



# NOMOS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFC

Solicita-se permuta  
Pidese canje  
On demande l'echange  
Si richiede la scambio  
We ask for exchange  
Wir bitten um Austausch.



# NOMOS

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC

Fortaleza

2013

# NOMOS

**Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**

Volume 33.1 – jan./jun. 2013

**Editora Chefe**

Denise Lucena Cavalcante

**Editora Sub-chefe**

Tarin Cristino Frota Mont'Alverne

**Editor Assistente**

Álison José Maia Melo

**Conselho Editorial**

Ana Maria D'Ávila Lopes

António José Avelãs Nunes

Charles D. Cole

Denise Lucena Cavalcante

Elizabeth Salmón

Eros Grau

Federico Di Bernardi

Fernando Facury Scaff

Francisco Queiroz Cavalcanti

Gilles Lebreton

Hugo de Brito Machado

João Luis Nogueira Matias Jorge Miranda

José Luis Caballero

Juarez Freitas

Paulo Bonavides

Tarin Cristino Frota Mont'Alverne

Willis Santiago Guerra Filho

Wolf Paul

**Alunos Colaboradores**

Ana Cecília Bezerra de Aguiar

Edvaldo de Aguiar Portela Moita

Fernanda Castelo Branco Araujo

Gustavo Fernandes Meireles

Renato Barbosa de Vasconcelos

Tainah Simões Sales

Nomos. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC.

V. 1-1978-Fortaleza, Edições Universidade Federal do Ceará, n. semestral. Órgão oficial do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará.

ISSN - 1807-3840

1 - Direito-periódico.

1 - Universidade Federal do Ceará. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC.



## SOBRE OS AUTORES

---

Alice Rocha da Silva

Professora da Graduação e Pós-graduação em Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) e da Faculdade Processus. Doutora em Direito Internacional Econômico pela Aix-Marseille Université, França, (revalidado pela Universidade Federal do Ceará – UFC). Mestrado em Direito das Relações Internacionais pelo UniCEUB. Graduação em Direito pelo UniCEUB e Graduação em Relações Internacionais e Ciência Política pela Universidade de Brasília-UnB. Editora da Revista de Direito Internacional e da Revista Brasileira de Políticas Públicas do UniCEUB.

Camila Akemi Perruso

Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito internacional pela Universidade de São Paulo. Mestre em Desenvolvimento Sustentável pela Universidade Sorbonne Paris Cité. Doutoranda em Direito Internacional pela Universidade Sorbonne Paris Cité e Universidade de São Paulo.

Carla Pinheiro

Doutora em Direito (PUC-SP), Psicóloga (PUC-SP) e Professora Pesquisadora do Núcleo de Pós-graduação em Direito da Universidade Tiradentes (UNIT).

Cristiane Aquino de Souza

Doutora em Direitos Fundamentais pela Universidade Autônoma de Madrid, graduada e mestra em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará. Atualmente é professora da Pós-Graduação da Universidade de Fortaleza.

Danilo Medeiros Pereira

Mestrando em Teoria do Direito e do Estado na Fundação Educacional Eurípedes Soares da Rocha (Univem), em Marília; Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, campus de Três Lagoas, onde atua como Professor na Disciplina de Ética Profissional. Advogado.

Deo Campos Dutra

Mestre e Doutorando em Direito pela PUC-Rio. Professor Universitário.

Gisele Guimarães Cittadino

Mestre em Direito pela UFSC e Doutora em Ciência Política pelo IUPERJ.  
Professora e coordenadora do PPGD da PUC -Rio.

Gustavo Ferreira Ribeiro

Professor do Programa de Mestrado e Doutorado do UniCEUB – Brasília.  
Doutor em Direito (Indiana University Bloomington). Ex-bolsista Capes/  
Fulbright. Advogado.

Henrique Silva Moraes

Graduando em Direito pela UFJF e Bolsista de Iniciação Científica pelo  
programa BIC/UFJF.

Hugo de Brito Machado

Professor Titular de Direito Tributário da UFC. Presidente do Instituto  
Cearense de Estudos Tributários.

Juliana Martins de Sá Müller

Bacharela em Direito pela UFJF e Pesquisadora da Fundação de Amparo à  
Pesquisa do Estado de Minas Gerais (FAPEMIG).

Lara Fernandes Vieira

Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará (1994),  
especialização em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Fe-  
deral do Ceará (1997) e em Responsabilidade Civil e Direito do Consumi-  
dor (2009) pela Universidade Estácio de Sá e é mestranda do Programa de  
Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará. Atualmen-  
te é colaboradora do Instituto de Pesquisas Sociais, Políticas e Econômi-  
cas- IPESPE, professora do Centro Universitário Estácio do Ceará- Estácio  
FIC e diretora-presidente do Instituto de Cultura, Arte, Ciência e Esporte-  
CUCA. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito do  
Consumidor e Direito Civil, atuando principalmente nos seguintes temas:  
responsabilidade civil e sucessões.

Leonardo Macedo Poli

Advogado. Doutor em Direito Civil pela UFMG. Professor na UFMG,  
PUCMINAS e Universidade FUMEC. Coordenador do Programa de pós-  
graduação em Direito da PUCMINAS.

Liana Cirne Lins

Professora Adjunta de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito do  
Recife/UFPE, Professora do Mestrado em Direitos Humanos PPGDH/  
UFPE, Doutora em Direito Público PPGD/UFPE e Mestra em Instituições  
Jurídico-Políticas CPGD/UFSC. Membro da Comissão de Meio Ambiente  
OAB/PE.

Liziane Paixão Silva Oliveira

Professora do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Tiraden-  
tes. Doutora em Direito pela Universidade Aix-Marseille III. Mestre em  
Direito pela UnB.

Luciana Costa Poli

Advogada. Doutora em Direito Privado pela PUCMINAS. Professora na Escola Superior Dom Helder Câmara e na Faculdade Estácio de Sá. Coordenadora do curso de Direito de Família no CAD –Centro de Atualização em Direito.

Marcos Vinício Chein Feres

Mestre e Doutor em Direito Econômico pela UFMG e Professor Associado e Diretor da Faculdade de Direito da UFJF.

María José López Sánchez

Profesora Titular EU de Derecho Financiero y Tributario, UNED.

Natacha John

Mestranda em Direito (UCS), área de concentração em Direito Ambiental e Sociedade, na linha de pesquisa Direito Ambiental e Novos Direitos. Graduada pelo Centro Universitário Franciscano – UNIFRA. Integrante do grupo de pesquisa “Alfabetização Ecológica, Cultura e Jurisdição: uma incursão pelas teorias da decisão” na UCS. Advogada.

Olavo Soares Bastos

Aluno Especial do Programa de Mestrado do UniCEUB – Brasília. Bacharel em Direito (UFAL). Advogado.

Paulo Caliendo

Graduado em Direito pela UFRGS, Mestre em Direito dos Negócios pela Faculdade de Direito da UFRGS. É Doutor em Direito Tributário pela PUC/SP. Professor Titular na PUC/RS, onde compõe o corpo permanente do Mestrado e Doutorado, lecionando na Disciplina de Direito Tributário, e de diversos cursos de Pós-Graduação no país. Autor do livro finalista do Prêmio Jabuti 2009 “Direito Tributário e Análise Econômica do Direito”, publicado pela editora Elsevier. Conselheiro do CARF, vice-presidente da Academia Tributária das Américas, Árbitro da lista brasileira do Mercosul. Advogado.

Pedro Arruda Junior

Advogado. Especialista em Ciências Penais pela UFJF – Universidade Federal de Juiz de Fora/MG. Extensão em História do Direito pela FDUL – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal). Professor de Direito Ambiental e Coordenador Pedagógico do Curso de Direito do CESA – Centro de Estudos Superiores Aprendiz (Barbacena/MG). Mestrando em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela ESDHC – Escola Superior Dom Helder Câmara (Belo Horizonte/MG).

Pedro M. Herrera Molina

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario, UNED.

Renata Ribeiro Rolim

Doutora em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela Universidade Pablo de Olavide, Sevilha/Es; professora da graduação e da pós-graduação

em Ciências Jurídicas da UFPB; coordenadora do grupo de pesquisa Marxismo, Direito e Lutas Sociais; colaboradora do Núcleo de Documentação dos Movimentos Sociais (NUDOC) da UFPE.

#### Rogério Gesta Leal

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Doutor em Direito. Prof. Titular da UNISC. Professor da UNOESC. Professor Visitante da Università Túlio Ascarelli – Roma Trè, Universidad de La Coruña – Espanha, e Universidad de Buenos Aires. Professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura – ENFAM. Membro da Rede de Direitos Fundamentais-REDIR, do Conselho Nacional de Justiça-CNJ, Brasília. Coordenador Científico do Núcleo de Pesquisa Judiciária, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura – ENFAM, Brasília. Membro do Conselho Científico do Observatório da Justiça Brasileira. Coordenador da Rede de Observatórios do Direito à Verdade, Memória e Justiça nas Universidades brasileiras – Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República.

#### Sarah Caroline de Deus Pereira

Mestranda em Teoria do Direito e do Estado, no Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM, bolsista CAPES. Especialista em Direito e Processo do Trabalho na Universidade Anhanguera-Uniderp. Advogada. Estágio-docência em Processo Civil IV. Aluna pesquisadora do grupo: “A Intervenção do Estado na Vida do Indivíduo” e do “Bioética e Direitos Humanos”.

#### Sérgio Augustin

Doutor pela Universidade Federal do Paraná, coordenador do Programa de Pós Graduação (Mestrado Acadêmico em Direito) da Universidade de Caxias do Sul. Atualmente é membro da Comissão de Minter/Dinter e da Comissão de APCNs na Área do Direito junto a atual gestão da CAPES/Ministério da Educação (desde julho 2011). É juiz de Direito no Estado do Rio Grande do Sul.

#### Sieli Pontalti

Mestranda em Direito (UCS), área de concentração em Direito Ambiental e Sociedade, na linha de pesquisa Direito Ambiental e Novos Direitos. Graduada pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Consultora e projetista ambiental.

#### Tainah Simões Sales

Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC) – Área de concentração: Ordem jurídica constitucional.

#### Tarin Cristino Frota Mont’Alverne

Pós-Doutora pela Universidade Federal do Ceará - UFC. Doutora em Direito Internacional Público pela Université Paris Descartes - Paris 5, França, com período de co-tutela na Universidade de São Paulo - USP. Professora

Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará - UFC.

Thais Leo N. de Paula

Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Ceará - UFC. Membro pesquisador do Grupo de Estudos em Direito e Assuntos Internacionais – GEDAI, projeto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Foi bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação à Docência – PIBID.





## SUMÁRIO

---

### DOCTRINA NACIONAL

UMA ANÁLISE DE BELO MONTE À LUZ DO PRINCÍPIO DA INTEGRAÇÃO <i>Camila Akemi Perruso</i> .....	15
A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO PROPOSTA DE SUPERAÇÃO DOS CONFLITOS ORIUNDOS DO DIREITO PENAL AMBIENTAL SIMBÓLICO E DO RISCO <i>Carla Pinheiro</i> .....	31
PSICOPATIA E REFORMA PSIQUIÁTRICA BRASILEIRA: O QUE FAZER COM O PSICOPATA FRENTE O MOVIMENTO ANTIMANICOMIAL? <i>Danilo Medeiros Pereira</i> <i>Sarah Caroline de Deus Pereira</i> .....	51
COSMOPOLITISMO JURÍDICO: PRETENSÕES E POSIÇÕES NA INTERSEÇÃO ENTRE FILOSOFIA POLÍTICA E DIREITO <i>Gisele Guimarães Cittadino</i> <i>Deo Campos Dutra</i> .....	73
A GLOBALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS JURÍDICOS, O GATS E OS PROVIMENTOS Nº 91/2000 E Nº 129/2008 DO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL <i>Gustavo Ferreira Ribeiro</i> <i>Olavo Soares Bastos</i> .....	91
A IRRETROATIVIDADE DA SÚMULA VINCULANTE 24 E A PRESCRIÇÃO IMPEDITIVA DA AÇÃO PENAL <i>Hugo de Brito Machado</i> .....	109
A INFLUÊNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONSTRUÇÃO DE UM NOVO MODELO DE CONTRATO <i>Lara Fernandes Vieira</i> .....	121
DA TITULARIDADE À CO-TITULARIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: PRESSUPOSTO À ADEQUAÇÃO PROCEDIMENTAL DA SUA TUTELA <i>Liana Cirne Lins</i> .....	147
A FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA: REFLEXÕES SOBRE O CASAMENTO HOMOAFETIVO À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS <i>Luciana Costa Poli</i> <i>Leonardo Macedo Poli</i> .....	165

