concretista genérica, segundo a qual todas as categorias de servidores públicos (não somente as impetrantes, portanto) teriam legítimo direito à greve (efeito *erga omnes*) mesmo na ausência da edição de lei constitucionalmente reclamada, deu-se quando julgados o MI 670-9/ES (Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007), o MI 708-0/DF (Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/110/2007) e o MI 712-8/PA (Rel. Min. Eros Grau, j. 25/10/2007). A decisão foi problematicamente ativista, pois patentemente contraditória com a história da tramitação da matéria na corte, sem que justificativa coerente e íntegra para a oscilação de entendimento (ônus de justificação) tenha sido oferecida. A linha evolutiva do assunto naquele tribunal apontava justamente para caminho diverso: anteriormente, no MI 695-4 (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 01/03/2007) os ministros haviam reconhecido que o direito do impetrante cingia-se à notificação de mora legislativa; e, no MI 721-7/DF (Rel. Min. Marco Aurélio, j. 30/08/2007), que os efeitos da decisão se limitavam ao caso concreto (efeito *inter partes*). Nada além de um questionável ativismo, portanto, parece explicar tão brusca reviravolta jurisprudencial. E um ativismo que se inclinou a **maximizar** os efeitos da previsão constitucional da garantia do mandado de injunção.

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

(ii) **Uso de algemas.** O plenário do STF, ao julgar o HC 91.952 (Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07/08/2008), restringiu o uso de algemas, considerando abusivas situações em que “o preso se oferece às providências policiais sem qualquer reação que coloque em risco a sua segurança, a de terceiros e a ordem pública”. Nestas, a aplicação de força ou constrangimento é vista como procedimento vexatório de infâmia social, abuso de poder despiciendo, que não se coaduna com a proporcionalidade dos meios e com a necessidade dos fins de assegurar a ordem pública. É forçoso reconhecer essa interpretação ao considerar os princípios do Estado democrático de direito (art. 1º, *caput*), da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), além das garantias de que ninguém será submetido a tratamento degradante (art. 5º, III), e de proteção do direito à imagem, à intimidade e à honra das pessoas (art. 5º, X). Há, portanto, ativismo do Supremo no sentido de **maximizar** o alcance de direitos albergados no texto constitucional.

(iii) **Nepotismo em órgãos públicos.** Divulgada como uma grande conquista cidadã, a decisão na ADC 12 pôs fim à prática do nepotismo na Administração Pública. A ADC pediu o reconhecimento da legitimidade da Resolução n. 7/2005 do CNJ, que impedia o emprego de cônjuges, companheiros e parentes não concursados de magistrados nos tribunais. Em arroubo ativista, o Supremo edita a Súmula Vinculante n. 13, que estende a norma aos Poderes Legislativo e Executivo. Embora o conteúdo da decisão possa ser elogiável da perspectiva meritocrática e do ponto de vista da igualdade política, seu procedimento de confecção foi problemático segundo os esquemas do Estado de direito. Trata-se de circunstância em que o STF criou diretamente regra a partir de um princípio abstrato da Constituição (de uma conjugação dos princípios da moralidade e da impessoalidade), sem qualquer mediação legislativa, extrapolando sua função ao criar nova regra de direito, específica e minudente, claramente ancorada em uma escolha valorativa. É decisão ativista que **maximiza** o conteúdo dos princípios da moralidade e da

impessoalidade, mas **minimiza**, em contrapartida, a estrita legalidade reclamada para o Direito Administrativo.

(iv) **Revisão da Lei de Anistia.** O STF rejeitou o pedido do Conselho Federal da OAB para declarar a incompatibilidade do art. 1º, §§ 1º e 2º da Lei de Anistia (Lei n. 6683/79) com a Constituição de 1988 (ADPF 153, STF, Plenário, Rel. Min. Eros Grau, j. 29/04/2009). Em decisão em que a corte se recusou a exercer postura ativista, foi corroborado o perdão dado aos representantes do Estado acusados de praticar atos de tortura durante o regime militar (anistia estendida aos crimes políticos e conexos, cometidos no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979), ajustado em acordo político no momento de transição do regime militar para a democracia. O Supremo confirmou a interpretação de que a anistia abrange tanto os crimes cometidos pelos opositores ao regime quanto os cometidos pelos funcionários do Estado. Este caso é paradigmático de uma postura autocontida (passivista), pela qual o Supremo evadiu de seu dever de aplicar a Constituição democrática, deixando o princípio do Estado de direito **minimizado** em sua totalidade.

(v) **União homoafetiva.** No julgamento conjunto da ADI 4277 e da ADPF 132 (STF, Plenário, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011), o STF aplicou ao art. 1723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para excluir do dispositivo “qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família”. Constituir família, entidade basilar da sociedade e destinatária de especial proteção do Estado (art. 226 da Constituição), é igual direito para casais heteroafetivos e homoafetivos. Com apoio em uma interpretação combinada dos princípios da igualdade como diferença e da liberdade individual, elaborou-se uma sofisticada construção constitucional que reconheceu *status familiae* aos homoafetivos, proscrevendo discriminação das pessoas em razão do sexo e da orientação sexual (interpretação estendida do inc. III do art. 3º e do inc. I do art. 5º da Constituição), em homenagem

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

ao direito fundamental do indivíduo à autonomia da vontade, à intimidade de sua vida privada, o qual inclui a liberdade de dispor da própria sexualidade; e em homenagem aos valores da diversidade e do pluralismo sociocultural que caracterizam o constitucionalismo fraternal. A decisão é ativista no sentido de que inaugura um direito que vinha sendo negado por inércia do Poder Legislativo. É perfeitamente coerente, contudo, com a tradição que vinha sendo perfilhada pelo tribunal ao interpretar o ditame da igualdade no sentido da igualização da condição de vida dos desiguais. É decisão, portanto, que **maximiza** o conteúdo da Constituição, ao ampliar o rol de titulares do direito à composição da entidade familiar.

(vi) **Cotas raciais em universidades públicas.** O Plenário do STF julgou, na ADPF 186 (Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 26/04/2012), que as ações afirmativas são deveres extraídos dos princípios constitucionais, que justificariam a constitucionalidade da política de cotas raciais da Universidade de Brasília. Julgado improcedente, portanto, o pedido formulado pelo Partido Democratas (DEM) apontando a ilicitude do sistema de reserva de 20% das vagas da UnB no processo de seleção de estudantes com base em critério étnico-racial. As cotas foram consideradas política necessária, proporcional e adequada à realização do aspecto material do princípio constitucional da igualdade (art. 5º, *caput*), já amplamente difundido pela Constituição e reconhecido de forma incontestada pelo STF. Nessa óptica, o Estado deve considerar as diferenças existentes por motivos naturais, culturais, econômicos, sociais ou mesmo acidentais, ao lançar mão de políticas públicas que atinjam grupos sociais determinados, por meio da atribuição de certas vantagens que suplantem desigualdades geradas por situações históricas particulares. A intervenção estatal é reclamada pela justiça distributiva, que realoca bens e oportunidades e fomenta a inclusão social de grupos excluídos. A decisão guarda coerência com a linha evolutiva já promanada pela corte no que concerne às ações afirmativas e ao combate ao racismo. O conceito jurídico de racismo já

havia sido discutido nos autos do HC/QO n. 82.424-RS, sendo afastada a concepção biológica e sedimentada a histórico-cultural. A decisão pode ser considerada ativismo sob o prisma de que **maximiza** o conteúdo do princípio da igualdade a fim de nele abrigar valores sociais diversificados. Aumenta, conseqüentemente, a abrangência do direito à educação, reconhecendo-o concretamente em prol de uma geração de negros e pardos atingidos por histórica e enraizada discriminação.

(vi) **Demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol.** Ao julgar a PET 3388 (STF, Plenário, Rel. Min. Ayres Britto, j. 19/03/2009), a corte ratificou a portaria e o decreto presidencial que homologaram a demarcação contínua da reserva. A polêmica se deu pela imposição de uma série de condições (as dezenove salvaguardas) para a execução da decisão, a ser supervisionada pelo Supremo com auxílio do TRF da 1ª Região. Segundo contundente manifestação contrária da Procuradoria-Geral da República, não caberia ao STF traçar parâmetros abstratos de conduta, os quais sequer foram objeto de discussão do processo, portanto alheios ao contraditório. Os próprios ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa, vozes dissidentes, declararam que a listagem era atípica e extrapolava o objeto da causa. Essa decisão está maculada do mais indisfarçável ativismo, pois que o Judiciário usurpa as funções administrativas, visto que cabe somente ao Poder Executivo da União estabelecer pormenores do ato executivo demarcatório, atividade criativa vedada à jurisdição. E muitas das chamadas salvaguardas atuaram no sentido de **minimizar** o alcance do direito à terra dos povos tradicionais, que era plenamente assegurado na portaria e no decreto originariamente examinados.

(viii) **Execução da pena após condenação em segunda instância (princípio da presunção de inocência).** Por decisão da maioria, o Plenário do STF entendeu que o art. 238 do Código de Processo Penal (*Verbis*: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

temporária ou prisão preventiva”) não obsta o início da execução da pena após condenação em segunda instância, após indeferir os pedidos liminares nas ADCs 43 e 44 (STF, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 05/10/2016), propostas pelo Partido Nacional Ecológico e pelo Conselho Federal da OAB. Na ação declaratória de constitucionalidade, os autores argumentavam que o aresto do tribunal no HC 126292 vinha gerando grande controvérsia jurisprudencial acerca do princípio constitucional da presunção de inocência, na medida em que firmava a possibilidade de execução provisória da pena; e, mesmo sem ter força vinculante, o julgado vinha sendo seguido por uma enormidade de tribunais e juízos de todo o país. Dos casos de ativismo judicial da mais alta corte nacional, este é o mais escandaloso do ponto de vista da técnica hermenêutica, pois deliberadamente contrário ao próprio texto constitucional. O art. 5º, LVII, da Constituição é explícito ao determinar que a presunção de inocência prevalece até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória – isto é, até que sejam exauridas todas as vias recursais. Aliás, ministros dissidentes alertaram para a ignomínia jurisprudencial que se estava a realizar: o relator, Min. Marco Aurélio, a Min. Rosa Weber, o Min. Ricardo Lewandowski, e o decano, Min. Celso de Mello. A maioria dos magistrados, porém, deu primazia às razões de política criminal e a estratégias de persecução penal em detrimento da garantia dos direitos fundamentais, traindo assim a missão outorgada ao guardião da Constituição. Denuncia-se aqui um ativismo explícito e danoso, explicitamente incompatível com o próprio texto constituição, que **minimiza** o conteúdo do princípio da presunção de inocência.

## CONCLUSÕES

É momento de retomar a questão inicialmente proposta. A partir da redemocratização, sobretudo desde há cerca de uma década, o Supremo Tribunal Federal – outrora um “ilustre desconhecido” terceiro Poder – ganhou amplo destaque midiático, que transcendeu mesmo os

limites da imprensa jurídica especializada. De modo que o tribunal ocupa atualmente os holofotes da dramaturgia pública. E esse protagonismo descomunal é frequentemente tributado ao ativismo judicial. Indagamos, pois, se de fato, decorridos os trinta anos de promulgação da Constituição Federal de 1988, o STF faz jus à reputação de corte ativista.

Antes de mais nada, tivemos de conferir precisão conceitual ao vocábulo que então evocamos. Dadas as disputas semânticas em torno dele, fixamos que, para os efeitos deste ensaio, uma decisão ativista é simplesmente aquela que resulta na **maximização ou minimização da força normativa do texto constitucional**. Em termos mais específicos, uma postura ativista identifica-se com a **frequência em que se induz força normativa nos dispositivos indeterminados da Constituição, seja para maximizar, seja para minimizar seu alcance**.

Decisões ativistas ora invalidam atos dos demais Poderes do Estado, ora ocupam seus vácuos, ao criar um novo direito ou impor uma política pública. São necessariamente problemáticas, porém, quando incoerentes e injustificáveis perante a linha jurisprudencial seguida pelo tribunal. Tanto podem aumentar quanto diminuir o âmbito de abrangência de normatividade constitucional; e tanto podem ser ideologicamente progressistas quanto conservadoras. Um juiz ativista, na verdade, é aquele que emprega um método construtivista ou perfeccionista, na proporção em que compreende o texto constitucional como um oráculo para quaisquer questões morais, éticas, políticas e pragmáticas que venham a ser publicamente escrutinadas.

Investigar categoricamente um eventual viés ativista do Supremo pressuporia uma detida análise empírica de um sem-número de casos julgados, a fim de demonstrar tendências hegemônicas, registrar critérios e oferecer possíveis prognósticos. Limitamo-nos, contudo, a refletir sobre um material de análise específico, contendo oito julgados que podem ser reconhecidos como paradigmas na discussão pública sobre ativismo. (É importante registrar que passamos ao largo do critério subjetivo, dispensando a análise dos votos e das intenções volitivas dos

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

juízes, e concentrando-nos nos resultados hermenêuticos). Em sete deles, pudemos detectar ativismo no sentido da interferência do tribunal na força normativa da Constituição. (Apenas no julgamento da Lei de Anistia o Supremo estampou uma postura autocontida).

Quanto ao binômio maximização/minimização das potencialidades de eficácia do texto constitucional, percebemos que falta um critério rígido ou uma tendência coerente na tomada de decisões. Enquanto em sentenças como no caso do mandado de injunção ou das algemas há uma inclinação para aumentar a abrangência do direito fundamental alegado, no já citado julgamento da Lei de Anistia há deliberada (por omissão) debilitação dos princípios constitucionais do Estado democrático de direito. Casos como do nepotismo funcionam de forma ambígua, pois que maximizam alguns princípios na proporção em que minimizam outros. Mesmo na temática dos direitos das minorias, o Supremo não mantém uma linha uniforme. Em julgamentos pioneiros e exemplarmente progressistas, reconheceu importantes direitos para populações negras e homossexuais, porém, em contrapartida, perdeu a oportunidade de avançar no reconhecimento dos direitos dos indígenas às terras originárias e, num dos maiores escândalos jurisprudenciais de sua história, o tribunal prestou um desserviço aos direitos individuais ao assassinar o princípio constitucional da presunção de inocência.

Quanto ao critério da coerência, que está relacionado umbilicalmente à adequada fundamentação racional e à segurança jurídica, concluímos que a maioria dos casos analisados exibem um **ativismo problemático**, mesmo quando reconhecem positivamente direitos. O julgamento do mandado de injunção significou uma ruptura abrupta na linha de precedentes que até então vinha sendo construída. No julgamento do nepotismo, há criação de nova regra, ato de competência privativa do Poder Legislativo; enquanto no julgamento da reserva de terras indígenas Raposa Serra do Sol há criação de nova regra que competia apenas ao Poder Executivo – ou seja, há invasão de competência dos outros órgãos republicanos. No julgamento da

presunção de inocência, há decisão contrária à literalidade do próprio texto constitucional. Já o julgamento da Lei de Anistia é incoerente justamente pela recusa à postura ativista, que culminou em uma retração das capacidades do próprio tribunal de salvaguardar a democracia. Notáveis exceções, que mostram coerência com o direito vigente, são os julgamentos das algemas, da união homoafetiva e das cotas raciais, que mostram que o Supremo **parcialmente** tende a ser generoso no reconhecimento de alguns direitos civis.

Sobressai, portanto, a ausência de critérios coesos e consistentes do Supremo Tribunal Federal na expressão e construção de um ativismo judicial. Nessa ausência, um ativismo tende a ser fatalmente problemático, indesejável, deletério para um Estado democrático de direito. Percebemos que o agir proativo é muito circunstancial, aleatório, por vezes norteados pelo sentimento das ruas, pela expectativa da imprensa e da opinião pública, pela consequência política e social de uma decisão. Esse seguramente não é o papel que se espera seja desempenhado pela jurisdição. Esperamos que no caminho trilhado pela nossa Suprema Corte aconteça qualquer reviravolta que anuncie a construção, com coerência e solidez, de um ativismo que realmente traga o espírito de nossa Constituição balzaquiana à sua máxima potência emancipatória e cidadã.



### 3 A INCONSTITUCIONALIDADE DO CRIME DE DESACATO SOB A PERSPECTIVA DA SOBERANIA POPULAR

---

Em setembro de 2016, os veículos midiáticos noticiaram que a Ministra Cármen Lúcia, recém-empossada no cargo de presidente do STF, havia pedido licença para “quebrar o protocolo” em seu discurso de posse: a magistrada endereçara seus cumprimentos, antes de tudo, não às autoridades ali presentes, mas àquela a quem aludiu como a autoridade suprema da democracia: “ao **cidadão brasileiro**, princípio e fim do Estado, senhor do poder da sociedade democrática, autoridade suprema sobre todos nós, servidores públicos, em função do qual há de labutar cada um dos ocupantes dos cargos estatais”.<sup>27</sup> Sua retórica sinalizou uma compreensão que há pelo menos um século vem conquistando a adesão quase unânime dos Estados modernos: a ideia de que todo o poder político emana do povo.

Viver numa democracia impõe adequar-se a certos padrões. Colher dela não apenas as vantagens de fruir das liberdades públicas, como também os desafios (e mesmo os inconvenientes) de evitar a todo custo um modelo de ordem pública que possa descambar para o autoritarismo. É certo que a vida em sociedade requer um grau satisfatório de deferência às normas jurídicas e às instituições por elas criadas e reguladas. Certo, outrossim, que essas mesmas instituições não estão autorizadas – nos termos dos princípios de um Estado democrático de direito – a extrapolar um nível moderado ou razoável de imposição da força a fim de compelir ao cumprimento de suas decisões e ordens.

---

<sup>27</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. “Fala da posse na presidência do STF”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DiscursoPosseMCL.pdf>>. Acesso em 01 de fev. de 2018.

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

Inspirada por sua missão político-institucional (e constitucional) de vigiar os excessos de coerção e as ameaças, mesmo que cotidianas e sutis, ao regime democrático, a Ordem dos Advogados do Brasil mais uma vez atendeu à conclamação para defender a cidadania. O Conselho Federal da OAB ajuizou ADPF com a finalidade de questionar a constitucionalidade do tipo penal de desacato, inscrito no art. 331 do Código Penal. Pede-se que o referido injusto penal, decretado em um período ditatorial e impregnado de arbitrariedades, seja posto afora do âmbito de recepção da Constituição Cidadã de 1988, democrática por excelência. Os argumentos são fartos: evocam desde princípios constitucionais positivados (liberdade de expressão, legalidade, republicanismo, igualdade e Estado democrático de direito) até princípios definidos em normas de direito internacional (como o direito humano à liberdade de expressão na crítica à atividade estatal).

Proponho explorar um dos pontos aventados na peça processual redigida pela OAB, o qual me parece o mais relevante e definitivo para o reconhecimento da inconstitucionalidade em questão: o princípio estruturante da soberania do povo (art. 1º, parágrafo único da CF). Com base na leitura juridicamente adequada e moralmente responsável desse princípio, é forçoso atestar que **a tipificação penal do desacato é inerentemente inconstitucional em um regime democrático, além de desnecessária e desproporcional**. O roteiro de meu argumento principiará com a (a) posição da OAB no que tange ao atual estado legislativo e jurisprudencial do crime de desacato no Brasil; prosseguirá com uma (b) discussão teórica da ideia regulativa de soberania do povo; até desaguar, à guisa de considerações finais, em (c) apontamentos sobre o papel dos agentes públicos no Estado democrático de direito, a partir dos quais será possível julgar, finalmente, o quanto de absurdo há na referida tipificação penal.

## a) OAB contesta o tipo penal de desacato

O primeiro passo para contestar a adequação constitucional do tipo penal incriminador de desacato fora dado pelo Superior Tribunal de Justiça, quando sua Quinta Turma assentou, em dezembro de 2016, a contrariedade dessa norma às convenções internacionais de direitos humanos. Para o relator do caso, Ministro Ribeiro Dantas, “a criminalização do desacato está na contramão do humanismo porque ressalta a preponderância do Estado – personificado em seus agentes – sobre o indivíduo”.<sup>28</sup> A hierarquia entre agentes públicos e particulares, portanto, está em flagrante descompasso com a ordem democrática inaugurada em 1988 – a qual alberga, em caráter supralegal ou de emenda constitucional, normas internacionais de direitos humanos das quais o Brasil venha a ser signatário. Considerou-se que a penalização do desacato, na prática, equivale a um cerceamento da liberdade de expressão em uma de suas dimensões mais relevantes, ao contribuir para silenciar ideias e opiniões que questionem e critiquem o *modus operandi* e o *status quo* da atividade pública.

A mesma Corte que havia avançado sobremaneira, todavia, cedeu ao retrocesso. A Terceira Seção (órgão colegiado encarregado de uniformizar o entendimento do STJ em matérias de direito penal, que inclui, além da Quinta, também a Sexta Turma) definiu que a conduta de desacato continua a ser criminalizada. Segundo o Ministro Antonio Saldanha Palheiro, autor do voto vencedor<sup>29</sup> no julgamento do HC 379.269/MS, tal tipificação não obstrui a liberdade de expressão, pois não impede manifestações feitas pelo cidadão com “civilidade e

---

<sup>28</sup> MARANHÃO, Fabiana. “STJ decide que desacato a autoridade não é mais crime”. Notícias UOL. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2016/12/15/stj-decide-que-desacato-a-autoridade-nao-e-mais-crime.htm>>. Acesso em 19 de dez. de 2017.

<sup>29</sup> Votaram também nesse sentido, compondo a maioria, os ministros Felix Fischer, Maria Thereza de Assis Moura, Jorge Mussi, Rogerio Schietti e Nefi Cordeiro.

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

educação”, ao mesmo tempo em que resguarda o agente público de possíveis “ofensas sem limites”.<sup>30</sup> Mais recentemente (março de 2018), a 2ª Turma do STF, ao julgar HC, prolatou decisão que infelizmente ratifica a mesma tendência.<sup>31</sup>

A OAB, inconformada com a involução verificada, propôs ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF 496/DF, distribuída ao Ministro Luís Roberto Barroso) perante o STF, requerendo o reconhecimento com efeitos *erga omnes* da não-recepção do art. 331 do Código Penal (*in verbis*: “Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela: Pena – detenção, de seis meses a dois anos, ou multa”), devido a sua incompatibilidade com os preceitos previstos pela Constituição Federal vigente. A ação foi motivada sobretudo pela intimidação que esse tipo penal inflige à advocacia, que fica estrangida em sua atuação contra ilegalidades perpetradas por agentes públicos. “A advocacia acaba muitas vezes sendo tolhida do direito de atuar plenamente na defesa de seus constituintes sob a ameaça de ter sua atuação considerada criminosa injustamente”, esclareceu o presidente da Entidade, Claudio Lamachia.<sup>32</sup> Recente episódio paradigmático foi a abusiva, vexatória e truculenta prisão do advogado Sávio Delano,

---

<sup>30</sup> MUNIZ, Mariana. “Desacato continua a ser crime, diz STJ”. In: Jota. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/desacato-continua-a-ser-crime-diz-stj-29052017>>. Acesso em 19 de dez. de 2017.

<sup>31</sup> O Relator do pedido de HC, Ministro Gilmar Mendes, considera que a tutela penal ao desacato visa a assegurar o normal funcionamento do Estado, ao proteger o prestígio da função pública. Não haveria afronta ao art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, pois a liberdade de expressão não teria caráter absoluto. Foi seguido pelos Ministros Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski. Ausente o Decano Celso de Mello, o Ministro Edson Fachin foi o único a divergir. Conferir. “Palavra punida: Em pedido de HC, 2ª Turma do STF diz que crime de desacato é constitucional”. In: *ConJur*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-14/turma-stf-crime-desacato-constitucional>>. Acesso em: 20 de mar. De 2018.

<sup>32</sup> CONSELHO FEDERAL DA OAB. “OAB ingressa no STF para extinguir a eficácia do crime de desacato”. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/55804/oab-ingressa-no-stf-para-extinguir-a-eficacia-do-crime-de-desacato>>. Acesso em 19 de dez. de 2017.

efetuada pela Polícia Militar do Estado de Pernambuco em Caruaru, por alegado crime de desacato por parte de profissional em pleno exercício da atividade profissional da advocacia.<sup>33</sup>

Afinal, a instituição que porta natureza contramajoritária, encarregada de defender os cidadãos ante o arbítrio do Estado-Leviatã, não pode ver-se acoçada pela admoestação espúria de um tipo penal. Ao representar seu cliente face às autoridades, a advogada ou o advogado necessita de plena liberdade de expressão, inadmissível qualquer censura ou represália institucionalizada. Até porque a criminalização do desacato pode ser vista, indiretamente, como um prolongamento de uma espécie de “criminalização da advocacia”. Considerando que, em parte significativa dos casos, o *múnus público* da advocacia confunde-se justamente com o questionamento das autoridades públicas, é válido dizer que estamos aí adentrando o âmbito da liberdade de exercício profissional. De outra óptica, o cidadão vê-se impedido de fiscalizar e escrutinar, por si mesmo, o desenvolvimento da atividade pública pelo servidor.

A petição promovida pela OAB concentrou-se em três frentes: *i*) o argumento da liberdade de expressão, *ii*) o argumento da legalidade e *iii*) o argumento republicano ou do Estado democrático de direito, relacionado umbilicalmente ao princípio da igualdade.

*i*) A norma do art. 331 do CP confronta a liberdade de expressão antevista no art. 5º, IX c/c art. 220, § 2º da CF, garantia contrária a qualquer censura de natureza política, ideológica ou artística; bem como o art. 13 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, que tutela

---

<sup>33</sup> *Ibidem*: “OAB Nacional requer providência ao governo de Pernambuco por prisão arbitrária de advogado”. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/56488/oab-nacional-requer-providencias-ao-governo-de-pernambuco-por-prisao-arbitraria-de-advogado>>. Acesso em 10 de jul. de 2018. Ao realizar prisão de advogado por crime de menor potencial ofensivo e sem a presença de representante da OAB, as autoridades policiais violaram as prerrogativas do art. 7º, inc. IV e § 3º do Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei 8.906/94).

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

a liberdade de pensamento e de expressão.<sup>34</sup> E deve-se considerar que o STF tem uma longa e notável tradição jurisprudencial em favor da liberdade de expressão.<sup>35</sup> Consta da petição da OAB o argumento de que deve haver uma maior “tolerância” às manifestações emitidas por indivíduos no exercício do controle democrático das condutas dos agentes públicos: “O temor de sanções penais necessariamente desencoraja os cidadãos de expressar suas opiniões sobre problemas de interesse público, em especial quando a legislação não distingue entre os fatos e os juízos de valor”.<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> “1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha. 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões. 4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2. 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência”. In: Convenção Americana sobre Direitos Humanos (assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969).

<sup>35</sup> O STF reconheceu a inconstitucionalidade de diversas normas jurídicas com arrimo na liberdade de expressão, como, por exemplo: (i) ADPF 130, que firmou a não-recepção da Lei de Imprensa (Lei n. 5250/67) pela Constituição de 1988; (ii) ADPF 187, em que se atribuiu ao art. 287 do Código Penal interpretação conforme à Constituição, não impedindo manifestações públicas em defesa da legalização das drogas; e (iii) ADI 4815, que declarou inexigível a autorização prévia para a publicação de biografias.

<sup>36</sup> CONSELHO FEDERAL DA OAB. “ADPF 496”. In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5300439>>. Acesso em 11 de jan. de 2018.

ii) Problema correlato refere-se ao princípio da legalidade, corporificado no direito penal primordialmente no princípio da taxatividade da lei penal. O verbo nuclear da ação típica – “desacatar” – é por demais semântica e juridicamente aberto e indefinido, fato gerador de dificuldades hermenêuticas para os julgadores e, por conseguinte, pretextos para arbitrariedades e desmandos por parte de agentes públicos inescrupulosos. Então o crime de desacato não raro apenas camufla a “imposição abusiva do poder punitivo estatal”. Os cidadãos restam, assim, completamente despidos da segurança jurídica imprescindível para um Estado democrático de direito saudável.

iii) Finalmente, a norma sob exame viola os pressupostos do Estado democrático de direito que apontam na direção do princípio republicano (art. 1º, *caput*, e seu parágrafo único). Na República Federativa do Brasil, “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. O republicanismo distingue-se de seu antípoda, a monarquia, na medida em que prescreve o autogoverno como fundamento inatacável do poder político: na república, o povo obedece somente às leis que estatui para si mesmo, sendo ao mesmo tempo soberano e súdito, autor e destinatário. Essa é a condição de legitimidade (e de possibilidade) de um Estado democrático. É inconcebível que um Estado seja democrático se sua autoridade não derivar, em última instância, ainda que de uma forma mediata (e mediada), da soberania popular.

Entre as várias emanções do princípio republicano, encontra-se a exigência de que as autoridades públicas se submetam, dentro das regras e dos princípios esboçados pelo direito, à autoridade última e irredutível dos cidadãos. Expressão dessa circunstância é a submissão das instituições e de seus respectivos servidores ao controle e à fiscalização do conjunto dos titulares do poder político: a sociedade. Em vista disso se assegura a **igualdade política** de todos os cidadãos perante a lei, em seu sentido **formal** (art. 5º, *caput*, da CF), donde são vedados

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

privilégios ancorados em posições sociais, inclusive em posições que distinguem agentes públicos de privados. Não há distinção possível entre funcionários públicos e cidadãos particulares para fins de exercício dos direitos, sendo as distinções entre eles **tão somente funcionais**, mas nunca de hierarquia ou de privilégios – categorias de todo abolidas pelos regimes democráticos.

A aplicação de uma norma como o crime de desacato debilita a responsabilidade das autoridades públicas de prestar contas e dar informações em benefício dos cidadãos, e enfraquece a prerrogativa destes de fiscalizar e exercer controle sobre as atividades do Estado. A respeito da distinção hierárquica subjacente a esse tipo penal, a OAB manifesta em sua petição:

Essa distinção inverte diretamente o princípio fundamental de um sistema democrático, que faz com que o governo seja objeto de controles, entre eles, o escrutínio da cidadania, para prevenir ou controlar o abuso de seu poder coativo. Considerando-se que os funcionários públicos que atuam em caráter oficial são, para todos os efeitos, o governo, então é precisamente um direito dos indivíduos e da cidadania criticar e perscrutar as ações e atitudes desses funcionários no que diz respeito à função pública.<sup>37</sup>

Gostaria de enfatizar este aspecto do pedido da OAB: o fundamento da soberania popular. Parece-me, em verdade, que a liberdade de expressão no que concerne ao escrutínio e à crítica dos atos públicos é uma derivação direta do princípio republicano, isto é, do princípio de que toda a autoridade do Estado advém inexorável e exclusivamente do povo soberano. Deter-me-ei neste ponto.

---

<sup>37</sup> *Ibid.*

## b) Uma perspectiva derivada da soberania popular

O que significa declarar que, no Estado democrático, o **povo** é **soberano**? Estamos diante de uma afirmação um tanto vaga, até esotérica. A primeira dificuldade para compreendê-la advém do fato de o vocábulo “povo” ser plurívoco, ambíguo e de abrangência descritiva pouco determinada, a ponto de ter sido invocado como a grande *teodiceia* do Estado moderno<sup>38</sup> – em outras palavras, como sua narrativa fundante. Em muitas ocasiões, pois, como mero fator de legitimação moral e política. Uma análise semiótica da palavra “povo” mostra-se de grande valia para a ulterior determinação do que possa vir a significar o “místico” princípio da soberania popular. Afinal, a que povo nos referimos, e em que sentido falamos em povo? Paulo Bonavides distingue entre três conceitos segundo sua natureza e função analítica e retórica: *i*) conceito sociológico, *ii*) conceito político e *iii*) conceito jurídico.

*i*) Na primeira acepção, povo equivale a nação, compreendido como a “continuidade do elemento humano, projetado historicamente no decurso de várias gerações e dotado de valores e aspirações comuns”.<sup>39</sup> É um conceito historicista e culturalista carregado de forte componente substantivo étnico, linguístico, tradicional e religioso, pelo qual um povo compreende-se a si mesmo como herdeiro de um passado comum, dos mesmos mitos heroicos e das mesmas tragédias, bem como depositário de um futuro compartilhado pelo *medium* da cultura.

*ii*) Povo aparece mais tardiamente como sujeito político na transição do absolutismo monárquico para o Estado liberal, constitucional e representativo; da condição de objeto para a condição de protagonista (mesmo que em sentido alegórico e figurado). “A história que vai do sufrágio restrito ao sufrágio universal é a própria história da

---

<sup>38</sup> CHRISTENSEN, Ralf. “Introdução”. In: MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Trad.: Peter Naumann. Rev. de trad.: Paulo Bonavides. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. [p. 27].

<sup>39</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 19 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. [p. 83].

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

implantação do princípio democrático e do conceito de povo”.<sup>40</sup> Esse conceito entrevê óbvio conteúdo ideológico, com auxílio do qual as burguesias liberais implantaram o sistema representativo,<sup>41</sup> legitimado pela participação dos governados, o mais das vezes reduzidos à condição de eleitorado.

iii) Numa acepção mais modesta, povo é simplesmente uma construção jurídica: “conjunto de pessoas vinculadas de forma institucional e estável a um determinado ordenamento jurídico”,<sup>42</sup> ou seja, o conjunto de cidadãos, ou de população – no sentido das três grandezas constituintes da Teoria Geral do Estado. Esse conceito tem em sua virtude sua própria fraqueza: o liame dos indivíduos ao Estado é o próprio vínculo de cidadania, a correlação com uma ordem jurídica particular. Aqui, há a vantagem de aliviar uma sociedade do fardo intangível da homogeneidade cultural e de uma romanesca entrega afetiva incondicional. Em contrapartida, parece-nos que o vínculo de lealdade e compromisso moral dos indivíduos para com seu próprio povo pode ficar prejudicado por outras lealdades parciais ou simplesmente pela falta de motivação afetiva para a lealdade.

---

<sup>40</sup> *Ibid.* [p. 79].

<sup>41</sup> Historicamente, é possível demarcar o momento em que a noção de “povo” atualizou-se: foi o ressurgimento da ideia democrática na era moderna, inicialmente pelas mãos dos norte-americanos e, ato contínuo, pelos revolucionários franceses. Os contornos da democracia direta pré-moderna, que remonta à antiguidade clássica, cederam lugar, com a ascensão da classe burguesa e da doutrina liberal (período, por óbvio, não isento de revoluções político-sociais), à democracia representativa. Ao elaborar a Constituição para a Virgínia, em 1776, seu patrono Thomas Jefferson a promulgou sob a “autoridade do povo”. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1793 foi promulgada em nome do “povo francês”, por influência de Robespierre e seus discípulos jacobinos, em projeto apresentado nos seguintes termos à Convenção Nacional: “O povo é soberano: o governo é sua obra e sua propriedade, os funcionários públicos seus empregados. O povo pode, a seu talante, mudar o governo e destituir seus mandatários”. Conferir: COMPARATO, Fábio Konder. “Prefácio à 1ª edição: Friedrich Müller: o autor e sua obra”. In: MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Trad.: Peter Naumann. Rev. de trad.: Paulo Bonavides. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pp. 7-22. [p. 15].

<sup>42</sup> BONAVIDES. *Op. Cit.* [p. 81].

Poderíamos aduzir uma quarta acepção de “povo” a partir da leitura de instigante ensaio de Friedrich Müller. Chamemos esse conceito, que integra uma vertente mais crítica, de *iv*) conceito operacional: em vez de natural, artificial; em vez de prover uma descrição empírica de uma realidade preexistente da vida social, fornece uma ideia valorativa e normativa, repleta de intenções e objetivos políticos. Nessa chave de leitura, povo se reduz a uma instância de atribuição de legitimidade, ligado diretamente à ideia de objeto de dominação: “o povo humano continua servindo para o fim de prover legitimidade até pelo fato de ser ele dominado”.<sup>43</sup> Semelhante esquema conceitual ambiciona “encontrar um sujeito para a atribuição de certas prerrogativas e responsabilidades coletivas”, que seja um bloco a funcionar como um lugar-comum de retórica e justificativa para qualquer ação do Estado,<sup>44</sup> e a cuja evocação corresponda uma camuflagem da diferença entre retórica ideológica e democracia de fato – uma “rachadura interna” na teoria democrática.<sup>45</sup>

Abordar o conceito de “povo” sob essa perspectiva indubitavelmente cética e negativa pode parecer *prima facie* plausível e atraente, como se a elocução “todo (o) poder radica no povo” fosse vazia e completamente prenhe de materialidade. Mas essa elocução engendra, com efeito, consequências materiais, palpáveis e tangíveis. Retomarei esse ponto mais adiante. Por enquanto, é suficiente admitir e deixar registrada a polissemia do conceito sob exame, a qual impacta, naturalmente, na considerável dificuldade interpretativa do conceito de “soberania popular”, ao qual agora me dedicarei.

A doutrina da soberania do Estado veio consolidar-se simultaneamente à centralização dos Estados absolutistas modernos.

---

<sup>43</sup> MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Trad.: Peter Naumann. Rev. de trad.: Paulo Bonavides. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. [p. 95].

<sup>44</sup> CHRISTENSEN. *Op. Cit.* [p. 28].

<sup>45</sup> COMPARATO. *Op. Cit.* [p. 11].

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

Para prevalecer sobre a pluralidade de subsistemas jurídicos então em vigor, foi necessária a determinação da autoridade suprema no interior do território, a ser monopolizada pelo sujeito titular do poder supremo. Por meio de leis e éditos, a exemplo da Lei da Boa Razão, famosa obra pombalina, os monarcas absolutistas da modernidade incipiente passaram a reivindicar a detenção exclusiva do poder político e da competência legislativa. Essa fase do conceito de soberania marca a independência dos Estados frente aos outros Estados e sujeitos da ordem internacional. Uma etapa posterior de legitimação da autoridade soberana foi a conjunção da soberania do Estado com a soberania do povo, em que esta era o fundamento moral e político daquela. O Estado detém somente a delegação da soberania, cujo titular último é o povo. Tal passo à frente foi dado efetivamente, no âmbito da filosofia política moderna, por Jean-Jacques Rousseau.<sup>46</sup>

Na elaboração de Rousseau, cada indivíduo possui uma parcela do poder soberano fragmentado, e a cede em prol da comunidade política criada pelo contrato social. A soberania do todo (do Estado), logo, é a soma das frações da soberania difusa (de cada membro da comunidade em particular).<sup>47</sup> Essa equação conduz à inevitável igualdade de todos os membros. Pressuposto indeclinável do republicanismo moderno é o já trazido à tona princípio da igualdade jurídico-formal de todos os cidadãos, igualmente agraciados por frações da soberania e submetidos apenas às mesmas leis gerais e abstratas, colocadas acima de todos os demais poderes reais.<sup>48</sup>

A autonomia pública proporcionada pela soberania popular – frisemos – tem lugar quando súdito e soberano – isto é, destinatário e

---

<sup>46</sup> BONAVIDES. *Op. Cit.* [p. 137].

<sup>47</sup> *Ibid.* [p. 141].

<sup>48</sup> Veja-se a esse respeito: “A igualdade formal, jurídica, é o instrumento mediante o qual quem tem poder social, os socialmente poderosos, renuncia, na era do capitalismo, a deter diretamente o poder político-estatal e aparece como mera entidade econômica, como pura questão de fato”. CAPELLA, Juan Ramón. *Os cidadãos servos*. Trad.: Lédio Rosa de Andrade e Têmis Correia Soares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. [p. 128].

autor das leis – se confundem,<sup>49</sup> momento em que a obediência torna-se consequência lógica da expressão da vontade geral. As palavras de Rousseau a esse respeito são cristalinas:

Vê-se, por essa fórmula, que o ato de associação compreende um compromisso recíproco entre o público e os particulares, e que cada indivíduo, contratando, por assim dizer, consigo mesmo, se compromete numa dupla relação: como membro do soberano em relação aos particulares, e como membro do Estado em relação ao soberano. (...) Assim que a multidão é reunida em um corpo, não se pode ofender um de seus membros, sem atacar o corpo; ainda menos ofender o corpo, sem que os membros se ressintam. (...) Portanto, o soberano não é formado senão por particulares que o compõem, nem podendo haver interesse contrário ao deles (...).<sup>50</sup>

O fundamento de legitimidade rousseauiano do Estado é o contrato social, explicitamente declarado pelos pactuantes originários e tacitamente aceito por aqueles que permanecem dentro da comunidade. Ao aquiescer ao contrato, os cidadãos constituem-se como povo capaz de decidir seus próprios assuntos e de mudar e controlar os rumos e estruturas do Estado ao seu talento, em última instância escolhendo entre a conservação ou a alteração das instituições políticas operantes. A consequência da doutrina do republicanismo para a teoria funcional do Estado é que os magistrados e legisladores atuam como meros intérpretes da vontade popular; **os funcionários públicos são funcionários do povo**. Essa ideia reverberou no célebre Primeiro Discurso Inaugural de Lincoln: “Este país, com suas instituições, pertence ao povo que nele

---

<sup>49</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Constitucionalismo democrático e governo das razões: estudos de direito constitucional contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. [p. 47].

<sup>50</sup> ROUSSEAU *apud* MEIRA DO NASCIMENTO, Milton. “Reivindicar direitos segundo Rousseau”. In: QUIRINO, Célia Galvão; VOUGA, Claudio; BRANDÃO, Gildo (org.). *Clássicos do pensamento político*. 2 ed. Ver. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2004, pp. 121-134. [p. 125].

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

habita. Sempre que ele se cansar do governo existente, pode exercer o direito constitucional de o reformar, ou o seu direito revolucionário de o desmembrar ou derrubar”.<sup>51</sup>

Mas a dificuldade de dar vazão a um governo tão caleidoscópico e polifônico introduziu a categoria da representação em praticamente todas as democracias modernas. A forma como a democracia representativa veio ligar-se à democracia radical foi a estratégia de progressiva ampliação do sufrágio, rumo ao sufrágio universal, pelo qual o povo poderia identificar-se com o papel de **ao menos** escolher seus governantes.