UMA PROPOSTA INTERPRETATIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INVENTOR NO CONTEXTO DO RELACIONAMENTO INSTITUCIONAL E JURÍDICO ENTRE UNIVERSIDADE E EMPRESA <i>Marcos Vinício Chein Feres</i> <i>Henrique Silva Moraes</i> <i>Juliana Martins de Sá Müller</i> .....	187
INTERPRETAÇÃO TRIBUTÁRIA: IN DUBIO CONTRA SACRIFICUM <i>Paulo Caliendo</i> .....	205
APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NA INFRAÇÃO PENAL DE ALTERAÇÃO DE EDIFICAÇÃO ESPECIALMENTE PROTEGIDA FRENTE AO PARADIGMA DA PROPORCIONALIDADE <i>Pedro Arruda Junior</i> .....	239
A CONSTRUÇÃO DO DIREITO À COMUNICAÇÃO NA AMÉRICA LATINA NA PRIMEIRA DÉCADA DO SÉCULO XXI <i>Renata Ribeiro Rolim</i> .....	259
OPERAÇÃO CONDOR: HÁ UMA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL SOLIDÁRIA DE ESTADOS CONSORCIADOS EM ATOS DE REPRESSÃO POLÍTICA? <i>Rogério Gesta Leal</i> .....	283
A CONTRIBUIÇÃO DO PENSAMENTO MARXISTA PARA O ENFRENTAMENTO DA CRISE SOCIOAMBIENTAL CONTEMPORÂNEA <i>Sérgio Augustin</i> <i>Natacha John</i> <i>Sieli Pontalti</i> .....	305
O PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA À LUZ DA CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO SOCIAL E DA NOVA ORDEM ADMINISTRATIVA <i>Tainah Simões Sales</i> .....	321
A EVOLUÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PENAL E O TRIBUNAL ESPECIAL PARA SERRA LEOA: ANÁLISE DA NATUREZA JURÍDICA DE E CONSIDERAÇÕES SOBRE SUA JURISPRUDÊNCIA <i>Thais Leo N. de Paula</i> <i>Tarin Cristino Frota Mont'Alverne</i> .....	349
<b>DOCTRINA ESTRANGEIRA</b>	
LA COMPLEXE ARTICULATION ENTRE LES ACCORDS COMMERCIAUX REGIONAUX ET LE DROIT DE L'OMC <i>Alice Rocha da Silva</i> .....	375
PARIDAD Y CUOTAS ELECTORALES EN EUROPA <i>Cristiane Aquino de Souza</i> .....	399
CLAUSE D'EXCEPTION ENVIRONNEMENTALE ET LE MERCOSUR <i>Liziane Paixão Silva Oliveira</i> .....	421
¿TIENEN DERECHO LOS OBLIGADOS TRIBUTARIOS A SER INFORMADOS DEL INTERCAMBIO DE DATOS FISCALES ENTRE ADMINISTRACIONES TRIBUTARIAS DE DIVERSOS ESTADOS? <i>María José López Sánchez</i> <i>Pedro M. Herrera Molina</i> .....	445

---

DOCTRINA NACIONAL





# UMA ANÁLISE DE BELO MONTE À LUZ DO PRINCÍPIO DA INTEGRAÇÃO

*Camila Akemi Perruso\**

## **Resumo**

O presente artigo tem como propósito verificar a construção do princípio de integração, considerado o cerne dos princípios do desenvolvimento sustentável. A partir da compreensão dos objetivos e do alcance do princípio da integração para o direito internacional, que visa transversalizar as políticas públicas relativas ao desenvolvimento no que se refere às exigências ambientais e sociais, será realizada uma análise das questões em torno da usina hidrelétrica de Belo Monte como um projeto de desenvolvimento.

## **Palavras-chave**

Princípio da integração. Belo Monte. Desenvolvimento sustentável.

## **Résumé**

Cet article vise à vérifier la construction du principe d'intégration, considéré le cœur des principes du développement durable. À partir de la compréhension des objectifs et de la portée du principe de l'intégration pour le droit international, ayant pour but d'intégrer les politiques publiques en matière de développement par rapport aux exigences environnementales et sociales, il sera réalisé une analyse des questions liées au barrage de Belo Monte en tant que projet de développement.

## **Mots-clés**

Principe d'intégration. Belo Monte. Développement durable.

## 1. INTRODUÇÃO

O desenvolvimento sustentável, conceito que vem sendo afirmado em instâncias políticas, jurídicas, ambientais, econômicas, constituindo um paradigma para as relações humanas e sociais, implica em um desenvolvimento, de acordo com a definição do Relatório Brundtland de 1987<sup>1</sup>, que “procura

---

\* Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito internacional pela Universidade de São Paulo. Mestre em Desenvolvimento Sustentável pela Universidade Sorbonne Paris Cité. Doutoranda em Direito Internacional pela Universidade Sorbonne Paris Cité e Universidade de São Paulo.

<sup>1</sup> O relatório Brundtland de 1987, elaborado pela ONU, estabeleceu as bases do desenvolvimento sustentável. Segundo site da ONU de organização da Conferência Rio +20, “Sustainable

satisfazer as necessidades da geração atual, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazerem as suas próprias necessidades". O direito internacional tem construído as bases e os limites da matéria por meio de convenções, declarações, resoluções e relatórios. Contudo, uma efetiva integração dos três pilares econômico, ambiental e social desse novo paradigma de desenvolvimento constitui atualmente um grande desafio.

A Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992, embora não tenha definido o desenvolvimento sustentável, estabeleceu seus princípios, de modo a assegurar os parâmetros de esforços que devem ser empreendidos por todos os atores a fim de garantir um verdadeiro campo de proteção dos interesses econômicos aliados à proteção ambiental e à justiça social. Nesse sentido, o dever dos Estados de garantir a utilização sustentável de seus recursos, o princípio da igualdade e da eliminação da pobreza, o princípio das responsabilidades comuns mas diferenciadas, o princípio da precaução, o princípio da participação popular e do acesso à informação e à justiça, o princípio da boa governança e o princípio da integração, sobretudo ao que se refere aos direitos humanos e aos objetivos sociais, econômicos e ambientais<sup>2</sup>, constituem o centro das diretrizes do desenvolvimento sustentável.

Diversos debates doutrinários quanto ao alcance jurídico do desenvolvimento sustentável têm se travado, de maneira a considerar quais seriam efetivamente os princípios substanciais e procedimentais estipulados pela Declaração do Rio e demais instrumentos concernentes à matéria. Dessa maneira, para Birnie, Boyle e Reddggwell<sup>3</sup>, os componentes jurídicos do desenvolvimento sustentável são o princípio da integração, o direito ao desenvolvimento, a utilização sustentável e a conservação dos recursos naturais, a igualdade inter e intra-geracional. Para os mesmos autores, constituem componentes procedimentais a obrigação de cooperar, a obrigação de avaliação de impacto ambiental, a participação pública. Para French<sup>4</sup>, os princípios da integração, da utilização sustentável, da igualdade intra-geracional, e do direito ao desenvolvimento sustentável e da obrigação de cooperar consistem o cerne do alcance jurídico do desenvolvimento sustentável. Pela prática

---

development emphasizes a holistic, equitable and far-sighted approach to decision-making at all levels. It emphasizes not just strong economic performance but intragenerational and intergenerational equity. It rests on integration and a balanced consideration of social, economic and environmental goals and objectives in both public and private decision-making." Disponível em: <<http://www.uncsd2012.org/rio20/index.php?menu=62>>.

<sup>2</sup> International Law Association. **Report of Toronto's Conference**, Committee on International Law and Sustainable Development, 2006, disponível em: <<http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1017>>.

<sup>3</sup> BIRNIE Patricia, BOYLE Alan, REDGWELL Catherine. **International Law and the Environment**, Oxford, Clarendon Press, 2009, p. 116.

<sup>4</sup> FRENCH Duncan, **International law and policy of sustainable development**, Manchester, Manchester University Press, 2005, p. 51.

convencional, Sands<sup>5</sup> considera quatro princípios, tais quais os da igualdade inter e intra-geracional, da utilização sustentável dos recursos naturais e o princípio da integração.

Nesse sentido, os princípios do desenvolvimento sustentável repousam necessariamente na integração das ações empreendidas pelos Estados, empresas, organizações e demais atores sociais, que devem ser cuidadosamente avaliadas a fim de, diante do conflito de interesses que possam advir entre seus três pilares, buscar a melhor solução visando sua real harmonização a partir da ponderação dos valores mais importantes. Nessa perspectiva, face ao complexo e atual debate em torno da construção da usina hidrelétrica de Belo Monte, cumpre verificar em que medida esse projeto estaria alinhado aos princípios e aos objetivos desse novo paradigma de desenvolvimento, sobretudo à luz do princípio da integração.

O projeto da usina hidrelétrica de Belo Monte, localizado no rio Xingu no estado do Pará, tem como objetivo oferecer 40% da energia elétrica residencial do país, e é hoje considerado um dos grandes projetos de energia do programa de aceleração do crescimento (PAC) do governo brasileiro, a fim de garantir a modicidade tarifária e a segurança energética. Considera-se que a usina é a forma mais econômica de geração de energia em comparação com outros meios, tais quais a biomassa, o gás natural, a energia nuclear, ou a solar.<sup>6</sup> Inúmeros debates vêm sendo realizados em torno dos benefícios da construção da usina assim como dos impactos socioambientais que ela engendraria.

Dessa forma, o presente artigo tem como objetivo compreender a construção do princípio de integração, considerado o cerne dos princípios do desenvolvimento sustentável, que aparece no artigo 4 da Declaração do Rio: "A fim de alcançar o estágio do desenvolvimento sustentável, a proteção do meio ambiente deve constituir parte integrante do processo de desenvolvimento e não poderá ser considerada de forma isolada". A integração, nesse sentido, visa transversalizar as políticas públicas relativas ao desenvolvimento no que se refere às exigências ambientais e sociais, de modo que ele vem sendo invocado no campo jurisdicional.<sup>7</sup> A partir da compreensão dos objetivos e do alcance do princípio da integração para o direito internacional, será realizada uma análise das questões em torno da construção da usina hidrelétrica de Belo Monte como um projeto de desenvolvimento.

---

<sup>5</sup> SANDS Philip. **Principles of international environmental law**, Cambridge, Cambridge University press, 2nd ed., 2007, p. 253.

<sup>6</sup> Conferir em: <[http://www.blogbelomonte.com.br/wp-content/uploads/2011/12/Cartilha\\_portugues\\_.pdf](http://www.blogbelomonte.com.br/wp-content/uploads/2011/12/Cartilha_portugues_.pdf)>.

<sup>7</sup> SBOISSON DE CHAZOURNES, Laurence e MALJEAN DUBOIS, Sandrine. **Principes du droit international de l'environnement**, Jurisclasseur Droit international, 20 set 2010, Cote: 01,2011, Fasc. 146-15.

## 2. PRINCÍPIO DA INTEGRAÇÃO PARA O DIREITO INTERNACIONAL COMO EIXO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

O princípio da integração no quadro do desenvolvimento sustentável inaugura um novo paradigma face aos conflitos de interesse, na medida em que se constitui como uma “abordagem de ação orientada”<sup>8</sup> à aplicação prática às situações complexas advindas do desenvolvimento. O grupo independente da Comissão de desenvolvimento sustentável da ONU<sup>9</sup> qualifica o princípio como a “coluna vertebral do desenvolvimento sustentável”.

O princípio é inicialmente invocado na Declaração de Estocolmo de 1972, mas só será claramente formulado na Declaração do Rio, como uma tradução jurídica do desenvolvimento sustentável<sup>10</sup>. Nesse sentido, o princípio foi inserido em diversos textos internacionais como na Convenção-quadro sobre as mudanças climáticas em seu artigo 4.1f, na Convenção sobre a diversidade biológica nos artigos 6 b e 10 a, na Declaração sobre a proteção das florestas no princípio 3c, na Convenção sobre a luta contra a desertificação no artigo 2.2, no Acordo de Cotonou no artigo 32.1, na Agenda 21 no capítulo VIII.

Dessa maneira, o princípio da integração prevê que respostas transversais devem ser dadas aos problemas aos quais faz face o desenvolvimento sustentável, seja pela elaboração de políticas visando uma transversalidade dos aspectos econômicos, sociais e ambientais, seja pela integração jurídica. Essa transversalidade proposta pelo princípio permite garantir uma coerência entre os diferentes níveis de governança, assim como propõe o fomento à integração jurídica, tanto no que se refere à elaboração de normas quanto à motivação das decisões judiciais.

### 2.1. Transversalidade vertical e horizontal da aplicação institucional do princípio da integração

A integração no nível institucional é a que mais reflete o princípio traduzido pelo artigo 4 da Declaração do Rio, na medida em que o objetivo de integração refere-se a todos os níveis de governança bem como a todos os setores da sociedade. Nesse sentido, a integração institucional pode ser sub-

---

<sup>8</sup> FRENCH Duncan. **International Law and Policy of Sustainable Development**, Manchester, Manchester University Press, Melland Schill Studies in International Law, 2005, p. 67.

<sup>9</sup> Report of the Expert Group Meeting on Identification of Principles of International Law for Sustainable Development (Geneva, Switzerland 26-28 September 1995), prepared by the Division for Sustainable Development for the fourth session of Commission on Sustainable Development, 18 April - 3 May 1996, New York.

<sup>10</sup> BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence e MALJEAN DUBOIS, Sandrine. **Principes du droit international de l'environnement**, Jurisclasseur Droit international, 20 set 2010, Cote: 01,2011, Fasc. 146-15.

dividida em intra-institucional e em interinstitucional<sup>11</sup>. A primeira refere-se àquela que se desenvolve no âmbito de uma organização individual, enquanto a o segundo tipo de integração objetiva na promoção de políticas coerentes e coordenadas tanto de maneira horizontal como vertical.