Há, entre o povo e seus governantes, uma relação tautológica; não uma relação de identidade, mas somente uma *fiduciary relationship*, segundo a qual o povo confia todos seus poderes ativos aos governantes, para que estes os exerçam em nome daquele.<sup>52</sup> Essa distinção escancara o abismo entre uma democracia “pura e simples” e um regime político moderado e mediado. Mesmo em sua forma mediada – que desmente as intenções mais benévolas e audaciosas de Rousseau –, a doutrina política continua apelando para o conceito de “povo”. Como podemos entender, então, a soberania popular no inexpugnável contexto em que a maioria concreta da população é alijada do exercício do poder, sendo lembrada, quando muito, ora como objeto de uma retórica política autolegitimante, ora como alvo inerte da propaganda eleitoral? Em outras palavras: ainda é útil falar em povo?

Uma consequência necessária da perspectiva cética supramencionada (o conceito operacional) é o risco de perder de vista os efeitos materiais de uma proclamação do tipo “o povo é onipotente no Estado”. Pode parecer tentador, para um crítico desiludido, acusá-la de demagogia ou mero artifício discursivo de dominação. O que não

---

<sup>51</sup> *Apud* DEUTSCH, Karl. *Política e governo*. Trad.: Maria José da Costa Félix Matoso Miranda Mendes. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983. [p. 130].

<sup>52</sup> COMPARATO. *Op. Cit.* [p. 19].

podemos desconsiderar, entretanto, é que num Estado constitucional os princípios abstratamente arrolados no texto constitucional estão a todo tempo sendo contestados e reivindicados pelos cidadãos, seja quando estes pressionam os legisladores e os administradores a tomar certas decisões justificáveis por esses princípios – informalmente, através da desobediência civil, ou na esfera formal dos pleitos eleitorais –, seja quando os cidadãos ou entidades associativas provocam o Poder Judiciário a dar concretude a esses princípios. Numa enormidade de situações, portanto, agentes do Estado (administradores, legisladores, juízes e demais servidores públicos) são desafiados a dizer o que significa o princípio republicano naquele caso concreto, isto é, quando uma decisão pode ser justificada por derivar da soberania do povo. Isso posto, uma perspectiva puramente cética se dissolve por completo.

Afigura-se dramaticamente irrealista, pelo menos em termos **jurídicos**, suspeitar da irrelevância pragmática do princípio da soberania popular. O desafio das democracias contemporâneas envolve antes seu aperfeiçoamento do que sua negação. Como triunfar diante dos desafios da realização da democracia formal? Seria por meio de uma intensificação e de uma revitalização da democracia representativa? Tais interrogações certamente não comportam respostas fáceis e definitivas. Contudo, é sempre preciso arriscar palpites e apontar caminhos.

A democracia é um caminho aberto para o futuro, um projeto de aprimoramento, a própria realização da história em seu incessante processo de transformação que conduz ao aprendizado social. O aprendizado evolutivo e construtivo será verificado cotidianamente, de maneira mais ou menos satisfatória, nas práticas individuais e sociais, na interpretação jurisprudencial, na atividade legiferante e no comportamento da Administração Pública, contanto que se possibilite ao cidadão tanto ver resguardada sua autonomia privada, na forma do respeito a suas liberdades individuais, quanto promover sua autonomia

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

pública em termos de participação política ativa.<sup>53</sup> Nesse processo o povo entende-se a si mesmo como sujeito cooperante na construção de um patriotismo constitucional.<sup>54</sup>

O enfeixamento da autonomia pública e da autonomia privada revela-se, por entre outras requisições, na promoção de mecanismos participativos e representativos de fiscalização do governo e do aparelho administrativo. A autonomia pública será verificada quando a voz de cada cidadão puder expressar igual peso, sendo levada igualmente em consideração nas manifestações do interesse público. A autonomia privada será verificada quando observadas a liberdade de expressão e de dissensão política, de divergência filosófica e ideológica, que inclui a desobediência civil e as oposições pacíficas às decisões majoritárias. Sem essas garantias, qualquer regime democrático permanecerá estéril, no máximo mero arranjo de fachada. Na ausência delas, minorias e indivíduos insurgentes serão absurdamente confundidas com criminosos políticos ou inimigos do Estado.

### **c) Agentes públicos e crime de desacato à luz das premissas do Estado democrático de direito**

No quadro de um Estado democrático de direito delineado sob o império da soberania popular, não se podem compreender os agentes

---

<sup>53</sup> Conferir: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. “Art. 1º, parágrafo único”. In: CANOTILHO; J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (org.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, pp. 137-140. [p. 139].

<sup>54</sup> A expressão “patriotismo constitucional” foi celebrizada por Jürgen Habermas, e pode ser mais bem compreendida em: HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad.: George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2002. Nas palavras de Marcelo Cattoni: “A noção de patriotismo constitucional diz respeito, portanto, à própria construção, ao longo do tempo, de uma identidade constitucional plural, advinda de um processo democrático constituído internamente por princípios universalistas, cujas pretensões de validade vão além de contextos socioculturais específicos” (*Ibid.*, p. 139).

públicos<sup>55</sup> senão como representantes institucionais da vontade geral. Não propriamente são titulares, antes detentores, **por delegação**, do dever-poder<sup>56</sup> de atuar invariavelmente na perseguição do interesse público.

Os agentes públicos são uma imposição da realidade: sem eles, o Estado – que é uma pessoa jurídica, portanto desprovida de vontade, capacidades e aptidões propriamente ditas – encontra-se na contingência de não poder exprimir-se e relacionar-se com outros sujeitos de direito. Para fazê-lo, ele depende de meios ou instrumentos de ação, os órgãos públicos,<sup>57</sup> os quais, por seu turno, são preenchidos em âmbito subjetivo por agentes públicos, pessoas investidas no exercício de alguma atribuição estatal.

O cargo ou a função de que são titulares imediatos pertencem, *ipso facto*, ao Estado: “o agente, como ser humano, unicamente titulariza o cargo para servir ao órgão”. Pertencendo funções e cargos ao Estado, e sendo o agente simplesmente a pessoa humana que “infunde vida, vontade e ação a essas abstrações legais”, pelo que recebe o cargo mediante mero “empréstimo”, daí se conclui que os agentes públicos não possuam nenhum *status* especial senão funcional, o que não os autoriza a ultrapassar os limites e as possibilidades requeridas pela natureza do cargo; todo eventual excesso configura **abuso de poder**.<sup>58</sup>

---

<sup>55</sup> São agentes públicos, de acordo com as noções dominantes do Direito Administrativo, todos os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumento expressivo de sua vontade ou ação, definitiva ou esporadicamente, com ou sem vínculo funcional com o regime jurídico do servidor público, desde que considerado no específico momento do exercício da função pública. Conferir: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. [p. 244].

<sup>56</sup> Segundo formulação de Celso A. Bandeira de Mello, para quem o aspecto do dever subordina o do poder. Conferir: BANDEIRA DE MELLO. *Op. Cit.*

<sup>57</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. [p. 678].

<sup>58</sup> LOPES MEIRELLES, Hely. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. [p. 76].

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

Lançando mão da mesma perspectiva é que também se tentou justificar, durante muito tempo, o crime de desacato, oriundo de longa tradição pré-democrática e incompatível com as atuais premissas do direito público. O desacato surgiu como manifestação indisfarçavelmente despótica: com larga aplicação no direito romano, ofensas aos magistrados eram reprimidas como faltas gravíssimas, suscetíveis a deportação e pena de morte. Na era das codificações, a partir do direito francês, adquiriu caráter declaradamente social, ao ligar-se à proteção da probidade de todos os funcionários públicos enquanto peças que desempenham funções de interesse público relativas à administração. No Brasil, há previsão legal nesse sentido desde o Livro V, Título 50 das Ordenações Filipinas, passando pelo Código Criminal de 1830 e pelo Código Penal de 1890, até desembocar no atual Código Penal vigente desde 1940.<sup>59</sup>

O anacronismo com que a origem do crime está contaminada já é uma pista suficiente de sua inadequação. Não bastasse isso, há ainda as convincentes razões de estatura constitucional já expostas. Acrescentemos que, em primeiro lugar, o bem jurídico tutelado pelo tipo – qual seja, a moralidade e a probidade da Administração Pública – não é relevante o suficiente para derrogar princípios constitucionais de primeira grandeza que invocam direitos individuais, como a liberdade de expressão, a garantia do império da lei e a igualdade formal; tampouco para corromper o núcleo vital da democracia, a saber, a soberania popular. Em segundo lugar, devemos reconhecer que boa parte das confusões que ensejam esse absurdo decorrem do fato de o tipo penal em destaque ser considerado *pluriofensivo*, pois que tanto atingiria a respeitabilidade da função pública quanto a honra do funcionário em concreto.

Devemos discordar dessa formulação. Já demonstramos que, por diversas razões, os funcionários públicos não estão hierarquicamente

---

<sup>59</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Especial* 5. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. [p. 209].

acima dos cidadãos. O ato de desacatá-los como pessoas – através de desrespeito, ofensa, menosprezo ou humilhação, na forma de palavras injuriosas, gritos escandalosos, gestos obscenos ou agressão física – já é punível pelos chamados crimes contra a honra (injúria, calúnia e difamação), ou, no caso de quando se chega às vias de fato, pelos crimes contra a integridade física (lesão corporal ou eventualmente homicídio). Se a ação afrontosa se tratar de um descumprimento de ordem, decisão ou realização de ato legal que a autoridade é legítima para expedir, está-se diante do crime de resistência. Não há nenhuma razão jurídica significativa, persuasiva ou justificável para que seja mantida a eficácia de um crime que, em sua existência mesma, deixa entrever uma inaceitável concepção que sobrepõe o “Leviatã” ao cidadão-soberano.

Por razões semelhantes, o criminalista Cezar Roberto Bitencourt compartilha da desconfiança que advogamos, expressando-a em termos de notável clareza, que tomamos de empréstimo para arrematar nossa argumentação:

Por formação, sempre tivemos grandes dificuldades em aceitar os fundamentos políticos, sociológicos e jurídicos da justificativa arbitrária e prepotente, e da receptividade passiva com que a doutrina e jurisprudência têm contemplado, ao longo do tempo, a configuração das hipóteses corriqueiras do crime de desacato. Parece-nos, antes de tudo, **uma flagrante negação da cidadania a proteção falaciosa do prestígio, idoneidade e probidade da Administração Pública, atributos que deveriam ser demonstrados e justificados por seus atos e pelos resultados que oferece à coletividade, ao contrário de, numa postura arrogante e despótica, calá-la e impedi-la de exercitar a saudável crítica democrática,** exigindo o atendimento de suas sempre prometidas e nunca atendidas expectativas funcionais. (...) Os cidadãos, na nossa avaliação, não são escravos, mas pessoas livres a quem se confere o direito de defender sua liberdade, dignidade e prerrogativas que o Estado Democrático lhes assegura, opondo-se, inclusive, se necessário for, à prepotência ou inadimplência estatal. Enfim, segundo a

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

doutrina liberal, **o cidadão sempre tem o direito de opor-se a ato abusivo, arbitrário, negligente ou despótico, estando superada aquela teoria radical segundo a qual o ato da autoridade sempre tem a favor a presunção de legalidade.** Embora não cheguemos aos extremos sustentados por Locke e Rousseau, segundo os quais mais que um direito é um dever de oposição à autoridade que se coloca fora da lei, sustentamos que **certa imunidade individual, quando contraria os desmandos da autoridade pública, é um direito inalienável da cidadania,** que somente pode ser excluído nos casos e pelas formas previstas em lei. Fora desses limites, qualquer coerção em sentido contrário é uma violação à dignidade pessoal de cidadania, que torna legítima a repulsa à ofensa ou inoperância do agente público.<sup>60</sup>

Sendo os agentes públicos mandatários da vontade popular, *a fortiori* se conclui que a abrangência de sua autoridade esbarra ali mesmo onde começam os direitos fundamentais dos cidadãos administrados. As democracias constitucionais irradiam por todo o ordenamento jurídico um efeito de absoluta preponderância dos direitos fundamentais. Ou seja, via de regra um direito fundamental (*e. g.*, a igualdade formal ou a liberdade de expressão) sempre derrogará interesses pouco demarcados que não se possam reconhecer como direitos, na medida em que não encontrem qualquer amparo em uma pretensão jusfundamental, a exemplo de valores difusos como “moralidade, probidade e dignidade da Administração Pública”. À luz dos direitos fundamentais do Estado democrático de direito, o crime de desacato é inconstitucional, desnecessário e desproporcional.

---

<sup>60</sup> *Ibid.* [p. 216]. (grifo nosso).

PARTE II  
DIREITOS HUMANOS



## 4 TRÊS FACES DO AUTORITARISMO: estado policial, direito penal do inimigo e *lawfare*

---

**O Estado democrático de direito não é uma conquista definitiva.** Seus algozes estão sempre à espreita para fazer uso do autoritarismo, tão logo as bases da democracia pareçam insuficientes para dar respostas imediatas às crises em efusão. Esse cenário é evidente no Brasil, quando, a todo abalo na estabilidade política, econômica e institucional, sucede um clamor por soluções autoritárias. Não raro, ouvimos exasperadas reivindicações por intervenção militar entre os setores mais desiludidos (e conservadores) da sociedade.

Segmentos oportunistas da mídia, das instituições públicas e das lideranças políticas prontamente engrossam o coro dantesco do autoritarismo. O punitivismo é vendido como subproduto para acalantar o desejo de entretenimento das massas numa **sociedade do espetáculo**.<sup>61</sup> Com frequência, nesse caminho são esfacelados os mais elementares princípios que fundamentam uma convivência social justa, pacífica e igualitária.

O espetáculo do punitivismo reiteradamente toma a forma de um *panis et circenses* judicial. Serve-se dos meios e das formas jurídicas/judiciais para ganhar projeção e alcançar seu desfecho – algo semelhante às vetustas “expições em praça pública”. Poderíamos afirmar, então, que neste particular o discurso jurídico se imiscui com a política, e da **má política** se contamina completamente. Juízes, promotores, delegados – figuras relacionadas ao universo jurídico – forjam protagonismo na cruzada pela moralização das instituições

---

<sup>61</sup> Conferir uma discussão sobre o conceito de “sociedade do espetáculo”, cunhado por Guy Debord, em: COELHO, Cláudio Novaes Pinto. “Mídia e poder na sociedade do espetáculo”. In: Revista Cult. Disponível em: <<https://revistacult.uol.com.br/home/midia-e-poder-na-sociedade-do-espetaculo/>>. Acesso em: 27/10/2017.

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

democráticas assoladas pela corrupção, pelo patrimonialismo e pela má gestão dos recursos.

**O direito existe primordialmente como garantia do cidadão ante o poder da autoridade.** Há Constituição, leis, procedimentos judiciais, direitos e garantias fundamentais para que a autoridade do Estado, onipotente *a priori*, encontre limites e respeite interesses jusfundamentais que se repute dignos de garantir a todo indivíduo. **Em um Estado democrático de direito, o direito é limite contra o arbítrio, e não instrumento de (ab)uso do poder.**<sup>62</sup> O autoritarismo desponta justamente quando esse princípio se inverte, e o direito torna-se mera ferramenta para que as autoridades exerçam poder e influência, e imponham suas concepções morais de forma despótica, à revelia dos contornos da lei e da política republicana.

**O fenômeno do recrudescimento do autoritarismo contemporâneo emerge, nas democracias,<sup>63</sup> sob três formas distintas, porém complementares:** a consolidação do Estado Policial, o direito penal do inimigo e a técnica de *lawfare*.

**a) Noutra oportunidade,<sup>64</sup> explorei o entrelaçamento entre o discurso do direito penal do inimigo e a exacerbação do Estado**

---

<sup>62</sup> A mesma opinião também é endossada por Lenio Streck. Conferir, por todos: STRECK, Lenio. “O direito no Brasil por seus predadores”. In: Luis Nassif Online. Disponível em: < <https://jornalggn.com.br/noticia/o-direito-no-brasil-por-seus-predadores-por-lenio-luiz-streck>>. Acesso em: 27/10/2017.

<sup>63</sup> Ao ressaltar que nos restringimos a analisar Estados onde há uma democracia operante, ao mínimo segundo o critério *formal* (isto é, onde há rotatividade do poder mediante eleições), excluimos fenômenos extravagantes como as ditaduras, os regimes de exceção e as monarquias absolutistas.

<sup>64</sup> Conferir meu artigo intitulado “A natureza contramajoritária da advocacia e o recrudescimento do Estado Policial”. In: Portal Migalhas. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI261940,71043->

**Policial.** O Estado Policial é artefato muito antigo, nascido concomitantemente ao Estado-nação liberal, componente de uma das faces da estrutura ambivalente deste (conforme a metáfora do Estado-centauro, a um só passo racional e violento, difundida por Loïc Wacquant). O direito penal do inimigo é um discurso contemporâneo que, em certo sentido, serve como justificativa ou pretexto para o avanço e o agigantamento do Estado Policial.

O Estado moderno é desde sempre paradoxal. Nele convivem instituições liberais, destinadas a resguardar os direitos individuais de liberdade, igualdade e propriedade, bem como instituições repressivas, destinadas a coibir as violações à ordem jurídica pelo uso da força coercitiva. Revela-se um Estado Policial quando irrompe um desequilíbrio entre “a cabeça e o corpo do centauro”: entre a finalidade de assegurar a estabilidade social e o uso desproporcional da coerção. Ele desponta quando a violência se transmuda de exceção para regra.

Em princípio, o Estado Policial pode direcionar sua máquina repressiva contra **quaisquer** pessoas sobre as quais pesa a alegação de ameaça ou ofensa à ordem social juridicamente protegida. O direito penal do inimigo descortina um fenômeno em que os sujeitos passivos da repressão são tratados sob um *status* diferenciado – o *status* de inimigo – simplesmente porque pertencem a um grupo social declarado “inimigo público”.

A elaboração do conceito moderno de inimigo deve-se, em grande medida, à concepção de política de Carl Schmitt,<sup>65</sup> para quem os Estados-nação emergiram em torno da divisão entre “nós” e “eles”, isto é, do confronto entre o Eu (a união de nosso povo) e o Outro (o estrangeiro, o diferente de **nós: o inimigo**). A constituição do inimigo seria, pois, a essência

---

A+natureza+contramajoritaria+da+advocacia+e+o+recrudescimento+do>. Acesso em: 27/10/2017.

<sup>65</sup> SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Petrópolis: Editora Vozes, 1992.

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

do político. O penalista alemão Günther Jakobs, por seu turno, introduz o conceito de inimigo no centro gravitacional da Criminologia.

Jakobs propõe uma bifurcação/dissociação subjetiva no direito penal: para as pessoas comuns, que **eventualmente** tenham cometido um erro, opera o direito penal do cidadão, com todas as garantias e direitos inerentes à pessoa humana; para os inimigos sociais, considerados aqueles que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico, na medida em que não oferecem uma segurança cognitiva a respeito de seu próprio comportamento, intercede o direito penal do inimigo, ausentes, flexibilizadas ou atenuadas as garantias inerentes ao conceito de pessoa humana.<sup>66</sup>

**b) Tanto Estado Policial quanto direito penal do inimigo se alimentam da midiaticização da criminalidade e da transformação do processo penal em uma tática de guerra.** De acordo com instigante definição de Nilo Batista, o punitivismo consiste na “referência cultural hegemônica do discurso jornalístico”.<sup>67</sup> Daí se falar em uma **criminologia midiática**. Os meios de comunicação de massa cooperam com a escolha, delimitação e popularização da figura do inimigo social. Fomentam, com o auxílio de iniciativas publicitárias, uma sociedade do espetáculo, com a qual setores do Poder Público colaboram ou são pelo menos condescendentes.

Dentro da óptica do combate ao inimigo social, o processo penal confunde-se com a guerra: trata-se antes da eliminação de um perigo, da domesticação daquele indivíduo que não se deixa conduzir ao estado de cidadania e, por conseguinte, não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa.<sup>68</sup> Transfigura-se, então, numa notável exceção, fora

---

<sup>66</sup> JAKOBS, Günther. “Direito penal do inimigo”. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo – noções e críticas*. 2ª ed. Org. e Trad.: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007 (p. 42).

<sup>67</sup> BATISTA, Nilo. “A criminalização da advocacia”. Disponível em: <<http://www.idtl.com.br/artigos/128.pdf>>. Acessado em 12/09/2016.

<sup>68</sup> JAKOBS, *Op. Cit.*, pp. 34-36.

das regras do jogo democrático do Estado de direito. De um lado, há uma Constituição liberal vigente, sob o pressuposto da garantia de liberdades individuais básicas, e, de outro, há um conjunto de dispositivos de guerra destoante da tradição dos direitos fundamentais e com ela completamente incompatível.

E quem são os inimigos sociais na atual contextura? Uma vez que a opinião pública tenha lançado luzes sobre o problema secular da corrupção, espera-se que se produza uma era de “criminalização da política”. Com efeito, desde que trazida à tona a sistemática promiscuidade entre os poderes econômico e político, há uma presunção relativamente forte, socialmente disseminada, de que os integrantes da classe política são criminosos, até que se prove o contrário. A presunção se estende também aos advogados e às advogadas da classe política, assim como à parcela do empresariado vinculada ao Poder Público.

Há algo extremamente problemático aqui: a presunção de inocência é a regra constitucional. Optar pela presunção de culpabilidade acarreta uma grave fissura no pacto constitucional e atinge diretamente o âmago da democracia. Se o acusado já se presume culpado, o processo penal configurará apenas um meio de aniquilação, ou na melhor das hipóteses um simulacro, em que a incriminação já é um resultado predeterminado e inescrutável.

**c) Tais premissas são condensadas no conceito de *lawfare*.**

*Lawfare* é uma palavra inglesa, ainda pouco conhecida e explorada em terras brasileiras, mas que já vem chamando a atenção dos intelectuais norte-americanos há alguns anos. Provém de um trocadilho entre as palavras *law* (direito) e *warfare* (guerra): exprime a ideia de uso do direito como arma de guerra. Direito e guerra, afinal, de algum modo partilham do manuseio do poder.

Interessa-nos sobretudo a aplicação recentemente dada ao vocábulo *lawfare* como manipulação indevida dos aparelhos jurídicos do Estado para perseguição de adversários políticos e alcance de estratégias

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

políticas,<sup>69</sup> por vezes em usurpação ao processo eleitoral. Segundo a definição **semiótica**<sup>70</sup> de Susan W. Tiefenbrun, *lawfare* consiste em “uma arma projetada para destruir o inimigo pelo uso, mau uso e abuso do sistema jurídico e da mídia com o intuito de criar um clamor público contra o inimigo”.<sup>71</sup>

Entre suas características dominantes, incluem-se: utilização seletiva dos meios jurídicos, através da triagem arbitrária de alvos de perseguição; utilização de manobras jurídicas com aparência de legalidade; judicialização de questões que deveriam ser resolvidas nos fóruns políticos (judicialização da política); destruição da imagem pública e constrangimento do adversário por meio de acusações frívolas e sem materialidade; interpelação de agentes públicos que se tornam

---

<sup>69</sup> Essa apropriação foi celebrizada pelo antropólogo sul-africano John Comaroff. Conferir: “*Lawfare* representa o uso indevido dos recursos jurídicos para fins de perseguição política”. In: Portal Justificando. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/11/17/lawfare-representa-o-uso-indevido-dos-recursos-juridicos-para-fins-de-perseguciao-politica/>>. Acesso em: 27/10/2017. O conceito foi muito bem lapidado por TIEFENBRUN, Susan. “Semiotic Definition of Lawfare”, 43 Case W. Res. J. Int'l L. 29, 60 (2010) – tradução nossa. Inicialmente, quando concebido por John Carlson e Neville Yeomans, *lawfare* encontrava emprego nas discussões sobre política externa, direito internacional e, particularmente, direito militar. Era considerada uma tática de paz, em que a guerra dava lugar à disputa por leis, a um “duelo de palavras em vez de espadas”. Sua popularização, contudo, só ocorreu com a publicação de ensaio de autoria de Charles Dunlap, Coronel da Força Aérea dos EUA, em 2001. Na oportunidade, Dunlap definiu *lawfare* como uma alternativa aos meios militares tradicionais, isto é, “o uso do direito e dos procedimentos jurídicos como uma arma na guerra (*warfare*) moderna, seja para alcançar um objetivo militar, seja para negar um objetivo ao inimigo” (TIEFENBRUN, *Op. Cit.*, p. 51). Nessa perspectiva, *lawfare* é “a orquestração de violações das leis da guerra, que são empregadas como um meio não-convencional de confrontar um poder militar superior; (...) tende a ser usado como uma arma contra países onde o Estado de direito é forte (...); pode tomar a forma de uma campanha jurídica para deslegitimar e frustrar as ações de um Estado nacional dedicado à erradicação de métodos terroristas” (*Ibid.*, p. 49).

<sup>70</sup> Semiótica é a ciência dos signos; envolve a troca entre dois ou mais falantes pelo *medium* da linguagem codificada e da convenção. É o estudo científico da comunicação, da significação e da interpretação.

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 29.

fontes jornalísticas e buscam influenciar a opinião pública para atingir determinados fins morais ou políticos; infusão do sentimento generalizado de desilusão popular; e abuso inadequado da terminologia jurídica para influenciar pessoas leigas, presumivelmente inexperientes acerca da linguagem técnica do direito.

Em síntese, a *lawfare* se mostra um meio mais eficiente e menos dispendioso de desacreditar publicamente um adversário político, e, assim, intervir nos rumos da vida política por intermédio de manipulação e instrumentalização do direito. A partir daí, basta a articulação entre interesses políticos escusos e a atuação associada do Poder Judiciário e do Ministério Público, capaz de criar um clamor em segmentos da opinião pública, para que alguém seja privado de sua liberdade ou de sua participação na esfera política. A preocupação central da arquitetura institucional das constituições democráticas é a criação de estruturas capazes de blindar a cidadania contra a tirania do Estado, tais como a separação de poderes baseada em um modelo de freios e contrapesos.<sup>72</sup> A *lawfare* deturpa totalmente essa estrutura de equilíbrio do poder. Dificilmente se poderia conceber um destino mais dramático para um Estado de direito.

\*\*\*

**A associação de elementos do Estado Policial e do direito penal do inimigo com as técnicas de *lawfare* causa uma disrupção nas bases da sociedade democrática, na medida em que ofende seriamente princípios constitucionais como os do Estado democrático de**

---

<sup>72</sup> A referência canônica dessa concepção remonta aos Escritos Federalistas. Conferir: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Trad.: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003 (pp. 298-322). Para uma referência contemporânea, conferir, por todos: LEVINSON, Daryl. “Parchment and politics: the positive puzzle of constitutional commitment”. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1577749>>. Acesso em: 08/11/2017.

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

direito, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, da presunção de inocência, da imparcialidade da jurisdição, entre outros. Outrossim, denuncia manifesto desvio de finalidade das instituições de persecução criminal (Ministério Público, Polícia e Judiciário).

A finalidade das atividades dessas instituições é o justo, equilibrado e razoável julgamento dos acusados, dentro dos limites da lei e respeitadas intransigentemente todas as garantias constitucionais e legais que revertem em seu favor – que são garantias que beneficiam qualquer cidadão que se venha a defrontar com o arbítrio do poder. Nada obstante, quando contaminadas pelos vestígios do autoritarismo, as instituições de persecução penal convertem-se em uma insólita máquina de produzir *emulação*,<sup>73</sup> é dizer, de causar constrangimento aos inimigos políticos por meio de um conluio entre autoridades judiciais, policiais, ministeriais e a mídia. Trata-se, neste caso, de um aperfeiçoamento sádico do instituto da emulação, pois posto em cena não por simples particulares, mas pelos agentes do Estado, que têm à sua disposição o acesso aos meios de coerção e repressão “legítima”.

A advocacia se vê compelida a redobrar os esforços em seu múnus contramajoritário. Numa conjuntura em que ampla parte das instituições encarregadas de resguardar a democracia, em vez disso, a solapam, a advocacia remanesce como último recurso de socorro aos acusados que reivindicam julgamento dentro dos esquemas do devido processo legal. A advocacia se mantém inabalável em seu compromisso com a justiça, a legalidade e o Estado democrático de direito.

Muitas vezes, porém, não é possível ou viável que a defesa técnica se confine aos limites do processo. Fases dos ritos processuais – muitas delas sigilosas – transbordam os autos do processo e são divulgadas pela mídia, na tentativa de instituir uma espécie de tribunal popular. A “carnavalização” do processo requer da advocacia o desafio de politizar-se

---

<sup>73</sup> Emulação, na acepção jurídica, é o abuso ou mesmo o exercício regular de um direito com o fim de prejudicar outrem.

mais e mais; de aprimorar sua capacidade de comunicar-se com o público e com a imprensa; de sofisticar seus argumentos e traduzi-los em códigos não só jurídicos como também políticos; e de permanecer ciente de sua indeclinável vocação para a defesa dos direitos, mesmo se for preciso engajar-se na árdua tarefa de enfrentar as maiorias sedentas pelo punitivismo. A advocacia é o antídoto definitivo contra o autoritarismo.



## 5 A DEMOCRACIA NO SISTEMA OAB E A IGUALDADE DE GÊNERO

---

Era o ano de 1906, quando a cidadã Myrthes de Campos tornava-se a primeira mulher brasileira a exercer a advocacia. Mas o caminho ali inaugurado vinha sendo insistentemente obstruído para as mulheres: Doutora Myrthes vinha tentando, sem sucesso, ingressar nos quadros do Instituto dos Advogados Brasileiros há sete anos. Seu primeiro pedido de inscrição formalizado fora negado sob o argumento de que a independência exigida para a advocacia era incompatível com a sujeição infligida às mulheres casadas, subordinadas a seus maridos e relativamente incapazes.

É provável que se a Doutora Myrthes de Campos se deparasse com a atual conjuntura do sistema OAB, ficaria surpresa com o quão pouco avançamos, mais de cem anos depois, em termos de representatividade feminina na advocacia. Apesar de serem quase metade dos quadros da advocacia nacional, as mulheres continuam visivelmente sub-representadas nos órgãos colegiados e nas diretorias. Para minimizar esse painel de exclusão, cotas de um percentual mínimo de 30% passaram a vigor desde 2015 em todo o sistema OAB. Infelizmente, a reserva de presença feminina ainda não alcançou as diretorias. Democracia requer participação. É absurdo que justamente a OAB, instituição que protagoniza as lutas por direitos em nosso País há quase um século, não esteja inteiramente tomada pela igualdade de gênero.

A inclusão das perspectivas femininas na política da Entidade só tem a enriquecer nossas posições, pontos de vista e visões de mundo. A advocacia não pode ser conivente com a insidiosa, porém lamentavelmente real, exclusão das mulheres dos espaços de poder. A igualdade de gênero já foi encampada por nossa Constituição Cidadã. Cabe-nos torná-la a cada dia mais concreta e sedimentada, seja nos

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

espaços privados, seja – com mais razão – nos espaços públicos. O “Movimento Mais Mulheres na OAB” tem angariado inestimável empenho no sentido de aprimorar a democracia e a igualdade de gênero na Entidade. E esse apoio deve emanar não só das mulheres, como também dos homens que compõem a classe: a pauta da igualdade de gênero é uma questão de cidadania, atinente a todas e todos; é uma exigência da democracia constitucional – única concepção compatível com um Estado democrático de direito comprometido com a igualdade *na* diferença, com o igual respeito e a igual consideração de todos os cidadãos partícipes da comunidade. É fundamental encontrarmos maneiras de conciliar democracia e igualdade de gênero em todo o sistema OAB, inclusive em seus cargos diretivos, de sorte que a igualdade não encerre mera promessa.

### **EM BUSCA DE UMA CONCEPÇÃO IGUALITÁRIA DE DEMOCRACIA**

Etimologicamente, democracia é o governo em que o povo exerce a soberania (do grego *demokratia*: *demo* (povo) + *kratos* (poder)). No entanto, esse truísmo permanece muito vago, carece de precisão conceitual suficiente para nos instruir acerca do regime político triunfante na modernidade tardia. Apesar de muito propagado pelo senso comum, o conceito que identifica o conteúdo da democracia com o procedimento majoritário (o governo da maioria) é inadequado à experiência moderna: as democracias liberais e constitucionais se servem da noção de que há direitos individuais inalienáveis, contra os quais nem mesmo a maioria, no exercício de sua suposta prerrogativa da soberania, pode atentar. As revoluções liberais inglesa, norte-americana e francesa trouxeram para o cerne da cultura moderna a intangibilidade dos direitos das minorias, os quais fundamentam a própria estrutura constitucional do direito.

O respeito às minorias integra definitivamente o conceito de democracia. O que restaria a elas, sem dúvida também incluídas no conceito de “povo”, caso pudessem ser simplesmente esmagadas pelas maiorias permanentes ou ocasionais? Sabendo que as mulheres são, na prática, invariavelmente sub-representadas nos espaços de deliberação política, que tipo de democracia lhes resguardaria seus interesses fundamentais? O “direito dos direitos” para uma democracia é a igualdade: o axioma de que todos os cidadãos devem ser sempre tratados com igual consideração e respeito pela comunidade e pelo Estado, sem qualquer distinção, incluindo a de gênero. Que segurança teria uma mulher se seus direitos, sua integridade, sua dignidade, sua liberdade e sua propriedade pudessem ser a qualquer tempo vilipendiadas pelas maiorias masculinas?<sup>74</sup> Por que ela juraria fidelidade à democracia vigente em tais circunstâncias de constante incerteza? Seria possível uma democracia estável sob o império de uma soberania popular ilimitada? Eis o dilema que floresce na democracia, tornando-a, até certo ponto, paradoxal e dicotômica em relação ao constitucionalismo (paradoxo da democracia): como prevenir a destruição do governo do povo efetuada pelo próprio povo, ou, em outras palavras, o predomínio da tirania da maioria?

A única concepção de democracia compatível com um Estado constitucional, alicerçado nos direitos fundamentais, é uma concepção de **democracia constitucional**. Os direitos fundamentais sobressaem como trunfos do indivíduo contra a maioria, daí seu *ethos* ontologicamente contramajoritário. Notáveis juristas contemporâneos filiados à tradição liberal, como Ronald Dworkin, compartilham com intensidade dogmática desse postulado fundamental.

---

<sup>74</sup> Em grande parte das sociedades se verifica a superioridade *numérica* das mulheres sobre os homens. No entanto, elas continuam minorias no espaço político. Neste sentido “qualitativo” é que usamos a expressão “minorias”: com referência às possibilidades de autoafirmação de interesses, comportamentos e opiniões de cada grupo social na vida pública.

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

A crítica da premissa majoritária é fulcral para a teoria da democracia de Dworkin. A premissa indica que os resultados de um processo político seriam justos quando favorecidos por uma decisão da maioria dos cidadãos: “supõe que, quando uma maioria política não pode fazer o que quiser, isso é sempre injusto, de tal modo que a injustiça permanece mesmo quando existem fortes razões que a justifiquem”.<sup>75</sup> Contra essa tendência, o pensador do direito propõe a concepção **constitucional** de democracia, que supõe seja a comunidade política governada por um agente coletivo – o Estado – adstrito ao cumprimento do princípio da igualdade em suas relações com cada cidadão em particular: as decisões coletivas devem ser “tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito”.<sup>76</sup>

Em uma perspectiva a um só passo liberal e republicana, participação moral, reciprocidade e autogoverno formam uma tríade indissociável: “uma sociedade em que a maioria despreza as necessidades e perspectivas de uma minoria é não só injusta como ilegítima”<sup>77</sup> – arremata Dworkin. O princípio republicano do autogoverno, por seu turno, pressupõe um equilíbrio entre liberdade e igualdade. Ambas andam juntas: segundo leciona Rousseau, pai do republicanismo cívico moderno, um povo só será livre se e quando “elaborar suas leis num clima de igualdade, de tal modo que a obediência a essas mesmas leis signifique, na verdade, uma submissão à deliberação de si mesmo e de cada cidadão, como partes do poder soberano”.<sup>78</sup>

---

<sup>75</sup> DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad.: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 25.

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>78</sup> ROUSSEAU *apud* NASCIMENTO, Milton Meira do. “Rousseau: da servidão à liberdade”. In: WEFFORT, Francisco C. (org.). *Os clássicos da política*. Vol. 1. 14 ed. São Paulo: Ática, 2006, pp. 189-241.

Um contrato social legítimo, portanto, pressupõe uma forte ideologia igualitária; requer uma unidade baseada na igualdade política de todos os cidadãos, uma unidade que componha a vontade geral que a todos e a cada um submete. Essa igualdade não se trata da negligência ou da supressão das diferenças e das divergências; pelo contrário, reconhecendo as **desigualdades naturais** (como aquelas que estabelecem a bipartição de gênero), o contrato social as substitui por uma igualdade moral que torna todos os homens e mulheres iguais por convenção, na medida em que desfrutam dos mesmos direitos e que devem obediência às mesmas leis gerais e abstratas. Não houvesse um ponto de concórdia, um denominador comum aos interesses plurais e díspares que compõem o vínculo social, nenhuma sociedade poderia existir, tampouco a solidariedade social. Para dizer lapidarmente: democracia não é um governo de grupos ou de elites; é um governo da vontade geral dirigido ao alcance do bem comum – bem esse que também alberga, necessariamente, os interesses e as opiniões do público feminino.

Não obstante, subterfúgios e engodos foram criados na tradição do pensamento e da prática liberais com o intuito de manter a exclusão das mulheres do espaço democrático e, por conseguinte, conservar o quadro de opressão e exploração vigente. No contraponto, os movimentos políticos e a literatura feministas, cuja luta atravessa persistentemente os últimos séculos, têm sido cruciais na disputa pela redefinição dos papéis de gênero e na crítica da desigualdade. Uma das críticas centrais no campo político, que toca diretamente as reivindicações por autonomia pessoal, redefinição da divisão sexual do trabalho e participação política paritária, tem como alvo a divisão estratificada entre espaço público e espaço privado, central para a emergência e afirmação do liberalismo político e econômico gestado no século XVII. Confinando a mulher ao espaço privado, o liberalismo instituiu uma barreira de imunização da justiça pública: em nome do elogio da tradição patriarcal, as opressões perpetuadas no espaço familiar

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

são escamoteadas e impedidas de chegar até o debate público. Com efeito, a dicotomia público *vs.* privado é **generificada**, porquanto erigida sob a afirmação da superioridade masculina nos fóruns da política.

A demarcação de uma esfera de interesses individuais e de uma esfera do bem comum, rigidamente apartadas, não pode servir de álibi para excluir do espaço público questões que afetam os interesses dos membros mais fragilizados das famílias, notadamente mulheres, crianças e idosos. A “privatização” das demandas, a criação de um âmbito não passível de problematização coletiva, serve para deslegitimar interesses minoritários, ocultar relações de poder e dominação, e inviabilizar a participação direta de mais da metade da população na cidadania. Apenas as mulheres, por si mesmas, podem definir adequadamente quais questões as concernem e merecem ser publicizadas. Afinal de contas, como assevera o célebre *slogan* feminista “**O pessoal é político!**”, não existe espaço apolítico. A política está em todos os lugares. Mesmo porque as disparidades no ambiente doméstico se espraiam na vida pública: não é por acaso que as mulheres se encontram sistematicamente excluídas da política institucional.<sup>79</sup> A cultura do machismo e seus valores misóginos, a dupla jornada (doméstica e extradoméstica) de trabalho, a violência doméstica (física e/ou moral) e o “dever” da maternidade são fatores especialmente relevantes que são nutridos na

---

<sup>79</sup> Foi eleito em 2014 um Congresso dramaticamente desequilibrado no que tange à representação das tensões sociais presentes na população brasileira. Enquanto 51% da população é composta de mulheres, apenas 9,94% dos eleitos para a Câmara dos Deputados e 13,58% dos eleitos para o Senado Federal são mulheres, totalizando 10,37% nas duas Casas. Mostra-se contraditório que a instituição incumbida de representar o povo – a Câmara – não represente efetivamente mais da metade da população. Tal incongruência reduz a legitimidade democrática do Congresso, principalmente quando este discute e vota questões que tocam diretamente os grupos sub-representados. Esse é o caso dos temas que envolvem direitos e interesses das mulheres, as quais constituem 52,134% do eleitorado e, como vimos, menos de 10% da Câmara dos Deputados. No tocante à participação feminina na política, o Brasil ocupa a vexatória posição de 158º de um total de 188 países.

comunidade familiar e, em consequência, diminuem as chances de expressão e participação feminina nos espaços de poder.

## EM BUSCA DE UMA CONCEPÇÃO COMPLEXA DA IGUALDADE DE GÊNERO

As características habitualmente associadas às condições feminina e masculina, e usadas como pretexto para instituir a inferiorização do feminino, derivam menos de determinações da natureza do que de normas mantidas e disseminadas pela cultura. O destino do “ser homem” e do “ser mulher” no mundo não é aprisionado pela natureza, mas definido e condicionado pelas práticas culturais de uma sociedade, as quais valoram distintamente os papéis sociais atribuídos aos sexos: é a atribuição – por vezes arbitrária e heterônoma – desses papéis o que se convencionou chamar de **gênero**. Gênero não é uma categoria teórica das Ciências Naturais, mas das Ciências Sociais: trata-se da institucionalização **social** das diferenças entre os sexos; de *habitus*<sup>80</sup> sexuais. Nas palavras de Bourdieu,

a definição social dos órgãos sexuais, longe de ser um simples registro de propriedades naturais, diretamente expostas à percepção, é produto de uma construção efetuada à custa de uma série de escolhas orientadas, ou melhor, através de uma acentuação de certas diferenças, ou do obscurecimento de certas semelhanças.<sup>81</sup>

---

<sup>80</sup> No vocabulário do sociólogo e antropólogo Pierre Bourdieu, os *habitus* sexuais, que alicerçam o pleno exercício da dominação masculina, “*funcionam como matrizes das percepções, dos pensamentos e das ações de todos os membros da sociedade, como transcendentais históricos que, sendo universalmente partilhados, impõem-se a cada agente como transcendentais*”. BOURDIEU, Pierre. *A Dominação Masculina*. 2ª ed. Trad.: Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 45.

<sup>81</sup> BOURDIEU. *Op. Cit.*, p. 23.

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

Defender a igualdade entre os gêneros não passa pelo desprezo a essa diferença biológica básica, mas, sim, pelo reconhecimento da diferença e pelo reconhecimento de que alegar a diferença não constitui um argumento defensável para instituir a desigualdade. Se algumas diferenças são manifestamente naturais, sua avaliação simbólica no domínio cultural<sup>82</sup> é eminentemente **histórica** e **social**. O modo de **ser** mulher ou homem não é meramente natural, mas **naturalizado**, socialmente construído e cristalizado nas práticas culturais disseminadas e ensinadas por meio da linguagem. O processo de diferenciação de gênero não ocorre ao acaso; pelo contrário, obedece às lógicas do exercício do poder de um grupo sobre outro, levando à criação de hierarquias que implicam influxos de subordinação, dominação e opressão. A dominação masculina infiltrou-se em costumes reiterados através dos tempos, conferindo aos homens posições privilegiadas, legitimadas por mecanismos educacionais<sup>83</sup> que consistem em verdadeiros **dispositivos pedagógicos de gênero**.

Os modos de produção condicionam a distribuição de papéis entre os gêneros. Patriarcalismo e capitalismo são doutrinas mutuamente sustentadas, inextricavelmente amalgamadas, pois a figura do homem trabalhador não poderia ser compreendida na ausência da figura da mulher dona de casa,<sup>84</sup> que lhe presta o devido suporte doméstico, afetivo, sexual, moral, e lhe garante o cuidado da prole e a perpetuação da linhagem familiar. Ocorre que o trabalho da mulher no ambiente

---

<sup>82</sup> Tome-se o devido cuidado de ressaltar que o domínio simbólico implica consequências materiais, *reais*, e não apenas “imaginárias”; ele é visível nas atividades práticas, nas condutas, nas instituições, sendo algo além de uma mera representação mental.

<sup>83</sup> Tomamos a educação em sentido amplo: educam-se os corpos e as mentes não apenas nas instituições escolares, mas também nos ambientes familiares, nos espaços de convívio social, no trabalho, nas instituições religiosas, nas associações desportivas, nas ruas e nas mídias.

<sup>84</sup> PATEMAN, Carole. “Feminist critiques of the public/private dichotomy”. In: \_\_\_\_\_ . *The disorder of women*. Stanford: Stanford University Press, 1989, pp. 121-132.

privado – em regra não remunerado –, a despeito de igualmente indispensável para a manutenção da ordem social, costuma receber desprestígio público, além de não lhe proporcionar autonomia financeira suficiente para subsidiar sua própria independência existencial.

O **patriarcalismo** – ideologia que reserva ao homem a função de líder no espaço público e chefe no espaço privado –, apelando ao argumento da natureza, prescreve à mulher a função do cuidado da prole, da casa e das atividades domésticas; **um lugar doméstico privado, subordinado, fora da vida pública**. A capacidade biológica da mulher para gerar descendentes tem sido utilizada como pretexto para **associá-la à natureza**, em contraposição à associação do homem ao universo da cultura, é dizer, da liberdade. A mulher passa a ocupar uma posição-de-sujeito subordinada, sendo-lhe atribuída a emotividade em lugar da razão; a aptidão para os afazeres domésticos em lugar da participação política; e a propensão à sujeição. Sob a ordem da dominação masculina, o homem é a “medida de todas as coisas”, a natureza masculina é sempre “neutra, não marcada”, enquanto o feminino é explicitamente caracterizado.<sup>85</sup> Note-se que existe, para o senso comum, uma “advocacia feminina”, composta por “mulheres advogadas”, enquanto costuma ser prescindível demarcar uma “advocacia masculina” (que seria em princípio neutra), bem como fazer referência expressa aos “homens advogados” – como se os advogados fossem naturalmente, e necessariamente, homens.

Na linha de combate a essa realidade iníqua, as teóricas e militantes feministas têm-se empenhado em uma constante e árdua luta pela desconstrução dos estereótipos excludentes de gênero rumo à igualdade de direitos e de estima social. O feminismo ingressou com mais força na disputa em torno da atribuição de significados do universo simbólico, valendo-se da linguagem dos direitos civis de igualdade e liberdade, em

---

<sup>85</sup> BOURDIEU. *Op. Cit.*, p. 20, p. 26.

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

meados do século XX. A luta pelo reconhecimento<sup>86</sup> da igualdade de direitos e de valor social das mulheres deu-se sobretudo em três frentes: *a*) luta pela **autonomia pessoal**, que inclui a liberdade financeira, contratual, sexual, comportamental e, inclusive, a recusa ao matrimônio ou a livre escolha do cônjuge ou parceiro sexual; *b*) luta pela **redefinição da divisão sexual do trabalho**, mediante a possibilidade de ingresso no mercado de trabalho remunerado em pé de igualdade com os homens no que se refere à percepção de iguais salários<sup>87</sup> e de condições laborais dignas, bem como mediante o rearranjo dos encargos domésticos; e *c*) luta pela **participação política paritária**, pela qual as mulheres possam definir, por elas próprias, sua agenda na política, seus interesses e aspirações, prescindindo da mediação realizada pelos homens nos fóruns públicos – tipicamente espaços masculinos. O ponto principal dessa luta deu-se em torno da **ressignificação do princípio da igualdade**.

Os textos constitucionais dos Estados democráticos de direito incorporaram gradualmente as experiências de luta por igualdade de gênero. Não podemos afirmar que a igualdade entre os sexos foi de todo conquistada, mas, seguramente, o constitucionalismo confere abertura à sua promoção, plasmada em argumentos de estatura constitucional. A estreita concepção da igualdade formal (da igualdade de todos perante a lei) foi alargada de modo a incluir a dialética entre igualdade de direito e igualdade de fato, como decorre da assunção do princípio da igualdade material (da igualdade de todos **na** lei) desde o constitucionalismo social. A dimensão materializada da igualdade requer uma igualdade de

---

<sup>86</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003.

<sup>87</sup> Além de uma inserção e de uma permanência mais difíceis nos empregos em decorrência da maternidade e em razão de outros tipos de preconceitos e estímulos inferiorizantes, as mulheres seguem recebendo menores salários que os pagos aos homens, mesmo quando desempenham funções similares. Segundo dados divulgados pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) em 2009, os homens brasileiros ganham aproximadamente 30% a mais que as mulheres com mesma idade e mesmo grau de instrução e formação.

resultados – uma igualdade na fruição concreta, **material**, dos direitos – que ultrapassa (não propriamente supera, antes enriquece) a típica igualdade de tratamento liberal.

A luta por igualdade de negros, mulheres, LGBT, minorias étnicas e religiosas, pessoas com deficiência, entre outros, contribuiu para a construção de um entendimento comum de que o tratamento igual pode, às vezes, reafirmar uma exclusão precedente, produzindo injustiças concretas. Tratar os indivíduos de maneira isonômica, por meio de leis gerais e abstratas, nem sempre faz jus à efetiva conquista da igualdade política, social e moral. Afinal, uma mesma lei afeta certos grupos sociais de maneiras distintas. Daí se legitimam as políticas de ação afirmativa em prol de grupos sociais em desvantagem. Deste cenário emerge o princípio da **igualdade como diferença**, compreensão da igualdade que não se traduz necessariamente na remoção dos elementos materiais de diferenciação, antes na afirmação do igual valor de certas formas de vida em um ambiente de salutar diferença.

Em Estados plurais e acentuados por desigualdades de toda sorte – como é o caso do Brasil –, o princípio da igualdade deve significar exatamente a consideração da igualdade na diferença, o reconhecimento de que ser diferente não é motivo suficiente para fundamentar um tratamento inferiorizado, de que a diferença deve ser desconsiderada quando inferioriza e deve ser enaltecida quando emancipa. Nas palavras do sociólogo português Boaventura de Sousa Santos,

temos o direito de ser iguais quando nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito de ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades.<sup>88</sup>

---

<sup>88</sup> Disponível em: <http://pensador.uol.com.br/frase/MTEzNTEExNw/>. Acesso em: 03/10/2017.

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

Eu já havia ponderado, outrora, que “diferença pressupõe alteridade, uma atitude de pelo menos esforçar-se, munido de boa-fé, para se colocar no lugar do outro”.<sup>89</sup> Igualdade e diferença, tanto uma quanto a outra, pressupõem e implicam alteridade, a consideração das necessidades dos outros como se fossem nossas.

O dispositivo constitucional que estatui a igualdade de gênero (art. 5º, I) no sistema jurídico brasileiro assevera que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Entretanto, a igualdade não pode ser compreendida dentro de uma óptica míope e desconectada da evolução do constitucionalismo. A igualdade a que se refere o texto da Constituição é **complexa**, depende de fundamentos invocados para justificar um tratamento igual ou, quando necessário, um tratamento diferente, tendo em vista o imperativo de fazer justiça no caso concreto. A promoção da igualdade de gênero não nega a diferença, mas revela, em contrapartida, tanto o comprometimento com o combate às diferenças **sociais** que criam hierarquias quanto o correspondente dever do Estado de considerar ou desconsiderar tais diferenças no intuito de tomar decisões que fomentem uma igualdade real de direitos, de estima social (art. 5º, I c/c art. 3º e incisos – CF), de dignidade humana (art. 1º, III – CF) e de possibilidades de exercer plenamente a cidadania (art. 1º, II – CF) e tomar parte no valor social do trabalho (art. 1º, IV – CF).<sup>90</sup>

---

<sup>89</sup> Para minha reflexão sobre a diferença e a divergência no regime democrático brasileiro, tendo em vista os acontecimentos mais atuais de nosso cenário político, ver meu artigo disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jul-12/antonio-oneildo-ferreira-democracia-protoger-discordancia>. Acesso em: 03/10/2017.

<sup>90</sup> O marco jurídico da igualdade de gênero no Brasil inclui a extensão do voto às mulheres (introduzida pelo Decreto nº 21.076 do Código Eleitoral Provisório de 1932); a edição do Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121, de 1962); a conquista da licença-maternidade (instituída em 1943 pelo Decreto-Lei nº 5.452 – CLT, aumentada pela Constituição de 1988 e pela Lei nº 11.770, de 2008) e da licença-paternidade (criada pela CLT, em 1943, prevista no art. 10, §1º, da ADCT da Constituição de 1988 e, recentemente, ampliada pela Lei nº 13.257 de 2016); a legalização do divórcio (por meio da Emenda Constitucional nº 9, de 1977, regulamentada pela Lei nº 6.515, do mesmo ano); a descriminalização do adultério (Lei nº 11.106, de 2005, que revogou o

## **CAMINHOS DE APRIMORAMENTO DA DEMOCRACIA E DA IGUALDADE DE GÊNERO NO SISTEMA OAB**

Conquanto as mulheres sejam a maioria da população, prosseguem excluídas de forma contundente da política institucional. Em nossa história política, ainda ecoa uma presença acentuadamente masculina. Mesmo após décadas de intensa luta pela igualdade, as mulheres ainda estão perceptivelmente excluídas dos centros de decisão. Assistimos a um grave problema de representatividade da pluralidade encontrada na sociedade brasileira. Grupos estatisticamente superiores, por irônico que possa ser, não estão proporcionalmente representados

---

art. 240 do Código Penal); a promulgação da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340 de 2006); a obrigatoriedade da flexão de gênero nos diplomas e certificados das instituições públicas e privadas de ensino (Lei 12.605, de 2012); e, mais recentemente, a introdução do tipo penal de feminicídio (pela Lei nº 13.104 de 2015). A igualdade de direitos e deveres entre cônjuges recebeu forma constitucional (art. 226, §5º). Toda essa evolução legislativa no direito pátrio deu-se no compasso do aprimoramento dos direitos humanos das mulheres no direito internacional. Podemos destacar como momentos paradigmáticos, em âmbito mundial: a) Carta das Nações Unidas (1945), Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e Convenção Americana de Direitos Humanos de São José da Costa Rica (1969, promulgada no Brasil em 1992 pelo Decreto nº 678): pugnam pelo respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, independentemente de raça, sexo, língua ou religião; b) Convenção Interamericana Sobre a Concessão dos Direitos Cíveis à Mulher (1948, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 31.643, de 1952): outorgou às mulheres os mesmos direitos civis garantidos aos homens; c) Convenção Sobre os Direitos Políticos da Mulher (1953, promulgada no Brasil em 1963 pelo Decreto nº 52.476); d) I Conferência Mundial Sobre a Mulher (Cidade do México, 1975): reconheceu o direito da mulher à integridade física, à autonomia de decisão sobre o próprio corpo e à maternidade opcional; e) Convenção Para Eliminar Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher – CEDAW (1979, ratificada pelo Brasil, sem reservas, em 1994, pelo Decreto Legislativo nº 26); f) Convenção Interamericana Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará (1994, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 1.973 de 1996); e g) Convenções da OIT nº 100 (1951, ratificada pelo Brasil em 1957): dispõe sobre igualdade de remuneração; nº 103 (1952, ratificada pelo Brasil em 1965): dispõe sobre o amparo materno; nº 111 (1958, ratificada pelo Brasil em 1965): dispõe sobre a proibição de discriminação em matéria de emprego e profissão; nº 156 (1981): estende aos homens a responsabilidade pela família.

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

nas arenas deliberativas onde deveria haver um prolífico confronto de opiniões que reproduzisse a diversidade social que caracteriza nossa “identidade nacional”. As causas dessa gritante sub-representação remetem à cultura de machismo que tem trespessado nossa formação societária desde tempos imemoriais: constatamos que, de modo geral, **as mulheres estão fora da política.**

Esse dado é não só intrinsecamente injusto e ilegítimo, como empobrece a qualidade dos debates que circulam no espaço público. Quanto mais plural for a composição da esfera pública, tanto mais ricos serão os resultados e os aprendizados coletivos. Temos muito a aprender com o ponto de vista das mulheres: mulheres e homens, por ocuparem diferentes posições-de-sujeito no campo social, possuem visões de mundo distintas demarcadas por **perspectivas sociais** derivadas de suas singulares experiências de vida.<sup>91</sup> Trata-se de uma usurpação paternalista o fato de homens decidirem questões que afetam direta e gravemente a autonomia das mulheres, principalmente sem sequer consultá-las. A inclusão de perspectivas significa promover um ponto de saída para a discussão, a partir de um terreno ou determinado lugar social, estimulando as pessoas a exercícios de empatia, alteridade e solidariedade, a um verdadeiro colocar-se no lugar do Outro.<sup>92</sup>

Em uma sociedade estruturalmente assimétrica, como a brasileira, a inclusão de perspectivas nos fóruns de representação política dificilmente poderia acontecer espontaneamente, haja vista a resiliência dos mecanismos de poder que mantêm a desigualdade. Urge a elaboração de mecanismos que induzam à igualdade. Uma das alternativas mais viáveis é a **representação por cotas**. A garantia de uma proporção

---

<sup>91</sup> Desenvolvi essa ideia em artigo publicado no Portal Migalhas: “Todo ponto de vista é a vista de um ponto ou Em defesa da igualdade de gênero no governo”. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI240054,31047-> Todo+ponto+de+vista+e+a+vista+de+um+ponto+ou+Em+defesa+da+igualdade. Acesso em: 01/10/2017.

<sup>92</sup> YOUNG, Iris Marion. “Representação política, identidade e minorias”. Trad.: Alexandre Morales. In: Lua Nova, São Paulo, 67:263-269, p. 139-267, 2003.

mínima de mulheres nos órgãos colegiados de representação e direção é uma das vias possíveis para a promoção da igualdade de gênero. Desse modo, presume-se que serão gerados resultados mais justos, pois mais representativos dos interesses femininos em jogo.

Todo órgão representativo que reivindique para si legitimidade deve estar sensível ao crescimento dos potenciais de atuação política das mulheres. Disso não destoaria justamente a Ordem dos Advogados do Brasil, instituição historicamente engajada com a afirmação da igualdade e da justiça social. A OAB esteve presente em todos os momentos de afirmação dos direitos fundamentais das minorias, de intercessão pela ordem democrática e pela construção do Estado de direito em sua plenitude.

O sistema de representatividade do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) tem passado por constante aprimoramento. A preocupação da classe vem corrigir a discrepância entre mulheres ocupando cargos representativos e mulheres militando na advocacia: quase metade da advocacia brasileira (506.571 do total de 1.051.266, o que corresponde a 48,18%)<sup>93</sup> é atualmente composta de mulheres. Considerando que a taxa anual de crescimento da advocacia segundo o recorte de gênero tem sido, nos últimos dez anos, sempre maior relativamente ao gênero feminino,<sup>94</sup> há uma projeção de que o número de advogadas ultrapasse o número de advogados em 2021.<sup>95</sup> Essa realidade anunciada não se coaduna com o atual sistema representativo.

Metade da classe que custeia a Entidade não se vê representada nas mesas de direção e comando do sistema OAB. Na atual Diretoria do Conselho Federal: cinco homens. Membros Honorários Vitalícios (MHV) – ex-presidentes do CFOAB: todos homens. Conselho Federal:

---

<sup>93</sup> Disponível em: <http://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>. Acesso em: 02/10/2017.

<sup>94</sup> Por exemplo, em 2017, a taxa foi de 5,89 para o gênero feminino e 4,11 para o gênero masculino.

<sup>95</sup> Segundo levantamento interno do sistema OAB, em 2021 o número de advogadas seria de 770.229 e o de advogados, 767.127.

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

setenta Conselheiros e onze Conselheiras em exercício (13,58%, percentual bastante inferior aos 48,18% que as mulheres exprimem). E assim na maior parte das Seccionais e demais instâncias deliberativas do sistema. Algo precisa mudar. Esse quadro não pode continuar inalterado.

Contra essa desproporção, o **Movimento Mais Mulheres na OAB** tem ganhado número cada vez maior de adeptos e adeptas, ocupando a linha de frente das pautas de discussão da Instituição. A então Comissão Especial da Mulher Advogada (hoje, comissão permanente) apresentara proposta, gestada no âmbito do Movimento, de provimento que assegura o mínimo de 30% e o máximo de 70% para cada gênero nos cargos representativos da OAB, o que foi discutido e aprovado por unanimidade no Conselho Pleno.<sup>96</sup> As cotas passaram a vigor em 2015. No mesmo ano, a estatística extrapolou as previsões: aumentaram de 17% para 37% os cargos diretivos em todo o País ocupados pelo gênero feminino.<sup>97</sup> Destacam-se a Seccional de Sergipe e a Seccional de Tocantins; naquela, onde houve paridade na composição das chapas vencedoras, e nesta, onde houve maioria feminina.<sup>98</sup>

Reitero que seria oportuno extirparmos o sexismo presente no nome de nossa Entidade. Defendo, para tanto, a alteração da nomenclatura para **Ordem da Advocacia do Brasil**, que aponta para a adequação a uma linguagem menos excludente e mais coerente com o propósito igualitário da OAB. Apresentada por 19 advogadas com o intuito de modificar o art. 17 do Decreto nº 19.408 de 1930, pleiteando a inclusão formal das advogadas integrantes da classe no nome da Entidade, tal proposta foi incorporada na Carta de Belo Horizonte, aprovada em novembro de 2016 na II Conferência Nacional da Mulher

---

<sup>96</sup> Disponível em: <http://www.oab.org.br/noticia/27775/oab-aprova-a-unanimidade-cota-de-30-de-mulheres-em-chapas-internas>. Acesso em: 03/10/2017.

<sup>97</sup> Disponível em: <http://oabce.org.br/2015/11/mais-mulheres-na-oab-37-das-diretorias-eleitas-sao-formadas-por-mulheres/>. Acesso em: 03/10/2017.

<sup>98</sup> Disponível em: <http://www.infonet.com.br/cidade/ler.asp?id=182362;> e <http://g1.globo.com/to/tocantins/noticia/2015/11/walter-ohofugi-e-eleito-presidente-da-oab-no-tocantins.html>. Acesso em: 03/10/2017.

Advogada.<sup>99</sup> O nome da antiga Conferência Nacional dos Advogados fora alterado para **Conferência Nacional da Advocacia** para contemplar as mulheres advogadas.<sup>100</sup> Deste modo, a referência seria à classe, não aos sujeitos que a compõem, regra mais inclusiva, adotada pelos conselhos de fiscalização profissional em geral.

Se as advogadas são praticamente metade dos quadros da OAB – e, em decorrência, são responsáveis pela metade do custeio financeiro da Entidade –, é ultrajante que a sigla continue a mencionar apenas **os advogados**. Mesmo que modestas, tais iniciativas podem servir à gradativa transformação do imaginário coletivo, de modo a introduzir mudanças que permitirão à população tomar consciência dos preconceitos arraigados na masculinização do universal, além de realçar questões controvertidas hábeis a conduzir a reflexões sobre o sexismo no interior das entidades profissionais. Ilustrativo dessa consciência que tem florescido na OAB é o fato de 2016 ter sido escolhido o “Ano de Valorização da Mulher Advogada”. E, ao final do ano, o Conselho Pleno, pela primeira vez, escolheu uma mulher para ser agraciada com a Medalha Rui Barbosa – a mais alta comenda da advocacia brasileira –, a advogada gaúcha Cléa Carpi da Rocha,<sup>101</sup> decana e ex-diretora do Conselho e, acima de tudo, símbolo do engajamento feminino na nobre profissão da advocacia. Outra não poderia ser a postura da OAB, instituição comprometida com uma história de empenho em prol da consolidação do Estado democrático de direito, destacada por sua

---

<sup>99</sup> Lê-se no item 17 da Carta: “Pugnar pela alteração da nomenclatura da Ordem dos Advogados do Brasil para Ordem da Advocacia do Brasil, e que nas identidades das advogadas seja observada a flexão de gênero”. Disponível em: <http://www.oabmg.org.br/noticias/8095/II-Confer%C3%A2ncia-Nacional-da-Mulher-Advogada-divulga-a-Carta-de-Belo-Horizonte>. Acesso em: 03/10/2017.

<sup>100</sup> Disponível em: <http://www.prerrogativas.org.br/oab-muda-nome-de-conferencia-nacional-para-contemplar-mulheres-advogadas>. Acesso em: 03/10/2017.

<sup>101</sup> Disponível em: <http://www.oabrs.org.br/mobile/noticias/conselho-pleno-aprova-unanimidade-nome-clea-carpi-para-medalha-rui-barbosa/23557>. Acesso em: 03/10/2017.

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

postura cada vez mais afirmativa em defesa dos direitos das minorias, e que cumpre a função de zelar pelos valores constitucionais (art. 133 da Constituição e arts. 2º e 44 do Estatuto da Advocacia e da OAB) – entre estes, a igualdade de gênero, a ampliação da cidadania e a promoção da dignidade humana.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se o assunto é de interesse e relativo a todas e a todos, somente a partir de um debate com as partes e o todo é possível se formatar um quadro inclusivo, com a necessária e intransponível igualdade de gênero, já de muito contemplada no texto constitucional. Afirmar que a luta contra a desigualdade de gênero é uma luta de **todos e todas** não se reduz a mera figura retórica ou frase de efeito. Ao tempo em que os homens são responsáveis por se contrapor a uma ordem social injusta, devem ser igualmente encorajados a se opor a uma estrutura que também os vitima. Embora de maneiras e em graus distintos, os homens também são vítimas do machismo que em algumas circunstâncias os favorecem. Tal como alerta Bourdieu, o privilégio masculino é uma cilada: impõe a todo homem o penoso fardo de provar em toda e qualquer circunstância sua virilidade, o dever de adequar-se diuturnamente a uma norma cujo cumprimento também lhe causa desgastes. O esforço de liberar as mulheres das estruturas objetivas de dominação há de ser acompanhado do esforço paralelo para “liberar os homens dessas mesmas estruturas que fazem com que eles contribuam para impô-la”.<sup>102</sup>

Por todas essas razões, é preciso conscientizar-se de que a desigualdade de gênero é uma questão não restrita ao público feminino, que envolve, ao contrário, toda a cidadania; que requer, na mesma intensidade, a participação masculina e a participação feminina. Desde que o homem reconheça seu devido lugar e não usurpe o protagonismo das mulheres na

---

<sup>102</sup> BOURDIEU. *Op. Cit.*, p. 136.

definição de sua própria agenda e de suas próprias reivindicações, não é desnecessário nem absurdo que ele venha a engajar-se nessa luta. A igualdade de gênero é, portanto, pauta da maior importância que afeta todo o sistema OAB, todos seus órgãos e todos seus membros.

Atento a esse diagnóstico, diante de todo o exposto, manifesto meu apoio às seguintes propostas já sustentadas pelas advogadas:

- a) Seja alterado o nome da Instituição para “Ordem da Advocacia do Brasil”, conforme consta da Carta de Belo Horizonte;
- b) Sejam inseridas cotas de um mínimo de 30% para cada gênero em todas as composições representativas do sistema OAB, inclusive nas diretorias.



## 6 JUIZADOS ESPECIAIS E A FUNÇÃO PUNITIVA/PEDAGÓGICA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

---

O Poder Judiciário de Roraima é uma estrutura inteiramente constituída pela nova ordem constitucional. Eclodiu como novidade, criado por uma “folha de papel” – o texto constitucional promulgado em 1988 – e provido mediante concurso público.<sup>103</sup> Por essa razão, notabiliza-se como instituição absolutamente republicana e conforme ao Estado democrático de direito recém-instaurado, historicamente desprovida dos vícios aristocráticos que maculam os órgãos judiciários outrora vinculados às ordens jurídicas predecessoras, autoritárias e elitistas.

Sobressai por ser um dos Judiciários mais eficientes do país, digno de méritos e elogios. Em 2017, pela segunda vez consecutiva o Tribunal de Justiça de Roraima (TJRR) alcançou o percentual de 100% no Índice de Produtividade Comparada da Justiça (IPC-Jus), segundo o Relatório Justiça em Números, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). A fórmula do IPC-jus considera o número de processos totalmente solucionados em relação ao quantitativo de servidores e magistrados e às despesas. Ou seja, o TJRR é capaz de solucionar o maior número de processos com o menor custo possível. Possui, além disso, uma estrutura bem distribuída pelo Estado, e um coeficiente equilibrado de magistrados e de comarcas *per capita*, razão pela qual a saturação de sua capacidade instalada costuma ser, embora existente, menos pujante do que na generalidade dos tribunais brasileiros. Foi, ademais, pioneiro na implantação do Sistema CNJ de Processo

---

<sup>103</sup> A jurisdição no antigo Território Federal de Roraima era exercida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Com a transformação do Território em Estado-membro da Federação (art. 14 da ADCT), o Estado desvinculou-se do TJDFT e iniciou a construção de suas instituições.

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

Eletrônico (Projudi),<sup>104</sup> em franca expansão no Estado desde 2007, e, atualmente, completamente implementado.

Não obstante suas admiráveis características de funcionalidade, é por todos nós, que militamos na advocacia, sabido que o Judiciário roraimense enfrenta problemas na esfera dos Juizados Especiais, devido a atitudes equivocadas da magistratura para restringir o acesso à justiça. Cobertos por subterfúgios como “mero aborrecimento” e “indústria do dano moral”, os magistrados dispõem da obrigatoriedade de fornecer uma decisão que conduza à pacificação social, e geram como efeito colateral a replicação de políticas de consumo abusivas. Ora, os juízes são servidores públicos, e como tais estão submetidos ao espectro de abrangência da soberania popular. Deturpam sua condição quando demonstram a intenção de desestimular o ajuizamento de demandas e, assim, embargar o acesso à jurisdição.

O problema recrudescer em âmbito recursal. Por achar-se em um Estado pouco populoso, o sistema dos Juizados Especiais de Roraima conta com apenas três juízes na primeira instância. Seguindo a recomendação de que os juízes da Turma Recursal devam ser preferencialmente oriundos dos Juizados Especiais, já familiarizados com o sistema, cria-se uma situação desconcertante, em que as decisões de primeira instância são revistas e julgadas por magistrados que também atuam naqueles três Juizados Especiais. O “preferencialmente” passa a significar, na prática, “**exclusivamente**”. Em um processo em grau recursal, atuam dois juízes dos Juizados Especiais e um substituto, já que aquele que julgou em primeira instância não pode examinar novamente a mesma matéria. Esse fato inviabiliza o fluxo de ideias e de posições divergentes na segunda instância.

---

<sup>104</sup> O Projudi é um *software* que facilita e controla a tramitação de processos judiciais mantidos pelo CNJ. As estatísticas do TJRR confirmam a eficácia do sistema: nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais de Boa Vista, o tempo que os processos levavam para ser concluídos caiu de 160 para 45 dias; e uma demanda simples teve seu tempo reduzido pela metade. Conferir: “Projudi traz eficiência e economia à Justiça de Roraima”. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/71292-projudi-traz-eficiencia-e-economia-a-justica-de-roraima>. Acesso em: 19/09/2017.

Daí se consolida o mesmo entendimento em ambas as instâncias, notadamente os recursos aos subterfúgios de uma política judiciária restritiva de jurisdição na esfera consumerista, quando os julgadores se omitem de materializar a dupla função punitiva/pedagógica das sentenças. É preciso, pois, agregar ao sistema juízes que fortaleçam o ideário da política de defesa do consumidor.

Verifica-se flagrante contradição nessa tendência omissiva. A legislação consumerista positivou uma concepção punitiva/pedagógica a respeito das sentenças que julgam relações consumeristas, segundo a qual, para além de um caráter punitivo da conduta reprovada, e reparador dos danos consumados, a decisão judicial deverá exprimir também um caráter educativo, voltado a inibir futuros comportamentos reprováveis através do exemplo do precedente. Daí falar-se no caráter dúplice das sentenças em âmbito consumerista. É um retrocesso que um sem-número de pedidos seja indeferido sob o pretexto de desmotivar a judicialização dos conflitos entre consumidor e fornecedor, algo sintomático de uma política judiciária restritiva de jurisdição.

É preciso atentar-se para a essencialidade do caráter pedagógico das sentenças. Ele traduz uma conclamação a cessar os abusos, uma ação civilizante do Poder Judiciário ante o poder abusivo do capital. A sentença é não só punição, como também admoestação diante da recalitrância do infrator no ato de transgredir o direito; verdadeira medida pedagógica de **condução** aos comportamentos lícitos (conforme se deduz da ideia de *agoge*, radical grego que significa “conduzir”, presente na etimologia do vocábulo pedagogia: *paidos + agoge*). A fonte deontológica do Direito Consumerista é fundamentalmente pautada neste binômio: caráter punitivo/caráter pedagógico.

Cabe ao Judiciário, outrossim, incorporar o espírito da principiologia consumerista quando julga ações que envolvem o conflito entre capital e sociedade, a partir da proteção da parte vulnerável: o cidadão em sua condição de consumidor (eis o **princípio da vulnerabilidade**, fundamento axiológico do Direito do Consumidor). O

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

Judiciário igualmente exercerá as equiprimordiais função punitiva e função educadora. Quando delas abdica, solapa sua própria vocação estrutural; obsta que a jurisdição desempenhe sua função constitucional, aquela mesma que compõe a arquitetura institucional dos órgãos judiciais traçada pelo poder constituinte originário.

A missão educacional da Justiça é comprometida, todavia, por nocivos fatores de precarização da jurisdição que têm assaltado os órgãos judiciais, dos quais se destacam: *a)* a saturação da capacidade instalada do Judiciário, devido ao descomunal volume de ações que são oferecidas para além da eficácia produtiva do órgão e de seus agentes; e *b)* a instituição de metas estatísticas pelo CNJ, as quais, ao preconizar a necessidade de eficiência quantitativa, afastam a sensibilidade necessária ao julgador para punir adequadamente os sujeitos refratários.

Qual tem sido a reação do Judiciário a esse quadro complexo? Lamentavelmente nos apercebemos de que, em lugar de diálogos, é instituída uma opção mais cômoda e que tergiversa para as raízes do problema em tela: uma política judiciária restritiva de jurisdição. Surge então o desafio de compatibilizar o protagonismo esperado com relação ao Judiciário, na condição de detentor exclusivo da jurisdição, com o adverso e desolador contexto de reiteradas omissões e negligências perpetradas pela Justiça na seara do Direito do Consumidor.

A constatação desse cenário desfavorável não poderá, contudo, colocar toda a cidadania em geral, e, em particular, os órgãos e agentes diretamente envolvidos na prestação jurisdicional e na administração da Justiça – mais precisamente, a advocacia – na cômoda posição de somente criticar ou aprovar, passiva e displicentemente. Devemos todos dialogar com o CNJ, com os tribunais superiores e com os tribunais de Justiça na busca pela melhor solução, na condição de agentes do sistema de Justiça que somos. A almejada solução passará inevitavelmente pela postura de compromisso do Judiciário para com suas responsabilidades sociais; pela consciência de que é preciso, sim, diminuir as demandas

que engrossam o fenômeno da litigiosidade em demasia, mas não pelo caminho de abrir mão delas e relegar o jurisdicionado ao desamparo.

## **A IMPORTÂNCIA DO ELEMENTO PEDAGÓGICO NAS SENTENÇAS**

O advento de um microsistema de Direito do Consumidor no Brasil das últimas décadas pode ser compreendido à luz de uma mais abrangente mudança paradigmática das noções de Direito Público e Privado. A esquematização do rígido apartamento entre esferas pública e privada da vida e, *ipso facto*, entre matérias públicas e privadas, cedeu lugar a um imaginário de interconexão, em que o público e o privado são faces da mesma moeda; em que as relações humanas são questão de ordem pública, não imunizadas pelo egoístico “manto da privacidade”, mormente quando desencadeiam abusos e situações opressivas.

Dito de outro modo, o Estado está autorizado a equilibrar as relações de trocas comerciais de bens e serviços, com base em critérios de justiça pública retirados do substrato dos direitos fundamentais e dos princípios igualitários do Estado democrático de direito. Nesta lógica funcionam os direitos dos consumidores: são exercitáveis em **âmbito privado**, quando o indivíduo ou uma classe de indivíduos são lesionados pelos fornecedores, e pleiteiam uma reparação pecuniária tendo em vista seu prejuízo ou perda patrimonial; e atendem a requisições em **âmbito público**, quando o Estado pune o fornecedor infrator não somente com o fito de indenizar o consumidor prejudicado, mas também de pôr em movimento uma ação educativa eminentemente pública, civilizacional, destinada a prevenir, por intermédio do exemplo, que situações de descumprimento das normas de consumo se perpetuem e se multipliquem.

Ambos os princípios, da ampla e efetiva **prevenção e reparação** dos danos, estão advertidamente estampados na legislação brasileira. O art. 6º, VI do Código de Defesa do Consumidor (CDC – Lei n. 8.078/90)

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

reconhece como direito básico do consumidor<sup>105</sup> “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”. Guiam todo o Direito do Consumidor, desde as ações desempenhadas pelos sujeitos da relação jurídica (fornecedor e consumidor) até a atuação dos órgãos estatais de proteção, tais como o Poder Judiciário, o Ministério Público e agências administrativas. Tal princípio:

Deve ser observado em caráter dúplice: repressivo e pedagógico. A busca por uma indenização ao ofendido que enseje uma satisfação atenuadora do dissabor suportado e, ao mesmo tempo, castigue o ofensor, causador do dano, desestimulando a reiteração de sua prática lesiva.<sup>106</sup>

Recai sobre o Estado a obrigação de tutelar os interesses do consumidor, que é designadamente a parte vulnerável da relação jurídica de consumo. Tal é o **princípio da vulnerabilidade**, pilar fundamental de todo o aparato protetivo que constitui o Direito do Consumidor. Esse princípio emana do princípio da igualdade material, interpretado sob a inspiração da equidade, segundo o qual se deve tratar os sujeitos em desvantagem real de maneira desigual, **na exata medida de suas desigualdades**, a fim de que alcancem uma igualdade substantiva nos resultados da fruição dos bens da vida. É presunção absoluta, *iure et de iure*, que aqueles que ocupam a posição de consumidor sejam sempre vulneráveis diante dos fornecedores de bens e serviços, que sejam a parte mais fraca da relação, dado o fato de que “não dispõem de controle sobre bens de produção e, por conseguinte, devem submeter-se ao poder dos

---

<sup>105</sup> O consumidor, conforme definido no CDC, é qualquer pessoa física ou jurídica que adquire produtos ou serviços como destinatário final, ou seja, para consumo próprio e não para revenda (art. 2º).

<sup>106</sup> CRUZ, André Pinheiro. *Punitive damages: origem e proposta de aplicabilidade temperada ao direito brasileiro*. Dissertação (mestrado) – Universidade de Brasília (UnB), Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado em Direito, Estado e Constituição, 2015 (p. 34).

titulares destes”.<sup>107</sup> Para satisfazer suas necessidades de consumo, é inevitável que procurem o mercado e se submetam às condições que lhes são impostas por quem produz. Trata-se antes de vulnerabilidade de ordem técnica – e não necessariamente econômica, aferida em concreto<sup>108</sup> –, em razão do monopólio dos meios de produção por parte do fornecedor.

A partir do reconhecimento da incontestável vulnerabilidade, a Constituição Federal de 1988 encarregou o Estado de promover, “na forma da lei, a defesa do consumidor” (art. 5º, XXXII c/c art. 48 – ADCT). Insere-se, essa norma, na perspectiva do **dirigismo contratual**, o Estado a invocar determinadas medidas para salvaguardar a supremacia dos interesses coletivos sobre os interesses meramente individuais dos contratantes, assumindo seu papel na coordenação dos setores da vida econômica. Faz parte dessa política de defesa do consumidor a aplicação de meios que visem à prevenção de reiterados abusos no mercado de consumo. Cuida-se de uma prevenção baseada na previsibilidade de uma punição, operacionalizada no e pelo direito; baseada na expectativa de que o direito será aplicado, e que, em caso de infração aos interesses juridicamente protegidos dos consumidores, segundo padrões constitucionais, legais e jurisprudenciais, uma sanção negativa será cominada. Uma sanção, aliás, que incorpora a dupla função do Direito do Consumidor: reparar os prejuízos havidos pela vítima e prevenir que demais prejuízos do mesmo

---

<sup>107</sup> ALMEIDA, João Batista de. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2003 (p. 18).

<sup>108</sup> Apesar de que a hipossuficiência possa ser constatada na maioria dos casos. No ano de 1985, a ONU, pela resolução 39/248, “baixou norma sobre a proteção do consumidor [...] reconhecendo expressamente ‘que os consumidores se deparam com desequilíbrios em termos econômicos, níveis educacionais e poder aquisitivo’” (ALMEIDA, *Op. Cit.*, p. 5). No entanto, a hipossuficiência é mais qualidade do sujeito em concreto numa relação jurídica do que da conceitualidade dos consumidores em geral. Nem todo consumidor é hipossuficiente no referido sentido da inferioridade econômica, educacional e cultural, mas todo consumidor é necessariamente vulnerável em virtude da posição de não conhecimento pleno do produto e do serviço, que ocupa numa transação caracterizada como consumo.

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

tipo sejam infligidos à mesma vítima ou a outrem, ou, *a fortiori*, à comunidade globalmente considerada.

A previsibilidade sobre a aprovação ou reprovação de condutas e as respectivas sanções que desse juízo derivam é um elemento imanente, essencial e estrutural do Direito. Segundo uma lógica de dupla via, as normas jurídicas a um só tempo reprimem comportamentos antijurídicos e induzem comportamentos amoldados às suas prescrições. As funções dos comandos jurídicos são, portanto, cumulativamente **negativas e positivas**.

Por esse motivo, uma política de relações de consumo jamais será completa se não contemplar o aspecto bidimensional; se não encetar, para além da indenização dos danos, a coibição de abusos praticados no mercado de consumo:

Deve garantir-se não só a repressão dos atos abusivos, como a punição de seus autores e o respectivo ressarcimento, senão também a atuação preventiva tendente a evitar a ocorrência de novas práticas abusivas, afastando-se aquelas que podem causar prejuízos aos consumidores, como concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais. A coibição preventiva e eficiente dessas práticas representa desestímulo aos potenciais fraudadores. *A contrario sensu*, a ausência de repressão, ou mesmo o afrouxamento, representará impunidade, e, pois, estímulo.<sup>109</sup>

Ao atuar positivamente na dimensão preventiva, o Estado realiza uma **política pública**. E essa política pública só ganha vigor e eficiência ao partir-se do pressuposto de que as expectativas de punição serão cumpridas, pelo órgão aplicador das leis, toda vez que *i*) as normas consumeristas forem descumpridas e *ii*) for constatado dano a um indivíduo, a um conjunto de indivíduos, a toda a coletividade ou aos interesses imateriais da sociedade. Do contrário, o desestímulo às ações

---

<sup>109</sup> ALMEIDA, *Op. Cit.*, p. 16.

dolosas ou culposamente danosas, quer intencionais, quer negligentes, não virá à tona, e os sujeitos recalcitrantes sentir-se-ão ainda mais estimulados a infringir a ordem jurídica sempre que lhes parecer vantajoso conforme uma equação envolvendo a lucratividade da infração e as expectativas pronunciadas de impunidade. Havendo punição adequada, proporcional e tempestiva, há razões para acreditar que a mesma conduta não será repetida no futuro, de tal sorte que se propicia um estado de usufruto de segurança jurídica ao mercado de consumo.