O projeto de Convenção sobre meio ambiente e desenvolvimento de 2004<sup>12</sup> proposto por organizações não governamentais estabelece que os Estados devem incorporar em suas estruturas e procedimentos uma completa integração das questões ambientais e de desenvolvimento em todos os processos decisórios. O objetivo da complexa integração em todas as ações institucionais é de reestruturar o processo decisório no âmbito das tomadas de decisão a fim de incorporar plenamente as considerações socioeconômicas e as questões do meio ambiente tendo como propósito um alto nível de participação pública. Assim, essa integração deve atravessar todas as políticas públicas ou privadas.

Nessa perspectiva, a Comissão de Desenvolvimento sustentável<sup>13</sup>, órgão subsidiário do Conselho econômico social e cultural da ONU, tem por função integrar os objetivos do desenvolvimento sustentável em todas as ações e programas das instituições das Nações Unidas. Por exemplo, o Programa das Nações Unidas para o meio ambiente (PNUMA) e o Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento (PNUD) têm o desenvolvimento sustentável como fundamento de suas linhas diretrizes de atuação.

O PNUMA tem um papel central no que se refere à integração dos objetivos do desenvolvimento sustentável nas práticas mundiais. Suas missões principais estão ligadas à avaliação das condições e tendências ambientais mundiais, regionais e nacionais; ao desenvolvimento de instrumentos para proteção do meio ambiente em todos os níveis; à facilitação da transferência de conhecimentos e de tecnologias para fomentar o desenvolvimento sustentável; ao encorajamento de diferentes parcerias dos atores sociais visando a participação de todos nas questões ambientais. Ademais, o programa da ONU atua como importante articulador junto com o PNUD e com o Banco Mundial na gestão do Fundo mundial para o meio ambiente.

O Banco Mundial, por sua vez, incorpora o princípio da integração por meio de seu quadro de diretrizes operacionais e políticas, que se preocupa com um conjunto de exigências ambientais e sociais que condiciona o finan-

---

<sup>11</sup> International Law Association. **Report of Toronto's Conference**, Committee on International Law and Sustainable Development, 2006, disponível em: <<http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1017>>.

<sup>12</sup> Commission on Environmental Law of IUCN (World Conservation Union) in cooperation with the International Council of Environmental Law (ICEL), *Draft International Covenant on Environment and Development* (Gland, Switzerland, World Conservation Union, 3rd ed. 2004).

<sup>13</sup> Resolução 47/191 adotada pela Assembleia geral da ONU em 22 de dezembro 1992.

ciamento de projetos. Essas diretrizes e procedimentos referem-se sobretudo aos estudos de impacto ambiental, aos habitats naturais, aos direitos dos povos autóctones, as desapropriações forçadas, a segurança ambiental, as florestas, os bens culturais.

Na mesma direção, no preâmbulo do acordo de Marrakesh, que institui a Organização Mundial do Comércio (OMC), há a menção expressa do objetivo do desenvolvimento sustentável e da necessidade de proteger e de preservar o meio ambiente. A organização define que os Estados-membros têm toda autonomia para determinar suas próprias políticas em matéria de meio ambiente, seus objetivos legislações ambientais, mas funciona como verdadeira guardiã dos conflitos que podem advir na relação entre o livre comércio e o meio ambiente.<sup>14</sup>

## 2.2. Princípio da integração como racionalidade jurídica: integração normativa e aplicação jurisdicional

A integração jurídica é diferente da integração institucional na medida em que compreende a integração de diferentes corpos normativos e a reformulação daqueles que já existem com o fulcro de valorizar os princípios do desenvolvimento sustentável. Além disso, a integração jurídica também se evidencia pelo acolhimento do princípio da integração quando invocado para a formação da racionalidade jurídica. Assim, enquanto a integração normativa centra-se na incorporação pelas normas das considerações do desenvolvimento sustentável, a integração como instrumento da racionalidade se concentra nas técnicas de integração no quadro do processo judiciário.

Dessa maneira, a integração normativa não é necessariamente uma tentativa de garantir uma fusão de todos os fatores pertinentes em um resultado singular, mas sobretudo de trabalhar com as diferenças, visando melhores conexões entre as normas. Em Relatório, a Comissão da ONU para o desenvolvimento sustentável<sup>15</sup> identifica que a inter-relação e a integração refletem a interdependência dos fatores sociais, econômicos, aspectos ambientais e direitos humanos, que definem o desenvolvimento sustentável, e poderão conduzir à elaboração de regras gerais de direito internacional em que esses campos originalmente separados conservem suas características específicas, mas submetidos a uma abordagem interconectada.

---

<sup>14</sup> International Law Association. **Report of Toronto's Conference**, Committee on International Law and Sustainable Development, 2006, disponível em: <<http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1017>>.

<sup>15</sup> Report of the Expert Group Meeting on Identification of Principles of International Law for Sustainable Development (Geneva, Switzerland 26-28 September 1995), prepared by the Division for Sustainable Development for the fourth session of Commission on Sustainable Development, 18 April - 3 May 1996, New York.

Quanto à racionalidade jurídica, normalmente os tribunais internacionais são chamados a resolver situações complexas cujos diversos argumentos jurídicos podem ser válidos e justificados a partir de sua sub-disciplina particular, por exemplo, a resposta a um problema a partir da perspectiva dos direitos humanos pode ser diferente da solução proposta do ponto de vista do direito econômico. O desafio imposto aos juízes é, nessa medida, encontrar a harmonização e a conciliação necessárias para a boa resolução do caso. Assim, as regras de interpretação contidas na Convenção de Viena<sup>16</sup> sobre o direito dos tratados de 1969 e as regras advindas do direito costumeiro são um ponto de partida aos problemas do desenvolvimento sustentável. A integração, como instrumento da racionalidade jurídica, poderá operacionalizar essa interdependência normativa a fim de garantir soluções reais de modo mais integrado.

Assim, em nível normativo a questão da integração passa pelos termos que determinam sua pertinência, sua aplicabilidade, e a hierarquia das regras aparentemente contraditórias, delimitando os pontos de convergência e de divergência entre as normas e estabelecendo os agrupamentos das regras advindas das diferentes disciplinas, do direito do comércio, do direito do meio ambiente e dos direitos humanos. Nessa medida, pode-se considerar três tipos de integração normativa: intra-tratados, intra-disciplina e interdisciplinar<sup>17</sup>.

A integração intra-tratados pode ser reconhecida, por exemplo, no Acordo de Marrakesh de 1994, que estabelece a OMC. Todavia, a integração no direito internacional dos tratados quanto às matérias do meio ambiente, do comércio e dos direitos humanos ainda resta uma tentativa, embora apresente um importante avanço em termos de vontade política da comunidade internacional de tornar-se em direção ao desenvolvimento sustentável. Um ponto questionável seria saber qual o efeito que a pressão pela integração poderia ter sobre a eficácia global de um tratado já existente, além disso, às vezes o conflito entre os objetivos de um tratado e os objetivos mais amplos do desenvolvimento sustentável mostra-se inevitável.<sup>18</sup> A integração intra-disciplina consistiria na reformulação de textos jurídicos existentes, como o direito à pesca ou o direito à água, normativas correspondentes ao direito à energia, às políticas agrícolas, que deveriam ser negociadas visando a realização da integração e finalmente do desenvolvimento sustentável.

---

<sup>16</sup> Cf. <[http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/traites/1\\_1\\_1969\\_francais.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/traites/1_1_1969_francais.pdf)>.

<sup>17</sup> International Law Association. **Report of Toronto's Conference**, Committee on International Law and Sustainable Development, 2006, disponível em: <<http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1017>>.

<sup>18</sup> International Law Association. **Report of Toronto's Conference**, Committee on International Law and Sustainable Development, 2006, disponível em: <<http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1017>>.

Uma segunda forma de integração normativa pode ser nomeada interdisciplinar, ou seja, entre diferentes ramos do direito. Seu principal objetivo seria então de desenvolver as relações entre os ramos conexos do direito de forma conjunta. Assim, as superposições e as conexões entre as regras relativas ao meio ambiente, aos direitos humanos, ao desenvolvimento, ao trabalho, às regras comerciais e financeiras etc, constituiriam o campo de análise desse tipo de integração normativa.<sup>19</sup> Diversos exemplos poderiam ser dados, e mesmo se o debate relativo ao comércio-meio ambiente parece mais evidente e comum, cumpre destacar as conexões acerca do desenvolvimento sustentável e dos direitos humanos. Para MCGoldrick<sup>20</sup>, a integração para o desenvolvimento sustentável se expressaria pelo acolhimento do direito internacional dos direitos humanos.

Dessa maneira, existem diversas tentativas, tanto de instrumentos normativos de *soft* quanto de *hard law*<sup>21</sup>, de afirmar as conexões entre essas questões. A comunidade internacional tem avançado na incorporação da normativa dos direitos humanos às diretrizes do desenvolvimento sustentável, assim como tem trazido para o debate o nexo de coerência entre questões que sempre foram consideradas distintas embora sua relação seja totalmente aparente. Contudo, o alargamento daquilo que seria tradicionalmente considerado como direitos humanos (de primeira e de segunda gerações), não é sem controvérsia no debate internacional.<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup> International Law Association. Report of Toronto's Conference, Committee on International Law and Sustainable Development, 2006, disponível em: <<http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1017>>, p. 16: As the arbitral tribunal noted in Arbitration regarding the Iron Rhine Railway (Belgium / The Netherlands) (2005): 'Environmental law and the law on development stand not as alternatives but as mutually reinforcing, integral concepts, which require that where development may cause significant harm to the environment there is a duty to prevent, or at least mitigate, such harm' (paragraph 59). This is an issue that continues to receive significant attention, not only in the vast literature on the topic, but also in political forums and judicial bodies. Particularly at the international level, how to bring together that which ought to be understood holistically, but has evolved, by and large, almost separately? Of course, this desire to amalgam separate areas of law is not necessarily specifically related to the objective of sustainable development, though much of the discussion has certainly focused around this issue.

<sup>20</sup> MCGOLDRICK Dominic. **Sustainable Development and Human Rights: An Integrated Conception**. In *Cambridge University Press, The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 45, No. 4 (Oct., 1996), p. 796-7.

<sup>21</sup> Cf. Draft Principles on Human Rights and the Environment (Final Report of the Special Rapporteur, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities) (UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1994/9, Annex I (1994)) and Commission on Human Rights (Resolution 2003/71) ('Human rights and the environment as part of sustainable development').

<sup>22</sup> Cf. International Law Association. **Report of Toronto's Conference**, Committee on International Law and Sustainable Development, 2006, disponível em: <<http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1017>>, NB 90, p. 16: 'I agree that there have been some recent developments in the human rights field that have been controversial...but this sentence, in this paragraph is misleading. It suggests that making links relating to sustainable development, or to environmental issues, are not within the traditional remit of human rights. This is not so - many of the elements of sustainable development (priority to the poor, public participation

Nesse ensejo, a integração normativa pode assistir, encorajar e mesmo determinar que os tribunais interpretem as normas de uma maneira mais holística, tendo aqui a integração um papel de instrumento da racionalidade jurídica. Nesse sentido, as cortes têm a capacidade de utilizar noções de integração de forma unilateral, incorporando a integração em seus processos de racionalidade. A jurisprudência internacional ainda é escassa no estabelecimento dessa relação, embora contenha diversos ensinamentos acerca da matéria. Assim, questões relativas ao estatuto e ao alcance do princípio da integração e do desenvolvimento sustentável estão no centro da análise de tribunais internacionais.

A Corte internacional de justiça referiu-se ao desenvolvimento sustentável e mais precisamente ao princípio da integração no caso das Papeleiras no rio Uruguai<sup>23</sup>. Em sua sentença de 2010, a Corte considerou que o caso coloca em evidência a importância de garantir a proteção, no plano do meio ambiente, dos recursos naturais compartilhados a fim de permitir um desenvolvimento econômico sustentável, pela utilização racional do rio, evocando explicitamente o princípio da integração; que é necessário ter a consciência que os Estados em questão dependem da qualidade das águas do rio visto que ele constitui fonte do desenvolvimento econômico; e que, nessa perspectiva, é imperativo garantir a proteção contínua do meio ambiente assim que do direito ao desenvolvimento econômico de ambos os Estados. Ela relembra então que cabe aos Estados encontrar um acordo comum, um lugar justo que tenha em conta os objetivos do tratado. Ela afirma que não existe uma fórmula pronta para a matéria e que é por meio da cooperação que os Estados definirão o desenvolvimento sustentável, sob medida, no caso em espécie.

Nessa perspectiva, verifica-se que o princípio da integração tem vocação para existir autonomamente para o direito internacional, mesmo se sua generalidade e sua abstração não confirmam ainda seu caráter normativo. Contudo, essa concretização, já realizada pelo juiz internacional, evidencia a integração como um instrumento à racionalidade jurídica, quando ele sopesa as questões ambientais confrontadas a outros interesses. Ademais, essa concretização pode advir do “legislador”, por exemplo, quando ele define os princípios de aplicação, como a utilização sustentável dos recursos.<sup>24</sup> Face às duas formas de integração jurídica, verifica-se que o princípio da integração

---

etc) are and always have been at the centre of what human rights are about’ (correspondence from Caroline Dommen). See also ‘many human rights advocates and academics who see human rights as natural and not positivistic, would disagree...that there exists any traditional remit’ (correspondence from Kevin Gray).

<sup>23</sup> Caso Papeleiras no rio Uruguai – Argentina vs. Uruguai Cf: <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=au&case=135&k=88&p3=0>>.