Muitas vezes o Poder Judiciário se arroga a posição de omitir-se perante as violações das normas de consumo, no mais das vezes sob o subterfúgio da “indústria do dano moral”. Mormente nos casos em que aprecia alegações de violência psíquica e extrapatrimonial contra os consumidores, boa parte dos juízes tende a olvidar a função preventiva que lhes cabe engendrar, mesmo quando o prejuízo não for monetariamente quantificado ou quantificável. A execução de uma indenização ou multa punitiva (por exemplo, o instituto alienígena do *punitive damage*)<sup>110</sup> não será necessariamente revertida em termos de enriquecimento ilícito para a outra parte. A sistemática normativa do ordenamento brasileiro não só abriga, como **exige** a prevenção do Estado no âmbito de uma política das relações de consumo.

No que se recusa a condenar com a devida severidade, o Judiciário causa um efeito social teratológico em que o ofensor paga menos e o ofendido recebe menos do que deveriam. No limite, fomenta uma cultura de prevalência da sensação de impunidade. Grandes empresas frequentemente se locupletam dos próprios ilícitos, pois

---

<sup>110</sup> O instituto do *punitive damage* surge como um mecanismo de desestímulo das condutas reprováveis que fazem parte da atuação empresarial. Embora tenha sido desenvolvido com maior vigor nos Estados Unidos no século XX, a primeira previsão de indenização múltipla no direito anglo-saxônico remonta ao *Statute of Councester*, Inglaterra, datada de 1278, raiz de uma tradição que veio a ser elaborada no séc. XVIII, na forma da doutrina do *exemplary damage* como um meio para justificar a atribuição de indenização quando não havia prejuízo tangível relativo a casos de danos extrapatrimoniais. Conferir: CRUZ, *Op. Cit.*

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

deixam de investir *a priori* o necessário para assegurar uma irrepreensível qualidade do produto, ao passo que deixam de arcar *a posteriori* com os altos valores indenizatórios que porventura lhes seriam impingidos. Condenações em valores **na prática** irrisórios “não ensejam o impacto necessário para que as empresas que atuam à margem do ordenamento jurídico mudem sua forma de atuar”.<sup>111</sup> Em síntese, subscrevemos a seguinte formulação:

O juízo de previsibilidade das respostas judiciais é decisivo para moldar as condutas sociais. O Direito não pode apenas repreender condutas ilícitas, como deve fomentar e estimular condutas lícitas. Enquanto houver decisões judiciais impondo penas pecuniárias irrisórias às empresas praticantes de condutas reprováveis, o sistema não tende à mudança e os cidadãos e cidadãs continuam a mercê do descaso e desprezo da atividade comercial que insiste em perpetrar atitudes paralelas ao bom convívio social.<sup>112</sup>

A pena pecuniária prova-se eficiente fator de desestímulo, em especial quando atinge empresas que deliberadamente propagam danos em escala massiva, amparadas pelo raciocínio do custo/benefício entre o lucro auferido pelo produto no mercado e a indenização a ser paga aos indivíduos que **apenas eventualmente** recorrerão ao Judiciário em busca de ressarcimento por danos sofridos.<sup>113</sup> As regras de responsabilidade civil precisam estabelecer um parâmetro com base no qual os agentes causadores de dano tomem consciência dos custos de prevenção e reparação. A repreensão eficiente dos danos mediante prevenção possui, ressalte-se, primazia sobre o aspecto da compensação;

---

<sup>111</sup> CRUZ, *Op. Cit.*, pp. 70, 76.

<sup>112</sup> *Ibidem*, p. 120.

<sup>113</sup> Conferir MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. “Usos e abusos da Função Punitiva (‘Punitive Damages’ e o Direito Brasileiro)”, *Revista da AJURIS / Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul* – v. 32, n. 100. – Porto Alegre: AJURIS, 1974- ano de 2005 (pp. 232-233).

afinal, o mais recomendável e benéfico para o consumidor e para toda a sociedade é que o dano sequer venha a ocorrer.

O Tribunal de Justiça de Roraima se alinha ao entendimento prevalecente acerca dos princípios do Direito Consumerista, segundo o qual uma sentença indenizatória nessa área deverá ser composta de “aspectos compensatórios e didáticos”. A título ilustrativo, transcrevamos a Ementa da Apelação Cível n. 0010.15.813261-2, de lavra do Rel. Des. Mozarildo Cavalcanti:

APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO DO CONSUMIDOR - ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO - NÃO AÇIONAMENTO DOS AIRBAGS - PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA – JULGAMENTO ANTECIPADO – PROVA PERICIAL PRODUZIDA EM AÇÃO CAUTELAR DE ANTECIPAÇÃO DE PRODUÇÃO DE PROVA – PROVA TESTEMUNHAL – DESNECESSIDADE – PRELIMINAR REJEITADA – PRELIMINAR DE NULIDADE POR JULGAMENTO EXTRA PETITA – ACOLHIMENTO DE PEDIDO ALTERNATIVO – PRELIMINAR REJEITADA – MÉRITO – DANO MORAL – CABIMENTO – VALOR DA INDENIZAÇÃO – RAZOABILIDADE – **ASPECTOS COMPENSATÓRIO E DIDÁTICO DA INDENIZAÇÃO** – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJRR – AC 0010.15.813261-2, Rel. Des. MOZARILDO CAVALCANTI, 1ª Turma Cível, julg.: 10/08/2017, DJe 17/08/2017, p. 12). (Grifo nosso).

Em seu voto, o Eminentíssimo Desembargador evoca textualmente o duplo caráter da indenização. Ciente da necessidade de que a indenização fosse significativa a ponto de causar impacto na parte condenada, manteve seu valor, arbitrado em primeira instância em R\$ 91.700,00 revertidos em danos morais, ao qual se somaram perdas e danos e pagamento de custas processuais e honorários advocatícios sucumbenciais. Uma indenização de tal monta certamente inibirá a indústria de veículos automotores infratora de prosseguir omitindo informações a respeito de seu produto, de sorte a ensejar oportuna função pedagógica.

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

Os casos em que os Juizados Especiais Cíveis e a Turma Recursal do Estado de Roraima negligenciam o caráter dúplice das sentenças são, infelizmente, rotineiros, e pode-se dizer, sem reservas, que destoam do entendimento comum do órgão jurisprudencial responsável por uniformizar a interpretação dos dispositivos legais naquela circunscrição judicial.<sup>114</sup> Se alguns juízes se furtam da indeclinável responsabilidade pública de emitir decisões de natureza didático-pedagógica, no âmbito de uma política pública de proteção do consumidor, fazem-no à revelia da melhor interpretação do direito vigente, sufragada inclusive pelo Tribunal de segunda instância a que estão submetidos no nível da interpretação legal.<sup>115</sup> Fazem-no – o que é mais grave – no contrapasso dos ideais republicanos que fundamentam um contrato social que confia ao Judiciário a defesa da Justiça, da ordem jurídica

---

<sup>114</sup> De acordo com o Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015): “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”.

<sup>115</sup> Afinal de contas, as decisões de todos os órgãos jurisdicionais do Estado – juízos singulares ou tribunais colegiados, comuns ou especiais, estaduais ou federais – devem ser uniformizadas, pois o Estado possui o dever de dizer o direito com integridade e coerência, derivado de seu dever mais geral de tratar a todos os cidadãos com igual consideração e respeito. Inadmissível que tribunais decidam questões semelhantes aplicando distintamente as mesmas leis e resolvendo-as em direções contrárias, pois, neste caso, o Estado deixaria de falar com uma só voz e, portanto, renunciaria ao imperativo de integridade gerado pelo princípio da igualdade. Uma entidade – e o Estado é uma entidade coletiva, a personificação do “nós” coletivo – não pode ser autora de decisões incoerentes e contraditórias. Especialmente por isso, decisões judiciais devem sempre ser tomadas com base em princípios (em interpretações sobre quais direitos e quais obrigações temos), nunca em políticas de gerenciamento e maximização de resultados. O Judiciário, diferentemente do Legislativo – eleito pelos cidadãos e sujeito à obrigação de responsividade e ao mecanismo de *accountability* – não tem legitimação especial para decidir com fulcro em argumentos de política. Estes devem ficar adstritos às instituições democráticas eleitas, ao governo em sentido estrito. Caso contrário, teríamos um Judiciário ilegítimo e autoritário, pois indomável pelos instrumentos de controle social. Conferir essas teses em: DWORKIN, Ronald (1999). *O império do direito*. 1ª ed. Trad.: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes.

e dos direitos fundamentais dos cidadãos, na medida em que alimentam e reproduzem uma insidiosa política judiciária restritiva de jurisdição.

## **O IMPRETERÍVEL PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA, O CONTRATO SOCIAL E A CRÍTICA À POLÍTICA JUDICIÁRIA RESTRITIVA DE JURISDIÇÃO PROFESSADA PELOS JUIZADOS ESPECIAIS**

O Judiciário tem executado uma temerária política judiciária restritiva de jurisdição destinada a diminuir o número de processos que chegam a seu escrutínio. Isso pode ser verificado sobretudo nos Juizados Especiais e respectivas Turmas Recursais. Certamente, ninguém discordaria da hipersaturação dos órgãos judiciais, que vai muito além de sua correspondente capacidade instalada de absorção de demandas.<sup>116</sup> Precisamos de uma reforma judiciária, de reformas no sistema recursal, de mais investimento na **qualidade** da jurisdição. Isso não autoriza, contudo, que o façamos de modo antidemocrático. São os legisladores os responsáveis por operacionalizar, mediante leis democraticamente discutidas e votadas, uma tal reforma. Não é aceitável que os juízes, do alto de sua posição aristocrática, realizem essa reforma a todo custo, ao atacar dispositivos constitucionais e legais, extrapolar a legitimidade de sua competência – baseada no manejo exclusivo de argumentos embasados em direitos –, e afrontar, por fim, os direitos fundamentais do cidadão.

Apesar dos avanços deflagrados pela novel legislação processual (Lei n. 13.105/2015, o Novo Código de Processo Civil) contra a propalada jurisprudência defensiva,<sup>117</sup> então em plena consolidação, a

---

<sup>116</sup> Em 2014, o Poder Judiciário possuía um estoque de 70,8 milhões de processos, o total de processos baixados sendo inferior ao de ingressados. Como consequência, a taxa de congestionamento naquele ano foi de 71,4%, com aumento de 0,8% em relação a 2013.

<sup>117</sup> Convencionou-se denominar “jurisprudência defensiva” o particular modo de gestão do ingresso e das condições de admissibilidade/prosperidade de uma pretensão jurídica. Em crescente desenvolvimento desde 2004 no Supremo Tribunal Federal, o termo

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

intolerável política judiciária restritiva de jurisdição prossegue com toda força, com supedâneo nos procedimentos rotineiros dos Juizados Especiais. Muitas das vezes, o pouco apreço dispensado pelo julgador às “pequenas causas” conflagra uma hipótese de cerceamento da devida prestação jurisdicional. Nas causas que enfrentam relações de consumo em massa – como aquelas que têm como litigantes, de um lado, consumidores hipossuficientes e, de outro, grandes corporações dos ramos de telecomunicações e transportes – tem faltado às decisões judiciais a devida severidade diante de práticas abusivas reiteradas de empresas que lesam incansavelmente os cidadãos mediante a prestação deficitária de serviços. Sentenças isentas de caráter pedagógico contribuem para a replicação das práticas abusivas, enquanto sentenças brandas podem ser insignificantes tanto do ponto de vista financeiro quanto do ponto de vista da reputação das empresas, não servindo ao escopo de prevenção de ilegalidades, um dos propósitos da imposição de sanções jurídicas.

Das decisões dos Juizados, deduz-se uma compreensão de que, frequentemente, deixa-se de condenar uma empresa sob o pretexto de que, em caso de condenação, se estaria fomentando a “indústria do dano moral”. Sucessivas condenações embasadas em danos morais dariam azo ao enriquecimento sem causa das partes pleiteantes. Então, muitas ações são julgadas improcedentes com o argumento de que naquele caso específico, em lugar de dano moral configurado, houve “mero aborrecimento”, circunstância não ensejadora de reparação pecuniária. Entendo que o argumento da “indústria do dano moral”, aplicado em larga escala de modo a ignorar a profunda análise e a adequada

---

jurisprudência defensiva não passa de uma rotulação eufemística de um dos aspectos do que venho chamando de política judiciária restritiva de jurisdição. Grosso modo, consiste em um conjunto de entendimentos sem amparo legal – sejam extralegais ou até mesmo *contra legem* – voltados a obstaculizar o exame do mérito dos recursos (principalmente dos recursos Extraordinário e Especial em sede cível) por meio da exacerbada rigidez conferida aos requisitos formais de admissibilidade recursal.

consideração do dano moral alegado, trata-se de mais uma das facetas da política judiciária restritiva de jurisdição.

Cabe ao Judiciário fazer essa espécie de “obstrução à Justiça” ao arrepio da lei? Os juízes acreditam que resolverão a crise da saturação judiciária simplesmente restringindo o sagrado direito de acesso à justiça? E, mesmo se assim fosse, compete ao Judiciário realizar esse tipo de “escolha” inerentemente política?

Em uma democracia, o Poder Judiciário não pertence à magistratura: os juízes desempenham função pública, e, por essa mesma razão, não podem dispor da **obrigatoriedade** de prestar a tutela jurisdicional justa e adequada, a qual se trata de dever vinculado à soberania popular. Os juízes não podem dispor da jurisdição, antes *devem* julgar os casos que lhes são desafiados à luz da melhor interpretação do direito vigente. E cada caso acarreta um determinado nível de complexidade, interpelando o juiz a debruçar-se sobre o desiderato de trazer a decisão correta, nomeadamente aquela mais consentânea com o conjunto de princípios e regras constitucionais interpretados de forma íntegra, coerente e moralmente responsável.

Segundo o magistério dos eminentes processualistas Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, o acesso à justiça a que se ambiciona não é o mero ingressar com uma demanda judicial, mas o **acesso à ordem jurídica justa**; a uma solução que traga justiça aos participantes envolvidos no processo.<sup>118</sup> Não basta que o Estado se abra para o direito de ação; é necessária uma tutela jurisdicional adequada.<sup>119</sup> Acompanhamos o balizado entendimento de Fredie Didier Jr.:

---

<sup>118</sup> ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008 (p. 39).

<sup>119</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 11ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2009 (p. 91).

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

Bem pensadas as coisas, conquistou-se, ao longo da história, um direito à demora na solução dos conflitos. A partir do momento em que se reconhece a existência de um direito fundamental ao processo, está-se reconhecendo, implicitamente, o direito de que a solução do conflito deve cumprir, necessariamente, uma série de atos obrigatórios, que compõem o conteúdo mínimo do devido processo legal. A exigência do contraditório, o direito à produção de provas e aos recursos, certamente, atravancam a celeridade, mas são garantias que não podem ser desconsideradas ou minimizadas. É preciso fazer o alerta, para evitar discursos autoritários, que pregam a celeridade como valor insuperável. Os processos da Inquisição poderiam ser rápidos. Não parece, porém, que se sente saudade deles.<sup>120</sup>

Argumenta-se que uma política judiciária restritiva de jurisdição promoveria o princípio da duração razoável do processo e conduziria a eficiência ao status de parâmetro de consecução da justiça. Mas, em contrapartida, a maior receptividade à resolução quantitativa de processos poderia comprometer a qualidade das decisões judiciais, tornando-se ela mesma um fator restritivo não apenas de acesso à jurisdição, como também de direitos – no caso, do direito fundamental a uma tutela judicial justa e adequada. A política judiciária restritiva de jurisdição torna as normas constitucionais ineficazes, daí ser lícito afirmar que ela se trata, igualmente, de uma **política judiciária restritiva de direitos constitucionais**. A criação de requisitos *contra legem* é inconstitucional. Nem mesmo um argumento utilitário, segundo o qual o julgamento do maior número de demandas no mais curto espaço de tempo causaria mais bem-estar, felicidade ou satisfação social, pode ser capaz, em um Estado democrático de direito regido por uma constituição e inspirado pelo ideal de justiça social, de esmagar os direitos individuais de cada cidadão. Cada cidadão de uma comunidade política, afinal, deve ser tratado com igual respeito e com insuspeita dignidade pelas instituições.

---

<sup>120</sup> *Ibidem*, p. 55.

O princípio do acesso à justiça insculpido no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, e, agora, no art. 3º do NCPC, integra o núcleo da tradição jurídica dos Estados de Direito. Este dispositivo trata mais exatamente do acesso universal à jurisdição, ou da inafastabilidade do controle judicial: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. O direito de ação judicial configura um direito subjetivo que cria um dever de contraprestação do Estado: a obrigação de prover a tutela jurisdicional sempre que houver **alegação** de lesão ou ameaça a direito. Mas é também cediço que o mesmo inciso consagra o princípio do **acesso à justiça**, o qual inclui o acesso à jurisdição e o direito de ação, seu corolário, mas não se restringe a eles; mais além, abrange um conteúdo deveras mais amplo.

O acesso à justiça vincula-se ao imperativo de efetividade do processo judicial. Para que a efetividade seja conquistada, exige-se uma série de garantias em benefício do cidadão: a universalidade da jurisdição, isto é, a mais ampla admissão de pessoas e causas; a observância das regras do devido processo legal e do contraditório; uma verdadeira participação dialógica entre o juiz, a advocacia e as partes, na busca cooperativa pela “verdade”; a assistência jurídica integral e gratuita para os necessitados, incluindo-se a assistência jurídica extrajudicial e pré-processual; e, finalmente, a prolação de decisões justas e efetivas, que apreciem responsabilmente as provas, deem aos fatos um adequado enquadramento jurídico e interpretem corretamente os textos do direito positivo, ou seja, decisões que contemplem a quem tem um direito “tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter”.<sup>121</sup>

É pressuposto inafastável dos Estados democráticos de direito a possibilidade de provocar, mediante petições, a resposta do Estado ante um conflito de interesses de coloração jurídica. Esse, entre outros, é um dos motivos que justificam a instauração de uma sociedade politicamente

---

<sup>121</sup> ARAÚJO CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO. *Op. Cit.*, p. 41.

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

organizada, regida por uma Constituição (ou, em termos filosóficos, por um “**contrato social**”). Em busca da manifestação do Estado para dirimir os conflitos de interesses, os indivíduos abriram mão do poder antissocial de exercitar a vingança privada e a defesa arbitrária das próprias razões, e, por conseguinte, transferiram ao Estado o monopólio do uso legítimo da força.

No célebre “Do contrato social”, Jean-Jacques Rousseau esboça os fundamentos de um pacto social legítimo com o qual seja viável a manutenção da liberdade civil em uma “forma de associação que defenda e proteja, com toda a força comum, a pessoa e os bens de cada associado”. Rousseau enaltece o autogoverno como o método para a libertação humana: somente por meio de leis postas por si próprios, os cidadãos encontrarão sua liberdade civil – uma vez que perderam sua liberdade natural – e escaparão da sujeição imposta pelos governos tirânicos. Obedecer à lei que prescreve a si mesmo é um ato de liberdade: eis o princípio radicalmente democrático da **soberania popular**.

Autogoverno pressupõe um equilíbrio entre liberdade e igualdade. Ambas andam juntas: um povo só será livre se e quando “elaborar suas leis num clima de igualdade, de tal modo que a obediência a essas mesmas leis signifique, na verdade, uma submissão à deliberação de si mesmo e de cada cidadão, como partes do poder soberano”.<sup>122</sup> Um contrato social legítimo, portanto, pressupõe uma forte ideologia igualitária escorada na soberania do povo; requer uma unidade baseada na igualdade política entre todos os cidadãos, uma unidade que componha a vontade geral que a todos e a cada um submete. Essa igualdade não se trata da negligência ou da supressão das diferenças e

---

<sup>122</sup> ROUSSEAU *apud* NASCIMENTO, Milton Meira do. “Rousseau: da servidão à liberdade”. In: WEFFORT, Francisco C. (org.). *Os clássicos da política*. Vol. 1. 14 ed. São Paulo: Ática, 2006, (pp. 189 -241).

das divergências;<sup>123</sup> pelo contrário, reconhecendo as desigualdades naturais, o contrato social as substitui por uma igualdade moral que torna todos os homens e mulheres iguais por convenção, na medida em que desfrutam dos mesmos direitos e que devem obediência às mesmas leis gerais e abstratas. Não houvesse um ponto de concórdia, um denominador comum aos interesses plurais e díspares que compõem o vínculo social, nenhuma sociedade poderia existir. Para dizer lapidarmente: democracia não é um governo de grupos ou de elites; é um governo da vontade geral dirigido ao alcance do bem comum.

E o acesso amplo e desembaraçado à justiça é um dos elementos que dão contorno ao contrato social. Tão somente pela possibilidade de todos os cidadãos terem igualmente suas demandas ouvidas e resolvidas pelo poder decisório do Estado, no exercício de sua função jurisdicional, é que a soberania popular, o autogoverno e o bem comum poderão triunfar. Um Estado que leve a sério o princípio da igualdade deve tratar com igual consideração e respeito todas as demandas que lhe são ofertadas, todas as lides que lhe são submetidas, donde cada cidadão, membro do pacto político, se sentirá singularmente privilegiado e satisfeito por ter confiado a pacificação social ao alvitre do Estado.

Um Estado plenamente comprometido com os fundamentos do contrato social democrático, portanto, rejeita intrinsecamente uma política judiciária restritiva de jurisdição, ao passo que abraça a defesa dos direitos dos consumidores, e a responsabilidade dúplice de reparar prejuízos sofridos e de prevenir pedagogicamente a prática de comportamentos antissociais e ilícitos por parte dos fornecedores no mercado de consumo. Os magistrados que integram os Juizados Especiais precisam estar conscientes de sua responsabilidade pública, sob pena de verem esgarçadas as mais valiosas

---

<sup>123</sup> Abordo o tema da diferença e da divergência como componentes estruturais da democracia em: <http://www.conjur.com.br/2016-jul-12/antonio-oneildo-ferreira-democracia-protoger-discordancia>. Acesso em: 12/09/2017.

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

conquistas democráticas, entre as quais se inclui um Poder Judiciário deferente ao Direito e à Justiça.

### CONCLUSÃO

Diante dos pressupostos teóricos, doutrinários, normativos e jurisprudenciais aqui alicerçados, obtemos um acervo de contribuições para avaliar criticamente a atuação dos Juizados Especiais brasileiros, e, em particular, dos Juizados Especiais e da Turma Recursal do Estado de Roraima. É possível constatar que as sentenças que julgam conflitos em relações de consumo, tendencialmente irrisórias no valor da condenação, ou mesmo que julgam improcedentes os pedidos dos consumidores com base em subterfúgios como o enriquecimento ilícito, o “mero aborrecimento” ou a “indústria do dano moral”:

- a) destoam do conjunto de princípios constitucionais que asseguram os direitos dos consumidores, sempre partes vulneráveis nas relações jurídicas, e que promovem uma política pública das relações de consumo e de defesa do consumidor;
- b) enfraquecem o contrato social, especialmente o princípio da soberania popular, na medida em que negam aos cidadãos a responsabilidade estatal da pacificação social, que advém do monopólio estatal do uso legítimo da força e do poder jurisdicional;
- c) colocam em cena uma política judiciária restritiva de jurisdição tendente a obstruir o acesso à ordem jurídica justa – o princípio constitucional do acesso à justiça, cotejado com o princípio da universalidade da jurisdição ou da inafastabilidade do Poder Judiciário – considerando que os juízes não podem dispor da obrigatoriedade de prestar a tutela jurisdicional justa e adequada, a qual se trata de dever vinculado à soberania popular;
- d) e, finalmente, descumprem a dúplice função punitiva/pedagógica das sentenças judiciais no campo consumerista; portanto, descumprem as finalidades negativas e positivas do Direito.

PARTE III  
CIDADANIA



## 7 EM UMA MESMA DECISÃO, TCU ATENTA CONTRA A AUTONOMIA DA OAB E A AUTORIDADE DO STF

---

**Dentre os escândalos jurídicos que marcaram o ano de 2018, sobressai decisão do Tribunal de Contas da União (TCU) que exprimiu verdadeira aberração em matéria constitucional.** O entendimento de que a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) deve submeter-se à jurisdição do TCU, sufragado pelo Plenário daquele órgão em assentimento ao voto do Relator Bruno Dantas, a um só tempo põe em xeque a autonomia estatutária da Ordem e a autoridade do Supremo Tribunal Federal (STF). Isto é, verificou-se uma clara afronta a princípios basilares da República, notadamente à independência institucional que caracteriza a separação de poderes.

Em síntese, segundo o Acórdão 2573, publicado em 7 de novembro de 2018, a OAB deve ser incluída como unidade prestadora de contas ao TCU, uma vez que dotada de natureza autárquica e administradora de recursos tributários. Logo, por força do art. 71, II da Constituição – que trata das entidades que administram valores públicos da administração direta ou indireta –, a OAB, enquanto gestora de contribuições parafiscais, há de submeter-se ao controle e à fiscalização daquele colegiado de contas. Não obstante, tal decisão mostra-se flagrantemente equivocada, em termos hermenêuticos, seja do ponto de vista **formal**, seja do ponto de vista **material**.

A decisão plenária é *i*) formalmente incorreta, pois o TCU carece de competência para infirmar decisão anterior do STF em controle abstrato de constitucionalidade – no caso, aquela subjacente à ADI 3.026/DF; e *ii*) materialmente incorreta, porque ignora a inderrogável e inegociável natureza autônoma da OAB no desenho constitucional pátrio.

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

**O argumento (i) já deveria ser suficiente.** Em um sistema institucional hierarquicamente estruturado, nenhum órgão pode sobrepor sua competência à de outro. Em conformidade com o art. 102, I, “a” da Constituição, tão somente ao STF pertence o monopólio de exercer o controle concentrado de constitucionalidade de leis e atos normativos. E o STF, em sede de controle de constitucionalidade (ADI 3.026/DF, Rel. Min. Eros Grau),<sup>124</sup> já se manifestara categoricamente acerca da natureza

---

<sup>124</sup> “EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 1º DO ARTIGO 79 DA LEI N. 8.906, 2ª PARTE. "SERVIDORES" DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. PRECEITO QUE POSSIBILITA A OPÇÃO PELO REGIME CELESTISTA. COMPENSAÇÃO PELA ESCOLHA DO REGIME JURÍDICO NO MOMENTO DA APOSENTADORIA. INDENIZAÇÃO. IMPOSIÇÃO DOS DITAMES INERENTES À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA. CONCURSO PÚBLICO (ART. 37, II DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL). INEXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO PARA A ADMISSÃO DOS CONTRATADOS PELA OAB. AUTARQUIAS ESPECIAIS E AGÊNCIAS. CARÁTER JURÍDICO DA OAB. ENTIDADE PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO INDEPENDENTE. CATEGORIA ÍMPAR NO ELENCO DAS PERSONALIDADES JURÍDICAS EXISTENTES NO DIREITO BRASILEIRO. AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA DA ENTIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 37, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. NÃO OCORRÊNCIA. 1. A Lei n. 8.906, artigo 79, § 1º, possibilitou aos "servidores" da OAB, cujo regime outrora era estatutário, a opção pelo regime celetista. Compensação pela escolha: indenização a ser paga à época da aposentadoria. 2. Não procede a alegação de que a OAB sujeita-se aos ditames impostos à Administração Pública Direta e Indireta. 3. A OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro. 4. A OAB não está incluída na categoria na qual se inserem essas que se tem referido como "autarquias especiais" para pretender-se afirmar equivocada independência das hoje chamadas "agências". 5. Por não consubstanciar uma entidade da Administração Indireta, a OAB não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada. Essa não-vinculação é formal e materialmente necessária. 6. A OAB ocupa-se de atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada, na medida em que são indispensáveis à administração da Justiça [artigo 133 da CB/88]. É entidade cuja finalidade é afeita a atribuições, interesses e seleção de advogados. Não há ordem de relação ou dependência entre a OAB e qualquer órgão público. 7. A Ordem dos Advogados do Brasil, cujas características são autonomia e independência, não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional. A OAB não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas. Possui finalidade institucional. 8. Embora decorra de determinação legal, o regime estatutário imposto aos empregados da OAB não é compatível com a entidade, que é autônoma e independente. 9. Improcede o pedido do

jurídica da OAB, declarando-a entidade *sui generis*, ímpar no ordenamento jurídico brasileiro, independente, autônoma e desatrelada do Poder Público, portanto não sujeita ao controle de contas do TCU, na medida em que não recebe recursos da União. Essa decisão é definitiva e imutável, pelo menos até que o próprio Tribunal venha a revisá-la na forma cabível. Cabe a todos os demais órgãos públicos nacionais obedecê-la, uma vez que as decisões do controle abstrato de constitucionalidade irradiam efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes*.

O TCU claramente desobedeceu a jurisprudência do STF. Arrogou-se uma competência inexistente, uma supremacia jurisdicional inimaginável. A melhor doutrina, hoje, reconhece que o TCU não tem, em nenhuma hipótese, autorização para realizar controle de constitucionalidade, nem por via difusa, tampouco por via concentrada. Dessa forma, nem mesmo pode deixar de aplicar leis que considere inconstitucionais, a despeito da autorização da Súmula 347 do STF.<sup>125</sup> Sendo a referida Súmula datada de 1963, aprovada sob a vigência da obsoleta Constituição de 1946, ela evidentemente resta revogada pelo advento da nova ordem constitucional de 1988 e de sua principiologia.

Basta lembrar, por exemplo, que se presenciava um contexto político, institucional e constitucional completamente distinto do atual. O rol de órgãos legitimados a provocar o STF no processo de controle abstrato de normas foi ampliado sobremaneira com o advento da Constituição vigente. Em grande medida o controle concreto de normas

---

requerente no sentido de que se dê interpretação conforme o artigo 37, inciso II, da Constituição do Brasil ao caput do artigo 79 da Lei n. 8.906, que determina a aplicação do regime trabalhista aos servidores da OAB. 10. Incabível a exigência de concurso público para admissão dos contratados sob o regime trabalhista pela OAB. 11. Princípio da moralidade. Ética da legalidade e moralidade. Confinamento do princípio da moralidade ao âmbito da ética da legalidade, que não pode ser ultrapassada, sob pena de dissolução do próprio sistema. Desvio de poder ou de finalidade. 12. Julgo improcedente o pedido” (ADI 3026, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2006, DJ 29-09-2006 PP-00031 EMENT VOL-02249-03 PP-00478 RTJ VOL-00201-01 PP-00093)”.

<sup>125</sup> Ementa da Súmula 347 do STF: “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público”.

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

tornou-se prejudicado, pois desnecessário. Afinal, o instituto do controle concentrado de constitucionalidade foi deveras aprimorado no período pós-88, e sequer existia quando da edição da Súmula retromencionada – a qual surgiria no ordenamento pátrio apenas com a promulgação da Emenda n. 16, de 1965.

É indubitável que o TCU é órgão autônomo e independente, não subordinado hierarquicamente a quaisquer dos Poderes da República (embora pertença à estrutura do Poder Legislativo, incluído pela Constituição no capítulo desse Poder) , e ostenta envergadura constitucional, sendo encarregado de funções institucionais próprias, em vista de um bloqueio de vinculação hierárquica entre tais órgãos.<sup>126</sup> Porém, deve-se salientar que o TCU sequer tem função jurisdicional. Tampouco está incluído no rol taxativo de órgãos jurisdicionais do art. 92 da CF. O nominalismo e a técnica imprecisa da linguagem constitucional, que utilizam terminologia imprópria ao evocar equivocadamente termos inerentes ao universo judicial, como “tribunal” e “jurisdição”, não são suficientes para mudar a natureza jurídica de uma instituição. O TCU é, assim como o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão *sui generis* da República,<sup>127</sup> com estrita atribuição de natureza administrativa, de modo que lhe é dado apreciar somente a legalidade, e

---

<sup>126</sup> Impende sobre o Tribunal de Contas o dever de auxiliar o Poder Legislativo na execução material do sistema de Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária albergado no art. 70 – CF. Em âmbito da União, o Tribunal de Contas da União (TCU) é órgão de controle externo responsável por auxiliar a fiscalização que compete ao Poder Legislativo, em conformidade com o art. 71 – CF. A despeito disso, não está hierarquicamente submetido ao Poder Legislativo: há, entre eles, uma relação de cooperação – e não de subordinação –, em virtude da qual se mantém apenas um vínculo institucional. Tampouco integra o Poder Executivo, dado que é necessário garantir-lhe a imparcialidade esperada para a vigilância da execução orçamentária. Trata-se, pois, de instituição especialmente autônoma e, dessa feita, *sui generis*, protegida por um bloqueio constitucional de vinculação hierárquica.

<sup>127</sup> Conferir artigo de minha autoria que aprofunda esse tema, intitulado “As instituições *sui generis* da República”. In: FERREIRA, Antonio Oneildo. *A natureza contramajoritária da advocacia: direitos humanos, igualdade de gênero e democracia*. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2017 (p. 301-321).

não a constitucionalidade dos atos administrativos e das leis. Os órgãos administrativos, não-jurispcionais, podem apenas aplicar a jurisprudência uniforme já firmada pelo Supremo, visto que a este compete a guarda da Constituição, tendo suas decisões efeito vinculante para todos os demais órgãos estatais. Assim assenta a determinação constitucional do art. 102, § 2º.<sup>128</sup> A rigor, devido à força cogente das decisões da Suprema Corte, os órgãos administrativos **devem** vincular-se àquele entendimento.<sup>129</sup>

Por isso, ainda conforme a doutrina majoritária largamente pacificada, não se pode atribuir às suas decisões o caráter de definitividade, em vista do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV da CF). Suas decisões de natureza administrativa e técnica só podem tornar-se imutáveis em âmbito administrativo. Seria um contrassenso pensar que um órgão administrativo, despojado de atribuições judiciárias, possa usurpar competências da mais alta Corte nacional. Seria o mesmo que dizer, também, que a administração pública pode realizar controle difuso de constitucionalidade, quando, na verdade, ela está adstrita ao princípio da legalidade, devendo obedecer rigorosamente ao que dita a lei.

De modo semelhante entendeu o Min. Alexandre de Moraes, escoltado por sólidos argumentos, no mandado de segurança n. 35.410. Deixar de aplicar uma lei por entendê-la inconstitucional é necessariamente o mesmo que declará-la inconstitucional. E o TCU não

---

<sup>128</sup> *In verbis*: “As declarações definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efetivo vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

<sup>129</sup> Sobre esse tema, remeto ao artigo publicado pelo Min. Gilmar Mendes, intitulado “Controle de constitucionalidade por órgãos não jurisdicionais: o caso do TCU e do CNJ”. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-out-06/observatorio-constitucional-controle-constitucionalidade-orgaos-nao-jurisdicionais>>. Acesso em 16 de jan. de 2018.

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

tem legitimidade alguma para realizar controle de constitucionalidade. Segundo entendimento que o Ministro já esposava em seu pensamento acadêmico, o exercício dessa competência jurisdicional por um órgão administrativo de controle acarretaria desrespeito à Constituição, que tanto limita a competência jurisdicional aos órgãos do Poder Judiciário quanto estabelece a competência privativa do Supremo para declarar a inconstitucionalidade em abstrato. Mesmo que o mencionado verbete sumular não tenha sido formalmente cancelado, há forte corrente jurisprudencial no Supremo que o tem invalidado.<sup>130</sup>

**Não bastasse o insuperável argumento da incompetência formal (i), a decisão do TCU também é materialmente incorreta na medida em que ignora a inegociável natureza autônoma da OAB no desenho constitucional pátrio (argumento ii).** A OAB é instituição *sui generis* e, por ser protagonista na defesa dos direitos humanos e dos princípios constitucionais, inclusive atuando contra abusos das próprias autoridades estatais, deve manter sua insubordinação com relação ao Poder Público. É essencial que continue desatrelada do Poder Público. Submetê-la à vigilância do TCU seria o equivalente a cerceá-la em sua independência funcional, justamente porque não há controle onde há submissão nem há vigilância onde há deferência.

A fim de que a República Federativa do Brasil se preserve enquanto um Estado democrático de direito, e que o povo seja seu legítimo e genuíno soberano, a Constituição trouxe um engenhoso desenho institucional de freios e contrapesos (*checks and balances*), orientado à contenção das possíveis arbitrariedades decorrentes da concentração de poder da parte dos órgãos estatais. Identificamos manifesta adoção de um mecanismo de **bloqueio** da vinculação de

---

<sup>130</sup> Por exemplo, cite-se a o Mandado de Segurança nº 25.888 MC/DF, em que se determinou a suspensão dos efeitos de decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União (Acórdão nº 39/2006) no processo TC nº 008.210/2004-7 (Relatório de Auditoria).

algumas instituições aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, em razão da essência das peculiares atribuições por elas desempenhadas, de modo que não haja entre elas e outras instâncias governamentais uma acentuada subordinação hierárquica.

Para que se efetivem freios e contrapesos em face dos poderes públicos, é preciso que haja instituições **públicas**, eventualmente estatais, porém autônomas com relação aos Três Poderes, e, dessa maneira, aptas a empreender controle e fiscalização sobre estes, cabendo-lhes até mesmo litigar contra o interesse do próprio Estado em defesa do interesse social e coletivo. Sob essa perspectiva se insere a OAB no complexo desenho institucional traçado pela Constituição. É entidade incumbida de zelar pelos direitos dos cidadãos perante atos arbitrários do Estado. Deve, portanto, continuar pertencendo à sociedade civil.

Não se pode, portanto, sob pena de indesculpável incoerência, ter a OAB como **congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional**, haja vista sua dupla finalidade: além de finalidades corporativas, possui também finalidades institucionais. Ostenta, pois, caráter jurídico *sui generis*, sem par no ordenamento brasileiro. Portanto, foge à regra do enquadramento autárquico dos órgãos de fiscalização. Em razão do bloqueio de que é revestida, a OAB não recebe subvenções do tesouro público, sendo que seu custeio é exclusivamente provido pelas anuidades pagas pelos seus inscritos. Em suma, a OAB encarrega-se de **serviço público não estatal**. Não faz sentido que ela seja controlada pelo Tribunal de Contas da União. Tal compreensão é uma afronta à sua independência e um profundo desconhecimento de sua relevância social e político-institucional.



## 8 A REFORMA TRABALHISTA NA PERSPECTIVA DO CONTRATO SOCIAL

---

No dramático período que vivenciamos, marcado por crises econômicas, éticas e político-institucionais, o governo brasileiro vem lançando mão de medidas polêmicas e impopulares que, embora ameacem a tendência de equalização social deflagrada desde a última década, são tidas pelas elites políticas como valiosas apostas para o realinhamento com os interesses do capital. Faz parte desse movimento a promulgação da Lei n. 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista. Advogam pela tese da austeridade os partidários do governo e seus correligionários que formam a maioria parlamentar. De outro lado, os movimentos sociais, as associações da sociedade civil, os trabalhadores, os usufrutuários dos serviços públicos, bem como toda a cidadania engajam-se numa dura resistência ao que se mostra um dos maiores retrocessos em se tratando de bem-estar social da história republicana; sem exagero algum, à institucionalização do retrocesso.

Nada mais vislumbramos do que o velho e elementar conflito entre trabalho e capital, entre as elites sedentas por poder e as massas que lutam por sua sobrevivência e pelo reconhecimento de sua dignidade. Esse conflito, potencializado pela ascensão da doutrina do neoliberalismo, denuncia uma clara opção ideológica em favor das elites; escancara a corrosão do contrato social legítimo que mantém a sociedade íntegra, próspera, cooperante e produtiva. No limite, a Reforma Trabalhista conduzida pelo governo brasileiro condena a maior parcela da sociedade – a classe trabalhadora – à exclusão, à marginalização, à precarização e a um estado permanente de mal-estar. Tal circunstância destrói os resquícios de solidariedade social que mantêm um corpo político saudável.

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

Afinal, o que faria um cidadão entrar em um sistema no qual ele é tiranizado, explorado e impossibilitado de ascender socialmente? Por que motivo, nesse cenário desestimulante, obedeceria aos deveres derivados das leis, cumpriria obrigações políticas e pagaria impostos? Em suma, por que razão manter-se-ia fiel à ordem jurídica? Esperamos, no mínimo, refletir sobre essa indagação tão complexa, porém, ao mesmo tempo, tão vital para uma democracia justa.

### **RAÍZES IDEOLÓGICAS DO TRABALHO MODERNO E DO DIREITO DO TRABALHO**

Para desenvolver-se, o capitalismo demandava farta mão-de-obra, oportunamente encontrada graças à corrosão da sociedade tradicional pré-capitalista medieval, concentrada na vida rural e nas corporações de artesãos, na produtividade localizada em baixa escala, gradativamente substituída pelas máquinas e pelo opulento ambiente fabril. Um “exército” de homens, mulheres e crianças desvalidas compôs a primeira geração de proletários – pessoas cuja única posse era sua própria força de trabalho. Esse movimento de exploração do grosso caldo dos desamparados e miseráveis foi favorecido por duas estratégias de engenharia social: de um lado, a religião cristã legitima o dever do pobre de resignar-se quanto à vida que lhe fora reservada por Deus, e entregar-se à devoção à labuta; de outro, o Estado se centraliza e passa a impor todo um aparato de leis e técnicas de disciplinamento, que forjaram o necessário hábito da subordinação e da docilidade dos corpos e das mentes.<sup>131</sup> Instituições sociais como Igreja e Estado passaram a manipular uma ideologia de domesticação<sup>132</sup> das classes subalternas,

---

<sup>131</sup> CARMO, Paulo Sérgio do. *A ideologia do trabalho*. 2 ed. São Paulo: Moderna, 2005 (p. 42).