<sup>24</sup> BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence e MALJEAN DUBOIS, Sandrine. **Principes du droit international de l’environnement**, Jurisclasseur Droit international, 20 set 2010, Cote: 01,2011, Fasc. 146-15.

como cerne do desenvolvimento sustentável terá cada vez mais um papel essencial no plano internacional.

### 3. HIDROELÉTRICA DE BELO MONTE E PRINCÍPIO DA INTEGRAÇÃO

A usina hidroelétrica de Belo Monte que está sendo construída no estado do Pará a partir do aproveitamento do rio Xingu, é um projeto que foi concebido nos anos 1970, e obteve licença do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) para sua implantação em 2011. A usina hidrelétrica será a terceira maior do mundo e estima produzir 40% da eletricidade doméstica do país<sup>25</sup>, de acordo com os dados da empresa Norte Energia, responsável por sua implantação e exploração. Dessa maneira, a usina se justifica pelas necessidades provocadas pelo crescimento econômico e pelo aumento da qualidade de vida da população brasileira, além de apresentar-se como um empreendimento que levará o desenvolvimento à região do Pará, afetada pelas obras.

Diversos debates têm sido travados em torno da construção da usina; argumentos relativos à importância de obra de tal porte para o desenvolvimento do país contra os impactos socioambientais que ela engendraria estão na pauta da agenda pública brasileira. Atores de múltiplos setores mobilizam-se para defenderem a construção da usina ou lutam pelo abandono do projeto. Ademais, argumentos baseados no desrespeito às normas jurídicas têm gerado grande expectativa acerca do posicionamento do Poder Judiciário quanto à legalidade da construção de Belo Monte.

#### 3.1 Questões jurídicas em torno da construção da usina hidrelétrica de Belo Monte

Durante o ano de 2011 foram empreendidas diversas ações políticas e jurídicas relativas à construção de Belo Monte, gerando repercussões internacionais ao caso. Primeiramente, o IBAMA concedeu uma autorização definitiva para o início da instalação das obras, fator que culminou em vários protestos por parte da sociedade civil e também ações judiciais baseadas em argumentos de violação dos procedimentos ambientais e nos direitos dos povos indígenas da região. Um painel de especialistas, em diálogo com o estudo de impacto ambiental realizado, aponta em publicação de 2009<sup>26</sup> que a usina será ineficaz quanto aos seus objetivos, que os custos reais não são conhecidos e os estudos relativos aos impactos da obra incompletos, dentre

---

<sup>25</sup> Cf. <[http://www.blogbelomonte.com.br/wp-content/uploads/2011/12/Cartilha\\_portugues\\_.pdf](http://www.blogbelomonte.com.br/wp-content/uploads/2011/12/Cartilha_portugues_.pdf)>, p. 6

<sup>26</sup> Disponível em <[http://www.internationalrivers.org/files/attached-files/belo\\_monte\\_pareceres\\_ibama\\_online\\_3.pdf](http://www.internationalrivers.org/files/attached-files/belo_monte_pareceres_ibama_online_3.pdf)>.

diversas outras críticas atentando para a degradação ambiental e social que impactarão a região amazônica.

Nesse sentido, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos determinou uma medida cautelar<sup>27</sup> em benefício das populações indígenas afetadas pela construção da usina contra o governo brasileiro, chamando a atenção para que o país observasse os critérios de proteção da vida e da saúde das populações autóctones assim como a regularização e a demarcação de suas terras tradicionais, e obedecesse os procedimentos de participação e

---

<sup>27</sup> MC 382/10 - Comunidades Indígenas da Bacia do Rio Xingu, Pará, Brasil. "Em 1 de abril de 2011, a CIDH outorgou medidas cautelares a favor dos membros das comunidades indígenas da bacia do Rio Xingu, no Pará, Brasil: Arara da Volta Grande do Xingu; Juruna de Paquicamba; Juruna do "Kilômetro 17"; Xikrin de Trincheira Bacajá; Asurini de Koatinemo; Kararaô e Kayapó da terra indígena Kararaô; Parakanã de Apyterewa; Araweté do Igarapé Ipixuna; Arara da terra indígena Arara; Arara de Cachoeira Seca; e as comunidades indígenas em isolamento voluntário da bacia do Xingu. A solicitação de medida cautelar alega que a vida e integridade pessoal dos beneficiários estariam em risco pelo impacto da construção da usina hidrelétrica Belo Monte. A CIDH solicitou ao Governo Brasileiro que suspenda imediatamente o processo de licenciamento do projeto da UHE de Belo Monte e impeça a realização de qualquer obra material de execução até que sejam observadas as seguintes condições mínimas: (1) realizar processos de consulta, em cumprimento das obrigações internacionais do Brasil, no sentido de que a consulta seja prévia, livre, informativa, de boa fé, culturalmente adequada, e com o objetivo de chegar a um acordo, em relação a cada uma das comunidades indígenas afetadas, beneficiárias das presentes medidas cautelares; (2) garantir, previamente a realização dos citados processos de consulta, para que a consulta seja informativa, que as comunidades indígenas beneficiárias tenham acesso a um Estudo de Impacto Social e Ambiental do projeto, em um formato acessível, incluindo a tradução aos idiomas indígenas respectivos; (3) adotar medidas para proteger a vida e a integridade pessoal dos membros dos povos indígenas em isolamento voluntário da bacia do Xingú, e para prevenir a disseminação de doenças e epidemias entre as comunidades indígenas beneficiárias das medidas cautelares como consequência da construção da hidrelétrica Belo Monte, tanto daquelas doenças derivadas do aumento populacional massivo na zona, como da exacerbação dos vetores de transmissão aquática de doenças como a malária. Em 29 de julho de 2011, durante o 142o Período de Sessões, a CIDH avaliou a MC 382/10 com base na informação enviada pelo Estado e pelos peticionários, e modificou o objeto da medida, solicitando ao Estado que: 1) Adote medidas para proteger a vida, a saúde e integridade pessoal dos membros das comunidades indígenas em situação de isolamento voluntário da bacia do Xingu, e da integridade cultural de mencionadas comunidades, que incluam ações efetivas de implementação e execução das medidas jurídico-formais já existentes, assim como o desenho e implementação de medidas específicas de mitigação dos efeitos que terá a construção da represa Belo Monte sobre o território e a vida destas comunidades em isolamento; 2) Adote medidas para proteger a saúde dos membros das comunidades indígenas da bacia do Xingu afetadas pelo projeto Belo Monte, que incluam (a) a finalização e implementação aceleradas do Programa Integrado de Saúde Indígena para a região da UHE Belo Monte, e (b) o desenho e implementação efetivos dos planos e programas especificamente requeridos pela FUNAI no Parecer Técnico 21/09, recém enunciados; e 3) Garantissem a rápida finalização dos processos de regularização das terras ancestrais dos povos indígenas na bacia do Xingu que estão pendentes, e adote medidas efetivas para a proteção de mencionados territórios ancestrais ante apropriação ilegítima e ocupação por não-indígenas, e frente a exploração ou o deterioramento de seus recursos naturais. Adicionalmente, a CIDH decidiu que o debate entre as partes no que se refere a consulta prévia e ao consentimento informado em relação ao projeto Belo Monte se transformou em uma discussão sobre o mérito do assunto que transcende o âmbito do procedimento de medidas cautelares." Disponível em <<http://www.cidh.org/medidas/2011.port.htm>>.

consulta de maneira imparcial e rigorosa. O Estado brasileiro, como resposta a essa medida, suspendeu o pagamento da cota de 2012, retirou a candidatura de Paulo Vannuchi para a vice-presidência da Comissão, manifestando verdadeira retaliação às atividades da Comissão face a Belo Monte.

A partir desses elementos é possível identificar um real conflito de interesses econômicos, ambientais e sociais no tocante à construção da usina hidroelétrica. Nesse sentido, ao confrontar os procedimentos em torno do projeto e a Declaração do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento de 1992, pode-se verificar uma incongruência relativa às medidas adotadas pelo Estado brasileiro e sua conformidade com os princípios estabelecidos no documento internacional.

O estudo de impacto ambiental realizado, que pode ser considerado a tradução do princípio de precaução (princípio 15), foi denunciado por não obedecer critérios básicos, como a imparcialidade das empresas e a falta de transparência dos resultados. De acordo com French<sup>28</sup>, o estudo de impacto apresenta-se como um exemplo de aplicação jurídica prática do princípio da integração, visto que ele é um instrumento destinado a mapear os impactos ao meio ambiente que um projeto econômico pode causar. Contudo, as denúncias quanto à confiabilidade do estudo mostram que a boa governança ambiental não foi respeitada visto que as tomadas de decisão não foram transparentes e a consulta pública inadequada.

Além disso, o projeto de Belo Monte não contou com a participação satisfatória das comunidades indígenas afetadas, motivando decisão judicial de agosto de 2012 do Tribunal Regional Federal da 1ª. Região que determinou a paralisação das obras com fulcro no direito das populações de serem adequadamente consultadas, como determina a Constituição federal e a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)<sup>29</sup>. Tal decisão foi suspensa pelo Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>30</sup> em apreciação de liminar interposta pela Advocacia Geral da União (AGU). Longe de sanada, a questão ainda será objeto de análise pela Corte suprema, sobretudo no que se refere aos meios empreendidos para a realização de tal obra.

---

<sup>28</sup> Cf. International Law Association. **Report of Toronto's Conference**, Committee on International Law and Sustainable Development, 2006, disponível em: <<http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1017>>.

<sup>29</sup> Conferir detalhes do caso: <<http://www.socioambiental.org/nsa/detalhe?id=3644>>.

<sup>30</sup> Conferir notícias do STF: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=216344>>.

### 3.2 Considerações acerca do projeto de Belo Monte face ao princípio da integração

O princípio da integração se atualiza a partir de casos concretos, pois seu conceito em si é abstrato e o ponto de partida para a consideração dos três pilares do desenvolvimento sustentável deve ser a igualdade. Nesse sentido, o princípio seria confirmado em fatos da realidade para os quais ele é invocado. Ao submeter a usina hidroelétrica de Belo Monte a uma análise a partir do princípio da integração, observa-se que o conflito de interesses e a importância de ponderá-los e sopesá-los constituiria um importante passo rumo ao desenvolvimento sustentável e o Brasil ganharia em legitimidade internacional para ser portador de diretrizes relacionadas a este conceito emergente.

Ademais, o Brasil, reconhecido globalmente não somente por sua expressão política, mas também pelas complexas questões ambientais enfrentadas, possui uma missão primordial quanto ao amadurecimento do conceito e da implementação do desenvolvimento sustentável. Essa missão, para ser bem desempenhada, exige que as questões ambientais, econômicas e sociais sejam avaliadas de um ponto de vista global e interdependente, propulsionadas pelo princípio da integração e não exclusivamente a partir de uma prisma em detrimento de outro. A hidrelétrica de Belo Monte pode ser um importante aprendizado para o país como um caso de grande importância, realizado sob as bases de um desenvolvimento qualificado como sustentável.

Nessa perspectiva, “a deliberação que leva ao juízo é o resultado de um raciocínio dialético que requer a prudência”<sup>31</sup>. O princípio da integração como cerne do desenvolvimento sustentável deve ser resultado de uma série de argumentações, de qualificação do debate público, visando consequentemente uma melhor tomada de decisão. Seguramente a pressão do crescimento econômico pretendido pelo Brasil atualmente faz o país perder a oportunidade de compor com todos os atores sociais em vista de promover sim um maior desenvolvimento mas com respaldo nas verdadeiras bases da sustentabilidade.

## 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da integração requer a mobilização de todos os intervenientes em todos os níveis, e tem a complexidade como característica principal. Não é por acaso que o desenvolvimento sustentável não pode ser somente alcançado por meio da integração, mas a integração incorpora a essência do desenvolvimento sustentável. Portanto, é pela integração dos aspectos

---

<sup>31</sup> LAFER Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo, Companhia das Letras, 2001, p. 276.

econômicos, ambientais e sociais que o conteúdo do desenvolvimento sustentável é determinado. A questão de como esses três pilares são e serão integrados, mesmo conceitualmente, está na ordem do dia e ainda precisa evoluir em face de conflitos aparentemente irreconciliáveis de interesse.

Como o princípio é uma proposição normativa em abstrato e, por conseguinte, bastante vaga, não dispõe de uma definição mais precisa das condições de aplicação e de seus efeitos jurídicos. Princípios são normas que estabelecem uma meta, sem especificar os meios. Eles não são criados pelo legislador, contrariamente às regras, visto que têm uma relação mais direta com os valores, com a justiça, com a ideia de direito. O princípio é a causa e a base racional das regras e das tomadas de decisão. O desafio, então, imposto pelo princípio da integração, é reconhecer a complexidade do sistema cujos interesses fazem parte e tentar encontrar respostas coordenadas – a integração deve ser no sentido da sinergia de disciplinas e de instituições visando compor interesses que são capazes de construir um comum.

O Brasil, por meio de suas instituições, tribunais e demais atores sociais, tem a capacidade de determinar os paradigmas para um desenvolvimento sustentável à altura dos princípios estabelecidos pela comunidade internacional. Se, no caso Belo Monte, houver a compreensão de que pela dialética e pela composição é possível avançar em direção a respostas mais adequadas e convenientes a todos, por meio de uma lógica inclusiva e de alteridade, o Brasil certamente avançará em direção à implementação do princípio da integração e terá uma voz legítima na cena internacional. Todavia, se continuar a valorizar um modelo de desenvolvimento em que o pilar econômico impera em detrimento dos outros, perderá a chance de se afirmar como uma potência-modelo, mas sobretudo perderá suas maiores riquezas, constituídas pela natureza e pela diversidade cultural.

## REFERÊNCIAS

BIRNIE Patricia, BOYLE Alan, REDGWELL Catherine. **International Law and the Environment**, Oxford, Clarendon Press, 2009.

BOISSON de CHAZOURNES, Laurence e MALJEAN DUBOIS, Sandrine. **Principes du droit international de l'environnement**, Jurisclasseur Droit international, 20 set 2010, Cote: 01,2011, Fasc. 146-15.

FRENCH Duncan. **International Law and Policy of Sustainable Development**, Manchester, Manchester University Press, Melland Schill Studies in International Law, 2005.

International Law Association. **Report of Toronto's Conference**, Committee on International Law and Sustainable Development, 2006, disponível em: <<http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1017>>.

KISS Alexandre Charles e BEURIER Jean Pierre. **Droit international de l'environnement**, Paris, Pedone, 2004.

LAFER Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo, Companhia das Letras, 2001.

LANFRANCHI Marie-Pierre. **Développement durable et droit international public**, JurisClasseur Droit international, 30 mai 2011, Cote 05, 2011, Fasc. 146-20.

MCGOLDRICK Dominic. **Sustainable Development and Human Rights: An Integrated Conception**. In *Cambridge University Press, The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 45, No. 4 (Oct., 1996), p. 796-7.

SANDS Philip. **Principles of international environmental law**, Cambridge University press, Cambridge, 2nd ed., 2007.

TREBULLE François Guy. **Droit du développement durable**, JurisClasseur Environnement et développement durable, 1<sup>er</sup> jul 2010, Cote: 05, 2010, Fasc. 2400.





# A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO PROPOSTA DE SUPERAÇÃO DOS CONFLITOS ORIUNDOS DO DIREITO PENAL AMBIENTAL SIMBÓLICO E DO RISCO

*Carla Pinheiro\**

## **Resumo**

A crise ecológica e o surgimento do Direito Penal Ambiental (simbólico e do risco) deu ensejo à chamada crise do Direito Penal clássico. A concepção isolada do Direito Penal liberal – direito de primeira dimensão – não confere solução adequada aos casos concretos envolvendo a tutela do meio ambiente, direito difuso por excelência – direito de terceira dimensão. O elo entre as dimensões de direitos, que funcionaria como instrumento apto à solução das complexas demandas ambientais, dar-se-ia por meio da aplicação do Princípio da Proporcionalidade. Este “Princípio dos Princípios” funcionaria como um mediador dos conflitos entre os Direitos Fundamentais, atualizando-os na medida do necessário acolhimento aos novos sentidos atribuídos aos bens socialmente relevantes hoje, como o meio ambiente.

## **Palavras-chave**

Direito penal clássico. Direito penal ambiental. Princípio da proporcionalidade.

## **Abstract**

The ecological crisis and the appear of the penal environmental law (symbolic and involving risk) unleashed the crisis of the classical penal law. The conception of the liberal penal law – rights of first dimension – doesn't support the appropriate solution to hard cases about the environmental legal protection, diffuse rights – rights of third dimension. The link between the dimensions of rights works like an instrument for a solution about the complexes hard cases involving the environment application of the Proportionality Principle. This “Principle of Principles” would work like mediator of conflicts between fundamental rights, bringing them up to date in the necessary measurement of the new sense of the important social assets in the present time, like the environment.

## **Keywords**

Classical penal law. Penal environmental law. Principle of proportionality.

---

\* Doutora em Direito (PUC-SP), Psicóloga (PUC-SP) e Professora Pesquisadora do Núcleo de Pós-graduação em Direito da Universidade Tiradentes (UNIT).

## 1. INTRODUÇÃO

Os alicerces do suntuoso palácio do Direito Penal clássico encontram-se em vias de ruína diante da força de um Sansão que quer atualizar e fazer sobreviver o corpo jurídico que habita com respostas adequadas e coerentes às demandas ambientais que surgem na atualidade. E isso, sobrevivendo aos ataques das possíveis soluções de reconstrução das futuras ruínas, com base nas propostas de uma Dalila já pós-moderna mas, mesmo assim, minguante em sua argumentação de apelo a um simbólico consolidado e inadequado, assim como ao medo institucionalizado do perigo de dano.

No que diz respeito às turbulências causadas pela chamada “crise ecológica”, que deu ensejo à também crise do Direito Penal clássico com o surgimento do Direito Penal Ambiental, François OST (1995) nos lembra que a desflorestação e destruição sistemática das espécies animais é, sem dúvida, um importante sintoma da referida crise. No entanto, a crise maior que se impõe é aquela relativa à representação humana da natureza, da nossa relação com ela, que gera desdobramentos, por sua vez, também no âmbito jurídico. É do elo entre as duas crises e sua repercussão, na atualidade do universo jurídico-ambiental, que devemos cuidar, no presente estudo. A crise ambiental se configura, simultaneamente, uma crise do “vínculo” e uma crise do “limite”: uma crise de paradigma. Crise do vínculo porque já não conseguimos discernir o que nos liga ao animal não humano, ao que tem vida, à natureza e uma crise do limite porque já não conseguimos discernir o que deles nos distingue. No entanto, uma ruptura radical com o Direito Penal Clássico, assim como pactuar com os “remendos” propostos por um Direito Penal Ambiental amarrado aos clássicos alicerces do Direito Penal, representaria um excesso de presente em relação ao passado que seria, ao mesmo tempo, indiferente ao futuro (SOUZA SANTOS, 2005). Como bem enfatiza Boaventura de SOUZA SANTOS, é preciso evitar o desperdício da experiência, fruto de uma “razão indolente” (2011).

Seria necessário, pois, recorrer à construção do sentido da norma ambiental, assim como a mecanismos jurídicos que reflitam esse sentido construído e que viabilizem uma efetiva tutela jurídica do meio ambiente. Assim sendo, sugere-se como instrumento adequado - ou como espelho jurídico do sentido da norma - tendente a estabelecer um elo entre passado, presente e futuro, evitando-se, assim, o desperdício do qual nos fala o Autor português: a aplicação do Princípio da Proporcionalidade como instrumento para a solução dos conflitos ambientais complexos da atualidade (GUERRA FILHO, 2012). O referido princípio já é nosso conhecido, constituindo mesmo um dos alicerces do Estado de Direito. Sua utilização para o fim e na forma proposta no presente trabalho, porém, é nova. O recurso ao Princípio da Proporcionalidade comportaria a negociação entre valores já existentes no ordenamento jurídico pátrio, na forma de normas jurídicas, e novos valores, que surgem a

cada dia, frutos do imaginário da sociedade atual e que necessitam ser simbolizados por meio de novas normas que, por sua vez atualizem os referidos símbolos na *praxis* jurídica. Essa atualização deve ser feita caso a caso, ou seja, não pode ser “seguramente prevista de antemão”, por meio de instrumentos jurídicos eivados de uma pseudo-segurança: A resposta aos conflitos entre o Direito Penal Clássico e o Direito Penal Ambiental do Risco não se daria imediatamente por uma resposta normativa “pronta”, por meio do apelo à segurança jurídica (HASSEMER, 2008), seja ela qual for – Direito Penal Administrativo ou Direito Penal Reparador – como quer parte da doutrina penalista (DA COSTA, 2010). Como nos ensina o paradigma imunitário (ou auto-imunitário): é impossível uma imunização ampla e prévia dos males complexos que nos assolam (ESPOSITO, 2012) “novos a cada amanhecer”. Parafraseando Luís de GUSMÃO (2012), temos que é importante nos livrarmos do “fetichismo do conceito normativo fechado” e nos lançar em novas descobertas que nos façam sentido, também no universo jurídico. Cabe aqui, ainda, nos aproveitar da lúcida reflexão de Carlos Walter PORTO GONÇALVES (2010), para construirmos a noção de que o que se vivencia nos conflitos jurídicos é simultâneo e o que se escreve, ou o que diz a norma-regra é antecipado. Por definição, a relação entre o conhecimento e a escrita é sempre tensa. Por mais sofisticada que seja a dialética que utilizemos, nunca damos conta da complexidade do real.

Diante dos conflitos acima apresentados e como ponto de partida do presente estudo cuidaremos, resumidamente, dos alicerces que sustentam o Direito Penal clássico e que se encontram inseridos, especialmente, na nossa Constituição vigente, assim como nas normas penais infraconstitucionais estabelecendo um elo entre eles e o surgimento do Direito Penal Ambiental.

Em seguida, abordaremos o chamado Direito Penal Simbólico, mais especificamente no que tange à sua dimensão ambiental, objeto principal de nosso estudo, e do Direito Penal Ambiental do Risco, apontando algumas discussões e propostas de solução dos conflitos que se instalam com o surgimento desse novo ramo do Direito Penal, pela voz da doutrina penalista.

Por fim, apontaremos a aplicação do Princípio da Proporcionalidade, como princípio instrumental e resposta viável à superação dos conflitos jurídicos gerados pelo Direito Penal Ambiental Simbólico e do Risco. A nossa proposta é no sentido de uma abordagem jurídica que priorize a criação de novos símbolos que confirmem, por sua vez, sentido e com ele eficácia à solução de conflitos jurídico-ambientais, apelando-se aos símbolos emergentes, em vez de recorrer-se a um simbolismo sedimentado e insuficiente para a solução dos conflitos ambientais que se nos afiguram na atualidade.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Em palestra proferida pelo professor Francesco RUBINO, na Universidade Tiradentes, em 1/6/2012, foi abordada a necessidade da emergência do imaginário e a construção de novos símbo-

## 2. UM RÁPIDO PASSEIO PELOS ALICERCES CONSTITUCIONAIS DO DIREITO PENAL CLÁSSICO E O VIÉS DO DIREITO PENAL AMBIENTAL

O Direito Penal é tido como o ramo do direito conservador por excelência, no sentido de que o princípio da legalidade estrita rege sua aplicabilidade. Isso se dá pela importância do bem maior que sempre tutelou prioritariamente: a liberdade. Ocorre que a referida concepção do Direito Penal vem atravessando importantes turbulências na atualidade: de ramo do direito de enquadramento formal específico ele está se convertendo em um instrumento aberto às novas necessidades do mundo jurídico atual, especialmente no que diz respeito às demandas ambientais.

O artigo 5º da Constituição de 1988 estabelece, em vários incisos, o amplo rol de proteções de índole penal, conferida ao indivíduo e à coletividade. O Código Penal e a doutrina penalista, por sua vez, nos apontam normas específicas e suas interpretações em consonância com os referidos princípios. Ocorre que, a rigor, a proteção penal constitucional contemplada, especialmente no rol dos Direitos Fundamentais, estabelece uma proteção penal que, na visão da maioria dos doutrinadores penalistas, destoa drasticamente da proteção jurídica conferida pelo novo Direito Penal Ambiental (DA CRUZ, 2008). Aparece aí, então, “[...] bastante evidente o descompasso entre as estruturas do Direito Penal e as características das lesões ambientais (DA COSTA, 2010, p.154). De acordo com parte da doutrina penalista (DA COSTA, 2010, p.152), a própria Constituição conteria normas incompatíveis entre si – normas constitucionais inconstitucionais? (BACHOF, 2009) - e que os princípios fundamentais de um Direito Penal adequado ao Estado Democrático de Direito seriam violados, atingindo-se nuclearmente a esfera de liberdade individual ali protegida. Isso ocorreria na medida em que a Constituição estabelece, por exemplo, o princípio da individualização da pena – art.5º, inciso XLV –, segundo o qual “nenhuma pena passará da pessoa do condenado” e, no art. 225, parágrafo 3º, estabelece a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais. Também outros princípios constitucionais do Direito Penal, como os princípios da anterioridade da lei penal e da irretroatividade *in pejus* - inciso XXXIX, do art.5º -, o qual determina que não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, e no inciso XL do mesmo artigo, onde se estabelece que a lei penal não retroagirá para prejudicar o réu – não se coadunam com a perspectiva da ampla proteção ao meio ambiente estabelecida no *caput* e incisos do art. 225 e consagrada na chamada lei dos crimes ambientais, Lei 9.605/98, assim como na lei de biossegurança, Lei 11.105/2005. Isso porque as referidas leis estabelecem “tipos penais em branco” e “tipos penais abertos”, além dos

---

los, diante da existência e persistência de tantos símbolos, já ultrapassados e inadequados ao sentido dos “sonhos” da sociedade atual.

crimes de perigo abstrato (PASSOS DE FREITAS, 2000; MARCÃO, 2011; FIORILLO e CONTE, 2012). Também o inciso XLVII do art.5º da Constituição de 1988 insere outras limitações à punibilidade que se chocariam com a perspectiva constitucional de proteção ao meio ambiente, como o princípio da insignificância ou bagatela, o princípio da intervenção mínima, da alteridade e ofensividade, além da limitação das penas e do princípio da proporcionalidade. No presente contexto, é importante esclarecer que o Princípio da Proporcionalidade, utilizado no viés do Direito Penal - assim como no sentido atribuído pelo Direito Administrativo - teria como denominação mais adequada "Princípio da Razoabilidade". Como bem assevera GUERRA FILHO (2010) o Princípio da Proporcionalidade é um princípio instrumental, ou seja, pressupõe a existência de um conflito de normas, enquanto o Princípio da Razoabilidade é um princípio-norma: a pena atribuída ao réu deve ser razoável, ou seja, deve ser dada na medida da gravidade do delito.