<sup>132</sup> A abordagem biopolítica do poder disciplinar perpassa toda a obra de Michel Foucault. Ver, por todos: FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade: a vontade de saber*. Vol I. 13ª ed, 1988. Trad.: Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal.

incutindo-lhes uma ética de exaltação das virtudes do trabalho. O Papa Leão XIII, sumo pontífice da Igreja Católica, em 1891 fez publicar a célebre Encíclica *Rerum Novarum*, pela qual se expressava claramente a concepção de que “o trabalho dignifica o homem”, tão corrente entre nós: “O trabalho do corpo, pelo testemunho comum da razão e da filosofia cristã, longe de ser um objeto de vergonha, honra o homem, porque lhe fornece um nobre meio de sustentar a sua vida”.<sup>133</sup>

Surgem neste período os primeiros discursos científicos, filosóficos e econômicos dedicados a profundas reflexões sobre o trabalho. O liberalismo político e econômico desponta como a primeira grande teoria filosófica legitimadora da nova ideologia do trabalho: ao defender o postulado geral da liberdade defronte do Estado, os liberais defendiam, em decorrência, a mínima intervenção do Estado, a livre concorrência, as “sagradas” liberdades individuais de contrato e propriedade privada, e, como não poderia ser de outra maneira, a liberdade do indivíduo para **vender** (alienar) sua força de trabalho em vias de manter sua subsistência e promover seu conforto.<sup>134</sup>

Nada obstante, conforme nos alerta a lição hegeliana da dialética do processo histórico, sabe-se que a toda predominância se opõe uma reação. O socialismo passou a denunciar o liberalismo, acusando-o de doutrina de disciplinamento da classe trabalhadora, de modo que protagonizou a primeira vultuosa contestação, em âmbitos teórico e político, do entusiasmo liberal. A reflexão socialista,<sup>135</sup> sobretudo aquela

---

<sup>133</sup> Ver CARTA ENCÍCLICA «RERUM NOVARUM» DO PAPA LEÃO XIII SOBRE A CONDIÇÃO DOS OPERÁRIOS “*Dada em Roma, junto de S. Pedro, a 15 de Maio de 1891, no décimo quarto ano do Nosso Pontificado*”. Disponível em: <[http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf\\_l-xiii\\_enc\\_15051891\\_rerum-novarum.pdf](http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.pdf)>. Acesso em 6 de ago. de 2018. (p. 7).

<sup>134</sup> CARMO, *Op. Cit.* (p. 53).

<sup>135</sup> Seria incorreto categorizar o socialismo como um mero pensamento especulativo e descritivo, pois se tratava de uma doutrina propositiva mais complexa de emancipação da classe trabalhadora, que apelava para diretrizes revolucionárias que conduziriam à libertação com relação ao trabalho alienante e explorador.

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

inspirada pelo materialismo histórico, parte da seguinte perplexidade: se só o trabalho gera riqueza, por que justamente quem a produz (ou seja, quem trabalha) não tem direito a ela? Basicamente a isto se refere o conceito de trabalho alienante: ao trabalho cujos produtos são alienados do ponto de vista do trabalhador. A relação entre as classes seria, pois, de **exploração**, já que o trabalhador despende toda a sua força produtiva em troca de uma pequena retribuição pecuniária, gerando mais lucro para o empregador do que recebendo em contrapartida (na linha do conceito de mais-valia da teoria marxista).

Acima de todas as crises cíclicas pelas quais passa o sistema capitalista, um binarismo fundamental se mantém constante e irreduzível: a dicotomia entre trabalho e capital. A crise que eclodiu no segundo quarto do século passado – cujo estopim é representado pela “quebra” da Bolsa de Nova Iorque em 1929 –, aliada à maciça pressão por melhores condições de vida do operariado, deu vazão ao surgimento do Estado social de direito, paradigma voltado à materialização dos antigos direitos formais do Estado liberal-burguês. Um Estado social em ascensão buscava gerenciar a sociedade rumo à diminuição das desigualdades sociais e à proteção dos menos favorecidos, por meio de um intervencionismo estatal na economia que promovesse um nível sustentável de seguridade social. Neste particular estágio, o direito acolhe as lutas dos trabalhadores, revestindo-as de forma jurídica. Países como México e Alemanha foram pioneiros na constitucionalização do Direito Trabalhista (em 1917 e 1919, respectivamente), a partir de quando se verificou a consolidação do constitucionalismo social que vigoraria ao longo das próximas décadas.

Foi nesse momento histórico que direitos sociais passaram a integrar a compreensão mais abrangente de direitos humanos – uma segunda geração de direitos. Tornaram-se, então, parte destacada daquilo que podemos vislumbrar como a **ideologia da dignidade humana**. Para os socialistas críticos mais radicais, essa ideologia da dignidade seria uma “concessão” do Estado capitalista com o objetivo de mascarar a

desigualdade social e amortizar a luta de classes. Se, nos primórdios do constitucionalismo moderno, o **conteúdo** constitucional se restringia às normas que dispunham sobre os limites do poder do Estado (normas que estabeleciam direitos dos indivíduos na sociedade política e a organização político-administrativa do Estado), com a passagem para o Estado social, o **conteúdo** constitucional (as normas constitucionais em sentido material) passa a agregar a determinação de fins públicos a serem concretizados por um Estado provedor de bem-estar social. Nas Constituições do primeiro pós-Guerra, reconhece-se um direito fundamental a um núcleo básico de direitos sociais que promovam um **mínimo existencial** compatível com a dignidade humana de cada cidadão, na ausência do qual o Estado se torna infrator de obrigações jurídico-positivas impostas pelas ordens constitucional e internacional.

E mais uma vez a tradição filosófica hegeliana se impôs. A história política mostrou seu antagonismo dialético. Se os períodos pós-Guerra se caracterizaram por um avanço sem precedentes em matéria de direitos sociais, sobrevém, desde o último quarto do século passado, uma onda de retumbante retrocesso relativamente às conquistas sociais alcançadas em nível mundial. A hegemonia do neoliberalismo emerge justamente como uma reação ao Estado de bem-estar social que imperou na primeira metade do século XX, fortemente influenciado pela doutrina keynesiana, de que são maiores exemplos o New Deal do Presidente Roosevelt, o Relatório Beveridge na Inglaterra, o nacional-socialismo alemão e o modelo adotado pelos países escandinavos – os quais, por sua vez, consistiram em estratégias para superar a crise de 1929.

Nos países centrais do capitalismo global, o governo inglês de Margareth Thatcher (1979-1990) e o governo estadunidense de Ronald Reagan (1981-1989) empenharam-se em executar uma doutrina econômica centrada na ressurreição do capitalismo *laissez-faire*, em um mais ousado impulso econômico liberalizante composto por medidas como privatizações, austeridade fiscal, desregulamentação do Mercado, livre comércio, abertura ao capital estrangeiro, corte de despesas

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

governamentais e incentivos ao setor privado. Dada a tendência de globalização<sup>136</sup> comercial, financeira e cultural que marca nossa época, foi inevitável que a liberalização transcendesse fronteiras nacionais e se espalhasse mundo afora, inclusive nos chamados países subdesenvolvidos. A ditadura chilena de Augusto Pinochet já havia sido pioneira na implantação de um governo neoliberal, antes mesmo da experiência inglesa. A partir do Consenso de Washington de 1989 – no esteio do declínio do socialismo soviético –, medidas neoliberais concebidas por economistas ligados ao Banco Mundial e ao Fundo Monetário Internacional ganharam a adesão do chamado “Terceiro Mundo”, num movimento de progressivo desmanche do setor público ao qual o Brasil se filiou.

A anuência ao “consenso” neoliberal coloca em xeque parcela expressiva dos direitos trabalhistas e sindicais e do sistema de seguridade social, habitação, assistência, saúde e educação públicas usufruído pela população das classes sociais subalternas. Não por acaso, destaca-se, dentre seus elementos capitais, a **desregulamentação** – na verdade, um eufemismo para o afrouxamento, ou mesmo a supressão das leis trabalhistas, de seguridade, de distribuição de renda e de regulação econômica. Constatamos que a desregulação dos mercados e a internacionalização do capital trouxe como resultado uma maior concentração de riqueza e de poderio econômico. O próprio FMI, mentor da cartilha neoliberal imposta às economias periféricas, admitiu que os programas de austeridade outrora preconizados geram “efeitos nocivos de longo prazo”.<sup>137</sup>

---

<sup>136</sup> A globalização é reflexo da intensificação dos fluxos comerciais e financeiros, bem como dos contratos e trocas entre empresas e pessoas em diferentes partes do mundo.

<sup>137</sup> Em estudo assinado por três economistas vinculados à Instituição, lê-se: “Em vez de gerar crescimento, algumas políticas neoliberais aumentaram a desigualdade, colocando em risco uma expansão duradoura”. Mostram ainda que, de 150 economias emergentes que tiveram, desde a década de 1980, forte aumento dos fluxos de capital, 20% caiu em crise financeira. Disponível em:

Em termos claros, o antídoto para as crises que se desvelam sob a hegemonia neoliberal negligencia sempre (propositadamente) o aspecto do trabalho em prol da defesa da incolumidade do capital. Maior crise econômica desde a Grande Depressão, a crise global de 2008 reacendeu o debate entre defensores do Estado intervencionista e defensores do livre mercado. Nesses momentos, fica em xeque a própria competência do governo para desempenhar funções corretivas, para desenvolver esquemas compensatórios que atenuem certos efeitos perversos do mercado desregulado. O próprio pai do liberalismo econômico, Adam Smith, já detectava um conspícuo desequilíbrio entre capitalista e trabalhador no momento de negociar empregos e salários. Ao passo que a oferta de mão-de-obra costuma ser larga – especialmente quando o desemprego torna-se uma realidade contumaz –, o mercado, por si só, (des)regulado pela “mão invisível”, tende a manter os salários em níveis miseráveis. A doutrina neoliberal, por sua vez, sequer faz questão de disfarçar a ostensiva desigualdade que propõe. O economista Friedrich Hayek, pai do neoliberalismo, acreditava que uma “saúdável desigualdade” – uma dissimetria entre os consumidores no mercado econômico – favorece a “competição eficiente”.

Anuncia-se, então, um conflito entre, de um lado, a primazia de um sistema econômico calcado no livre mercado, na irrestrita liberdade de contratar (inclusive e principalmente mão-de-obra), no Estado mínimo e na normatização mínima do capital e do trabalho, e, de outro, a primazia dos direitos sociais conquistados ao longo dos últimos séculos pela classe trabalhadora e condensados no modelo de Estado de bem-estar social, muito prestigiado na primeira metade do século XX. Como dito, o neoliberalismo incentiva cortes de benefícios sociais, desmonte do sistema de seguridade social, contenção de sindicatos e desregulamentação da legislação trabalhista. O encargo de todo *déficit*

---

<<http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/05/fmi-diz-que-politicas-neoliberais-aumentaram-desigualdade.html>>. Acesso em: 6 de ago. de 2018.

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

econômico é atribuído aos custos com o sistema de direitos trabalhistas, quando, na verdade, semelhante compreensão denuncia as opções usualmente invocadas pelos governos neoliberais, baseadas na precarização do trabalho e no favorecimento do capital. Advertidamente, deixa-se de mencionar que as crises financeiras do Estado poderiam ser amenizadas por meio de um projeto de **inteligência tributária** direcionado para os segmentos sociais que efetivamente concentram renda e patrimônio,<sup>138</sup> e, por conseguinte, afetam verdadeiramente as finanças públicas por meio da sonegação. Crises se devem muito menos aos custos da produção econômica ou aos gastos com seguridade do que à desregulação do mercado financeiro e a consequente falta de limites de ganho a partir da especulação.<sup>139</sup>

Chegamos ao século XXI ainda imbuídos do desafio de equacionar, de um lado, estabilidade e crescimento econômico e, de outro, justiça social e uma equânime distribuição material. No Brasil, a década de 1990 simbolizou o auge da retração do setor público, atravessado por diversas iniciativas de privatização e pela abertura ao capital internacional. Após o interregno de mais de uma década de reabilitação de políticas redistributivas, assistimos mais uma vez à explosão dos discursos de flexibilização dos direitos trabalhistas e de desmantelamento do sistema previdenciário.

A Reforma Trabalhista com que o atual governo brasileiro contribuiu para sedimentar a ideologia neoliberal reverberou em graves ofensas constitucionais aos objetivos e princípios fundamentais da República – em especial ao princípio da dignidade da pessoa humana, ao princípio da representatividade democrática, ao princípio da primazia e

---

<sup>138</sup> Citamos o aprimoramento de mecanismos que se voltem diretamente ao capital, como o combate à sonegação, a taxaço de grandes fortunas, a recuperação do passivo tributário, a taxaço do capital especulativo, a auditoria da dívida pública e o enfoque no aspecto atuarial.

<sup>139</sup> Esses pontos foram desenvolvidos em artigo de minha autoria intitulado “A reforma previdenciária e o equivocado caminho rumo ao retrocesso”. Publicado em: *Revista Fórum de Direito Sindical – RFDS*. Ano 2, n. 2, janeiro/junho 2016.

intangibilidade dos direitos fundamentais, ao princípio da redução das desigualdades sociais e ao princípio da proibição do retrocesso social.<sup>140</sup> Reverteu-se, no fim das contas, em um sério atentado contra o pacto social no qual está escorada a forma republicana de governo – como se deduz das canônicas lições de Rousseau acerca do contrato social que funda o corpo político.

## **UMA LEITURA DA REFORMA TRABALHISTA À LUZ DA DOCTRINA DO CONTRATO SOCIAL DE ROUSSEAU**

Grande parte dos problemas trazidos a lume pela Reforma Trabalhista já haviam outrora sido apontados pelo filósofo genebrês Jean-Jacques Rousseau como causas de degeneração do pacto político legítimo que alicerça o governo civil. Embora escrevesse em um contexto diferente, qual seja, o da solidificação do pensamento republicano, do governo democrático moderno e da ideia de soberania popular, muitas de suas inspiradoras lições ainda iluminam perplexidades e incertezas que pairam sobre as democracias de hoje.

No célebre “Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens”, Rousseau constrói uma narrativa hipotética acerca de como a transição do estado de natureza para o estado civil teria significado a afirmação da desigualdade, pois vê o pacto social como um estratagema empregado pelos ricos para manterem-se em suas posses, os mesmos que “cercaram um terreno e lembraram-se de dizer **‘isto é meu!’** e encontraram pessoas simples o bastante para crê-lo”. No não menos célebre “Do Contrato Social”, fase posterior de seu trabalho, máxima elaboração teórica de seu pensamento filosófico, esboça os

---

<sup>140</sup> Princípios extraídos da leitura combinada dos arts. 1º, 3º e 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil.

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

fundamentos de um pacto social legítimo que substitua o pacto vigente – este baseado em uma farsa, fundado por “impostores”.<sup>141</sup>

Essa farsa é mantida pelo governo, que tende a usurpar o lugar do soberano de direito (a totalidade do povo) em prol dos interesses de facções e oligarquias poderosas o suficiente para capturá-lo. Está aqui presente o problema da inversão de papeis: ao invés de submeter-se ao povo, na condição de seu funcionário, o governo tende a subjugar-lo.<sup>142</sup> Aproveita de sua força para converter seus desígnios em direito, aos quais obedecer torna-se, para além de um ato de prudência, um dever. A própria origem da sociedade e das leis, portanto, encontra-se viciada pela destruição irremediável da liberdade natural pela via da fixação da “lei da propriedade e da desigualdade”, que, em proveito de “alguns ambiciosos”, sujeita “todo o gênero humano ao trabalho, à servidão e à miséria”.<sup>143</sup> Na frase de abertura de sua *opus magnum* “Do Contrato Social”, Rousseau expressa sua inquietação nos seguintes termos: “O homem nasce livre e por toda parte encontra-se aprisionado. O que se crê senhor dos demais não deixa de ser mais escravo do que eles”.<sup>144</sup> Desse modo, a manutenção da liberdade civil em uma “forma de associação que defenda e proteja, com toda a força

---

<sup>141</sup> Os quais “inventaram razões enganadoras” para fazer com que “homens rudes, fáceis de seduzir”, aceitassem seus objetivos e corresse “ao encontro de seus grillhões” por não terem experiência bastante para prever os perigos, quais sejam: “Em uma palavra, em lugar de voltar nossas forças contra nós mesmos, reunamo-las em um poder supremo que nos governe segundo sábias leis, que proteja e defenda todos os membros da associação, expulse os inimigos comuns, e nos mantenha em concórdia eterna” (In: ROUSSEAU *apud* NASCIMENTO, Milton Meira do. “Rousseau: da servidão à liberdade”. In: WEFFORT, Francisco C. (org.). *Os clássicos da política*. Vol. 1. 14 ed. São Paulo: Ática, 2006, p. 213).

<sup>142</sup> São as palavras de Rousseau: “Assim como a vontade particular age sem cessar contra a vontade geral, o governo faz um esforço contínuo contra a soberania. (...) Reside aí o vício inerente e inevitável que, com o nascimento do corpo político, tende sem cessar a destruí-lo, assim como a velhice e a morte destroem, por fim, o corpo do homem”. In: ROUSSEAU, *Op. cit.*, p. 233.

<sup>143</sup> Os termos entre parênteses foram colhidos de: ROUSSEAU, *Op. cit.*, p. 213.

<sup>144</sup> In: ROUSSEAU, *Op. cit.*, p. 214.

comum, a pessoa e os bens de cada associado” é a questão fundamental à qual o contrato social espera responder.

Dentro da própria crítica ao *establishment*, sem embargo, estão embutidos os caminhos de superação. Rousseau enaltece o autogoverno como o método para a libertação humana: somente por meio de leis postas por si próprios, os cidadãos encontrarão sua liberdade civil – uma vez que perderam sua liberdade natural – e escaparão da sujeição imposta pelos governos tirânicos. “Obedecer à lei que prescreve a si mesmo é um ato de liberdade”. Não é coincidência que ele tenha sido eleito o patrono intelectual da Revolução Francesa no enfrentamento do absolutismo monárquico.

Autogoverno pressupõe um equilíbrio entre liberdade e igualdade. Ambas andam juntas: um povo só será livre se e quando “elaborar suas leis num clima de igualdade, de tal modo que a obediência a essas mesmas leis signifique, na verdade, uma submissão à deliberação de si mesmo e de cada cidadão, como partes do poder soberano”.<sup>145</sup> Um contrato social legítimo, portanto, pressupõe uma forte ideologia igualitária; requer uma unidade baseada na igualdade política entre todos os cidadãos, uma unidade que componha a vontade geral que a todos e a cada um submete. Essa igualdade não se trata da negligência ou da supressão das diferenças e das divergências;<sup>146</sup> pelo contrário, reconhecendo as desigualdades naturais, o contrato social as substitui por uma igualdade moral que torna todos os homens e mulheres iguais por convenção, na medida em que desfrutam dos mesmos direitos e que devem obediência às mesmas leis gerais e abstratas. Não houvesse um ponto de concórdia, um denominador comum aos interesses plurais e díspares que compõem o vínculo social, nenhuma sociedade poderia existir. Para dizer lapidarmente: democracia não é um governo de grupos ou de elites; é um governo da vontade geral dirigido ao alcance do bem comum.

---

<sup>145</sup> In: ROUSSEAU, *Op. cit.*, p. 189-241.

<sup>146</sup> Abordo o tema da diferença e da divergência como componentes estruturais da democracia em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-12/antonio-oneildo-ferreira-democracia-protoger-discordancia>>. Acesso em 6 de ago. de 2018.

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

Exatamente neste ponto o neoliberalismo corrói as bases do contrato social, sendo antirrepublicano por definição: na exata medida em que promove uma doutrina anti-igualitária, discriminatória, desagregadora, facciosa, que concebe os cidadãos como indivíduos desiguais em constante competição por posições e por acumulação de riquezas, vantagens e privilégios; em que estimula a prosperidade mediante o enriquecimento privado, ao passo que desencoraja a virtuosidade e a dedicação à coisa pública. O neoliberalismo é um tipo de ideologia que torna os cidadãos menos republicanos, despolitizados, avessos ao bem comum e despidos das virtudes públicas essenciais a uma democracia em satisfatório funcionamento. Desponta como inimigo da igualdade política, pois, como nota com perspicácia o Prof. Agostinho Ramalho Marques Neto, a desigualdade, ao lado da competição e da eficiência, é parte constitutiva de seu tripé de sustentação: “a exclusão social é endêmica ao neoliberalismo. Longe de ser um mero ‘acidente de percurso’, ela faz parte da lógica interna do modelo neoliberal”.<sup>147</sup>

Qualquer doutrina que signifique o privilégio de uma classe sobre a outra ofende a igualdade, princípio estruturante do republicanismo cívico; logo, desnatura a solidariedade inerente aos vínculos associativos e corrompe o contrato social em sua integralidade. O contrato social produz “um corpo moral e coletivo” que recebe “cada membro como parte indivisível do todo”. A comunidade daí criada deve ocupar-se com a mesma consideração do destino de cada um de seus integrantes, porquanto “não se pode ofender um dos membros sem atacar o corpo, e, ainda menos, ofender o corpo sem que os membros disso se ressintam”.<sup>148</sup> Nessa perspectiva, o grande princípio da política moderna é o de que o governo – que nada mais é senão o agente executivo dos atos do soberano – não pode jamais visar ao interesse contrário ao do povo – que é o autêntico soberano (princípio

---

<sup>147</sup> MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. “Neoliberalismo e gozo”. Disponível em: <[https://blogdotarso.com/2013/01/21/neoliberalismo-e-gozo-agostinho-ramalho-marques-neto/#\\_ftn9](https://blogdotarso.com/2013/01/21/neoliberalismo-e-gozo-agostinho-ramalho-marques-neto/#_ftn9)>. Acesso em 6 de ago. de 2018.

<sup>148</sup> In: ROUSSEAU, *Op. cit.*, p. 222.

reproduzido no art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal do Brasil: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”).

## **UMA LEITURA DA REFORMA TRABALHISTA À LUZ DOS PRINCÍPIOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

A natureza do Direito do Trabalho como um todo foi desvirtuada com a Reforma Trabalhista posta em ação, pois os contratos de trabalho foram definitivamente contaminados pelos princípios do Direito Civil, os quais pressupõem a igualdade entre os contraentes, ao contrário do Direito Laboral, que pressupõe a hipossuficiência do empregado em vista da relação de desigualdade entre capital e trabalho, conferindo-lhe proteções e compensações típicas da justiça comutativa e da isonomia material dos países civilizados. Com o avanço jusprivatista sobre a esfera trabalhista, a Justiça do Trabalho teve inclusive suas competências esvaziadas.

Na verdade, as consequências sistêmicas para a economia social são perversas. O emprego é ameaçado pela flexibilização. Desregulamentar significa, por consequência, abolir a figura jurídica do emprego e adentrar na esfera do trabalho assistemático que caracteriza a informalidade. O emprego é instituto indissociável do Direito do Trabalho, produto de um conjunto de direitos e garantias protetivas do trabalhador que presta serviços de forma pessoal e subordinada, mediante um salário, a uma pessoa física ou jurídica que dirige a atividade econômica. Logo, uma reforma destinada à desregulamentação do trabalho acarretaria, no limite, o fim do emprego, ao contrário do que muito se propaga, levando os trabalhadores a uma situação de desamparo, precariedade, insegurança e sujeição exclusiva às despóticas leis do mercado.<sup>149</sup> As estatísticas corroboram que a flexibilidade

---

<sup>149</sup> Argumento apresentado pelo Juiz do Trabalho Alessandro da Silva, no texto “Trabalho, emprego e as ilusões da Reforma Trabalhista”. In: Portal Jota. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/trabalho-emprego-e-ilusoes-da-reforma-trabalhista-30112016>>. Acesso em 6 de ago. de 2018.

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

é inversamente proporcional à taxa de empregabilidade.<sup>150</sup> Deixar a maior parte da população à mercê do desemprego e da informalidade é um ataque frontal aos princípios de solidariedade e reciprocidade igualitária do contrato social. Isso compromete a cidadania e desgasta a base de legitimidade do Estado democrático de direito.

É um caminho trivial, e aparentemente o mais fácil, propor a radicalização da hegemonia do mercado, o que implicaria tornar as relações de emprego menos reguladas juridicamente e, logo, mais flexíveis, baixando custos de contrato e demissão. Enfim, fazer apologia do ajuste do sistema dos direitos sociais às condições do mercado. No entanto, em um Estado democrático de direito, é mister procedermos a uma interpretação constitucional da crise econômica e dos projetos de desenvolvimento: são as medidas de austeridade que devem demonstrar compatibilização com a Constituição, e não o contrário. As normas de direitos sociais se desdobram em direitos a prestações por parte do Estado (dimensão positiva) e ao mesmo tempo proíbem que o Estado interfira de modo a tornar mais precárias as garantias sociais existenciais (dimensão negativa). Nem o Estado nem terceiros podem atentar contra posições jurídicas albergadas pelo âmbito de proteção desses direitos. É a seguinte a formulação do princípio da proibição de retrocesso em matéria de direitos sociais, ou simplesmente **princípio do não-retrocesso**: “quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização,

---

<sup>150</sup> A situação de desemprego se agravou nos países com legislação trabalhista mais flexível, a qual permite a contratação de funcionários temporários mal remunerados e demitidos com facilidade. Segundo relatório da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), o desemprego aumentou em países como Espanha (+ 5,4%), Irlanda (+ 5,2%), Estados Unidos (+ 3,1%), França (+ 1,7 %), Itália (+ 1,2 %) e Alemanha (+ 0,5%). Dados encontrados em: JANON, Renato da Fonseca. “Reforma trabalhista: reduzir empregos não gera emprego”. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/09/19/reforma-trabalhista-reduzir-direitos-nao-gera-emprego/>>. Acesso em 6 de ago. de 2018.

passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo”.<sup>151</sup>

A vedação do retrocesso social tem sido comumente entendida como limite material implícito que impede a supressão, por via de emendas constitucionais ou leis infraconstitucionais, dos direitos prestacionais que já alcançaram um grau de densidade normativa robusto e adequado, a não ser que tal supressão seja precedida de uma prestação alternativa que impeça eventual prejuízo ao direito em tela, uma vez que a revogação de normas que disciplinam direitos fundamentais sociais devem ser acompanhadas de medidas compensatórias de eventuais perdas. O não-retrocesso decorre do núcleo das chamadas “cláusulas pétreas” da Constituição Federal de 1988. Conforme a melhor hermenêutica, os direitos sociais são atingidos pela intangibilidade dispensada textualmente aos direitos e garantias individuais.<sup>152</sup> Com o auxílio desse princípio, o constitucionalismo social

---

<sup>151</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003 (pp. 338-339).

<sup>152</sup> A Constituição da República Federativa do Brasil reconhece expressamente a imodificabilidade das garantias de direitos individuais por meio de lei. Ver art. 60, §4º, IV. Embora os direitos sociais não tenham sido textualmente incluídos, doutrinadores do escol de Paulo Bonavides defendem a intangibilidade desses direitos: “Com efeito, introduzida e positivada em grau máximo de intangibilidade no §4º do art. 60, deve-se entender que a rigidez formal de proteção estabelecida em favor dos conteúdos ali introduzidos, nomeadamente os respeitantes às duas acepções ora examinadas, não abrange apenas o teor material dos direitos da primeira geração, herdados pelo constitucionalismo contemporâneo, senão que se estende por igual aos direitos da segunda dimensão, a saber, os direitos sociais. (...) Faz-se mister, em primeiro lugar, perante as reflexões expendidas, rejeitar, por anacrônica, obsoleta, regressiva e incompatível com o espírito da Constituição e a sistemática de sua unidade, arvorada em princípio, toda interpretação pertinente à inalterabilidade, por via de emenda, dos direitos e garantias individuais com base unicamente nos valores e princípios que outrora regiam, legitimavam e norteavam os conceitos da velha corrente liberal. Já não é possível confinar a formulação material e concreta da liberdade ao usufruto das classes privilegiadas e sua ordem egocêntrica de interesses. (...) Fruem, por conseguinte, uma intangibilidade que os coloca inteiramente além do alcance do poder constituinte ordinário, ou seja, aquele poder constituinte derivado e de segundo grau, contido no interior do próprio ordenamento jurídico”. In: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015 (pp. 674-675).

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

se fortalece diante do desafio da recessão econômica, transfigurando-se em estrutura permanente para além das mudanças. O princípio do Estado social permanece intocado, acima dos modelos concretos, por vezes falíveis, de Estado provedor: é esse princípio que sustenta o credo da democracia social plasmado nas concepções de justiça social de nossa época.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O que Rousseau diria a respeito da Lei 13.467/2017 – Reforma Trabalhista? Dito de outra forma: a qual interpretação podemos chegar a partir de sua teoria do Contrato Social? O grande problema que emerge de semelhante análise pode ser posto através da seguinte indagação: o que faria um cidadão entrar em um sistema no qual ele é tiranizado, explorado e impossibilitado de ascender socialmente? Por que motivo, em tais circunstâncias desestimulantes, obedeceria aos deveres derivados das leis, cumpriria obrigações políticas e pagaria impostos? Em suma, por que razão manter-se-ia fiel à ordem jurídica?

A tese do contrato social auxilia-nos a perceber o quão injusta, absurda, arbitrária e antidemocrática é uma reforma que marginaliza grupos sociais e os destitui do poder político. Mostra-nos que é completamente contrária ao bem comum e à felicidade da população, na medida em que será um golpe na classe trabalhadora, que é o sustentáculo econômico, o verdadeiro espírito motriz de uma sociedade próspera. O fato de a Reforma ter sido discutida em um momento de tamanha turbulência política é um agravante que lhe retira completamente a legitimidade política, pela razão de que o projeto em pauta não foi aprovado pela população nas urnas (pelo contrário, integrava a pauta dos grupos derrotados no pleito eleitoral), e foi conduzido por um governo de caráter transitório, eleito de forma indireta, flagrantemente impopular, em um contexto de total instabilidade e incerteza acerca dos rumos da política nacional e das instituições. Não é este o momento mais prudente nem o modo democraticamente correto de proceder a uma reforma tão impactante na estrutura social brasileira, comprometedora

dos princípios fundamentais da República e do Estado democrático de direito. Não nos podemos esquecer de que agir conforme a legalidade formal não acarreta legitimidade. A premissa de legitimidade política requer uma estreita correspondência entre a ação dos governantes e os autênticos anseios da população representada.

Em última análise, a Reforma Trabalhista estampa uma deturpação do contrato social: foi delineada com o escopo de favorecer o capital, ou seja, a alta classe empresarial, industrial, os especuladores financeiros e grandes proprietários. Baseou-se, pois, em uma concepção de mundo problemática que sobrepõe uma competição desenfreada e desregulada à dignidade humana. Trouxe uma **opção ideológica**, parte de um projeto mais amplo de imposição do neoliberalismo, dos interesses do mercado financeiro e do empresariado às custas do bem-estar e da dignidade dos trabalhadores. No todo, debilitou a solidariedade que fornece coesão ao contrato social, na medida em que reatualizou e agravou o conflito entre classes sociais no país e, levemente, expressou um total descompasso entre a vontade do povo soberano e a corrupta ação da classe governante, numa ostensiva usurpação da soberania do tipo que Rousseau considerava fatalmente degenerativa do corpo político.

Nessa inequação, o trabalho sucumbiu diante do conflito com o capital. O neoliberalismo triunfou acima do humanismo. O preço que pagamos foi o total esfacelamento do humano, foi a prevalência do ter sobre o ser. Em um mundo de recursos naturais e riquezas escassos, consiste em absurdo o fato de uma exígua minoria deter praticamente toda a riqueza às custas do trabalho e do sacrifício da esmagadora maioria.

Não há outra sentença a se chegar senão a de que a Reforma Trabalhista atenta contra a constituição do corpo social, nos sentidos social, moral e jurídico. Atenta contra a solidariedade social, a representatividade política, os princípios éticos de dignidade humana, o princípio da vedação do retrocesso social e as fundações jurídicas do Estado democrático de direito, sobretudo contra aquele complexo de direitos indisponíveis que compõe o “mínimo existencial”. Foi uma Reforma – para dizer em poucas palavras –

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

intrinsecamente inconstitucional. Pois, em termos jurídicos, ofender o contrato social é ofender a Constituição, a genuína materialização do pacto social que funda uma nação brasileira politicamente amalgamada. Mais ainda se ofende a um só passo o contrato social e a Constituição quando decisões que importam a toda a coletividade, inclusive às futuras gerações, são precariamente discutidas em momentos de tamanha turbulência política, em que o governo é exercido em caráter transitório, em que há pouca ou nenhuma credibilidade popular acerca da atividade parlamentar, e em que há sérias dúvidas quanto à autocompreensão e ao destino do próprio sistema político em vigor. Em outras palavras, quando falta a essas decisões o requisito indispensável da **legitimidade política**.

Só os desdobramentos da história dirão quais serão os resultados do embate entre os imperativos sistêmicos do mercado e a luta da classe trabalhadora. Ainda é cedo para sabermos se o “Deus Mercado” continuará avançando impiedosamente sobre tudo, ou se a classe trabalhadora reorganizar-se-á e recomporá sua luta. O pássaro de Minerva, nos dizia Hegel, só levanta voo ao cair do crepúsculo.<sup>153</sup> É a própria história que nos alerta sobre a imprevisibilidade dos desfechos, e sobre o fato de que quando a opressão se torna insuportável, é de se desconfiar que uma resistência hercúlea está por vir.

---

<sup>153</sup> Veja-se a esse respeito: “Mesmo ao dizer algumas palavras sobre a doutrina de como deve ser o mundo, a filosofia sempre chega tarde demais. Enquanto pensamento do mundo, ela aparece pela primeira vez no tempo depois que a realidade completou o seu processo de formação e já está pronta e acabada... Quando a filosofia pinta em claro-escuro, então um aspecto da vida envelheceu e não se deixa rejuvenescer pelo claro-escuro, mas apenas reconhecer: a coruja de Minerva levanta voo ao cair do crepúsculo”. (Wilhelm Friedrich Hegel, 1770-1831. In: *Princípios da Filosofia do Direito*. Citado por Ubaldo Nicola. *Antologia Ilustrada de Filosofia*. Editora Globo, 2005).

## 9 O PROTAGONISMO DAS ENTIDADES SINDICAIS NA DEFESA DA DIGNIDADE HUMANA E OS IMPACTOS DA REFORMA TRABALHISTA

---

“(...)  
*De forma que, certo dia  
À mesa, ao cortar o pão  
O operário foi tomado  
De uma súbita emoção  
Ao constatar assombrado  
Que tudo naquela mesa  
- Garrafa, prato, facção -  
Era ele quem os fazia  
Ele, um humilde operário,  
Um operário em construção.  
Olhou em torno: gamela  
Banco, enxerga, caldeirão  
Vidro, parede, janela  
Casa, cidade, nação!  
Tudo, tudo o que existia  
Era ele quem o fazia  
Ele, um humilde operário  
Um operário que sabia  
Exercer a profissão.*

*Ah, homens de pensamento  
Não sabereis nunca o quanto  
Aquele humilde operário  
Soube naquele momento!  
Naquela casa vazia  
Que ele mesmo levantara  
Um mundo novo nascia  
De que sequer suspeitava  
(...)”.*

(“Operário em construção”, Vinícius de Moraes).

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

Proliferam, este ano, as comemorações por ocasião do trintenário de promulgação da Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Entre outros motivos, esse documento normativo notabiliza-se por ter avançado sobremaneira em direção a uma concepção substancial de Estado social, ao trazer uma pormenorizada e prodigiosa lista de direitos sociais, econômicos e culturais – os chamados direitos de “segunda geração”. Tanto não era a intenção do Constituinte de mantê-los como mera declaração estéril, que o próprio texto constitucional cuidou de fornecer um engenhoso arcabouço de instrumentos de garantia e efetivação dos direitos fundamentais, tais como as ações de controle de constitucionalidade e as garantias fundamentais (como os mandados de segurança e injunção), a garantia de aplicabilidade imediata e eficácia direta dispensada igualmente a todos os direitos, etc.

Porém, às vésperas do ano em que a Constituição Cidadã completa suas três décadas de vigência, o Congresso Nacional e o Governo Federal decidem homenageá-la com um “aniversário amargo”. Dedicaram-lhe um tenebroso presente, a Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017): modificação de expressivas proporções na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT – Decreto-Lei n. 5.452/1943), veio tornar gravemente sucateado o sistema de direitos trabalhistas do ponto de vista da dignidade humana e do valor social do trabalho. De muitos ângulos, a Reforma é inconstitucional. Para este artigo, concentrar-nos-emos no aspecto atinente aos sindicatos: ao aplicar a Reforma de maneira unilateral, o Estado intervém indevidamente na estrutura autônoma dos sindicatos, enfraquecendo-os, desconstruindo suas prerrogativas e esvaziando suas competências primárias.

A fidelidade ao compromisso do constitucionalismo requer o fortalecimento da máxima eficácia das normas constitucionais. As entidades sindicais, por sua vez, são parte indissociável do sistema constitucional de valor social do trabalho, consectário do metaprincípio da

dignidade da pessoa humana, e precisam ser fortalecidas pela sociedade civil e pelo Estado em conformidade com a obrigação constitucional decorrente do modelo político-cívico que assumimos. Os sindicatos têm a função de proteger os mais fracos – os trabalhadores, hipossuficientes diante da tirania do capital. Enfraquecer os sindicatos é o mesmo que degradar ainda mais aqueles que já sofrem pela exclusão social; equivale a excluir do pacto republicano aqueles que trabalham, produzem e funcionam como a força motriz do desenvolvimento econômico, mas que, por circunstâncias derivadas do modo de produção capitalista imperante, permanecem alijados da riqueza e dos frutos da prosperidade.

Sindicatos nasceram das reivindicações históricas dos trabalhadores por justiça social: pelo salário mínimo, pela redução da jornada de trabalho, pela obtenção de condições materiais básicas, pela limitação do trabalho infantil e feminino, pela salubridade do ambiente de trabalho, por condições dignas de habitação das vilas operárias – por condições laborais mais dignas, enfim. Ao atuar politicamente pela justiça e pelo equilíbrio nas relações trabalhistas, sindicatos, através dos tempos, cuidaram da vida em sentido mais primitivo: da incolumidade física, da integridade moral das pessoas, dos alimentos, da subsistência – do chamado **mínimo existencial**. Premida pelo instinto de sobreviver e lutar contra a opressão, a classe trabalhadora, em unidade fraternal, agremiou-se em torno do “espírito sindical”.

O “espírito sindical” finca suas raízes na Revolução Industrial. Com o domínio do ambiente fabril urbano, a partir do século XVIII, os artesãos – responsáveis até então pela maior parte da produção em oficinas de que eram proprietários – perderam a propriedade de seus meios de produção (oficinas e ferramentas), passando a ter somente sua própria força de trabalho para alienar a um patrão, em troca de salários humilhantes. Coincidem, nesse período, o êxodo rural e o *boom* demográfico dos centros urbanos. Nas indústrias, assistia-se a extenuantes jornadas de trabalho de quatorze a dezesseis horas, ao indiscriminado trabalho masculino, feminino, adulto e infantil. Emergiu

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

daí o ímpeto da luta contra a exploração, através da organização dos primeiros sindicatos – as *Trade Unions* – da classe trabalhadora inglesa nas fábricas, minas de carvão, estaleiros e navios.

Todo o arsenal do que hoje conhecemos como os direitos trabalhistas foi conquistado arduamente desde esse momento. Os direitos foram “arrancados na luta” pelas mãos da classe trabalhadora. É célebre, por exemplo, o episódio da conquista da jornada de oito horas, a qual custou, além de várias mortes e espancamentos, a vida de quatro operários norte-americanos enforcados em Chicago em 1º de maio de 1887 – data que se eternizou como marco internacional da luta dos trabalhadores. De sua criação em diante, portanto, não é exagero algum afirmar que o sindicalismo e sua história se confundem com a própria história do Direito do Trabalho.

### **BREVE HISTÓRIA DOS SINDICATOS NO BRASIL E NO MUNDO**

A palavra *síndico* deriva indiretamente do vocábulo grego *sundike*. No direito romano, *síndicos* eram mandatários encarregados de representar determinada coletividade. Decerto essa é a origem da moderna palavra francesa *syndic*, que designa o sujeito diretivo de grupos profissionais. Nessa perspectiva, os sindicatos franceses foram organizações clandestinas de trabalhadores criadas logo após a Revolução Francesa.<sup>154</sup> Segundo a clássica definição que remonta às *Trade Union Acts* (Inglaterra, 1871), sindicatos são associações permanentes ou temporárias destinadas a contribuir para a regulação das relações entre trabalhadores e empresários, e negociar condições relativas ao exercício profissional, em benefício daqueles.<sup>155</sup>

---

<sup>154</sup> MASCARO, Amauri. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2013 (p. 1341).

<sup>155</sup> *Ibid.* (p. 1342).

Os estudiosos do sindicalismo são unânimes em identificar suas raízes com o *tradeunionismo* que surgiu em Londres a partir de 1720, movimento que reunia agremiações de trabalhadores (*Trade Unions*) que reivindicavam melhores salários e limitação da jornada de trabalho, lutando contra o jugo imposto pelas degradantes condições laborais do período. O operariado tomara consciência de que, devido às suas desvantagens concretas de barganha na negociação individual com o patronato, apenas na união encontrariam um contrapoder suficiente para fazer frente ao despotismo e à dominação do capital.<sup>156</sup> Sindicatos despontaram como centros de organização dos operários em busca de sua emancipação social, política e econômica, necessários devido ao sistema de salários calcado na mais-valia (no imperativo de lucro desenfreado em prol do capitalista) e na sempre desigual relação entre patrão e operários.