Ocorre que, para parte da doutrina penalista, enquanto os princípios constitucionais citados querem restringir a punibilidade, as normas de proteção ao meio ambiente querem ampliá-la, o que gera um conflito intransponível (DA COSTA, 2010). Pensamos, no entanto, que a referida intransponibilidade é apenas aparente. E essa aparência se dissolve se pensarmos na já clássica divisão das "dimensões", e não das "gerações" de Direitos Fundamentais (BONAVIDES, 2012). Isso porque aquela concepção - a das dimensões - comporta uma (sobre)vivência dos direitos que se dá concomitantemente, enquanto que esta - das gerações - apela para a exclusão dos Direitos Fundamentais das primeiras gerações, ante o surgimento daqueles das gerações posteriores. Ora, se os Direitos de primeira dimensão - individuais - e os de terceira dimensão - ao meio ambiente - sobrevivem concomitantemente na Constituição não há que se falar em lesão aos Direitos Fundamentais. Especialmente quando se tem que a abordagem do conflito de normas constitucionais deve se dar sempre frente ao caso concreto e não de forma abstrata. E nessa "abstração" - desvinculação da intermitência do Direito Fundamental específico do caso concreto - que se fundaria a incompatibilidade entre as normas de Direito Constitucional - de proteção ao indivíduo e à coletividade em que se encontra inserido também o indivíduo, ou seja, ao meio ambiente. A incompatibilidade se dissolve quando, frente a um caso concreto específico, por mais complexo que ele se nos apresente, recorre-se ao Princípio instrumental da Proporcionalidade.

No que diz respeito ao Princípio da Proporcionalidade, mais especificamente ao conceito de proporcionalidade, na concepção do Direito Penal - a pena deve ser proporcional à gravidade do dano causado -, temos que parte da doutrina pátria (GUERRA FILHO, 2003) atribui ao referido conceito a denominação de "Princípio da Razoabilidade", para diferenciá-lo do Princípio da Proporcionalidade, na concepção que defendemos no presente estudo, ou seja, na dimensão de um princípio instrumental apto a solucionar

conflitos aparentemente indissolúveis, como aquele apontado pela doutrina penalista, relativamente às chamadas “normas constitucionais inconstitucionais”. Conforme veremos no capítulo III do presente estudo, o Princípio da Proporcionalidade aparece como instrumento adequado a interceder na solução dos aparentes dilemas propostos pelo Direito Penal clássico e que atingiriam o seu novo ramo: o Direito Penal Ambiental.

### 3. NASCIMENTO E MORTE DE UM NOVO DIREITO PENAL? O DIREITO PENAL AMBIENTAL (SIMBÓLICO E DO RISCO)

O professor Marcelo NEVES (2011), em sua obra “Constitucionalização Simbólica” aborda os conceitos de “símbolo” e de “simbólico” relacionados às normas constitucionais, no sentido de uma construção normativa que objetivava obter efeitos meramente ilusórios, ou seja, implantar na sociedade a ilusão de uma real proteção: as normas formalmente estabelecidas na Constituição apontam direitos que confeririam ao indivíduo uma vida plenamente digna, o que não encontra correspondência na realidade fática, ou na dimensão da possibilidade de eficácia da mesma norma constitucional. Introduziu, assim, importantes elementos para a reflexão acerca, não somente dos reais objetivos dos dispositivos constitucionais brasileiros, mas também da normativa infraconstitucional – que a ela deve observância e continuidade na implementação dos direitos ali estabelecidos. A Constituição estabeleceria, assim, direitos que se apresentam “excessivamente favoráveis” ao seu destinatário, da perspectiva formal, assim como excessivamente desfavoráveis ou inócuos aos mesmos, da perspectiva material ou de sua concretização (MÜLLER, 1994).

O mesmo raciocínio apontado pelo referido Autor acerca da função “meramente” simbólica da norma constitucional pode ser estendido para o Direito Penal e Direito Penal Ambiental – o “tigre de papel” (WOLF PAUL, 1995, p.111-122) -, como o fizeram alguns doutrinadores penalistas (HASSEMER, 2008; DA COSTA, 2010), no sentido de apontar a insuficiência ou mesmo impossibilidade de sobrevivência do Direito Penal clássico no que diz respeito à tutela adequada e efetiva do meio ambiente.

Para os doutrinadores penalistas que apontam a proteção penal do meio ambiente como ameaça aos preceitos fundamentais do Direito Penal clássico, o motivo da referida ameaça seria o fato de parte das clássicas garantias penais se orientarem por um paradigma que toma por base a ideia de indivíduo, de bens jurídicos individuais – direitos de Primeira Dimensão -, enquanto que as necessidades jurídicas atuais nos apontam para a necessidade de proteção da chamada “macrocriminalidade” – direitos de Terceira Dimensão. Esta nova modalidade de criminalidade envolve o bem difuso por excelência, ou seja, o meio ambiente. No entanto, pensamos que, se as três dimensões de direitos devem conviver harmonicamente da perspectiva abs-

trata, sendo levadas em consideração de *per se* apenas quando se nos apresenta um caso concreto – com a intervenção do Princípio da Proporcionalidade – temos que, na verdade, a proteção ao meio ambiente não ameaça o Direito Penal, seja da perspectiva abstrata ou perspectiva concreta. O equívoco repousa, portanto, em aprisionar a proteção penal à dimensão dos Direitos Individuais, quando a Constituição de 1988, clara e expressamente, aponta para a proteção – no mínimo tríplice, envolvendo três dimensões – de Direitos Fundamentais.

Assim sendo, temos que o Direito Penal moralizador, fruto da filosofia política do Iluminismo, foi substituído pela abordagem de um Direito Penal inspirado nas modernas teorias sociológicas orientadas segundo um modelo globalizante, que tem se refletido na perspectiva do risco, o "Direito Penal do risco" (*Risikostrafrecht*). Ressalte-se aqui que o que os doutrinadores penalistas denominam "risco" – possibilidade de danos imprevisíveis – trata-se, na verdade, do conceito de "perigo" – possibilidade de danos previsíveis. As discussões doutrinárias acerca do Direito Penal giram em torno da necessidade de assentamento dos novos paradigmas, da "superação" da razão técnico-instrumental associada à emergência da "sociedade do risco" (*Risikogesellschaft*). A referida *Risikogesellschaft* encontra seus fundamentos na sociologia, mais precisamente, nos trabalhos de Ulrich BECK (1986) e Niklas LUHMANN (1986). Ocorre que os aspectos essenciais decorrentes da chamada sociedade do risco suscitam ao Direito Penal problemas novos e (ditos) incontornáveis, sob a perspectiva de sua clássica abordagem (individualista), como ocorre nas questões envolvendo as demandas ambientais. Assim temos que, se para a sociedade industrial, era suficiente a tutela penal dispensada aos bens jurídicos clássicos como a vida, a saúde, a propriedade, o patrimônio, ou seja, aos bens jurídicos individuais, ao ser sucedida pela sociedade globalizada, tecnologicada e massificada, as demandas se tornaram mais complexas e de difícil solução, com a produção de riscos que vão além da esfera individual ou mesmo coletiva, abrangendo a esfera difusa. Na esfera difusa - ao lado da esfera privada e pública -, o meio ambiente se insere no discurso dos Direitos de Terceira Dimensão, voltados também para a proteção penal do meio ambiente ecologicamente equilibrado (art.225, parág.3º da Constituição de 1988).

Conforme já apontamos acima, relativamente ao Direito Penal Simbólico, é importante ressaltar que o chamado Direito Penal do Risco abandona os últimos resquícios do Direito Penal clássico, no que diz respeito ao seu caráter fragmentário, como *ultima ratio*, e se converte no que se pode chamar de *sola ratio*. Ocorre, então, uma espécie de revolução ou ruptura de paradigma do Direito Penal clássico. Se a sanção penal, até o advento do Direito Penal Ambiental, era tida como o último recurso da sociedade a ser utilizado, no sentido de restaurar sua dignidade e harmonia, hoje temos que, para que se alcance essa mesma paz e harmonia (ambiental) é necessário que o recurso

ao Direito Penal ocorra “desde o início”, ou mesmo “antes do início”, se pensarmos que o que é importante, ou mesmo imprescindível para a efetiva promoção do meio ambiente é a precaução e a prevenção – que se traduzem na abordagem penalista atual pelos tipos penais abertos, em branco e pela chamada tutela em abstrato. É nesse patamar que HASSEMER (1992) ratifica o fato de que o estado atual do Direito Penal comporta os chamados “crimes de perigo abstrato”, os quais exigem somente a prova de uma conduta perigosa, renunciando, dessa forma, aos pressupostos clássicos de punição. Esse novo Direito Penal reduz as possibilidades de defesa por um lado e cria novos tipos penais possibilitando, inclusive, o agravamento das penas. HASSEMER (1992) analisa o surgimento do Direito Penal Ambiental e suas vicissitudes, tomando como ponto referencial a ideia de segurança, como um “contra-conceito” ao risco – que, na verdade, deveria ser chamado de perigo, pela amplitude da proteção que o tipo penal de “perigo” abstrato, as normas penais em branco e abertas abrangem, pelo menos no Direito Penal brasileiro. Estabelece, assim, o “paradigma da *segurança*”, fundamentando as modificações necessárias à implementação do chamado Direito Penal do Risco. Assim sendo, temos que a evolução do “discurso social do risco” levou ao movimento jurídico-penal e político-criminal no sentido de criar uma legislação que incluísse o risco no espaço seguro do direito – por mais contraditória que se nos apresente a própria contraposição dos dois termos ou da bipolaridade “risco- segurança”.

Se pensarmos que o Direito Ambiental prioriza a precaução – o risco, que é imprevisível – mais que a prevenção – o perigo, que é previsível -, temos que mesmo as normas ou tipos penais de perigo abstrato, aberto e em branco presentes na Lei dos Crimes Ambientais e na Lei de Biosegurança já se encontram obsoletas, sob a ótica da precaução.

A lei de Biossegurança regulamenta, entre outros, a pesquisa de células-tronco de embriões para a produção de tecidos que podem ser usados no tratamento de doenças, além da pesquisa, produção e comercialização de produtos transgênicos, ou Organismos Geneticamente Modificados – OGMs. A crescente preocupação com a regulação dos conflitos decorrentes do uso da biotecnologia tem conduzido a questionamentos que invocam o direito como recurso capaz de dar efetividade às diretrizes traçadas pela Bioética. A nova Lei de Biossegurança tem como objetivo principal a tutela da vida e da saúde, humana, animal ou vegetal, buscando a proteção do meio ambiente enquanto biodiversidade, visto que se consubstancia como meio essencial à manutenção da vida. É inegável que a referida lei significa um verdadeiro microsistema no bojo do Direito Ambiental Brasileiro, objetivando reger todas as questões relativas à engenharia genética. Em face do desenvolvimento tecnológico na área de biotecnologia, o legislador brasileiro ordinário entendeu por bem, tutelar penalmente algumas condutas, engendrando os tipos penais postos na Lei de Biossegurança nos artigos 24 a 29 da lei. No que

diz respeito ao nosso tema, temos que a intervenção da Lei de Biossegurança evidencia e confirma - assim como ocorre na Lei dos Crimes Ambientais - a mudança de paradigma, no sentido da mutação na concepção dos alicerces do Direito Penal clássico.

A doutrina penalista, no entanto, partindo de uma ótica eminentemente individualista - primeira dimensão de Direitos Fundamentais - aponta para a mitigação do princípio da intervenção mínima, com a criminalização de condutas de perigo abstrato e a chamada proteção de bens jurídicos "destituídos de substancialidade" - tipos penais abertos e em branco - como sendo problemas intransponíveis da perspectiva do Direito Penal. Ainda na seara das queixas dos penalistas, aparece a mitigação do Direito Penal clássico, consubstanciada na Lei dos Crimes Ambientais. Para eles, a normativa consubstanciada na referida lei vai de encontro aos princípios da Lesividade ou Ofensividade, *nullum crimen sine iniuria*, os quais exigem que toda atividade repressiva do Estado esteja fundamentada e suportada sob a finalidade de proteção de "bens jurídicos específicos", ou seja, absolutamente delimitados, o que foge ao próprio conceito de bem ambiental, como bem de natureza difusa tendo, portanto, por objeto um bem de dimensões não mensuráveis. Além da exigência da doutrina penalista, no sentido de que a "atividade estatal" - atos das funções executiva, legislativa e judiciária - devam estar em consonância com os demais princípios constitucionais penais, sempre na perspectiva dos direitos e garantias individualmente dimensionados.

No entanto, no que diz respeito a uma efetiva proteção ao meio ambiente, no sentido de "protege-lo" e "preservá-lo para as presentes e futuras gerações - como quer a nossa Constituição Federal - *caput* do art. 225 -, o que envolve necessariamente a noção de prevenção e precaução, concordamos com a posição de Alessandro BARATA (1993): a intervenção penal na esfera ambiental geraria uma proteção menor e não maior. A intervenção penal neste âmbito, por ser substancial ou formalmente acessória às normas ou decisões administrativas - e isso fica claro quando se vislumbra temas como o Licenciamento Ambiental, o Estudo do Impacto Ambiental (EIA), institutos típicos do que se pode chamar de Direito Administrativo Ambiental. Pressupor-se-ia, portanto, que as formas de comportamento lesivas ao meio ambiente devam ser ilícitas de um ponto de vista administrativo para que possam ser objeto de sanção penal. O que ocorre, na verdade, é que a maioria das lesões ambientais não se deixa reconduzir como ilícito administrativo, mas sim como comportamentos lícitos - como ocorre quando o meio ambiente é lesado mesmo que o autor do dano seja portador de uma licença ambiental administrativamente válida. Assim sendo, a intervenção penal dá origem a uma política de controle cujo objeto não são as situações realmente problemáticas e, por conseguinte, contribui muito mais para a diminuição do que para o aumento da proteção. Ratificando esse entendimento, Helena Regina Lobo DA COSTA (2010, p. 160) assevera que mesmo a sanção administrativa

deve ser tida como uma forma de intervenção subsidiária. Especialmente no que diz respeito à proteção ambiental, seria necessário privilegiar e conferir legitimidade às formas preventivas, tais como a implementação de técnicas menos poluentes nas indústrias e o desenvolvimento de políticas públicas ambientais, dentre outras.

Acerca do desenvolvimento da política criminal em adequação às novas dimensões de Direitos Fundamentais, ou seja, ao chama direito na sociedade do risco, afirma HASSEMER (2008, p. 227): o direito penal deixa sua modesta casinha de paz liberal, onde se contentava com o asseguramento do “mínimo ético”, para se converter num poderoso instrumento do domínio das grandes perturbações, sociais ou estatais. No entanto, o Direito Penal não seria o principal remédio, no combate, ou melhor, na proteção do meio ambiente, mesmo que, de instrumento de repressão pontual a ofensas concretas a bens jurídicos, ele tenha se convertido em instrumento de prevenção abrangente de situações problemáticas complexas.

Para BOTTINI (2007, p. 86), as novas características dos riscos contemporâneos facilitam a propagação do discurso pela extensão do direito penal. Não se deve esquecer, no entanto, que o risco é, essencialmente, um fenômeno de procedência humana: os riscos modernos são gerados pelas novas tecnologias criadas pelo homem. E, como bem afirma Boaventura de Souza e SANTOS (2005, p. 24) “[...] as ações da ciência são mais científicas que as consequências que delas decorrem”, daí a necessidade de se estabelecer normas que nos protejam da imprecisão dos resultados científicos e suas consequências danosas ao meio ambiente. A racionalidade instrumental calculista não poderia ter ido tão longe, como bem afirma Carlos Walter Porto GONÇALVES (2011, p. 384): “[...] não será mais possível uma ciência sem consciência, nem dissociar fatos de valores.” É essa necessária vinculação dos valores difusos ambientais aos “fatos” ou casos concretos que a doutrina ambientalista quer defender (MILARÉ, 2011; MACHADO, 2011; LEITE, 2008)

Assim sendo, o antropocentrismo do risco sugere que ele mesmo pode ser limitado pela inibição de comportamentos humanos, suggestionados por normas de conduta e destinatários das disposições jurídicas. Assim, a contenção de atividades arriscadas pode ser levada a cabo pelo direito, mas antes de tudo pela ética, pela educação ambiental e, especialmente, pela consciência do sentido e importância da preservação do meio ambiente. O direito, nessa seara, se destaca como importante instrumento de gerenciamento do desenvolvimento de atividades perigosas e de risco.

Acerca da legitimidade e constitucionalidade dos tipos penais de perigo abstrato defende BOTTINI (2007) que o respeito ao “princípio da lesividade” não implica a rejeição, de plano, dos “delitos de perigo abstrato”. A lesividade não diria respeito, segundo o autor, apenas aos comportamentos que danificam bens jurídicos, mas abarca, também, a ameaça real ou potencial

dos objetos de tutela, que revela condutas penalmente relevantes. Importante ressaltar, nesse sentido, que o abalo social que legitima a repressão (e o apelo preventivo, no caso do meio ambiente) é revelado inicialmente pela conduta (ou mesmo pelo desvio da conduta vedada), e não pelo resultado material *ex post*. A consolidação de um Direito Penal que proteja, de maneira racional e funcional, os bens jurídicos diante dos novos riscos exige, em alguns momentos, a antecipação da tutela. O que se faz necessário, no entanto, segundo o referido Autor, é a configuração de “limites precisos” para a atuação repressiva estatal, e isso somente seria possível com uma metodologia funcional que pautе o sistema penal pelas premissas básicas do modelo de Estado vigente. Concordamos com BOTTINI quando fala acerca da metodologia funcional que pautе o sistema penal pelas premissas básicas do modelo de Estado vigente, apenas acrescentando que o modelo de Estado vigente é aquele que deve comportar os Direitos Fundamentais das três dimensões de direitos. Os limites de atuação do Estado devem ser compreendidos, portanto, no âmbito das três dimensões citadas, mesmo que dentre elas – dimensão dos Direitos Difusos – sejam protegidos direitos que, pela sua própria natureza tenham limites imprecisos, como é o caso do meio ambiente.

Tendo em vista os protestos da doutrina frente ao aparente desamparo do Direito Penal no que diz respeito aos desafios impostos pelo Direito Penal Ambiental a doutrina apelou para teorias alternativas de controle social. Optou-se, então, pela criação de um “Direito de Intervenção”, como HASSEMER (1992). Para o referido Autor, o direito penal deveria somente comportar as condutas indispensáveis à subsistência do Direito Penal clássico, sendo que os demais bens deveriam ser regidos por um Direito Penal a parte, um direito que estaria situado entre o Direito Penal e o Direito Administrativo. Já para Jesus Maria da Silva SÁNCHEZ (2002), a situação resolver-se-ia com a criação de um Direito Administrativo sancionador, o qual seria um entremeio ao Direito Penal e Administrativo, não sendo aplicadas penas, mas sim sanções administrativas.

O alcance da proteção necessária à garantia de um meio ambiente equilibrado para as presentes e futuras gerações – como preconiza o *caput* do art. 225 da nossa Carta Magna – exige instrumentos de proteção ao referido direito de um alcance mais amplo que as normas já estabelecidas no âmbito do Direito Penal Ambiental vigente comportam e, portanto, mais distantes da possibilidade de controle real. Sem falar no fato de que, se as normas ambientais penais que comportam a noção de perigo já importam, na visão da maioria da doutrina penalista, lesão irremediável às bases institucionalizadas do Direito Penal, se falarmos em “penalização do risco”, no sentido de penalizar, ou seja, estabelecer tipos penais com base no “imprevisível” a ce-leuma com o Direito Penal Clássico deve assumir níveis de conflito até então impensáveis, sem falar que mesmo as referidas normas-regras, por mais amplas que sejam, não seriam suficientes para a solução dos complexos casos

concretos envolvendo o meio ambiente, na atualidade. A solução adequada para as referidas (complexas) demandas dar-se-ia por meio da aplicação do Princípio da Proporcionalidade.

No ano de 2011 o Japão foi assolado por terremotos e tsunamis de tamanha intensidade, que geraram a catástrofe na usina atômica de Fukushima, cujos efeitos repercutem até hoje e não se sabe quando cessarão. A energia atômica até hoje tida como “energia limpa”, vista de uma perspectiva específica, assim como de um conceito de energia limpa igualmente específico - sendo inclusive a principal fonte de energia da maioria dos países da Europa - volta a ser foco de atenção, no que diz respeito aos riscos que emanam da perspectiva do imprevisível, do acidental, mas que não é impossível de ocorrer e que se torna, na atualidade, cada vez mais possível – ocorreram dois tsunamis devastadores em um curto período de tempo, jamais vistos anteriormente na história da humanidade. Assim sendo, diante dos “acontecimentos”, pergunta-se se ainda seria possível apontar a energia atômica como uma das espécies de energia limpa. Os riscos de futuros acidentes atômicos não deveriam ser levados em consideração, de tal forma que o próprio conceito de energia limpa incorporasse essa espécie de risco? Mesmo diante de um acidente nuclear, poder-se-ia falar em responsabilidade penal da pessoa jurídica, no caso, pelo fato de não se haver assegurado ou tomado as medidas necessárias à proteção de acidentes contra tsunamis jamais ocorridos antes na história? Mas que ocorreram e que geraram efeitos devastadores que poderiam ter sido evitados, por exemplo, com a produção de outro tipo de energia limpa. Apontamos estas reflexões com o intuito de esclarecer o leitor para o fato de que, somente diante do caso concreto é possível refletir e tomar as medidas necessárias e adequadas, especialmente, para se precaver de lesões ao meio ambiente. No entanto, as catástrofes servem como uma espécie de aviso, no sentido de que os riscos são mais amplos do que jamais a humanidade (tecnologicamente avançada) havia concebido.

As possibilidades de catástrofes ambientais, mesmo aquelas quase imprevisíveis, como ocorreu em Fukushima, faz com que os cientistas jurídicos se movimentem, no sentido da tentativa de imunização (ESPOSITO, 2011) frente às ameaças possíveis. HASSEMER encontra essa imunização na forma do paradigma da segurança que, por sua vez legitima as norma de perigo abstrato, sendo que, para a maior parte da doutrina penalista essa concepção do Direito Penal desemboca no chamado Direito Penal Ambiental Simbólico e, portanto, na ineficácia da norma. Também a chamada tipificação dos crimes de perigo abstrato – envolvendo tipos penais abertos e em branco – na tentativa de conter o que os penalistas de vanguarda chamam ora de risco, ora de perigo, mas que na verdade dizem respeito ao perigo – conceito mais restrito que o de risco, pois aborda condutas que podem gerar danos previsíveis - não é suficiente como instrumento tendente a frear as constantes ameaças ao meio ambiente. É necessário, pois, que se recorra a outros instrumen-

tos que deem conta da complexidade da questão ambiental na atualidade. A nossa proposta é a utilização do Princípio da Proporcionalidade, desenvolvida no item que se segue.

#### 4. A INTERVENÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO POSSÍVEL PROPOSTA DE SUPERAÇÃO DOS CONFLITOS QUE ATRAVESSAM O DIREITO PENAL AMBIENTAL SIMBÓLICO E DO RISCO

Roberto ESPOSITO (2010), encerra seu livro “Bios: biopolítica e filosofia”, no qual ele apresenta uma descrição do que podemos chamar de “angústia jurídica da atualidade” - baseada essencialmente no pensamento de NIETZSCHE – vontade de poder – e de FOUCAULT – o nascimento do biopoder –, com uma proposta de um “oposto imediato” ao paradigma imunitário. Talvez, a possível resposta se encontre na construção de sentido por meio de uma biopolítica afirmativa, elencada em novos símbolos – diferentes da prática identitária por nós já exaustivamente exercida e taxativamente falida. A biopolítica afirmativa, da qual nos fala ESPOSITO, direcionada aos dilemas do Direito Penal Ambiental simbólico e do risco passaria, ao nosso ver, pela construção de novos símbolos, esses sim atualizados e, portanto, repletos de sentido, oferecendo uma chance ao imaginário emergente e se contrapondo à noção de simbólico utilizada por Marcelo NEVES em sua obra a “constitucionalização simbólica” – acima referida –, em que os símbolos (as normas) por não serem eivadas de sentido se perdem no vazio. O vazio de um paradigma imunitário. Como bem assevera GUERRA FILHO (2012, p.7), “[...]o direito é parte desse universo lúdico, criação do desejo humano, um modo de imaginar o real em descrições que façam sentido [...]”. Segundo o referido Autor, o princípio da proporcionalidade se apresentaria como instrumento adequado na materialização das necessidades emergentes dos conflitos apontados, ou seja, na construção do sentido: *“Those circumstances makes it tempting to conceive proportionality as the best candidate to be located at the legendary place of the kelsenian Grundnorm, specially if it is taken in account his last version of it, as a fictional norm (German: eine “fingierte Norm”), by means of what the illusion of (knowing) justice and satisfaction of fundamental rights as the illusion that is necessary to the operational closure to/with the environment to be easily elicited as the cognitive openness to the future is maintained.”* (GUERRA FILHO, 2012)

As clássicas estratégias de enfrentamento das demandas jurídicas atuais minam os valores que fundam a democracia. A política, da qual resultam as nossas normas tem relação com a vida, a vida em sentido (dimensão) biológico(a), instintivo(a). Sendo que a proposta de abertura ao imaginário encontra uma política do sentido, uma política de eros, do desejo. O humano recorreu ao (instinto) de autopreservação e pôs em marcha a chamada modernidade e com ela o complexo de categorias capazes de solucionar os conflitos a ela imanentes. Cumpre lembrar, no entanto, que a autopreservação é

uma categoria instintiva – dos animais não humanos -, enquanto que a preservação do sentido da vida é uma categoria tipicamente humana. Assim sendo, vale lembrar com DOUZINAS (2009, p.130) que “a comunidade dos direitos humanos é universal, porém imaginária. A humanidade universal não existe empiricamente e não pode atuar como um princípio transcendental filosoficamente.” O que está por trás da proliferação aparentemente incontível dos Direitos Humanos é, na verdade, uma tentativa de obliterar todas as possibilidades de fracasso no controle dos problemas que se nos apresentam na atualidade.