Os sindicatos são, portanto, associações criadas pelos operários para sua própria segurança, para a defesa contra a usurpação incessante do capitalista, para a manutenção de um salário digno e de uma jornada de trabalho menos extenuante, uma vez que o lucro capitalista aumenta não só em função da baixa de salários e da introdução das

---

<sup>156</sup> Nos termos da análise de Ricardo Antunes: “A grande força que possuem é, em contrapartida, a sua quantidade, que cresce quanto mais se desenvolve o capitalismo. Porém, essa quantidade é anulada quando há desunião entre a classe (...). Os operários encontrarão em suas organizações próprias condições para dispor de um meio de resistência eficaz contra essa pressão constante pela baixa de salários. É neste momento que surgem os sindicatos; estes nascem dos esforços da classe operária na sua luta contra o despotismo e a dominação do capital. Os sindicatos têm como finalidade primeira impedir que os níveis salariais coloquem-se abaixo do mínimo necessário para a manutenção e sobrevivência do trabalhador e sua família. Os operários unidos em seu sindicato colocam-se de alguma maneira em pé de igualdade com o patronato no momento da venda de sua força de trabalho, evitando que o capitalista trate isoladamente com cada operário”. In: ANTUNES, Ricardo L. C. *O que é sindicalismo*. 6ª ed. Brasília: Editora Brasiliense, 1981(p. 12).

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

máquinas, mas também em função do tempo excessivo de trabalho que o capitalista obriga o operário a exercer.<sup>157</sup>

A tendência do direito liberal e individualista então vigente era proibir as corporações de ofício que em princípio se opusessem à absoluta liberdade do indivíduo de contratar e alienar sua força produtiva. Nesse sentido, a Revolução Francesa, inspirada no direito burguês, mostrou-se um marco notório ao determinar a separação e a extinção das corporações de ofício na França, deixando naquele país um vazio no espaço outrora ocupado pelas coalizações trabalhistas e sua mobilização coletiva. Esse caminho foi reafirmado e solidificado pelo Código Penal de Napoleão, de 1810, que as punia criminalmente.

O argumento liberal preconizava que o caráter associativo era incompatível com a liberdade humana, motivo pelo qual os sindicatos foram considerados conspiração delitiva em vários países – a questão social era então indevidamente tratada como questão policial.<sup>158</sup> As *Trade Unions* só se tornariam legalizadas com o reconhecimento do direito à livre associação, através da revogação das leis sobre conspiração na Grã-Bretanha em 1824, retirando-se as coalizações trabalhistas do rol de práticas delituosas. No mesmo período, vários países passaram também a **tolerar** o sindicalismo.<sup>159</sup> É possível, então, detectar três fases universais do sindicalismo: da proibição, da tolerância e do reconhecimento (ora havendo ostensivo controle do Estado, ora concedida a liberdade plena ou parcial de associação). O reconhecimento jurídico das entidades sindicais desenvolveu-se, em seu início, sob um modelo predominantemente intervencionista do ponto de vista estatal. O sindicalismo soviético e o corporativismo da Itália fascista foram seus paradigmas.

---

<sup>157</sup> ANTUNES, Ricardo L. C. *O que é sindicalismo*. 6ª ed. Brasília: Editora Brasiliense, 1981. Ricardo Antunes (p. 13).

<sup>158</sup> MASCARO, *Op. Cit.* (p. 1268).

<sup>159</sup> *Ibid.* (p. 1269).

Na União Soviética, os sindicatos estiveram umbilicalmente ligados ao Estado, desempenhando um papel político e educativo no que concernia à ideologia comunista. Eram verdadeiras “escolas de comunismo”, preocupadas com a formação ideológica dos trabalhadores e com a mediação entre o Partido Comunista e o poder estatal. Por essa razão, desenvolviam todas as suas atividades rigorosamente dirigidos e supervisionados pelo Partido. Cada sindicato via-se como uma unidade de desenvolvimento econômico e de prestação de serviços assistenciais, pertencente diretamente à empresa à qual os operários se vinculavam. Tal sistema ancorava-se no planejamento central, no pleno emprego, na ausência de antagonismo de classe e na natureza pseudovoluntária do vínculo associativo.

Por sua vez, o corporativismo, cujo molde estava estampado na *Carta del Lavoro* (1927) do regime fascista italiano, centrava-se na interferência do Estado e no entendimento do processo produtivo como função de interesse nacional, competindo ao Poder Público a tarefa de organizar as categorias de trabalhadores,<sup>160</sup> por meio de manipulação das massas populares e subordinação destas ao Estado. Centrava-se na conciliação do trabalho com o capital, na negação da luta de classes, na concentração de lucro e no alto grau de exploração da classe operária.<sup>161</sup>

É de se notar que, paralelamente à vertente intervencionista, desenvolveu-se nos Estados Unidos um modelo sindical desatrelado do Estado, conforme uma política liberal de completa auto-organização do universo laboral pelos próprios atores sociais.<sup>162</sup> Trata-se de uma corrente reformista, completamente avessa à atuação revolucionária, cujas pretensões cingiam-se à melhora da situação dos trabalhadores dentro do ambiente capitalista.<sup>163</sup>

---

<sup>160</sup> *Ibid.* (p. 1270).

<sup>161</sup> ANTUNES, *Op. Cit.* (p. 30).

<sup>162</sup> MASCARO, *Op. Cit.* (p. 1272).

<sup>163</sup> ANTUNES, *Op. Cit.* (p. 24).

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

Relação homóloga quanto às fases do sindicalismo universal pode ser observada na história brasileira. Vivenciamos uma fase de proibição, seguida de curta fase de tolerância seguida de proibição, substituída por um período de reconhecimento jurídico a princípio rigorosamente intervencionista e, finalmente, mais permissivo quanto à autonomia sindical. Cabe notar o retrocesso verificado durante a ditadura civil-militar de 1964 a 1985, que significou verdadeiramente o desmantelamento de toda a estrutura de reconhecimento jurídico do sindicalismo nacional. Tais fases são nomeadas pela literatura especializada como (a) anarcossindicalismo, (b) intervencionismo e (c) sindicalismo autônomo.

(a) Durante a época imperial brasileira (1822-1889), a formação de sindicatos foi expressamente vedada em nome da ideologia liberal que dava vida à Constituição de 1824 (art. 179, inciso 25), porquanto se acreditava que as corporações de ofício contrariavam o espírito individualista dos direitos civis. Não se pode afirmar que tenha havido propriamente sindicatos clandestinos, embora haja documentos de registro da Liga Operária (1870) e da União Operária dos Trabalhadores do Arsenal de Marinha (1880) enquanto associações embrionárias de reivindicação laboral.<sup>164</sup>

O movimento sindical despontou no Brasil, de fato e de direito, após a abolição do regime escravagista, estimulado pelo maciço ingresso da mão de obra europeia introduzida entre 1890 e 1920 para alavancar a indústria na Primeira República.<sup>165</sup> Foi então trazido para terras brasileiras, pelos imigrantes italianos, o associativismo anarquista. Centrado na doutrina anarquista então em voga, o anarcossindicalismo caracterizava-se como prática revolucionária, contestativa da autoridade

---

<sup>164</sup> QUEIROZ, Antônio Augusto de. *Movimento sindical: passado, presente e futuro*. Brasília: Diap, 2012 (p. 16).

<sup>165</sup> Nos últimos anos do século XIX, houve a transição do trabalho escravo para o assalariado. A base do capital industrial brasileiro veio dos lucros da atividade cafeeira agroexportadora.

do Estado e de sua ordem legal. Teve sua licitude primitivamente reconhecida nos termos da Constituição republicana de 1891 (art. 72, § 8º), que permitia o ato de associação livre e pacífica, circunstância que foi reforçada pelos decretos que dispunham sobre sindicatos rurais (1903) e urbanos (1907), perpassados pela pluralidade sindical. É esclarecedor notar que as leis sobre sindicatos urbanos excluía deliberadamente os estrangeiros (muitos deles arregimentados pelo anarcossindicalismo revolucionário) do direito de fazer parte da direção sindical, já antevendo uma autoritária postura de banimento dos europeus anarquistas que seria hegemônica num futuro próximo.<sup>166</sup>

O anarcossindicalismo destacou-se no cenário político pela contundente pressão contra o governo por direitos mínimos e condições de trabalho mais dignas, através da promoção de greves, de reivindicações e de condução de ações políticas marcadas pelos ideários da unidade e da fraternidade. Atingiu seu apogeu com o 1º Congresso Operário de 1906, até tornar-se proscrito e ser extinto com a expulsão dos estrangeiros, em processo que se arrastou de 1907 a 1921.<sup>167</sup>

(b) O governo passou a intervir direta e fortemente na estrutura sindical a partir da revolução de 1930, com a chegada de Getúlio Vargas ao poder, e principalmente com a implantação do Estado Novo em 1937. Remetem a esse período a criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, a política de nacionalização do trabalho e a Lei dos Sindicatos (1931). Os sindicatos são transformados em órgãos de colaboração do Estado, numa iniciativa de controle estatal do movimento sindical, segundo um princípio de conciliação entre capital e trabalho. A partir desse conjunto de medidas, categorias profissionais idênticas e conexas foram agrupadas, proibida a pluralidade na mesma base territorial (surgimento do princípio da unicidade sindical) e passaram a ser organizadas pelo Estado sob a tutela do Ministério do Trabalho.

---

<sup>166</sup> *Ibid.* (p. 17).

<sup>167</sup> MASCARO, *Op. Cit.* (p. 1282).

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

Estava-se diante de um contexto de pungente manipulação ideológica e acentuado autoritarismo, no qual eram veementemente proibidas as chamadas “ideologias sectárias” (as discordantes da ideologia oficial)<sup>168</sup> na condução das atividades sindicais, tendo sido inclusive suprimido o direito de greve. A Constituição de 1937<sup>169</sup> manteve os direitos sociais e econômicos, porém em uma perspectiva intervencionista e paternalista, flagrantemente inibitória dos instrumentos de manifestação coletiva. Toda a legislação trabalhista e sindical então existente – que não se estendia aos trabalhadores rurais – foi reunida e aprovada na forma da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT, 1943), documento responsável por lançar as bases legais do direito coletivo corporativista, demarcando forte influência do Estado na liberdade sindical.<sup>170</sup> Tomada em retrospecto, a postura do Estado Novo quanto ao trabalhador pode ser lida como ambivalente:

Deve-se ressaltar que o Estado Novo, ao mesmo tempo em que reprimia a ação sindical politizada e enquadrava os sindicatos, atendia a inúmeras reivindicações dos trabalhadores urbanos, como o salário-família, as férias de 30 dias, o repouso semanal remunerado, a jornada de 48 horas semanais, entre outros.<sup>171</sup>

(c) A sinalização para um sindicalismo autônomo só foi possível graças à abertura política conflagrada no período de redemocratização pós-ditadura militar, a partir de 1985. A ditadura civil-militar iniciada em 1964 significou real desmantelamento das estruturas sindicais, época marcada pela

---

<sup>168</sup> Destacou-se a perseguição à Aliança Nacional Libertadora (ALN) e o fechamento dos sindicatos mais combativos, de viés comunista, em 1935.

<sup>169</sup> A Constituição anterior (de 1934), breve em vigência, havia sido inédito documento que favorecia a classe trabalhadora e a organização sindical, garantindo a pluralidade no movimento sindical e o instituto da representação classista no Parlamento. A autonomia dos sindicatos fora condicionada, por decreto, ao reconhecimento do Ministério do Trabalho.

<sup>170</sup> *Ibid.* (p. 1283).

<sup>171</sup> QUEIROZ, *Op. Cit.* (p. 25).

outorga do AI 1 e do AI 2, da criação do Serviço Nacional de Informação, da restrição do sindicalismo à modalidade de serviço ou assistencialismo, da demonstração da força organizada do patronato, da política de arrocho salarial e da proibição da existência das centrais sindicais (Portaria n. 3337/1978 do Ministério do Trabalho).<sup>172</sup>

O sindicalismo só ressurgiu com força com a reabertura política promovida em 1979. Efervesceu novamente um movimento sindical pujante, sendo criadas diversas centrais sindicais<sup>173</sup> ainda sem amparo legal. Mais tarde, conquistada a revogação das normas que vedavam as centrais sindicais (revogação da Portaria n. 3337 e aprovação da Resolução de 18/3/85, que reativava os sindicatos punidos), foram formalizadas a Central Única dos Trabalhadores (CUT), o Comando Geral dos Trabalhadores (CGT), a Força Sindical e a União Sindical Independente (USI).<sup>174</sup> Foi preparado terreno para que a Constituição Federal a ser promulgada em 1988, a fim de instalar uma democracia social, fixasse novos princípios para o direito sindical, fundados na maior autonomia das organizações sindicais (embora mantidas algumas restrições). Com efeito, naquele momento rompeu-se de vez com o sistema intervencionista, passando a administração dos sindicatos a ser

---

<sup>172</sup> *Ibid.* (p. 33).

<sup>173</sup> Destaque para a mobilização de massa das centrais, com a eclosão das greves do ABC em 1978 e 1979 e a pioneira realização da Conferência Nacional da Classe Trabalhadora (Conclat), em Praia Grande/SP.

<sup>174</sup> O protagonismo experimentado pelas centrais sindicais no cenário público se reforçaria com o advento da Lei n. 11.648/2008, pela qual a elas competirão as seguintes funções: “A central sindical, entidade de representação geral dos trabalhadores, constituída em âmbito nacional, terá as seguintes atribuições e prerrogativas: I – coordenar a representação dos trabalhadores por meio das organizações sindicais a ela filiadas; e II – participar de negociações em fóruns, colegiados de órgãos públicos e demais espaços de diálogo social que possuam composição tripartite, nos quais estejam em discussão assuntos de interesse geral dos trabalhadores”. As centrais então passam a ter participação na contribuição sindical compulsória, de modo que entidades sindicais (sindicatos, federações e confederações) poderão destinar 10% do imposto sindical às centrais a que estejam filiadas, ou 50% do percentual antes destinado à Conta Emprego e Salário do Ministério do Trabalho.

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

compreendida como ato interno (Portaria n. 3117/1985, permite aos sindicatos elaborar seu próprio Estatuto).<sup>175</sup>

O chamado “novo sindicalismo” teve como lema a autonomia sindical, acompanhada da postulação pelo fim da unicidade (e adoção da Convenção n. 87 da OIT),<sup>176</sup> do imposto sindical e do poder normativo da Justiça do Trabalho, além de secundada por uma postura de estímulo ao diálogo e às negociações entre patrões e empregados. Teve, inclusive, notável protagonismo público no destino político da democracia que então florescia. As centrais sindicais elaboraram diretamente a Emenda Popular que embasou a redação do art. 7º da Constituição, atinente aos direitos trabalhistas:

Na ocasião, o movimento sindical foi protagonista de mudanças importantes, fez grandes greves, deu suporte e mobilizou a massa em favor das eleições diretas para a Presidência da República, no movimento que ficou conhecido como ‘Diretas-Já!’, contra o arrocho salarial, pediu uma Constituinte, lutou pelo fim da censura e da Lei de Segurança Nacional; enfim, lutou pelo fim do entulho autoritário e exigiu democracia e participação.<sup>177</sup>

Uma nova fase nas relações trabalhistas e sindicais pôde ser reconhecida no Governo Lula, quando uma prática de diálogo permanente e respeitosa substituiu de vez um padrão autoritário nas relações Estado-sindicato, sinalizando uma aproximação até então jamais vista. Percebeu-se um pacto social informal entre governo e centrais sindicais. A presença do movimento sindical em espaços institucionais, seja na indicação de integrantes de conselhos e órgãos colegiados do Poder Executivo, seja como parte da governança participativa, seja como grupo de pressão especialmente no Legislativo,

---

<sup>175</sup> MASCARO, *Op. Cit.* (p. 1285).

<sup>176</sup> As fontes do direito sindical internacional são as Convenções da Organização Internacional do Trabalho. A de número 87 denomina-se “Convenção Relativa à Liberdade Sindical e à Proteção do Direito de Sindicalização”.

<sup>177</sup> QUEIROZ, *Op. Cit.* (p. 33).

tem sido, desde a redemocratização, um ganho de profundas proporções para a classe trabalhadora.<sup>178</sup>

## A LIBERDADE SINDICAL NAS CONSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS

O princípio da liberdade sindical estabelece o livre exercício dos direitos sindicais. Manifesta-se em quatro dimensões: (a) liberdade coletiva dos grupos formalizados ou informalizados (direito social coletivo); (b) liberdade individual das pessoas de filiar-se ou desfiliar-se de um sindicato (direito subjetivo individual); (c) liberdade relacional do sindicato diante do Estado, do empregador e mesmo de outras entidades sindicais; e (d) liberdade interna de auto-organização, que requer a autonomia para administração, redação e aprovação dos estatutos e livre eleição dos dirigentes. Em outros termos, segundo a Convenção n. 87 da OIT, a liberdade sindical encerra quatro garantias básicas: a) direito de fundar sindicatos; b) direito de administrar sindicatos; c) direito de atuação dos sindicatos e d) direito de (des)filiação em/de um sindicato.<sup>179</sup> É um direito humano universal, reconhecido na Declaração da Assembleia Geral das Nações Unidas (1948), o de todo ser humano “organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses” (art. 23, parágrafo 4).

Há variados modelos nacionais de regulamentação jurídica da relação entre os sindicatos e o Estado quanto à premissa da liberdade sindical, os quais podem ser agrupados em três principais tendências: a) modelo abstencionista ou de autonomia coletiva pura, em que a lei não reprime ou na prática se omite quanto ao assunto da liberdade sindical (exs.: Itália, Suécia, Inglaterra, Alemanha, Bélgica, Uruguai); b) modelo intervencionista ou regulamentarista, em que há legislação que interfere

---

<sup>178</sup> *Ibid.* (p. 97).

<sup>179</sup> MASCARO, *Op. Cit.* (pp. 1312-1313).

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

no sistema de relações coletivas de trabalho (exs.: França, Espanha, Portugal, Canadá, América Latina com exceção do Uruguai); c) modelo socialista (extinta União Soviética, Cuba, Europa Oriental com exceção da Iugoslávia).<sup>180</sup>

A América Latina particularmente se caracteriza pela pouca amplitude da autonomia organizativa no campo trabalhista. A legislação geralmente impõe o desenho da organização sindical, incluindo os tipos de associações e formas pelas quais devem ser reconhecidas, os órgãos competentes para reconhecimento, os níveis e âmbito de representação e, em menor grau, parâmetros para a administração interna dos sindicatos.<sup>181</sup>

Em movimento iniciado com o constitucionalismo social em voga no início do século XX (foram pioneiras as Constituições do México e de Weimar), a tendência é que os direitos coletivos e sociais, inclusive os direitos trabalhistas e sindicais, sejam incluídos nas Constituições dos Estados modernos. O Brasil mantém a tradição de elevar as normas de direito sindical a *status* constitucional desde 1934 – documento que, no art. 120, parágrafo único, previu a pluralidade e a completa autonomia dos sindicatos. A liberdade de associação, porém, já era prevista em termos gerais desde 1891.<sup>182</sup>

Determina a Constituição de 1988 que “ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado” (art. 5º, XX), aduzindo que “é livre a associação profissional ou sindical...” (art. 8º, *caput*), regra repetida no inciso V do mesmo artigo: “ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato”. Encarrega-se, pois, de instituir o direito fundamental à liberdade de associação profissional ou sindical. Segundo ensina José Afonso da Silva, a liberdade sindical é um princípio mais específico que a liberdade geral de associação e reunião. Aquela implica a liberdade de fundação do sindicato, sem formalismos para a aquisição de personalidade

---

<sup>180</sup> *Ibid.* (p. 1274).

<sup>181</sup> *Ibid.* (p. 1296).

<sup>182</sup> *Ibid.* (p. 1280).

jurídica, bastando o registro no órgão competente; a não interferência do Poder Público na organização sindical; o direito de os interessados aderirem ou não ao sindicato de sua categoria, de modo que podem desligar-se dela livremente; a liberdade de associar-se a confederação; e a liberdade na persecução coletiva dos objetivos da categoria profissional ou econômica.<sup>183</sup>

### **Natureza jurídica e função dos sindicatos**

O tripé da sociedade civil democrática é constituído pelos partidos, pela imprensa e pelos sindicatos. Estes são organizações sociais constituídas coletivamente para defender os direitos trabalhistas e os interesses coletivos ou individuais da categoria nas relações econômicas entre os grupos sociais.<sup>184</sup> Ostentam as funções básicas de representar a classe trabalhadora, por meio de negociações, mobilizações, reivindicações e, quando necessário, organização de greves. No limite, colaboram com a educação para a cidadania e a luta por justiça social, contra a exploração e a opressão de classe.<sup>185</sup>

Em termos específicos, pode-se assentar que os sindicatos são entidades dotadas de função: *a*) negocial – prerrogativa conferida para ajustar convenções coletivas de trabalho que fixam regras aplicáveis aos contratos individuais de trabalho dos empregados representados, nos termos do art. 7º, XXVI da CF c/c arts. 611 e 616 da CLT; *b*) assistencial – atribuição legal ou estatutária para prestação de serviços assistenciais aos representados; *c*) arrecadativa – prerrogativa de impor contribuições – seja a fixada por lei (art. 8º, IV da CF), seja a aprovada em assembleia –, mensalidades sindicais e descontos assistenciais; *d*) colaborativa com o Estado – possibilidade de colaborar com estudos e eventuais soluções de problemas relacionados à categoria (art. 513, “d” c/c art. 514, “a” da

---

<sup>183</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009 (pp. 301-302).

<sup>184</sup> MASCARO, *Op. Cit.* (p. 1343).

<sup>185</sup> QUEIROZ, *Op. Cit.* (p. 13).

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

CLT); e) representativa – faculdade do sindicato de representar, perante as autoridades administrativas e judiciais, os interesses coletivos da categoria, como parte em dissídios coletivos; ou de representar os interesses individuais dos seus integrantes, na condição de substituto ou representante processual em dissídios individuais.<sup>186</sup>

Em primeiro plano, as entidades sindicais detêm poderes especiais se comparadas às associações civis, tais como as prerrogativas de defender os interesses coletivos ou individuais da categoria e de seus membros, inclusive em instâncias judiciais e administrativas, e a de impor contribuições àqueles que representa, filiados ou não. As associações profissionais não sindicais se limitam ao estudo, à defesa e à coordenação dos interesses econômicos e profissionais dos associados.<sup>187</sup>

Em segundo plano, as entidades sindicais distinguem-se dos conselhos de fiscalização profissional, na medida em que não almejam a disciplina da classe, mas a defesa de seus interesses, por meio de reivindicações e negociações de melhores condições de trabalho. Neste ponto afastam-se os sindicatos e as autarquias corporativas. Estas possuem comissões fiscalizadoras da atuação dos profissionais e da preservação da ética, e mantêm relação jurídica de inscrição obrigatória com o profissional. O sindicato, por sua vez, é de inscrição facultativa.<sup>188</sup> As autarquias corporativas de fato são organizações que portam inúmeras peculiaridades.<sup>189</sup> De acordo com os precedentes vigentes do

---

<sup>186</sup> MASCARO, *Op. Cit.* (p. 1345).

<sup>187</sup> SILVA, *Op. Cit.* (pp. 301-302).

<sup>188</sup> MASCARO, *Op. Cit.* (p. 1343).

<sup>189</sup> A fiscalização profissional em nosso país é realizada por conselhos autárquicos corporativos (com exceção da OAB) que atuam por outorga do Estado em prol do interesse público, criados por lei federal (art. 37, XIX – CF) que, em geral, prevê em seu proveito autonomia administrativa, regulamentar e financeira. Tais entidades possuem natureza jurídica de direito público interno, conquanto não constituam autarquias federais típicas, na medida em que não são mantidas pelo orçamento da União nem têm seus cargos de direção nomeados livremente pelo Poder Executivo – e sim pelos profissionais que compõem a corporação. No entanto, compartilham da maior parte das prerrogativas e dos deveres inerentes aos órgãos da Administração

Supremo Tribunal Federal (STF), não se enquadram no conceito de “entidade de classe de âmbito nacional” constante do art. 103, IX – CF, pois são “entidades autárquicas, detentoras, portanto, de personalidade jurídica de direito público”, motivo pelo qual **não estão** legitimadas para propor ações diretas de controle de constitucionalidade.<sup>190 191</sup>

## **OS SINDICATOS NA REFORMA TRABALHISTA: uma flagrante inconstitucionalidade**

O Constituinte originário concebeu uma estrutura sindical que dotou os sindicatos de ampla autonomia organizativa. Nem lei, tampouco atos administrativos são legítimos para interferir nas competências sindicais definidas pela Constituição em seu art. 8º, inc. I. Tal previsão é coerente com a colocação das entidades sindicais na condição de organizações centrais para o alcance dos fundamentos do Estado

---

descentralizada: estão sujeitas à regra da contabilidade pública, submetendo-se ao controle do Tribunal de Contas da União; as anuidades recebidas de seus membros possuem natureza de contribuição tributária, de modo que podem ser cobradas por via de Execução Fiscal; possuem os privilégios processuais da Fazenda Pública, imunidade tributária e impenhorabilidade de seus bens; e devem contratar seu pessoal em conformidade com o regime estatutário do serviço público. Disso decorre que estão submetidas à regência dos princípios da Administração Pública, entre os quais aqueles enumerados pelo caput do art. 37 da Constituição: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

<sup>190</sup> Conferir trecho do voto do Ministro Celso de Mello na ADI 641: “*De fato, jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal fixou-se no sentido de que os conselhos de fiscalização de classe não detêm legitimidade para o ajuizamento das ações de controle concentrando, por serem entidades autárquicas, detentoras, portanto, de personalidade jurídica de direito público, não se enquadrando no conceito de ‘entidade de classe de âmbito nacional’ constante do artigo 103 (inciso IX) da Constituição Federal*” (ADI 641 MC, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 11/12/1991, DJ 12-03-1993 PP-03557 EMENT VOL-01695-02 PP-00223).

<sup>191</sup> Conferir capítulo “Natureza do vínculo entre advogados e a OAB e o direito fundamental à liberdade de associação profissional”, In: FERREIRA, Antonio Oneildo. *A natureza contramajoritária da advocacia: Direitos humanos, igualdade de gênero e democracia*. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2017 (pp. 71-88).

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

democrático de direito, com destaque para o valor social do trabalho (art. 1º, IV), da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da defesa de todo o sistema de direitos sociais básicos do trabalhador (art. 7º).

Porém, às vésperas de a Constituição completar seu trintenário e tornar-se uma “cidadã balzaquiana”, o Governo brasileiro decide presenteá-la com um “aniversário amargo”. Em um clima de completa precarização das relações trabalhistas tradicionalmente protegidas pelo Estado social consagrado em nosso compromisso político originário – que inclui a liberação indiscriminada da terceirização, a criação de subcategorias como dos trabalhadores horistas e intermitentes, etc. –, a estrutura sindical é atingida por mais um flagrante retrocesso, proibido em termos constitucionais (princípio constitucional do não-retrocesso).<sup>192</sup>

No que toca às entidades sindicais, a Reforma Trabalhista introduzida pela Lei n. 13.467/2017 é **inconstitucional**, pois sinaliza manifesta interferência do Estado na autonomia e nas competências sindicais. Enfraquecer os sindicatos é, dessa maneira, esvaziar uma parte significativa do desenho constitucional, relativa à proteção da dignidade humana (art. 1º, III), do valor social do trabalho (art. 1º, IV) e dos direitos sociais (art. 6º e ss.). Os sindicatos fazem parte de uma estrutura de proteção dos hipossuficientes, razão pela qual devem ser fortalecidos. As normas relativas às entidades sindicais precisam receber máxima eficácia por parte do Poder Público. Uma legislação de tendência contrária é flagrantemente inconstitucional, pois retira a força normativa da Constituição em matéria sindical.

A Reforma Trabalhista debilitou a estrutura sindical constitucional destacadamente em três oportunidades específicas: *a*) na abolição unilateral e não dialogada da contribuição sindical compulsória, principal fonte de renda dos sindicatos; *b*) na usurpação das

---

<sup>192</sup> Conferir capítulo “Princípio constitucional do não-retrocesso: entre a barbárie e a civilização”, In: FERREIRA, Antonio Oneildo. *A natureza contramajoritária da advocacia: Direitos humanos, igualdade de gênero e democracia*. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2017 (pp. 187-197).

competências do sindicato por meio do alargamento das atribuições dos representantes do trabalhador nas empresas; e c) no fim da exigência da homologação dos sindicatos na rescisão do contrato individual ou coletivo de trabalho.

(a) No tocante à contribuição sindical, dispõem as alterações da CLT efetuadas pela Reforma Trabalhista:

**Art. 578.** As contribuições devidas aos sindicatos pelos participantes das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades serão, sob a denominação de contribuição sindical, pagas, recolhidas e aplicadas na forma estabelecida neste Capítulo, desde que prévia e expressamente autorizadas.

**Art. 579.** O desconto da contribuição sindical está condicionado à autorização prévia e expressa dos que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão ou, inexistindo este, na conformidade do disposto no art. 591 desta Consolidação.

De agora em diante, condiciona-se o desconto da contribuição sindical à autorização prévia do empregado, retirando-lhe o caráter obrigatório. Antes de promulgada a Reforma em questão, era dever do empregador descontar um dia de salário da remuneração do empregado, a ser revertido em favor do sindicato representante da categoria. Com a instituição da facultatividade, espera-se um descomunal enfraquecimento da estrutura sindical como um todo, na medida em que muitas entidades sequer conseguirão sobreviver sem sua principal fonte de renda, e outras terão suas atividades completamente reduzidas devido à precarização de sua receita. Essa medida, aplicada de forma unilateral e não dialogada, implica inaceitável interferência na autonomia organizacional das entidades sindicais, assegurada pela Constituição no art. 8º, I.

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

(b) O art. 510-A, nova redação da CLT, dispõe sobre a criação de uma Comissão de Empregados nas empresas com mais de duzentos empregados, com competências de representação perante o empregador, com fins de reivindicação, solução de conflitos, aprimoramento e fiscalização da relação de trabalho. É instituída a faculdade de eleição de três a sete trabalhadores representantes por empresa, detentores de mandato de dois anos com possibilidade de reeleição, estáveis com relação a despedida arbitrária (a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro – art. 510-D, §3º), com funções de negociação que usurpam e enfraquecem o papel dos sindicatos.

Direitos e interesses individuais ou coletivos da categoria são de defesa exclusiva dos sindicatos, conforme cristalina redação do art.8º, III da Carta Magna. Pelas atribuições sugeridas pelo art. 510-B, fica clara a intenção de dar a essas Comissões papel semelhante ao dos sindicatos. O dispositivo da Reforma assenta:

Art. 510-B. A comissão de representantes dos empregados terá as seguintes atribuições:

I - representar os empregados perante a administração da empresa;

II - aprimorar o relacionamento entre a empresa e seus empregados com base nos princípios da boa-fé e do respeito mútuo;

III - promover o diálogo e o entendimento no ambiente de trabalho com o fim de prevenir conflitos;

IV - buscar soluções para os conflitos decorrentes da relação de trabalho, de forma rápida e eficaz, visando à efetiva aplicação das normas legais e contratuais;

V - assegurar tratamento justo e imparcial aos empregados, impedindo qualquer forma de discriminação por motivo de sexo, idade, religião, opinião política ou atuação sindical;

VI - encaminhar reivindicações específicas dos empregados de seu âmbito de representação;

VII - acompanhar o cumprimento das leis trabalhistas, previdenciárias e das convenções coletivas e acordos coletivos de trabalho.

Com a atuação direta dos representantes eleitos, as bases sindicais serão enfraquecidas e, por conseguinte, toda a classe trabalhadora o será, resultando o aumento do poder de manipulação, imposição e barganha do empregador. Os representantes previstos pela Constituição no art. 11 possuem competência exclusiva para promover o “**entendimento** direto com os empregadoras”; a condução das negociações coletivas de trabalho, por sua vez, é prerrogativa dos sindicatos (art. 8º, VI).<sup>193</sup> A valorização da negociação requer um fortalecimento sindical ainda não verificado no Brasil. O presidente da Central Única dos Trabalhadores (CUT), Vagner Freitas, ressalta que nosso país não tem tradição de negociações coletivas, pois o acesso dos sindicatos aos locais de trabalho é ainda muito limitado.<sup>194</sup>

(c) Segundo a dicção do art. 477-A: “As dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins, **não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação**”. A Reforma Trabalhista suprime a obrigatoriedade de homologação da rescisão do contrato de trabalho, perante a entidade sindical representativa da categoria, para empregados com mais de um ano de tempo de serviço. O fim da exigência de homologação das rescisões dos contratos individuais ou coletivos de trabalho expressa ostensiva intenção de desproteger o trabalhador perante o poder do patronato. É, além disso, mais uma forma de esvaziar a dimensão política e reivindicativa dos sindicatos.

---

<sup>193</sup> O art. 8º, III, reforça: “ao sindicato cabe a defesa dos interesses individuais coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”.

<sup>194</sup> MARTINS, Miguel. “Temer prepara uma reforma trabalhista para agradar aos empresários”. In: *Carta Capital*. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/revista/904/temer-prepara-uma-reforma-trabalhista-para-agradar-aos-empresarios/@@amp>>. Acesso em 9 de out. de 2018.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Reforma retrata uma grave ofensa aos objetivos e princípios fundamentais da República – em especial aos princípios da dignidade da pessoa humana, da representatividade democrática, da primazia e intangibilidade dos direitos fundamentais, da redução das desigualdades sociais, do valor social do trabalho e da proibição do retrocesso social.<sup>195</sup>

<sup>196</sup> Reverte-se, no fim das contas, em um sério atentado contra o pacto social no qual está escorada a forma republicana de governo. No todo, debilita a solidariedade que fornece coesão ao contrato social, na medida em que reatualiza e agrava o conflito entre classes sociais no país e, levemente, expressa um total descompasso entre a vontade do povo soberano e a corrupta ação da classe governante, numa ostensiva usurpação da soberania popular.

O Constituinte originário concebeu uma estrutura sindical que dotou os sindicatos de ampla autonomia organizativa. Nem lei, tampouco

---

<sup>195</sup> As normas de direitos sociais se desdobram em direitos a prestações por parte do Estado (dimensão positiva) e ao mesmo tempo proíbem que o Estado interfira de modo a tornar mais precárias as garantias sociais existenciais (dimensão negativa). Nem o Estado nem terceiros podem atentar contra posições jurídicas albergadas pelo âmbito de proteção desses direitos. É a seguinte a formulação do princípio da proibição de retrocesso em matéria de direitos sociais, ou simplesmente *princípio do não retrocesso*: “*quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo*”. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 338-339. A vedação do retrocesso social tem sido comumente entendida como limite material implícito que impede a supressão, por via de emendas constitucionais ou leis infraconstitucionais, dos direitos prestacionais que já alcançaram um grau de densidade normativa robusto e adequado, a não ser que tal supressão seja precedida de uma prestação alternativa que impeça eventual prejuízo ao direito em tela, uma vez que a revogação de normas que disciplinam direitos fundamentais sociais devem ser acompanhadas de medidas compensatórias de eventuais perdas.

<sup>196</sup> Princípios extraídos da leitura combinada dos arts. 1º, 3º e 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil.

atos administrativos são legítimos para interferir nas competências sindicais definidas pela Constituição em seu art. 8º, inc. I. Tal previsão é coerente com a colocação das entidades sindicais na condição de organizações centrais para o alcance dos fundamentos do Estado democrático de direito, com destaque para o valor social do trabalho, da dignidade da pessoa humana e da defesa de todo o sistema de direitos sociais básicos do trabalhador. A fidelidade ao compromisso do constitucionalismo requer justamente o fortalecimento da máxima eficácia das normas constitucionais. As entidades sindicais, nessa perspectiva, fazem parte do sistema constitucional de valor social do trabalho, consectário do metaprincípio da dignidade da pessoa humana, e precisam ser fortalecidas pela sociedade civil e pelo Estado em conformidade com a obrigação constitucional decorrente do modelo político-cívico que assumimos.

No que toca às entidades sindicais, a Reforma Trabalhista introduzida pela Lei n. 13.467/2017 é **inconstitucional**, pois sinaliza manifesta interferência do Estado na autonomia e nas competências sindicais. Enfraquecer os sindicatos é, dessa maneira, esvaziar uma parte significativa do desenho constitucional, relativa à proteção da dignidade humana, do valor social do trabalho e dos direitos sociais. É, além disso, ir na contramão da história de afirmação dos direitos humanos. Os sindicatos fazem parte de uma estrutura de proteção dos hipossuficientes, razão pela qual devem ser fortalecidos. As normas relativas às entidades sindicais devem receber máxima eficácia por parte do Poder Público. Uma legislação de tendência contrária é flagrantemente inconstitucional, na medida em que contribui para minar a força normativa da Constituição.



PARTE IV  
ADVOCACIA



## 10 A DIGNIDADE DOS HONORÁRIOS DA ADVOCACIA

---

**Dignidade é substantivo feminino** que expressa uma “qualidade moral que infunde respeito, consciência do próprio valor, honra, autoridade, nobreza”.<sup>197</sup> Só se atribui dignidade, logo, a algo que se reconheça de fato como grande, nobre, elevado. Quando a advocacia reivindica honorários dignos – como ocorre no contexto da “Campanha Nacional pela Dignidade dos Honorários”,<sup>198</sup> liderada pelo Conselho Federal da OAB –, está a exigir que a classe seja tratada na exata proporção de seu protagonismo entre as instituições-chave para a construção, a consolidação e a manutenção do Estado democrático de direito.

Sendo a advocacia indispensável à administração da Justiça – preceito estampado no art. 133 da Constituição Federal –, o aviltamento dos honorários necessariamente repercute negativamente em termos de malefícios para o Sistema de Justiça como um todo. Advogadas e advogados mal remunerados terão feridas sua dignidade, sua independência e seu meio regular de subsistência, e assim diminuídas suas condições para colaborar com o acesso à tutela jurisdicional justa e com a fiscalização das instituições públicas.

A discussão sobre a valorização dos honorários encerra inestimável interesse não só para a classe, como para toda a sociedade. Os honorários estabelecem um padrão digno para a advocacia, compatível com sua expressão social de grupo indispensável à administração da Justiça. Não por acaso, honorários têm natureza equivalente à remuneração dos trabalhadores assalariados e aos subsídios dos funcionários públicos, na medida em que detêm natureza alimentar, sendo impenhoráveis, crédito prioritário e insuscetíveis de

---

<sup>197</sup> HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 2001.

<sup>198</sup> Disponível em: <<https://www.oab.org.br/campanha/honorarios-dignos/>>. Acesso em 13 de nov. de 2018.

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

retenção. São os honorários que alimentam a classe que é indispensável à administração da justiça, garantindo-lhe o usufruto do mínimo existencial, daí a importância capital de se assegurar sua dignidade.

**Nomeia-se honorários a retribuição pecuniária**, fixada amigavelmente, como contraprestação pelos serviços prestados pelos profissionais da advocacia. Etimologicamente, honorário (latim: *honorarium*) deriva da palavra “honra” (latim: *honos*). Os romanos acreditavam que a retribuição de um cliente ao seu patrono era um ato honorífico, algo que transcendia a lógica mercantilista da remuneração pecuniária. A designação de “honorários” remete a uma dívida de honra que transcende o reclamo do comum salário, haja vista a dignidade da profissão envolvida.<sup>199</sup>

Há, evidentemente, razões históricas para que a contraprestação recebida pela advocacia em nome de seus representados seja considerada um ato de honra, e não mercantil. Inicialmente, era vedada a cobrança realizada em virtude da representação de um cidadão em um tribunal. A cobrança de honorário só passou a ser admitida – embora com limitações – a partir do governo do imperador romano Cláudio (41-54 d.C.), em benefício de uma classe que estava a desenvolver-se entre o segundo e o quarto séculos em Roma, prestando assistência jurídica, notadamente no nível da representação em tribunais.<sup>200</sup>

O surgimento de advogados **profissionais**, contudo, só seria registrado na civilização ocidental a partir do século XII. Até então, o serviço correspondente à advocacia era oferecido por semiprofissionais não versados em um estudo específico e aprofundado sobre as normas de direito aplicáveis.

---

<sup>199</sup> Antonio Arnaut *apud* MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Comentários ao Código de Ética e Disciplina da OAB: análise do Código de 2015, pelo relator do anteprojeto e da sistematização final do texto*. Rio de Janeiro: Forense, 2016 (p. 129).

<sup>200</sup> NEVES, José Roberto de Castro. *Como os advogados salvaram o mundo: a história da advocacia e sua contribuição para a humanidade*. 1 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018 (p. 37).

Neste momento surge a palavra *advocatus* (designa “aquele que é chamado em auxílio”, do verbo *advocare*), ampla o bastante para abarcar uma série de atividades relativas ao julgamento: a da testemunha, a do auxiliar do juiz, e inclusive a do moderno advogado.<sup>201</sup>

Desde então, o ofício dos advogados foi-se especializando mais e mais, exigindo-lhes dedicação integral e competência sobrecomum. Nessa esteira desenvolveu-se e aprimorou-se o instituto dos honorários advocatícios. No ordenamento jurídico brasileiro, atualmente há previsão de três espécies de honorários, cada qual com origem de estipulação distinta. Essa regra se infere do art. 22 da Lei 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia e da OAB): “A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convenacionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência”. São, portanto, as três espécies: *i*) os honorários contratuais ou convencionais; *ii*) os honorários sucumbenciais e *iii*) os honorários fixados por arbitramento judicial.

*i*) Contratuais ou convencionais são os honorários combinados livremente pelo profissional e pelo cliente em contrato, via de regra escrito, assinado por ambos. Inclusive a forma de pagamento pode ser livremente pactuada, por acordo mútuo, admitindo-se um valor cobrado no início do processo (em prestação única ou mensalidades); um valor no final do processo, percentualmente proporcional ao êxito do cliente; ou uma combinação de múltiplas formas. Em regra (isto é, caso não seja estipulado o contrário), serão devidos um terço dos honorários no início do serviço, outro terço até a decisão de primeira instância e o restante no final (art. 22, § 3º do EAOAB).

*ii*) Sucumbenciais são os honorários pagos pela parte vencida ao advogado da parte vencedora. Seu valor é fixado pelo juiz que presidiu o processo, e deve variar entre 10 e 20% sobre o valor na condenação, sendo observados os critérios do grau de zelo do

---

<sup>201</sup> *Ibid.* (p. 66).

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

profissional, do lugar de prestação do serviço, da natureza e importância da causa, e do tempo exigido para o serviço – conforme o art. 85, § 2º da Lei 13.105/2015 (Novo CPC). Ainda na dicção do mesmo art. (§ 1º), “são devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente”.

*iii)* Na hipótese em que advogado e cliente não tenham pactuado previamente honorários contratuais, ou que discordem após uma combinação verbal, os honorários são arbitrados judicialmente. Nessa situação, um juiz analisa o caso e fixa um valor que entende como correto, à luz da natureza do trabalho, do valor econômico da questão e dos limites da tabela de honorários da OAB. O advogado deve renunciar previamente ao mandato recebido pelo cliente em débito, conforme consta do art. 43 do Código de Ética e Disciplina da OAB – CED.

Para dirimir tempestivamente antiga controvérsia, o Novo CPC acrescentou ao Estatuto dispositivo em que expressamente se reconhece que os honorários assistenciais sucumbenciais, “compreendidos como os fixados em ações coletivas propostas por entidades de classe em substituição processual”, devem ser revertidos em favor dos advogados – e não das entidades sindicais –, sem prejuízo dos honorários convencionais (art. 22, §7º do EOAB, nova redação).

Quanto à interpretação do § 2º do art. 85 do novo Código de Processo Civil – dispositivo legal que prevê honorários de 10 a 20% sobre o valor da condenação, do proveito econômico ou valor atualizado da causa –, questionada judicialmente, a OAB requereu em setembro de 2018 o ingresso como *amicus curiae* no agravo no REsp 262.900/SP, sob apreciação da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ). O Presidente da entidade, Claudio Lamachia, argumenta que “o novo CPC é claro ao estabelecer critérios objetivos e garantias para que a verba

honorária seja digna e capaz de atender a sua natureza alimentar, bem como as necessidades inerentes ao exercício da advocacia”.<sup>202</sup>

**O ordenamento jurídico de todas as nações comprometidas com a Justiça confere especial dignidade à advocacia.** Tão relevante é a advocacia – pública e privada – para a organização do Estado democrático de direito, que a Constituição Federal a elencou expressamente entre as funções essenciais à Justiça (Título IV, Capítulo IV), entre outras instituições do sistema de Justiça. A advocacia, nos termos do art. 133, “é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”. Expressamente é reconhecido, portanto, que o advogado, ainda que em exercício privado, presta serviço público e desempenha função social (“No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social” – art. 2º, § 1º do EAOAB).<sup>203</sup>

O direito brasileiro se insere em uma tradição de séculos em que se prescreve que a advocacia perceberá honorários justos pela prestação do serviço contratado, assegurando-lhe a possibilidade de cobrá-los inclusive judicialmente em caso de descumprimento da contraprestação por parte do cliente. Os Conselhos Seccionais da OAB ocupam-se de regulamentar, dentro de suas respectivas circunscrições, os valores mínimos dos honorários para cada modalidade de serviço, considerando que se coadunem “com o trabalho e o valor econômico da questão” (art. 22, § 2º do EAOAB).

---

<sup>202</sup> OAB, Conselho Federal. “OAB pede ingresso como *amicus curiae* em processo que trata de critérios para honorários de sucumbência”. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/noticia/56652/oab-pede-ingresso-como-amicus-curiae-em-processo-que-trata-de-criterios-para-honorarios-de-sucumbencia>>. Acesso em 13 de nov. de 2018.

<sup>203</sup> Conferir artigo de minha autoria que aprofunda esse tema, intitulado “Múnus público da advocacia é respeito ao cidadão”. In: FERREIRA, Antonio Oneildo. *A natureza contramajoritária da advocacia: direitos humanos, igualdade de gênero e democracia*. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2017 (pp. 357-362).

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

Em virtude de seu compromisso com o interesse público, a advocacia é inconciliável com qualquer atividade de mercantilização, nos termos do art. 5º do CED. A cobrança de honorários, assim, não se fundamenta na busca pelo lucro, mas sim na necessária subsistência de uma classe que é indispensável à administração da Justiça, sem a qual os direitos fundamentais do cidadão tornam-se mera declaração estéril. Afinal, para que os direitos adquiram concretude, ao serem demandados e posteriormente aplicados judicialmente, é necessária uma classe de advogadas e advogados atuantes, munida de condições materiais e existenciais para trabalhar com destemor e independência em prol do direito de defesa e de acesso à justiça.

De tamanha monta é a função da advocacia que sobre esta não incide o Código de Defesa do Consumidor. A missão social de que é incumbido o advogado não pode ser mercantilizada, sob pena da perda de sua independência, basilar para a administração da Justiça e, conseqüentemente, para o fortalecimento do Estado democrático de direito. A advocacia exerce serviço público disciplinado pelo Estatuto da Advocacia, e não pela lei consumerista.<sup>204</sup>

**O Novo Código de Processo Civil foi pioneiro ao reconhecer expressamente o caráter alimentar dos honorários advocatícios**, ao contrário dos diplomas anteriores que disciplinavam o assunto: o Código de Processo Civil e o Estatuto da Advocacia. Por ausência de expressa previsão legal, longa controvérsia persistiu nesse tocante. O EAOAB já havia sido vanguarda no tema dos honorários ao atribuir ao advogado ou à advogada “direito autônomo para executar a sentença na parte de honorários” que a ele ou a ela pertencem (art. 23). Deixava-se claro, portanto, que a verba honorária pertence à advocacia, nunca à parte.

---

<sup>204</sup> A esse respeito, consultar o magistral trabalho de RAMOS, Gisela Gondim. *Advocacia: inexistência de relação de consumo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Forum, 2012.

O NCPC avançou mais ainda: além de reafirmar a titularidade da advocacia sobre os honorários, o § 14 do art. 85 os elevou ao patamar privilegiado dos alimentos, realçando a importância da subsistência daqueles profissionais que são indispensáveis, por destinação constitucional, à administração da Justiça. Aproveitou a oportunidade para vedar manifestamente a polêmica compensação em caso de sucumbência parcial: “Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial” (art. 85, § 14).

Eventuais argumentos contrários a esse entendimento, o qual já vinha sendo consolidado em sede jurisprudencial, tornaram-se definitivamente defasados, sem qualquer respaldo jurídico na lei pátria. Superado o debate histórico, há consenso de que os honorários são análogos ao salário, pois se destinam a finalidades de sustento, alimentação, moradia, manutenção etc. O Novo CPC, afinal, foi construído com reverência às compreensões já firmadas na tradição jurisprudencial nacional, no intuito de trazer ao jurisdicionado maior segurança jurídica.<sup>205</sup>

A natureza alimentar traz ao instituto dos honorários algumas características relevantes, tais como:

a) Honorários advocatícios são impenhoráveis. Eventual credor não poderá atingir a verba remuneratória da advocacia, seja ela contratual, sucumbencial ou judicial, a fim de satisfazer seu crédito, conforme dispõe o art. 833, IV do Novo CPC, no que concerne aos honorários de profissional liberal.

b) Possibilidade de penhora de verbas remuneratórias de devedor para pagamento de honorários. Sendo os honorários o meio de

---

<sup>205</sup> Conferir: SANTANA, Alexandre Ávalo; PEREIRA, Luís Cláudio Alves. “O caráter alimentar e autônomo dos honorários advocatícios à luz do Novo CPC e suas consequências. In: COELHO, Marcus Vinícius; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe (Coord.). *Honorários advocatícios*. Salvador: Juspodivm, 2015 (pp. 780-781).

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

subsistência basilar da advocacia, o descumprimento de seu pagamento configura fundamento para que seja autorizada a penhora de rendimentos e salários de seus devedores, bem como desconto em folha de pagamento. Acredita-se que esse meio é proporcional e necessário para equacionar a colisão entre o direito a alimentos do credor e o direito de mesma natureza do devedor.<sup>206</sup> Tal discussão é bem cristalizada no âmbito jurisprudencial.<sup>207</sup>

c) Honorários são, em regra, crédito prioritário. Destacam-se como crédito privilegiado na instauração de concurso de credores e no recebimento dos créditos habilitados em processo falimentar (art. 24, *caput* do EAOAB) e como crédito preferencial face à Fazenda Pública (art. 100, § 1º da CF), segundo a sistemática dos precatórios.<sup>208</sup> Há ainda o entendimento jurisprudencial de que o crédito honorário guarda preferência frente ao crédito hipotecário.<sup>209</sup>

---

<sup>206</sup> GUIMARÃES, Heitor Miranda. “A natureza alimentar dos honorários advocatícios e suas consequências”. In: COELHO, CAMARGO, *Op. Cit.* (pp. 785-802).

<sup>207</sup> Ver AgRg no AREsp 387.601/RS. Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 22/10/2013, DJe 28/10/2013: “Isto é, sendo os honorários a forma de remuneração dos advogados pelo fruto de seu ofício, evidentemente, estes têm caráter alimentar, o que, segundo o entendimento atual, possibilita, inclusive, a penhora de verbas remuneratórias do executado, para o fim de se promover o adimplemento dos débitos de honorários advocatícios”.

<sup>208</sup> O art. 100 da CF dispõe sobre os pagamentos devidos pela Fazenda Pública, e seu § 1º assevera: “Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo”.

<sup>209</sup> Ver STJ – AgRg no Ag: 780987 MS 2006/0119597-3, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Data de julgamento: 07/10/2010, Terceira Turma, Data de Publicação: Dje 19/10/2010. No mesmo julgado, faz-se referência à seguinte ementa: “Direito civil e processual civil. Ação de execução. Penhora de imóvel gravado de hipoteca. Honorários advocatícios. Natureza. Crédito real. Preferência. Ônus sucumbenciais. Valor fixado. Reexame de prova. – Os honorários advocatícios inserem-se na categoria de crédito privilegiado, dada a sua natureza alimentar, sobrepondo-se, portanto, ao crédito real hipotecário. – Inviável o reexame de provas em sede de recurso especial. Recurso especial não



## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

das prerrogativas da advocacia, e, por conseguinte, ao aprimoramento do sistema de Justiça e do Estado democrático de direito. Garantir a razoabilidade no arbitramento dos honorários é uma questão prioritária de justiça, que interessa a toda a sociedade e ao Poder Público.

## 11 ADVOCACIA, DEVER DE FIDÚCIA E A CONTROVÉRSIA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

---

### I

Presume-se inocente o indivíduo que, mesmo acusado via ação penal, não tenha sido condenado conforme as regras do devido processo legal de um determinado sistema jurídico. A regra da presunção de inocência é da tradição do constitucionalismo que fundou os direitos fundamentais, vital, tanto quanto o princípio do devido processo legal, para o coração dos ordenamentos penais dos Estados democráticos de direito. Respeitando essa tradição garantista, e avançando mais ainda, a Constituição da República brasileira taxativamente declarou que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII). A um só tempo em que se mostrou deferente ao Direito Penal internacional,<sup>210</sup> ao trazer para seu âmago a presunção de inocência, inovou ao condicionar o início da execução da pena ao **trânsito em julgado de sentença penal condenatória** – conceito jurídico que, em nossa tradição jurisprudencial e doutrinária, nunca significou algo diferente da sentença irrecorrível, para a qual se esgotaram absolutamente todas as vias recursais, em todas as instâncias, incluindo os tribunais superiores.

Causa perplexidade o afã do Supremo Tribunal Federal, em aparente adesão a segmentos da sociedade civil e da mídia sedentos pelo punitivismo e pelo recrudescimento do Estado Policial, de mudar seu próprio entendimento jurisprudencial, firmado a partir de 2009 em

---

<sup>210</sup> No plano internacional, destaca-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, que assevera: “*Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa*”.

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

reverência às inovações constitucionais de 1988, de que a possibilidade de interposição de recursos especiais e extraordinários obstaculiza o cumprimento da sentença. Pois estamos diante de regra de literalidade explícita, cristalina, inequívoca e unívoca, infensa a qualquer outra interpretação, e uma hermenêutica coerente e responsável deve tomar a leitura gramatical do texto como a mais peremptória evidência interpretativa. Afinal, a função jurisdicional num Estado constitucional regido pela separação de poderes limita-se a aplicar o direito vigente – jamais passa por criar novo direito, que é uma prerrogativa do Poder Legislativo –,<sup>211</sup> e não se tratou de hipótese em que esse direito fosse ambíguo ou incerto a ponto de permitir ressignificações ou sopesamentos com supostos princípios concorrentes. A **regra** da presunção de inocência é clara, assim como são claras suas exceções.<sup>212</sup>

Por que, então, semelhante celeuma floresceu entre os juristas? A injustificada controvérsia entre permitir ou não a antecipação do cumprimento da pena, logo após decisão de segunda instância, tem dividido a comunidade jurídica. Mesmo doutrinadores de escol têm esposado teses politicamente apreciadas por uma população embevecida pelo ânimo de punir, mas juridicamente insustentáveis. Não à toa, o Supremo, nas ocasiões em que deliberou decisivamente acerca da matéria, mostrou-se acirradamente dividido.<sup>213</sup> É um escândalo jurídico

---

<sup>211</sup> Quando cria novo direito, em desatenção à integridade do Direito, o Judiciário recai em ativismo judicial, prática condenável segundo a filosofia da hermenêutica constitucional. Conferir análise pormenorizada em artigo: FERREIRA, Antonio Oneildo. “O ativismo judicial no trintenário da Constituição”. In: Portal Migalhas. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI284742,101048-O+ativismo+judicial+no+trintenario+da+Constituicao>>. Acesso em 5 de dez. de 2018.

<sup>212</sup> Destacam-se as excepcionais modalidades de prisão antecipada. As medidas cautelares devem atender aos requisitos de necessidade e adequação do art. 282, inc. I e II da Lei n. 12.403/2011. E, conforme o § 6º dessa mesma lei, a “*prisão preventiva só será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar*”. Os artigos de 312 a 316 do Código de Processo Civil disciplinam rigorosamente o instituto da prisão preventiva.

<sup>213</sup> No julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, assistiu-se a um 6 a 5 no Plenário. O mesmo “placar” deu-se no julgamento conjunto das ADCs 43 e 44.

que as instituições contramajoritárias, arquitetadas justamente para interceder em favor dos direitos fundamentais individuais, estejam sucumbindo às avassaladoras paixões das maiorias – sentimento que deveria ser reservado ao legítimo espaço da política.

Assumindo essa mesma perspectiva, a advocacia, ciente de sua natureza inerentemente contramajoritária, deve colocar-se em favor da norma constitucional da presunção de inocência. Não há outra postura compatível com a advocacia senão a integral defesa da não antecipação do cumprimento da pena até o esgotamento de todas as vias recursais, conforme dita, de maneira imperativa, nossa Carta Magna, e faz questão de reiterar o Código de Processo Penal.<sup>214</sup> Tão incontestante é esse compromisso, que a Ordem dos Advogados do Brasil – entidade representativa da classe que é indispensável à administração da justiça, na dicção do art. 133 da Constituição –, atenta a seu múnus público, propôs ação declaratória de constitucionalidade (ADC n. 44) com o intuito de pôr termo à teratológica polêmica jurisprudencial.<sup>215</sup>

Defendo a tese de que sustentar uma leitura não literal e juridicamente assistemática – portanto, inconstitucional – da norma da presunção de inocência prova-se **incongruente com a natureza contramajoritária da advocacia.**<sup>216</sup> Acredito que, para além da

---

<sup>214</sup> O art. 283 do CPP praticamente espelha o disposto na Constituição, conjugando-se os incisos LVII e LXI do art. 5º: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.

<sup>215</sup> A ADC 44 foi promovida pelo Conselho Federal da OAB, com pedido liminar, visando ao reconhecimento da legitimidade constitucional da nova redação do art. 283 do Código de Processo Penal, a qual condiciona, sem dubiedades, o cumprimento da pena de prisão ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A OAB alega que a decisão do Supremo no HC 126.292/SP tem ameaçado a segurança jurídica e comprometido a liberdade de ir e vir.

<sup>216</sup> Elaboração mais detalhada do conceito de “natureza contramajoritária da advocacia” pode ser encontrada em, entre outros textos, especialmente: “A natureza contramajoritária da advocacia sob a perspectiva da teoria democrática”. In: FERREIRA, Antonio Oneildo. *A natureza contramajoritária da advocacia: direitos*

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

insustentabilidade de tal leitura, há entre ela e a advocacia uma irremediável incompatibilidade ética. Portanto, na hipótese em que um membro da classe insista em propagar publicamente sua concordância com esse absurdo hermenêutico, deveria haver **comunicação oficial e solene de tal circunstância a seu cliente**, a fim de evitar que essa situação venha a embarçar a defesa do constituinte. Ressaem ao menos dois argumentos para tanto: *a)* como já mencionado, a advocacia possui indisponível natureza contramajoritária, portanto vocação para a defesa intransigente dos preceitos constitucionais e dos direitos fundamentais; e *b)* há um dever especial de fidúcia entre advocacia e cliente, de modo que uma informação dessa relevância para a defesa do constituinte não possa ser omitida de relação marcada por tamanha requisição de lealdade e transparência. Vejamos.

### II

*a)* A interpretação inconstitucional da presunção de inocência instaura uma espécie de excepcionalidade jurídica no Direito Penal pátrio, que joga a Constituição contra si mesma. À advocacia impende o papel de mediar o conflito entre as medidas de exceção e a normalidade constitucional, sempre a favor dos direitos dos cidadãos, isto é, sempre em **sentido contramajoritário**.<sup>217</sup> Deve posicionar-se contra a criminologia midiática, contra as pressões populares e da opinião pública

---

*humanos, igualdade de gênero e democracia*. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2017 (pp. 23-33).

<sup>217</sup> O sentido contramajoritário não é apenas elaboração doutrinária, mas, principalmente, conclusão interpretativa obtida a partir dos princípios que orientam a atividade advocatícia. Princípios que ressaltam a função pública, político-institucional, da advocacia em defesa do Estado democrático de direito e de suas instituições garantidoras de direitos humanos. Leia-se o art. 44, II do Estatuto da OAB, segundo o qual é finalidade da OAB, serviço público, “*defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas*”.

pela criminalização desenfreada e não criteriosa, contra a cruzada punitivista de alguns setores do Ministério Público, da Polícia e do Judiciário, contra o “*panis et circenses* judicial”, pois seu compromisso inalienável é com as disposições constitucionais do Estado democrático de direito. A advocacia não está do lado das maiorias, mas do lado dos princípios da justiça e do Direito.

A advocacia é a instrumentalização da defesa das regras que compõem o jogo democrático. Só é possível que ela atue em um horizonte de regras e parâmetros, quer dizer, em um ambiente de normalidade constitucional. A exceção é extremamente maléfica para o contrato social,<sup>218</sup> para a estabilidade institucional, para a cooperação coletiva e para a solidariedade republicana. A extrapolação do estado (e do Estado) constitucional remete a uma situação de permanente insegurança e vulnerabilidade, a um verdadeiro estado pré-social, pré-contratual, pré-político, a uma ditadura das idiosincrasias e do subjetivismo, em que o livre-arbítrio e a imposição violenta das próprias razões é a única lei possível, ao estado hobbesiano da guerra de todos contra todos. A Constituição é nossa referência originária de civilidade, ao promover uma blindagem aos anseios predatórios da maioria em favor da garantia de patamares mínimos de respeito à dignidade humana. Não por acaso, a advocacia é a primeira a denunciar as tentativas de corrosão da ordem constitucional do Estado democrático de direito, em consonância com sua natureza contramajoritária.<sup>219</sup>

---

<sup>218</sup> Para uma visão contemporânea do conceito de contrato social e de suas transformações, remeto à leitura do texto “As reformas estruturantes e o contrato social”. In: FERREIRA, Antonio Oneildo. *A natureza contramajoritária da advocacia: direitos humanos, igualdade de gênero e democracia*. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2017 (pp. 285-299).

<sup>219</sup> Sobre o assunto, conferir as palavras de Bruno Torrano: “A liberdade conferida a cada cidadão de confiar a um terceiro tecnicamente especializado a defesa de seus interesses e a administração de seus conflitos constitui (...) uma inestimável conquista humana. Um triunfo baseado, por um lado, em princípios sólidos de lealdade, respeito mútuo, sigilo e especialização; e inspirador, por outro, de coesão e cooperação sociais e de estabilidade institucional-normativa do sistema jurídico”. In: TORRANO, Bruno.

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

b) O dever de fídúcia entre advocacia e constituinte emana das indeclináveis normas éticas que regem a profissão. Normas que possuem, inclusive, amparo legal, na forma do art. 33 da Lei n. 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia e da OAB): “O advogado obriga-se a cumprir rigorosamente os deveres consignados no Código de Ética e Disciplina. Parágrafo único. O Código de Ética e Disciplina regula os **deveres do advogado para com a comunidade, o cliente**, o outro profissional (...)” (grifo nosso). Entre os dispositivos do CED, o **dever geral de fídúcia** é expresso no art. 2º, II: cabe à advocacia “atuar com destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé”. De forma complementar, o art. 8º diz respeito a um claro **dever de transparência e informação**: “O advogado deve **informar o cliente, de forma clara e inequívoca**, quanto a eventuais riscos da sua pretensão, e das consequências que poderão advir da demanda” (grifo nosso).

Fídúcia, segundo o vernáculo, é sinônimo e variante de confiança.<sup>220</sup> Expressa um pressuposto muito especial para o relacionamento entre a advocacia e sua clientela, em vista da segurança e da lealdade requeridas em um processo penal. É essencial que clientes possam confiar na advocacia, pois lhe entregam nada menos que a defesa de sua liberdade, de sua reputação, de sua honra.

Em uma época em que a intimidade e a opinião são expostas a público em larga escala, principalmente devido ao alcance da internet e das redes sociais, é preciso que advogadas e advogados cuidem de sua honra objetiva. Dita o art. 31 do Estatuto que o membro da profissão “deve proceder de forma que o torne **merecedor de respeito** e que contribua para o **prestígio da classe** e da advocacia” (grifo nosso). Ora, profissionais que manifestam apoio deliberado, público e notório à

---

“Quanto vale um advogado? (Parte 2 – Dissecando a cultura anti-advocacia)”. In: *Empório do Direito*. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/quanto-vale-um-advogado-parte-2/>>. Acesso em 5 de dez. de 2018.

<sup>220</sup> HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. 1 ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009 (p. 892).

relativização da presunção de inocência descumprem, a meu ver, a missão constitucional da advocacia, na medida em que agem para dismantelar o próprio núcleo jusfundamental da Constituição. Podem até mesmo prejudicar a defesa de seus clientes, ao ter suas alegações públicas usadas como contra-argumento em desfavor destes, por parte da acusação no processo judicial – e esta eventualidade não pode ser de maneira alguma subestimada.

É importante salientar que advogadas e advogados são cidadãos e têm sua liberdade de expressão e opinião protegida também pela Constituição. Isso não se confunde, todavia, com a postura ética que se exige de um membro da classe. Cada corporação exige comportamentos típicos para que alguém dela participe, podendo-se falar, inclusive, em um “código de ética” em sentido amplo.

### III

Configura direito fundamental de qualquer cidadão manter e expressar seus pensamentos, ressalvados os limites do permitido pelo Direito. O mesmo se aplica, naturalmente, à advocacia. À primeira vista, pode parecer paradoxal que um membro da classe seja constrangido a não manifestar sua opinião sobre determinada controvérsia. É igualmente paradoxal, contudo, que agentes comprometidos com a defesa contramajoritária dos fundamentos do Estado democrático de direito e da Constituição trabalhem a pretexto de destruir o conteúdo humanista do ordenamento constitucional, por meio do patrocínio de teses juridicamente infundadas (ainda que sufragadas pela Suprema Corte do país), que possam, no limite, colocar em xeque os sagrados interesses de seus clientes em juízo.

Evitar esses dois cenários é primordial, e parece-me que uma solução intermediária a ser oferecida é tornar os clientes conscientes das posições que sua advogada ou seu advogado defende publicamente – posições que poderão ser futuramente evocadas, em âmbito judicial, pela

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

acusação, levando a defesa a um caso de verdadeira aporia argumentativa. **Proponho, portanto, a recomendação ética de que advogadas e advogados que manifestam público e explícito apoio à relativização da presunção devam informar, formalmente, aos clientes sua opinião sobre esse questionável entendimento, sob pena de configuração de patrocínio infiel.** Dessa forma, está assegurado ao cliente o conhecimento de circunstância que possa vir a prejudicá-lo no processo, cabendo-lhe a discricionariedade de mensurar o quanto isso possa ou não ser desvantajoso para si. É correto que a decisão final caiba ao cliente, que é soberano; mas, para isso, é preciso que ele esteja plenamente informado desse “detalhe” nada insignificante.

Esse gesto aparentemente singelo parece-me um ato essencial para fortalecer a advocacia no tocante a sua credibilidade social, com reflexos diretos em seus níveis de transparência, honestidade e lealdade, que marcam o modo como esse nobilitante ofício se relaciona com a sociedade e, em particular, com aqueles que nele confiam seu patrimônio jurídico – e seu bem da vida mais caro: a liberdade. Tal postura ética apresenta-se, portanto, como um impulso da advocacia no sentido de fortalecer as instituições do Estado democrático de direito, tal como é de sua natureza fazê-lo.

## 12 O PROTAGONISMO DA OUVIDORIA NAS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS DO SISTEMA OAB<sup>221</sup>

---

A Ordem dos Advogados do Brasil é instituição que porta caráter duplo. No que é amparada pelo guarda-chuva da dimensão constitucional de ser indispensável à administração da justiça (art. 133 da Constituição Federal), alberga duas finalidades, uma político-institucional e uma corporativa. Tal bifurcação é explicitada no art. 44 da Lei 8.906, de 1994 – Estatuto da Advocacia e da OAB: o inciso I diz respeito às atribuições político-institucionais mais amplas da Ordem; enquanto o inciso II contempla suas atribuições corporativas: cartorárias, burocráticas, administrativas – o “varejo da advocacia”, sem querer adjetivar de forma reducionista, sem insinuar que a relevância dessa dimensão deva ser diminuída.

Tendo isso em mente, fiquei a pensar alguns aspectos, que eu deveria realçar neste encontro, que pudessem contribuir com uma construção coletiva em torno da Ouvidoria. Que pudessem convergir para o fortalecimento e o aperfeiçoamento dessa janela institucional relevantíssima para o sistema OAB e para a sociedade brasileira. Como dirigentes de Ordem, sabemos da importância da interação entre entidade e sociedade. Não podemos conceber uma instituição que tem como objetivo o diálogo, a interação, o *feedback*; a correção e o entendimento de falhas, de gargalos, de dificuldades e impropriedades na funcionalidade no sistema; como se o aspecto interativo proporcionado pela Ouvidoria fosse apenas um apêndice, ou até mesmo um estorvo para a instituição. Trata-se, em verdade, de uma **janela institucional de**

---

<sup>221</sup> Este ensaio é uma versão, com as devidas adaptações textuais, de uma palestra proferida no IV Encontro Nacional de Ouvidores da OAB, que teve lugar durante a XXIII Conferência Nacional da Advocacia Brasileira, em novembro de 2017.

**aperfeiçoamento de nossa entidade.** Porquanto toda reclamação é oportunidade para correção, é oportunidade para o aperfeiçoamento.

Eu percebo que a Ouvidoria atualmente é muito direcionada para o aspecto administrativo e corporativo da instituição no seu expediente corriqueiro, na sua funcionalidade cotidiana. A ideia que trago, hoje, para compartilhar com as senhoras e os senhores, é a defesa de um protagonismo mais explícito da Ouvidoria, no âmbito do sistema OAB, no que diz respeito com o inciso I do art. 44 do Estatuto, o qual define a pauta das atribuições e finalidades institucionais da Ordem. São atribuições de uma expressão e de uma grandeza compatível com a dimensão constitucional da indispensabilidade da advocacia e de nossa entidade para o funcionamento e para a administração da justiça.

O inciso I do art. 44 dispõe que a Ordem dos Advogados do Brasil, serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade: a defesa da Constituição (vejam que expressão rica!), a ordem jurídica do Estado democrático de direito (não só do Estado de direito, portanto, mas do Estado de direito enriquecido pelo acréscimo da essência democrática), os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas.

Hoje, estamos aqui a refletir: fazemos parte de uma instituição que tem uma expressão única na República – podemos dizer com muito orgulho, sem absolutamente nenhuma presunção. Pelas atividades que ela desempenha, bem como pelo realce normativo, constitucional e estatutário conferido às suas atribuições, podemos afirmar que não há paralelo no desenho institucional do ordenamento jurídico pátrio. Não identificamos em nenhuma outra instituição tal dimensão institucional tão robusta e ao mesmo tempo tão independente, desatrelada do Estado, porém tão comprometida com o interesse público e com a sociedade civil.

E o papel da Ouvidoria, na perspectiva da vocação pública da OAB, é o de avançar para contribuir com as atribuições político-institucionais da Ordem. Geralmente as interações entre a Ouvidoria e o

público externo se materializam através da atuação daquela em casos concretos: os cidadãos fazem uma reclamação, fazem um pedido, apresentam uma dúvida – muitas vezes questões direcionadas ao Exame de Ordem, que não dizem diretamente com a instituição, casos em que a instituição Ouvidoria age e cumpre o papel que dela se espera: recebe a informação e a encaminha a quem de direito para resolver a questão.

Mas o protagonismo por mim defendido é no sentido de que a Ouvidoria deve projetar-se numa atuação propositiva, adentrando o âmbito das atribuições político-institucionais da OAB. É sintomático quando percebemos que quase não temos publicações sobre esse assunto (tivemos recentemente uma publicação sobre ouvidorias judiciais). É um desafio para o sistema de Ouvidorias a construção da teoria e das referências metodológicas acerca da vinculação entre as atribuições político-institucionais e corporativas das ouvidorias. A atuação das ouvidorias deve ser contramajoritária, pautada pela defesa dos direitos humanos, tal qual a natureza jurídica do perfil da advocacia. Devemos envidar esforços para uma construção normativa e teórica voltada a expandir e aperfeiçoar a missão contramajoritária da Ouvidoria do sistema OAB. Nenhuma outra janela institucional da OAB tem esse perfil que identificamos na Ouvidoria, que possibilite um diálogo tão direto com a sociedade civil, sendo tão sensível às suas demandas e tão capaz de estar em contato com as exigências da cidadania. Por isso o protagonismo da Ouvidoria é tão urgente!

A OAB foi contemplada com a nobre função de contribuir para o aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas. **E quem contribui com o aperfeiçoamento jurídico e cultural de nossa instituição? Atribuo esse papel à Ouvidoria.** A Ouvidoria desempenha um papel de instigação, de reflexão, de construção. Desponta como um órgão permanente, que permite um fluxo de interação entre instituição e sociedade. Sua atuação deve ser primordial em questões de direitos humanos e relativas à defesa da ordem constitucional. E jamais podemos conceber uma resposta positiva da Ouvidoria como um favor que se faz

ao cidadão; pelo contrário, é da natureza das obrigações da OAB intervir nas questões de defesa da Constituição. Por exemplo, pensemos nos casos de extremada violência policial, de atuação do Estado com arbítrio face à população. Imaginemos que a OAB seja procurada por um membro da sociedade civil para propor ADPF (arguição de descumprimento de preceito fundamental) contra a constitucionalidade do crime de desacato. Devemos respondê-lo (é um dever, não uma faculdade ou um favor discricionário), e deve ser incumbência da Ouvidoria captar essa demanda. É preciso mudarmos a cultura segundo a qual a OAB possui a discricionariedade para intervir ou não em matérias de direitos humanos. Posso dizer que essa cultura e esse sentimento infelizmente existem. Fui presidente da Seccional de Roraima. Os casos em que cidadãos procuram nossa instituição para relatar violência, abuso e ofensa aos direitos humanos são realmente frequentes. Temos de dar-lhes respostas adequadas. É do DNA de nossa entidade a defesa dos direitos humanos na sociedade, pela sociedade e para a sociedade!

O desafio que colocamos se contextualiza neste momento de reflexão, definição, projeção, enriquecimento e aperfeiçoamento da instituição Ouvidoria. A Conferência Nacional da Advocacia Brasileira tem o desígnio de balizar a atuação da advocacia para os próximos anos. O que é deliberado aqui é levado para reflexão, estudo, deliberação e cumprimento no âmbito do Conselho Federal, de suas comissões, das Seccionais, e também da Ouvidoria. Minha fala, mais uma vez repito, salienta o necessário protagonismo da Ouvidoria nas atribuições e finalidades institucionais que marcam a OAB.

Essa meta não é alcançada necessariamente por meio da atuação nas reclamações do varejo. É comum que fiquemos em uma zona de conforto: respondemos a muitas pessoas, e com muito zelo e eficiência. Mas permanece a indagação: a Ouvidoria se limita a isto, ouvir e responder? Vem dos gregos a recomendação de que devemos ouvir mais e falar menos. Minha impressão é que nós, interessados no êxito da Ouvidoria,

permanecemos na zona de conforto de ouvir e responder. Todavia, nosso ouvido institucional precisa estar sempre atento às atribuições político-institucionais mais amplas que dizem respeito à cidadania. Ou não é do interesse da Ouvidoria tratar das atribuições político-institucionais da Ordem? Por acaso são dois mundos estanques e isolados? Não é do interesse da Ouvidoria captar ecos da sociedade e transformá-los em questões teóricas que vão subsidiar a ação de comissões no âmbito da OAB?

Além disso, nossa entidade, ao desempenhar sua atribuição institucional, deve sempre manter-se inerte, na espera de ser provocada, ou devemos iniciar trabalhos mais firmes, perenes e rigorosos no sentido de consertar e aperfeiçoar a cultura e as instituições jurídicas? Farei um recorte de caso concreto para ilustrar a riqueza da dimensão da necessária atuação da Ouvidoria. Sabemos que houve terríveis tragédias carcerárias no Amazonas e em Roraima. São casos em que a Comissão de Direitos Humanos da OAB usualmente atua. Mas há casos menos expressivos em termos midiáticos, que envolvem violência policial, que sequer chegam aos ouvidos da Comissão de Direitos Humanos. Não haveria uma forma de a Ouvidoria captá-los, e com base em estatísticas (temos acesso, por exemplo, ao PNAD – Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios –, plataforma do IGBE muito rica e permanentemente atualizada) e estruturas tecnológicas, remetê-los à Comissão? Assim teríamos capacidade de subsidiar as comissões, e a Ouvidoria comportar-se-ia como uma indutora de ações do sistema OAB, remetendo dados, relatórios, fatos, fazendo enquetes e lançando indagações, encaminhando questões inclusive à Diretoria do Conselho Federal. À Ouvidoria caberia perceber qual o local mais apropriado para estabelecer a interação e o diálogo no aspecto institucional.

Proponho mais um exemplo. Fala-se muito em reformas das instituições da República – e com base em aspectos absolutamente conjunturais, inspiradas em circunstâncias concretas, impróprias para pensar verdadeiras reformulações estruturais. Há uma infinidade de projetos que visam à reestruturação do Supremo Tribunal Federal, por força de atuações do órgão que agradam ou desagradam a determinados setores da população

neste momento de exasperação dos ânimos políticos. Teríamos de interagir com essas questões através da Ouvidoria da OAB. Questões que afetam o Judiciário como um todo, como o ativismo judicial reprovável, que incluem o flerte com a opinião pública em detrimento da imparcialidade, são expressões que dizem com a atribuição institucional da Ordem e demandam sua contundente manifestação.

Quero concluir com uma contribuição: quero compartilhar uma reflexão que julgo demasiado interessante. No marco da polarização política que vivenciamos, a população muitas vezes é tentada a prejudicar os investigados e acusados, e deixa-se conduzir por esse ativismo judicial parcial. Há uma certa sanha de linchamento contra as classes políticas e empresariais. É como se houvesse a construção de inimigos públicos que têm de ser abatidos e vencidos. Esse cenário me fez pensar na teoria da justiça de John Rawls, que eu gostaria de comentar em poucas palavras.

John Rawls, um filósofo político americano, introduz uma proposta de contrato social, no livro “Uma Teoria da Justiça”, de 1971, que pode ser muito interessante para pensarmos o papel institucional das ouvidorias, principalmente quando debatemos questões polêmicas, que provocam paixões intensas e acirram os ânimos. Isso porque a teoria de Rawls nos lembra que “para ser justo é preciso ser imparcial”. Rawls propõe a construção de um contrato social através de um consenso hipotético, numa situação de equidade originária. Imaginemos que somos todos tomados por uma “nuvem de ignorância” momentânea, de modo que desconhecemos nossas concretas condições diante da realidade, e nossos problemas fáticos decorrentes dessas condições reais e concretas. Neste momento é que vamos deliberar os termos da construção de um contrato social. Não sabemos qual nossa posição social ou econômica, qual nosso gênero, qual nossa filiação étnica ou racial. O contrato será construído com base nesse princípio de equidade originária. Ele propõe que enfrentemos o debate sobre princípios não com base em nossos interesses concretos, em nossa posição social, mas sim com base em máximas que possam ser boas para todos em qualquer situação – eis a imparcialidade. Estamos discutindo não interesses

particulares, mas um sistema que seja justo para todas e todos. Eis o que os ouvidores devem ter em mente: a imparcialidade ao tratar das questões que lhes são desafiadas.

Na perspectiva do aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas, qual o papel e as atribuições da Ouvidoria do sistema OAB? Ou ela não tem nada a ver com isso? Por acaso esses problemas da República, vinculados na essência às atribuições institucionais da Ordem, não se comunicariam logo com a Ouvidoria? Esses são pontos em direção aos quais lamentavelmente pouco avançamos. O projeto da Ouvidoria contempla toda essa extensão desde seu início. Quando instalada a Ouvidoria no Conselho Federal, na gestão do então presidente Cezar Britto (2007 a 2010), eu era presidente da Seccional de Roraima. Trata-se, pois, de uma criança que ainda não tem seus doze anos de instalação, de criação, de funcionamento. E nós ainda estamos definindo o seu protagonismo, sua dimensão institucional, voltada não só para o varejo dos problemas da advocacia – este, que nós hoje atendemos com muita eficiência. Porém, já é o momento dessa criança – que vai avançando para a adolescência – começar a ser mais imaginativa, a pensar suas atribuições com responsabilidade, assumindo de vez o encargo político-institucional de que é dotada a Ordem dos Advogados do Brasil.

Trata-se de um papel belíssimo, um papel riquíssimo, de uma expressão constitucional diferenciada, que realça da forma mais expressiva a missão que nossa instituição há décadas já presta à sociedade brasileira. Portanto, estamos aqui envolvidos no propósito de contribuir para que nossa entidade desempenhe seu papel institucional que, longe de ser puro diletantismo ou discricionariedade, traduz-se em previsão constitucional e em comando normativo estatutário, como se depreende do art. 44, inciso I, da Lei n. 8.906. São estes os fragmentos de diálogo que ora trago para contribuir com este painel, esperando unir esforços ao olhar promissor, à crença e ao vislumbre da instituição Ouvidoria como uma das melhores janelas institucionais de nossa entidade, no que ela pode contribuir para o aperfeiçoamento do trabalho da Ordem rumo a resultados cada vez mais eficientes para a sociedade brasileira.



# **PREFÁCIOS E HOMENAGENS**



### **13 UM CENTENÁRIO-COMBATE: memórias de um jovem universitário, a respeito do movimento do Direito Crítico do Maranhão, a propósito dos cem anos da Faculdade de Direito da UFMA**

---

Há acontecimentos, em nossas vidas, que são como prismas: impõem-nos olhar o mundo a partir de um outro ângulo, a apreciá-lo como se fosse uma nova paisagem, inteiramente surpreendente e instigante, outrora jamais concebida. O Maranhão com que naquele tempo me deparei era novo: não o Maranhão árido, de minha modesta infância no município de Tuntum (mais precisamente, no isolado povoado de Marajá), mas o Maranhão das narrativas heroicas; das grandes conquistas políticas, refúgio do algoz Silvério dos Reis; a pátria da poesia romântica de Gonçalves Dias, nascedouro de uma nova consciência literária nos trópicos; o Maranhão internacional: continente da **Atenas Brasileira**, verdadeiro pulmão da intelectualidade nacional décadas a fio.

O Maranhão que eu antes conhecera era o Maranhão dos oprimidos pela miséria, porém livres o suficiente para que seus sonhos de alcançar a prosperidade não conhecessem fronteiras de tempo e espaço. Quando saímos do interior desse saudoso Estado, minha família e eu, e rumamos ao longínquo Roraima, em busca de uma boa vista, não sem carregar a melancolia do degredo, levamos conosco, junto à nostalgia que inevitavelmente se faz acompanhar, a fé em um futuro que redimisse dos sofrimentos da lida rurícola do semiárido. Como outros milhares de maranhenses, aliás. Muitos dos quais migram também para Roraima, um Eldorado cujos meandros então se abriam aos desbravadores que pouco tinham a perder senão uma vida de penúria e expiação.

Quarto filho de meus pais, cheguei à Boa Vista em 1979, aos 12 anos, alfabetizado pela Tia Rosa Ferreira, porém ainda pouco instruído.

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

Quando voltei a São Luís, em 1989, à cata do sonho de cursar Direito – curso que não existia em Roraima –, já havia, à revelia das contundentes dificuldades sociais e econômicas que se impunham (reminiscências do passado devastador de adversidade dos retirantes), não só concluído o 2º Grau (no Ensino Supletivo), como também iniciado o curso superior de História no Núcleo da Universidade Federal de Roraima. Esse trajeto confluía para o grato regresso ao Maranhão, lar alentador de minha alma. Aprovado no vestibular em 1990, começava ali a defrontar-me com um “novo Maranhão”. Não o Maranhão sem história nem literatura, Maranhão sem mais nada, Maranhão da minha infância, Maranhão de meus avós<sup>222</sup> – mas o Maranhão das revoluções libertárias. O Maranhão da Balaiada, que se soerguia contra a exploração. Ali se postava, diante dos meus olhos, o **Maranhão dos contrastes**.

Contrastavam litoral e sertão, elites e pobres, letrados e iletrados. Em suma, era como seoubessem dois mundos diferentes dentro de uma mesma nação maranhense. A primeira das discrepâncias era geográfica; parecia uma ironia da Natureza. Nada remetia à seca onipresente ao se adentrar o interior, a mesma que era chamada pelo Acauã<sup>223</sup> da canção de Zé Dantas, e temida e lamentada pelo poeta Patativa do Assaré: “*Ai, como é duro viver/ nos Estados do Nordeste/ quando o nosso Pai Celeste/ não manda a nuvem chover*”. Na ilha de Upaon-Açu, circundada pelas baías de São Marcos e São José de Ribamar, no Golfão Maranhense (o famigerado “triângulo das Bermudas da América do Sul”, por onde naufragava uma enormidade de navios, entre os quais o que levava o poeta maior de nosso Estado), deslumbra a abundância de vegetação e água. Tudo é rodeado pelo mar. Há ainda a laguna da Jansen. A “Terra das Palmeiras” é atravessada por parques ambientais e pequenas áreas de Floresta Amazônica, coqueiros e

---

<sup>222</sup> Referência parafrástica ao poema “Evocação do Recife”, de Manuel Bandeira.

<sup>223</sup> “*Na alegria do inverno, canta sapo, jia e rã/ Mas na tristeza da seca, só se ouviu acauã*”. (“Acauã”, canção de Zé Dantas).

vegetação litorânea, pelo Rio Bacanga e o Rio Anil. O clima é tropical semiúmido, chove de dezembro a julho. O que se vê é exuberância de que no sertão jamais sequer se desconfiava poder existir!

A segunda das discrepâncias estampava-se no rosto das pessoas. Fisionomias altaneiras, exultantes, orgulhosas de si e de seu próprio lugar, e do quanto fora generosa a Natureza ao lhes conceder como morada a “Ilha do Amor”. Tudo isso provinha como reflexo das estatísticas sociais ludovicenses, em tudo distantes dos rincões de Tuntum. A paisagem imperante no sertão é a miséria. Sua vegetação, a exclusão social. Lá, o sertanejo vivia em situação de escassez natural e econômica, ignorância, absoluta carência e abandono com relação às políticas sociais do governo. Pouco sabia além de cultivar a terra, sem ter recursos para produzir e vender, nem segurança de nela permanecer, sempre refém do cerco violento instaurado pelos grandes latifundiários e grileiros. Não é à toa que o Maranhão é o maior exportador de mão-de-obra escrava do País.<sup>224</sup> Estamos em um Estado com índices sociais contundentemente desfavoráveis. No ente federado com a maior proporção de miseráveis (mesmo em 2016, ante as ainda insuficientes melhorias no nível de vida das famílias nordestinas, o IBGE contabilizou que mais da metade da população maranhense vivia em pobreza extrema).<sup>225</sup> Aquele que abriga setenta dentre os cem municípios mais pobres da federação.<sup>226</sup>

Nessas plagas fustigadas é que encontramos um povo humilde, sofrido, porém irrisignável, que ilustra as crônicas, os poemas e as canções folclóricas, das quais João do Vale é exímio estandarte. O sertanejo é, antes de tudo, um forte – proclamava Euclides da Cunha.

---

<sup>224</sup> VILELA, José. “João Ferreira Mota sem fronteiras: biografia de um migrante que trocou o Maranhão por Roraima. Boa Vista: Edição de Antonio Oneildo Ferreira, 2014. [p. 58]

<sup>225</sup> Disponível em: <<https://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/maranhao-possui-maior-proporcao-de-pessoas-em-condicoes-de-pobreza-extrema-segundo-ibge.ghtml>>. Acesso em 06 de mar. de 2018.

<sup>226</sup> VILELA, *Op. Cit.* [p. 118].

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

Encontramos também meu pai João Ferreira Mota, um desses tipos populares inesquecíveis, um herói brasileiro, simples e autêntico, desses que emanam da mais cristalina consciência coletiva; e minha genitora Maria Divina Ferreira, modelo de mãe-coragem brasileira, que criou praticamente sozinha os filhos e deixa-nos diariamente uma inextinguível lição de amor, valentia e idoneidade, que “*me deu ao mundo/ de maneira singular/ me dizendo uma sentença/ pra eu sempre pedir licença/ mas nunca deixar de entrar*”.<sup>227</sup> E deparamo-nos com outras centenas, quiçá milhares de personagens pitorescos que engrandecem nossa cultura popular. Milhares de analfabetos, sem contato com livros, escolas e a dita civilização. Apenas com o mais supremo e ancestral dos aprendizados, que é a vida.

Os personagens que conheci em São Luís, mais precisamente na Universidade Federal do Maranhão, eram outros. Não menos nem mais ilustres, mas **outros ilustres**. Ilustres sem anonimato, festejados em cerimônias, em homenagens e solenidades, nos gabinetes e nos salões, em livros, jornais e revistas, davam nome às praças e às ruas que a gente simples pisava. Eram os letrados, os titãs da “alta cultura maranhense”, da Academia Maranhense de Letras, os bacharéis, literatos, filósofos, professores e cientistas. E aqui explodia a terceira grande discrepância: entre a cultura popular dos meus pais e avós, criativa e espontânea – nem por isso, menos profícua –, e a cultura erudita dos acadêmicos, cerebrina e intelectualmente elaborada. Falava-se a todo tempo de Gonçalves Dias, Sousândrade, Sotero dos Reis, Odorico Mendes, Artur de Azevedo, Aluísio Azevedo, Raimundo Correia, Coelho Neto, Graça Aranha, Viriato Correia, Humberto de Campos, Ferreira Gullar e Josué Montello com a familiaridade com que falávamos de nossos parentes ou de nossos vizinhos aldeões. E, de certa forma, eram desde logo nossa família.

O universo que se descortinava com a universidade escancarava a tensão do Maranhão dos contrastes: na UFMA, tudo parecia perfeito em

---

<sup>227</sup> Trecho da canção “Tudo de Novo”, de Caetano Veloso.

comparação ao sertão devastador de sonhos e utopias. Pelo contrário, a universidade era a própria corporificação da utopia. Exibia, do modo mais paradigmático, a tensão entre o Maranhão real e o Maranhão ideal. E eu me indagava, perplexo: qual era o papel de uma universidade, e, mais precisamente, de um curso de Direito, face àquele quadro desconcertante de pobreza, analfabetismo e marginalização, para além de ajudar a manter privilégios, hierarquias, a moldura de um Maranhão construído em prol das elites? Em suma, a faculdade reflete, perpetua, reproduz, amplia, simplesmente questiona ou contribui para desconstruir o descompasso entre as promessas de justiça social e a realidade iníqua do povo maranhense – aquele povo vergastado pelo sofrimento de minha infância?

\*\*\*

Consiste em honra indescritível a oportunidade de oferecer um relato a respeito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Maranhão, a propósito de seu nunca demais comemorado centenário. Um “**centenário-combate**”, visto que os desígnios da luta estavam inscritos desde os primórdios na história de nossa insigne instituição. “**A vida é combate!**” – li essas palavras de Gonçalves Dias na entrada do *campus*, e com elas encontrei total identificação. Afinal, minha vida havia sido até então combate. E, igualmente, combate havia sido a vida do Maranhão das Balaiadas. Nunca é simples deixar a terra-mãe em busca de melhores oportunidades; tampouco nela é simples permanecer, quando tudo é desesperança e desengano. Diariamente são travadas **lutas renhidas** contra as condições impostas pela Natureza e pela degradação social. Esse mesmo dilema foi enfrentado por outros milhares de retirantes nordestinos, legatários dos explorados negros, brancos e índios, combatentes do cotidiano, para quem “**viver é lutar**”; para quem “*a vida é combate/ que os fracos abate/ que os fortes, os bravos/ só pode exaltar*”.<sup>228</sup>

---

<sup>228</sup> Referência ao poema “Canção do Tamoio”, de Gonçalves Dias.

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

\*\*\*

Às voltas com os problemas ínsitos ao cotidiano acadêmico – muitas vezes, frivolidades criadas entre intelectuais, sem nenhum valor prático, tampouco social ou político –, ou mesmo deliberadamente imbuídos do propósito de justificar o *status quo* das relações sociais, os acadêmicos com frequência tergiversam para o mundo exterior aos muros das faculdades, e vivem suas vidas inteiramente indiferentes a ele, senão para referir-se ao povo como dado estático de estudo ou objeto de pesquisa especulativa, distanciada, isento qualquer envolvimento compassivo.

Os intelectuais detêm um **poder ideológico** na sociedade, alertava-nos Antonio Gramsci.<sup>229</sup> Eles desempenham papel primordial na reprodução dos hábitos de classe e de suas respectivas ideologias. Na contramão, situam-se os **intelectuais orgânicos**, responsáveis por patrocinar um projeto político de classe **contra-hegemônico**, em nível ético-político, emancipatório com relação aos interesses do capital. Por fomentar a formação de uma vontade coletiva revolucionária dirigida à classe oprimida, donde é capaz de emergir uma nova hegemonia. Um intelectual orgânico recusa atitudes paternalistas para com as classes instrumentais, na medida em que se considera parte integrante dessa classe, e nunca seu servo ou dominador, mas, mais precisamente, um seu dirigente intelectual e moral.

Uma vez que todo grupo social necessita de intelectuais que legitimem sua posição de classe, são os intelectuais orgânicos os responsáveis por representar os interesses de sua classe no conjunto da vida social, em oposição aos intelectuais tradicionais, vinculados aos grupos sociais dominantes. Todo grupo social tem, ou tende a formar, sua própria camada de intelectuais, de modo que nunca há intelectuais

---

<sup>229</sup> GRAMSCI, Antonio. Quaderni del carcere, V. Turim: Einaudi, 1975. 4 v. (Edição Crítica de Gerratana).

completamente independentes. Incumbe-lhes estar sempre em contato com “os simples”, por meio da elaboração de um pensamento cientificamente coerente e **orgânico**, superior ao senso comum, que concorra para uma relação coerente entre teoria e práxis, entre pensar o mundo e agir no mundo; para uma condensação, sob a forma de princípios coerentes, dos problemas postos pelos “simples” em suas atividades práticas; para a construção, enfim, da identidade filosófica de um grupo social.<sup>230</sup>

Na miríade de preocupações incitadas pela teoria gramsciniana, de matiz inspirado no materialismo histórico-dialético, inclui-se o movimento de Direito Crítico que eclodiu e frutificou no Brasil a partir da década de 1980.<sup>231</sup> Seria inviável falar em **uma** Escola Crítica ou em um **pensamento unificado**, antes em várias iniciativas, pulverizadas e multifacetadas, que tinham como denominador comum a pretensão de questionar o positivismo jurídico vigorante, legalista, formalista e subserviente aos mecanismos de poder dos grupos sociais dominantes – isto é, a pretensão de questionar os “discursos autorizados” do Direito.<sup>232</sup> Em outras palavras: a postura problematizadora do Direito e sua inserção no meio social. A apologia ao **pluralismo jurídico**, nascido da realidade das relações sociais, despontava como alternativa à letra fria da lei ou à decisão enviesada de juízes a serviço dos interesses elitistas. Em princípio, a **contracultura** crítica vinha disputar espaço com a sedimentada cultura erudita dos bacharéis.

A universidade, evidentemente, era o *locus* propício, por excelência, para a emergência dos discursos críticos. Era o terreno que, nos anos agonizantes da ditadura civil-militar, ainda mantinha resquícios

---

<sup>230</sup> DURIGUETTO, Maria Lucia. “A questão dos intelectuais em Gramsci”. In: Serv. Soc. Soc., São Paulo, n. 118, p. 265-293, abr./jun. 2014.

<sup>231</sup> Direito Crítico pode ser designado como um termo “guarda-chuva” para abranger diferentes escolas de pensamento da época, tais como o Direito Alternativo, o Pluralismo Jurídico e o Direito Achado na Rua.

<sup>232</sup> CORDEIRO BARROS, Renata dos Reis. “Uma história sobre o discurso jurídico crítico no Maranhão. São Luís: EDUFMA, 2013. [p. 104].

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

de autonomia intelectual e liberdade de pensamento que permitissem algum distanciamento crítico a respeito das estruturas do poder. O meio universitário significava para nós, jovens estudantes, idealistas e desejosos de um futuro mais equânime, um campo de produção de verdades de uma cultura jurídica atualizada, a partir de novos critérios intelectuais, morais e políticos. Tudo isso se traduzia em uma disputa entre o velho e o novo, o obsoleto e o moderno.

Mudanças na sensibilidade política, sob a penumbra do conturbado momento de transição da repressão militar para o regime democrático, desaguaram em mudanças na sensibilidade jurídica. Percebemos que o Direito representava papel significativo no sistema de opressão que vivenciávamos. E que mudar o Direito – intuíamos – poderia ser um atalho para uma gradativa reconstrução estrutural de um quadro político mais amplo. O Direito transfigurava-se, no marco do Direito Crítico, de sua condição de **instrumento de opressão** para adquirir potencialidades de instrumento de **transformação social**. Era o que esperávamos. E eu, jovem maranhense sertanejo, retirante e desterrado pela miséria, que experimentara as privações da exclusão social, único estudante da turma de Direito egresso do Mobral,<sup>233</sup> por óbvio entendia com a mais translúcida percepção o quanto um sistema social pode conter de cruel. Natural que eu me entusiasmasse sobremaneira com aquela pletera de ensinamentos, ideias e engajamentos que tinham profundo apelo não só intelectual como também emotivo.

No cenário crítico nacional, entre vários nomes daquela época, posso citar mestres por quem minha capacidade de exprimir admiração transborda os limites de qualquer recurso disponível na linguagem: Roberto Lyra Filho, Luis Alberto Warat, José Ribas Vieira, José Eduardo

---

<sup>233</sup> Movimento Brasileiro de Alfabetização, órgão do governo brasileiro vinculado ao MEC, implementado a partir de 1971, cujo principal objetivo era promover a alfabetização funcional e a educação continuada para analfabetos de quinze anos ou mais, por meio de cursos especiais, com duração prevista de nove meses.

Faria, José Geraldo de Sousa Júnior, Joaquim de Arruda Falcão, Roberto Kant de Lima, Edmundo Arruda Jr., Amilton Bueno de Carvalho e Antonio Carlos Wolkmer. No contexto do campo jurídico especificamente maranhense, destaco os queridos mestres da Faculdade de Direito da UFMA, fonte de ensinamentos inestimáveis, Agostinho Ramalho Marques Neto, João Batista Ericeira, José Maria Ramos Martins, Lígia Maria da Silva Cavalcanti, Maria Eugênia, Maria Tereza, Helena Heluy e Nilde Sandes. Saúdo também os colegas de curso e, mais tarde, renomados professores, Dimas Salustiano e Flávio Dino – este, que bacharelou-se logo quando ingressei na Faculdade, e de quem tive a honra de ser monitor em Direito Constitucional e orientado na monografia de conclusão de curso.

Encerro estas breves e despretensiosas memórias transcrevendo literalmente trechos de magníficos discursos proferidos por dois de meus preclaros mentores na UFMA. Acredito que o eco de suas palavras exprime fidedignamente a síntese do que significaram os hercúleos esforços dos movimentos de Direito Crítico naquele período em que tive a alegria de estar em contato com a vanguarda do pensamento jurídico nacional:

É tarefa das Universidades não apenas a formação pragmática de profissionais, que é visão setorial da problemática do ensino, mas também preparar as elites dirigentes, que darão continuidade à obra revolucionária e farão a futura transição para a democracia, vocação natural dos povos livres. [...] É chegada a hora de adotar-se uma nova estratégia de ensino, que requer metodologia nova e bem elaborada, em que os alunos sejam participantes do processo e não meros espectadores, em que os mestres orientem mais do que prelecionem, em que os jovens sejam conduzidos a uma posição que lhes permita o julgamento crítico dos problemas de sua época, através do fecundo e lúcido raciocínio, e lhes aponte a solução mais viável e oportuna. (Prof. José Maria Ramos Martins, em seu discurso de posse no cargo de reitor da UFMA)<sup>234</sup>

---

<sup>234</sup> *Apud* CORDEIRO BARROS, *Op. Cit.* [p. 86].

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

(...)

O ensino jurídico precisa procurar libertar-se, paralelamente à ciência do Direito, de toda uma carga dogmática que o aliena. Para tanto, há que voltar-se para o objetivo fundamental da educação, que é a formação de uma consciência livre e crítica que possibilite ao jurista participar ativamente do processo de desenvolvimento integral, comprometendo-se com as realidade e aspirações da sociedade e lutando pela construção de um mundo livre e igualitário, onde reinem a justiça e a paz. (Prof. Agostinho Ramalho Marques Neto, em seu livro “A Ciência do Direito: conceito, objeto e método”)<sup>235</sup>

\*\*\*

Ensinava meu estimado Prof. Agostinho Ramalho Marques Neto, naqueles memoráveis tempos na Faculdade de Direito da UFMA, que educar provém do latim *educare*. Evoca “puxar para fora, retirar-se de dentro de si mesmo e lançar-se para uma dimensão de fora”. Aí já está implícita uma ideia de alteridade. E a alteridade só se faz possível na prática da cidadania, enquanto vida política ativa, como parte da dimensão social humana. Tal consciência é, suponho, o grande legado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Maranhão, deixado a mim e a meus contemporâneos, por aquela geração notável que esteve à frente da instituição nos anos 80 e 90 do século passado. Conto este relato, de um ponto de vista puramente pessoal, com o intuito de homenagear minha admirada Casa, no ano de seu centenário-combate, a partir de um representativo fragmento de sua gloriosa história – a história completa, certamente, não caberia nas exíguas páginas de meu comedido registro.

---

<sup>235</sup> *Apud* CORDEIRO BARROS, *Op. Cit.*, [p. 118].

## 14 CONHECIMENTO HUMANO E PROPRIEDADE INTELECTUAL<sup>236</sup>

---

O conhecimento é a mola propulsora do progresso. Outrossim, é o que demarca o limiar entre a civilização e a barbárie, ao acentuar a dimensão propriamente humana da vida; ao contrastar o mundo da cultura com o mundo da natureza. Pelo domínio da técnica, dos saberes, da ciência, das informações, pelo emprego da criatividade, da inventividade, da inovação, homens e mulheres tornaram-se propriamente sujeitos – linguísticos, políticos e sociais –, donos de sua própria história, capazes de intervir na realidade e construir um futuro mais ajustado aos seus anseios. Arte e ciência revelam a mais suprema elevação do espírito humano.

Também produto da engenhosidade humana, o Direito consubstancia as noções difundidas, através de uma sociedade, sobre como devemos organizar a vida em comum. Estabelece padrões de justiça de modo peremptório, categórico, positivo. E busca, a um só passo, proteger tanto os interesses da sociedade (o bem comum) quanto os interesses dos indivíduos que a compõem (as liberdades e garantias individuais), sempre trazendo a essa dialética – frequentemente problemática – pretensões de equilíbrio, de harmonização, de conciliação. O que o Direito almeja, senão contemporizar os conflitos entre os cidadãos e a coletividade; as disputas teóricas entre liberalismo e republicanismo; ou, dito de outro modo, a justiça com o bem comum?

Aqui se encontra a chave compreensiva de princípios (à primeira vista paradoxais) como a função social da propriedade privada, cujo conteúdo é tão incerto, vacilante e obscuro quanto relevante e

---

<sup>236</sup> Publicado originalmente como prefácio do livro: PAIVA, Ricardo Bacelar. (org.). **Temas contemporâneos de propriedade intelectual**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2017.

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

revelador para os Estados Democráticos de Direito. O desafio que a Constituição Cidadã tem diante de si é o de como, ao mesmo tempo, assegurar a igual consideração e o igual respeito a cada membro da comunidade, e promover um desenvolvimento social, cultural e econômico que possa vir a ser partilhado por todas e todos. Esse desafio fascinante se espalha em quaisquer circunstâncias nas quais se discute a legitimidade da propriedade dos bens e valores de uma sociedade civilizada. Não seria diferente ao falar-se de propriedade intelectual.

Qual é o sistema de propriedade intelectual mais justo e solidário? Que, na mesma medida, recompensa o sujeito por sua criatividade, por seu esforço, por seu labor admirável, como também favorece a sociedade a usufruir dos benefícios daquele conhecimento assimilado e lapidado e, por conseguinte, a alcançar alguma melhora no nível geral de satisfação coletiva? Toda criação intelectual é produto ambivalente: tanto da subjetividade do criador quanto da tradição em que ele está imerso. Ninguém cria a partir do nada, senão escorado em contribuições de seus antepassados, de seus contemporâneos, com quem compartilha uma linguagem, um estado de arte do conhecimento empírico e especulativo, uma profusão de preocupações e de angústias existenciais que impulsionam o processo criativo. De outro lado, nada se cria espontaneamente nem completamente em conjunto, sem a intervenção de uma subjetividade única, curiosa, dedicada, talentosa e ambiciosa, que se porte como um alquimista perante os saberes tradicionais, transformando-os em algo desfrutável, útil, esteticamente aprazível para o gênero humano. Em certo sentido, criar é inserir-se na tradição, modificando-a e deixando-se modificar por ela.

As leis e os princípios que regulam a propriedade intelectual devem ser constantemente aprimorados para, diante dos eventos provocadores que emergem a todo tempo em uma modernidade dinâmica e surpreendente, estimular o engajamento no trabalho intelectual e o consequente aperfeiçoamento da vida social. Tendo esse critério em vista, podemos avaliar a legitimidade e a eficiência de um sistema

jurídico de regulação da propriedade intelectual, seus institutos, suas características, suas completudes, suas lacunas e suas contradições.

A obra que ora se apresenta à comunidade jurídica – ela própria um exemplar incontestado das façanhas da criação humana – insere-se nesse ambiente de dignas preocupações. O conjunto de notáveis autoras e autores que a tecem são homens e mulheres de seu (de nosso) tempo: formulam perguntas e buscam respostas para as questões mais efervescentes e desafiadoras acerca do tema da propriedade intelectual e de suas implicações teóricas e práticas. É certo que o Direito está em incessante construção. Certo é, igualmente, que as mulheres e os homens responsáveis por esta valiosa obra são parte indissociável dessa construção.



## 15 O FEDERALISMO COMO COLONIZAÇÃO INTERNA<sup>237</sup>

---

Este livro que me honra demasiadamente apresentar reveste-se de invulgar relevância não só para as letras jurídicas, como também para a História, a Sociologia e a Ciência Política pátrias. Seu foco de interesse, portanto, é transdisciplinar, como sói aos empreendimentos intelectuais mais visionários e destinados a deixar marcas indeléveis na cultura acadêmica. Presta, além disso, a uma função indisfarçavelmente politizada, no que denuncia as incongruências do modelo de desenvolvimento regional adotado no federalismo à brasileira, cristalizado constitucionalmente, com consequências nefastas para os povos das regiões Norte e Nordeste do país.

O lugar de onde fala nosso Autor é o Pará; e o Autor escreve com o coração, infundido dos mais honestos sentimentos de ternura e orgulho para com sua terra, fustigada pela desigualdade e pela omissão do Estado quanto ao compromisso constitucional de redução das desigualdades sociais e regionais. Não é nada desprezível a centralidade do Pará na Federação: Estado de dimensões continentais, celeiro do agronegócio e da pecuária, potência de produção de energia e mineração, rincão de preservação e conservação ambiental, e especial ambiente de proteção dos povos indígenas ao longo de áreas contínuas. É lamentável que um Estado que tanto contribua para a nossa formação econômica, social e identitária não receba, em contrapartida ao que provê de recursos naturais, a compensação necessária em forma de receitas tributárias.

Com precisão conceitual, inquestionável domínio das fontes teóricas e dos recursos linguísticos e estilísticos do vernáculo, o Autor expõe o argumento de que o federalismo tal como implementado no

---

<sup>237</sup> Publicado originalmente como apresentação do livro: CARMO, Jarbas Vasconcelos do. **A Constitucionalização da Colonização Interna: o direito fundamental ao desenvolvimento e a antiefetividade normativa do combate à desigualdade regional – o caso do Pará.** Brasília: OAB, Conselho Federal, 2018.

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

Brasil – imposto por um golpe militar na transição do Império para a República –, visando a atender os interesses do Centro-Sul, transfigurou para a dinâmica política nacional um modelo de desenvolvimento colonialista, sendo aos territórios da Amazônia reservado o papel de produtores de matérias-primas destinadas ao mercado interno e externo, habitados por cidadãos de “nacionalidade distinta”, condenados à pobreza perpétua.

Se foram envidadas entusiásticas profecias de que a Constituição de 1988 reverteria esse quadro, a realidade foi decepcionante para os mais esperançosos. O Autor demonstra que, ao invés de alterar de modo positivo as relações federativas, o novo pacto constituinte anulou quaisquer iniciativas possíveis de redistribuição territorial de riquezas, ao juridicizar a dependência dos Estados do Norte com relação às receitas transferidas pela União mediante normas estruturantes do federalismo – que “funcionam como regras de inefetividade e antiefetividade dos comandos normativos destinados a efetivar o combate à desigualdade social e regional”. Longe, porém, de contentar-se com o vaticínio fatalista segundo o qual “o Estado Federal brasileiro é a nova casa-grande colonial, hegemônica pelos estados do Centro-Sul”, o Autor brinda-nos com revigorante otimismo, ao concluir sua obra apontando para promissores modelos alternativos de desenvolvimento regional.

A inabalável confiança no futuro, a despeito de todas as adversidades, não poderia deixar de ser o ancoradouro do nobre colega e querido amigo Jarbas Vasconcelos do Carmo. Destacado advogado e dirigente de Ordem, tem em seu itinerário inscrita a mais plena inclinação para a luta e para a perseverança. Sobretudo, se a causa em questão diz respeito à justiça, aos direitos humanos e às premissas do Estado democrático de direito. O amigo Jarbas é, acima de tudo, voz balizada e qualificada a dar visibilidade à pauta da edificação de uma República justa, fraterna e solidária, tal como sonháramos no nosso projeto constituinte que dentro em breve completará seu trintenário.

## 16 O TRINTENÁRIO DO SISTEMA TRIBUTÁRIO CONSTITUCIONAL<sup>238</sup>

---

Trespasado o alvorecer do trintenário de nossa Constituição Cidadã, é hora de, mais que sermos gratos e estarmos exultantes pelas conquistas que até então obtivemos, refletirmos acerca do que ainda resta conseguir. Em matéria de sistema tributário, é precisamente esse o mister a que se tem dedicado a Comissão Especial de Direito Tributário do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. A publicação e difusão desta obra marca tal empenho, que contou com a engajada participação intelectual de notáveis exemplares da advocacia nacional, muitos deles integrantes da dileta Comissão.

Sobressaem, entre as atribuições da Comissão, aquelas de índole defensiva e aquelas de índole propositiva. Dito de outro modo: a um só tempo, esse colegiado de exímios juristas propõe a contestação de normas, atos administrativos e medidas em desconformidade com o ordenamento jurídico, especialmente com a ordem constitucional; bem como, cumulativamente, propõe a adoção de medidas para alcançar a justiça social mediante o aprimoramento das instituições do sistema tributário, seja por via legislativa, judicial ou administrativa. Este livro que ora tenho a honra de co-organizar e prefaciar é um valioso instrumento que consagra essa diuturna construção coletiva.

Às profundas e profícuas reflexões ensejadas por ocasião desta publicação, gostaria de acrescentar meu ponto de vista particular (não o de um especialista no complexo e engenhoso assunto tributário, mas o de um advogado e cidadão comprometido com a igualdade que necessariamente deve infiltrar-se por todos os poros do Estado

---

<sup>238</sup> Publicado originalmente como prefácio do livro: LAMACHIA, Claudio; FERREIRA, Antonio Oneildo; PAULA, Breno Dias de. (org.). **30 anos do Sistema Tributário na Constituição Federal**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2018.

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

democrático de direito) no que concerne a dois pontos que julgo vitais para a discussão em tela. Eles defluem de maneira inextrincável do objetivo fundamental da República preconizado no art. 3º, inc. III de nossa Carta Magna, segundo o qual cabe ao Estado e à sociedade brasileira “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

É indubitável que a natureza e as peculiaridades do sistema de tributação e orçamento adotado pelo Direito Público de um Estado repercutem diretamente na redução tanto da desigualdade entre os indivíduos na sociedade quanto da desigualdade entre as regiões do país. Em outras palavras, a determinação de redução das desigualdades sociais e regionais seria letra morta, mecanismo inteiramente estéril de concretude, na ausência de um sistema de tributação, orçamento, repartição de receitas e gestão de finanças públicas norteado conforme esse mesmo princípio igualitário. E é em nome do ideário da igualdade e da justiça social que alguns aspectos do atual Direito Tributário merecem ser revistos e aprimorados.

Colocando a questão sob a óptica da igualdade material entre os indivíduos na sociedade, cabe-nos perscrutar formas de estabelecimento de uma real equidade entre as classes sociais. O princípio da capacidade contributiva precisa ser levado a sério com efeito. É momento de avançarmos na discussão sobre taxação de grandes fortunas, de grandes heranças e de capital especulativo, sobre implantação de um imposto de renda radicalmente progressivo, sobre a diminuição de impostos sobre o serviço e o produto final no consumo. Enfim, a arrecadação de impostos é âmbito onde desiguais devem, segundo o célebre princípio geral do direito, ser tratados na exata medida de suas desigualdades.

Colocando a questão, por outro lado, na perspectiva da igualdade entre as regiões geográfica e politicamente diferenciadas do país, cabe-nos rever incisivamente os fundamentos de nosso pacto federativo. Observamos uma lamentável e insidiosa “colonização interna” das regiões Norte e Nordeste por parte do Centro-Sul. Nosso

modelo de repartição de receitas, demasiado concentrado na União em detrimento dos Estados-membros e municípios, na prática não favorece o desenvolvimento e o fortalecimento das regiões economicamente mais frágeis da federação. Condenados ao papel de eternos produtores de matérias-primas e recursos naturais (notadamente de energia e mineração), os Estados do Norte e do Nordeste, na medida em que não arrecadam os tributos sobre o produto final, tornaram-se dependentes das receitas transferidas pela União.

Essas e outras questões precisam ser postas em debate a pretexto de uma urgente e ampla reforma tributária em nosso país. Esta coletânea que organizo em colaboração com o Presidente do Conselho Federal da OAB, Claudio Lamachia, e o Presidente da Comissão Especial de Direito Tributário da mesma entidade, Breno Dias de Paula – na pessoa de quem saúdo todos os membros da Comissão envolvidos nesta empreitada – busca servir a esse propósito. Esperamos que as páginas a seguir venham a iluminar os mais republicanos debates que, no trintenário de nossa Constituição Balzaquiana, busquem acudir ao tão almejado e elevado desígnio de tornar a justiça social uma realidade desfrutável.



# **PARECERES**



## 17 NOMEAÇÃO DE CONSELHEIROS DO CNMP

---

**Parecer:** Recusa do Presidente da República à nomeação tempestiva de seis conselheiros do Conselho Nacional do Ministério Público.

1. O Excelentíssimo Presidente da República Sr. Michel Temer tem adiado injustificadamente a nomeação de seis conselheiros do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), já sabatinados e aprovados pelo Senado Federal.

2. O mandato bienal de oito dentre os quatorze conselheiros se encerrou no dia 11 de agosto de 2017, de maneira que, perpetuando-se a situação, o CNMP não terá quórum suficiente para reunir-se em plenário e firmar deliberações.

3. Ato contínuo à recusa presidencial de exercer o *dever* de nomeação (art. 84, XIV da CF),<sup>239</sup> a toda evidência suspeita-se de que o Presidente, autoridade máxima da República, o faz como retaliação ao Excelentíssimo Procurador-Geral da República Sr. Rodrigo Janot – autoridade que preside o CNMP –, com o presumível intuito de esvaziar-lhe os poderes, bem como de embaraçar as competências da Instituição por este representada.

4. Segundo apurado pelo Portal de Notícias G1, “Temer decidiu segurar as nomeações para evitar que Janot aproveitasse suas últimas sessões no comando do conselho para realizar discursos contra o peemedebista ou

---

<sup>239</sup> “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) XIV - nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do banco central e outros servidores, quando determinado em lei”.

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

contra a classe política”.<sup>240</sup> O diferimento deverá durar até o fim do mandato de Janot.<sup>241</sup>

5. O esvaziamento do CNMP coincide com momentos turbulentos no embate político entre Temer e Janot, em que este denunciara aquele pelo crime de corrupção passiva, enquanto aquele protocolou alegação de suspeição *ad causam* deste, ao pôr em dúvida sua isenção e seu comprometimento com os limites constitucionais e legais de seu cargo.

6. O mandato do atual PGR encerrar-se-á em 17 de setembro de 2017, sendo que as últimas duas reuniões do CNMP sob sua regência, já agendadas, foram canceladas por antevista falta de quórum mínimo.

7. O ato protelatório do Presidente da República é flagrantemente antijurídico e inviável.

8. Consiste em ato antijurídico porque é ato omissivo a um só tempo inconstitucional e ilegal. É cumulativamente inconstitucional e ilegal na medida em que declina da obrigação do Chefe do Poder Executivo de prover os cargos do CNMP, conforme determinação do art. 130-A, *caput* da Constituição Federal.<sup>242</sup> A omissão acarreta inadmissível interferência do Chefe de Governo no regular funcionamento do Ministério Público, prática vedada veementemente pelo plexo principiológico da Constituição Federal (princípio da

---

<sup>240</sup> “Conselho do MP deve ficar sem quórum até o fim do mandato de Janot”. In: Portal G1. In: Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/conselho-do-mp-deve-ficar-sem-quorum-ate-o-fim-do-mandato-de-janot.ghtml>. Acesso em 22/08/2017.

<sup>241</sup> “Temer segura indicações e esvazia conselho presidido por Janot”. In: O Estado de São Paulo. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,temer-segura-indicacoes-e-esvazia-conselho-presidido-por-janot,70001932663>. Acesso em 22/08/2017.

<sup>242</sup> “Art. 130-A. O Conselho Nacional do Ministério Público compõe-se de quatorze membros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para um mandato de dois anos, admitida uma recondução (...)”. (Grifo nosso).

independência harmônica entre os Poderes, art. 2º c/c 127, §1º da CF),<sup>243</sup> e, ademais, que constitui crime de responsabilidade imputável ao Presidente da República (art. 85, II da CF),<sup>244</sup> punível com penalidade de *impeachment*.

**9.** O CNMP desempenha a proeminente função de propor medidas para o aperfeiçoamento e o cumprimento da missão institucional do Ministério Público. É órgão essencial à vida da Instituição. A atitude procrastinadora do Presidente da República é um atentado à independência dos Poderes, ao sistema de freios e contrapesos do regime republicano do Estado de Direito. É dizer, ataca frontalmente os princípios mais precípuos e intrínsecos à Constituição Federal.

**10.** Não bastasse a ilicitude do ato, seguramente eivado do vício de desvio de poder, é patente também sua inviabilidade em termos de conveniência e oportunidade administrativa. Ao contrário do que parece acreditar o titular exercente da Presidência da República, a atuação do órgão colegiado serve não exatamente como instrumento de poder, mas como artifício de limitação e equilíbrio dos poderes do Procurador-Geral. O colegiado impede que o seu Presidente, o PGR, tome decisões *ad referendum* com base no art. 12, XXVII do Regimento Interno do CNMP, pelo qual compete ao seu Presidente “*praticar, em caso de urgência, ato de competência do Plenário, submetendo-o a referendo na primeira sessão subsequente*”.

**11.** Levianamente, a mora do Presidente da República acarreta efeitos colaterais de ainda maior concentração de poderes em

---

<sup>243</sup> “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. § 1º - São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional. (...)”. (Grifo nosso).

<sup>244</sup> “Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: (...) II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação”. (Grifo nosso).

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

benefício do Presidente do CNMP, sendo inerentemente antidemocrática e antirrepublicana, além de administrativamente inapta.

**12.** Reitere-se que, além de insustentável nos termos de seus efeitos, a omissão do Presidente da República recai em *crime de responsabilidade* definido no art. 85, II da CF.

## 18 FUNDO PARTIDÁRIO

---

**Parecer:** Inconstitucionalidade da Proposta de Emenda Constitucional n. 77/03, que amplia os recursos do Fundo Partidário

1. O Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos (Fundo Partidário), regulamentado pela Lei dos Partidos Políticos (Lei n. 9.096/1995), é constituído por: I) multas e penalidades pecuniárias aplicadas nos termos do Código Eleitoral e leis conexas; II) recursos que lhe forem destinados por lei, em caráter permanente ou eventual; III) doações de pessoa física efetuadas por intermédio de depósitos bancários; e IV) dotações orçamentárias da União em valor nunca inferior, cada ano, ao número de eleitores inscritos em 31 de dezembro do ano anterior ao da proposta orçamentária, multiplicados por trinta e cinco centavos de real, em valores de agosto de 1995 – art. 38 e incisos da Lei dos Partidos Políticos.

2. O montante destinado do Fundo Partidário tem aumentado progressivamente nos últimos anos. Em 2010, contabilizou R\$ 200 milhões. Em 2014, R\$ 365 milhões. Prevê-se que o referente a 2017 seja o mesmo de 2016: R\$ 819 milhões.

3. Embora criado com o intuito de prover autonomia financeira aos partidos políticos, e, assim, assegurar que sejam independentes com relação ao Governo e ao aparelho estatal, o Fundo tem sido destinação de despesas astronômicas, com parcela expressiva saída do orçamento da União, e tem sido usado para fins escusos e incompatíveis com os princípios democráticos.

4. Tramita, na Câmara dos Deputados, Proposta de Emenda Constitucional (PEC 77/2003) concernente à reforma do sistema político-partidário. O relatório do Deputado Vicente Cândido, apresentado à Comissão de Reforma Política, recomenda que a alíquota de 0,5% de toda a receita corrente líquida da União arrecadada em 12 meses seja aplicada, de maneira permanente, ao Fundo Especial de

## A Constituição Balzaquiana e outros escritos

Financiamento da Democracia (nova versão do Fundo Partidário). Para o ano de 2018, custaria o expressivo valor de R\$ 3,6 bilhões de reais aos cofres públicos.

5. Mantido esse valor, teremos um aumento descomunal das verbas públicas em um contexto de contundente recessão econômica e financeira que atinge frontalmente o Estado.

6. O aumento ocorre em detrimento do aproveitamento dos recursos para as áreas prioritárias de políticas sociais: saúde, educação, assistência social, habitação, emprego, saneamento básico etc. Essas políticas, inclusive, foram “congeladas” pela chamada PEC dos Gastos Públicos, sob o argumento da recessão.

7. A regra que impõe novo regime fiscal de contenção dos gastos públicos (Emenda Constitucional n. 95/2016) torna inconstitucional uma Emenda posterior que venha a aumentar as despesas da União para além do índice da inflação do ano anterior, medida pelo IPCA. A propósito, é pacífico na doutrina e na jurisprudência que uma Emenda possa ser eivada de inconstitucionalidade caso destoe do espírito balizado pelos princípios constitucionais.

8. Se todas as despesas públicas da União estarão sujeitas ao teto, por que, e a pretexto de qual argumento moral e jurídico, as despesas destinadas ao Fundo Partidário extrapolarão o limite máximo predeterminado?

9. Estima-se que a perda acumulada em 20 anos no campo da assistência social seria de R\$ 868 bilhões; no campo da saúde, de R\$ 654 bilhões; e, no campo da educação, de R\$ 45 bilhões até 2025. Por que uma redução que impacta diretamente na dignidade humana, em afronta aos princípios constitucionais da cidadania (art. 1º, II) e da dignidade da pessoa humana (art. 2º, III), deve ser considerada prioritária enquanto política de Estado? Qual a justificativa moral e jurídica para comprometer a vida dos milhões de cidadãs e cidadãos brasileiros em

detrimento de investimentos no sistema político-partidário? Por que essa despesa estaria autorizada a crescer para além do teto?

**10.** Em uma interpretação teleológica e sistemática da Constituição, entendemos que esse valor desconcertante franqueado ao Fundo Partidário não é razoável nem necessário para fomentar o princípio constitucional do pluralismo político inscrito no art. 1º, V. Em contrapartida, o gasto é escandalosamente dissonante dos princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

**11.** Entendemos, pelas razões expostas, que a PEC 77/03, no atual estado em que está apresentada à Comissão de Reforma Política, e no que concerne ao Fundo Partidário, é nesses termos inconstitucional.