Atualmente o homem, como bem destaca ESPOSITO (2010), necessita de uma série de aparatos imunitários destinados a proteger completamente a vida. No entanto, esses aparatos, incluindo-se aí o jurídico, se tornam insuficientes porque oferecem respostas automáticas, como por meio das normas-regras ou mesmo dos princípios, mas em uma consideração abstrata e desvinculada do caso concreto. Como os problemas jurídicos atuais, especialmente no que diz respeito ao meio ambiente, são cada vez mais complexos, exigem soluções que comportem essa complexidade, a linearidade, até então proposta como solução adequada não vem se mostrando tão adequada assim.

Quando HASSEMER (1992) nos fala do paradigma da segurança como solução aos conflitos gerados pelo paradigma do risco, por meio da penalização de condutas chamadas de tipos de perigo abstrato, temos que esta mesma solução, segundo grande parte da doutrina, “fere mortalmente” a segurança dos Direitos Fundamentais constitucionalmente estabelecidos, conforme vimos acima.

É necessário, pois, construir uma nova linguagem jurídica que privilegie a biopolítica naquilo que a bios, melhor dizendo a eros, realmente necessita. A política baseada em modelos biológicos, médicos, ou seja, a politização da vida e a biologização da política resulta, na verdade, em uma tantatopolítica, cujos resultados negativos estamos vivenciando na atualidade.(ESPOSITO, 2010) É necessário, pois, a construção de ações afirmativas que, partindo não de respostas pré-estabelecidas, mas sim de respostas que fluam de um imaginário ascendente, com novos símbolos eles também ascendentes, provenientes do sentido da linguagem circundante. Respostas que partam da simbologia da vida.

Creemos que a referida atualização simbólica nos é permitida pela via do Princípio da Proporcionalidade (GUERRA FILHO, 2010), *Grundsatz der Verhältnismässigkeit* (ALEXY, 1986). O referido princípio é tido como paradigma do Estado Democrático de Direito – Direito Constitucional. Nada o impede, no entanto, de ser utilizado igualmente como paradigma do Direito Penal Ambiental, em sua versão instrumental mesmo porque, o que chamamos de Direito Penal Ambiental nada mais é do que um correspondente

didático do Direito Penal Ambiental Constitucional – de acordo com o art.225, parág.3º da Constituição Federal de 1988, quando esta estabelece a responsabilidade penal por danos ou ameaça de danos ao meio ambiente.

O Princípio da Proporcionalidade, segundo a doutrina alemã e a doutrina pátria (ALEXY, 1986 e GUERRA FILHO, 2010 ), é o “princípio dos princípios”. Isso porque, como princípio instrumental que é serve à solução dos conflitos entre normas – conflito entre regras e princípios ou entre aqueles e estes entre si. Também pelo fato de despontar como o marco do Estado Democrático de Direito, no sentido de que permite que todos os Direitos Fundamentais presentes na Constituição convivam harmoniosa e concomitantemente, mesmo que de uma perspectiva potencial. Assim sendo, diante de um caso concreto, dever-se-á aplicar o Princípio da Proporcionalidade somente se ele obedecer às premissas – também chamadas de sub-princípios – para a sua aplicação: que ele seja o meio mais adequado para a consecução do fim almejado pelo juiz; que nenhum outro meio seja mais eficaz que aquele escolhido e que a solução encontrada para o caso concreto em apreço traga mais vantagens que desvantagens, tendo em vista o valor eleito como o mais relevante, para o caso concreto.

Chama-nos atenção a aplicação do Princípio da Proporcionalidade ao caso concreto que se segue, envolvendo a proteção ao meio ambiente mediante crime ambiental – mesmo que o referido princípio não tenha sido nomeado como tal, o raciocínio quanto ao mesmo pode ser aplicado -: Em outubro de 2007, um fato chocou a população catarinense: uma fêmea de tubarão-martelo foi capturada e morta por um pescador que capturou o peixe com rede e o esfaqueou ainda vivo para a retirada de suas vísceras e cabeça. Logo que recebeu a primeira facada, o animal teve sete filhotes. As imagens veiculadas pela televisão local mostraram que o pescador chutou os filhotes do peixe para o mar. A cena foi presenciada por turistas, crianças, moradores da localidade e por dois policiais militares. O tubarão capturado foi vendido por R\$350,00 (trezentos e cinquenta reais). Foi proposta, contra o pescador, Ação Civil Pública por um promotor de Justiça do estado de Santa Catarina. A inovação significativa vinculada ao referido caso concreto diz respeito ao fato do juiz não haver proferido “sentença” quanto ao caso. O fim da demanda se deu por “acordo celebrado entre as partes” – réu e Estado. (o acordo não é previsto no art.32 da Lei dos Crimes Ambientais). No que diz respeito ao conteúdo do acordo, temos que o réu – dado a sua condição sócio-econômica – foi condenado a pagar a importância de R\$350,00 (trezentos e cinquenta reais) – mesmo valor auferido pela venda do tubarão, de forma parcelada. O valor recebido foi revertido ao Fundo de Reconstituição dos Bens Lesados do Estado de Santa Catarina. O réu também foi condenado a prestar serviços ao Projeto TAMAR (Tartarugas Marinhas) por um prazo pré-estabelecido pelo juiz. (FREITAS, 2010)

Vinculamos o desfecho do caso em apreço à aplicação do Princípio da Proporcionalidade, assim como à proposta de valorização do imaginário social a partir da construção de novos símbolos jurídicos que se plasnam nas normas construídas para cada caso concreto: o pescador foi surpreendido pela rejeição social ao ato de matar um peixe para vendê-lo e assim sustentar sua família - prática que vem realizando ao longo de sua vida, já que matar e vender peixes é ação própria da profissão de pescador. Mas não no caso específico, pelas vicissitudes envolvidas: matar animal com requintes de crueldade, na frente de crianças e turistas, a repercussão na imprensa, a função pedagógica que a ação suscitou, etc. Assim sendo, diante do caso concreto, até a “forma” da decisão do juiz – não em forma de “sentença”, mas de “acordo entre as partes (Estado e cidadão) - trouxe à tona os novos valores sociais, consubstanciados em uma simbologia de valorização de uma nova visão, no que diz respeito à proteção dos animais – que não devem ser submetidos à crueldade -, assim como adequada, exigível e proporcional em sentido estrito à nova visão de proteção ao meio ambiente: adequada, exigível e proporcional porque o acordo entre as partes significa uma verdadeira construção do sentido da norma do caso concreto, em que as partes, como sujeitos de direito reconhecem seus direitos e obrigações uma para com a outra em uma medida com a qual concordam ou mesmo constroem; também adequada, exigível e proporcional em sentido estrito, porque gerou efeitos positivos – no sentido pedagógico – da necessidade de proteção dos animais tidos raros, que não devem ser mortos e, muito menos mortos da forma que foram e na presença de um público que deve aprender a valorizar exatamente o comportamento oposto: o do cuidado com os animais e da não violência com os mesmos, especialmente quando se trate (como no caso) de uma fêmea com sete filhotes – o que torna o ato de crueldade mais repulsivo ainda, visto que nos remete – a nós seres humanos – ao dever de cuidado com os seres indefesos que constituem as futuras gerações; o valor a ser pago a título de multa é o mesmo recebido pela venda do peixe. Traduza-se: o pescador não deve ganhar nada com a venda de tal espécie de peixe e na forma como o mesmo foi capturado. O trabalho voluntário, junto ao projeto TAMAR aponta a função específica da educação ambiental: vincular o lugar e a função a ser exercida pelo praticante do ato danoso ao ato danoso em si é essencial para uma efetiva apreensão do sentido da sanção. Também a repercussão do caso entre os pescadores locais, assim como a veiculação pela mídia televisiva e via internet vai de encontro às convicções acerca do caráter meramente simbólico ou impassível de evitar perigos futuros, do Direito Penal Ambiental.

## 5. CONCLUSÃO

O Direito Penal Ambiental, ao se firmar, romperia as bases do suntuoso palácio de um rei só, individualista e autoritário. Propomos, pelo contrá-

rio, que o palácio deveria ser a casa acolhedora dos interesses de todos: das presentes e futuras gerações de Direitos e de pessoas, desde que adequasse seus cômodos para receber as novas dimensões de direitos. Estas, já havendo chegado, aguardavam apenas a ocasião de poder também ocupar a casa e dividir com o rei só o seu reinado.

Nossa pretensão, com o estudo apresentado, foi apontar a aplicação do Princípio da Proporcionalidade como proposta viável, no sentido da superação dos aparentes obstáculos criados ao Direito Penal clássico por um novo ramo do Direito Penal: o Direito Penal Ambiental. Assim como apontar a discussão acerca da utilidade prática desse novo ramo do direito, no que diz respeito à proteção e preservação do meio ambiente.

Para mostrar o caminho percorrido pelo Direito Penal Ambiental, até ir tornando-se o que ele é, foi necessário um rápido passeio pelos alicerces constitucionais do Direito Penal Clássico e do Direito Penal infraconstitucional.

Diante das dificuldades do caminho, chegou-se a pensar em um ramo do direito que já nascia com a previsão e não sobreviver, tendo em vista que sua existência seria meramente simbólica e, portanto, sem possibilidade de repercussões no mundo real. Além de que a tipologia de suas normas – em branco, abertas e abstratas - representariam um afronta à visão liberal do Direito Penal. Mostramos, no entanto, que esta seria, portanto, somente uma das possibilidades de olhar o Direito Penal, sendo a perspectiva difusa aquela mais adequada à concretização do Direito Penal Ambiental (do risco constitucionalmente protegido, se quisermos completar a designação desse novo ramo do direito- vide art.225 da Constituição de 1988).

Por fim, apontamos a intervenção do Princípio (instrumental) da Proporcionalidade como proposta de superação dos conflitos que atravessam o Direito Penal Ambiental e respectivo instrumento de solução dos casos concretos complexos que se nos apresentam cotidianamente, especialmente no que diz respeito aos casos em que ocorre choque de princípios envolvendo diferentes dimensões de Direitos Fundamentais.

Depois do “por fim”, para finalizar o nosso trabalho jurídico com um viés lúdico – que é, muitas vezes mais esclarecedor que o chamado viés científico. Recorremos ao texto de Carlos Walter PORTO GONÇALVES (2011, p. 384, 387) quando sabiamente nos ensina, citando Fernando PESSOA, que navegar é preciso. Viver não é preciso, deixando-nos entrever que sobre a navegação cabe a precisão, mas “a vida é sempre de viés”, como afirma outro poeta - Caetano VELOSO -: Enfim, não é precisa. A cultura é, sempre, um sem-sentido, se olhada de fora dos que nela vivem e que dá, ao mesmo tempo, sentido àqueles que nela vivem. No caso em concreto acima citado, é necessário, por vezes, inserir ou ampliar o sentido por meio do novo, do que

circula, ao mesmo tempo, como novo código, mas que é, concomitantemente, socialmente válido pela forma que nos toca e nos protege, em nossa humanidade e na não-humanidade da natureza como um todo.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 6ª Auflage. Frankfurt:Suhrkamp Verlag, 1986.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** São Paulo: Almedina Brasil, 2009.

BARATA, Alessandro. **Die Menschenrechte zwischen struktureller Gewalt und Strafgewalt**. Winheim: Kriminologisches Journal. Ano 25, fasc. 4, p.243-259, 1993.

BECK, Ulrich. **Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne**. Frankfurt: Suhrkamp, 1986.

\_\_\_\_\_; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. Tradução de Magda Lopes, São Paulo: Editora Universidade Estadual Paulista, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros. 27ª Ed., 2012.

\_\_\_\_\_. **Constituição e Normatividade dos Princípios**. São Paulo: Malheiros, 2012.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade do risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

COSTA, Helena Regina da. **Proteção Penal Ambiental. Viabilidade, efetividade e tutela por outros ramos do direito**. São Paulo: Saraiva, 2010

CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. **A culpabilidade nos crimes ambientais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DOUZINAS, Costas. **O Fim dos Direitos Humanos**. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2009.

ESPOSITO, Roberto. **Bios: Biopolítica e filosofia**. Biblioteca de Filosofia Contemporânea. Lisboa: 2010

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco e CONTE, Christiany Pegorari. **Crimes Ambientais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FREITAS, Vladimir Passos de. (coord.). **Julgamentos Históricos do Direito Ambiental**. Campinas: Ed. Millennium, 2010.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Por uma Poética do Direito: Introdução a uma Teoria Imaginária do Direito (e da Totalidade)*. Tese de Doutorado, UFRJ Rio de Janeiro, 2012.

\_\_\_\_\_. **Luhmann and Derrida: Immunology and Autopoiesis** in *Luhmann Observed: Radical Theoretical Encounters*, edited by A. La Cour and A. Philippopoulos-Mihalopoulos, Basingstoke: Palgrave, 2012.

\_\_\_\_\_. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 3ª Ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003.

\_\_\_\_\_. **Teoria da Ciência Jurídica**. 2ª Edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Teoria Processual da Constituição**. 3ª Ed. São Paulo: SRS, 2010.

GUSMÃO, Luís de. *O fetichismo do conceito. Limites do conhecimento teórico na investigação social*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2012.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal, Fundamentos, estrutura, política**. Org. e ver. Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos; trad. Adriana Beckman Meirelles... [et al.], Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

\_\_\_\_\_. **Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts**. in *ZRP*, Heft 10, 1992.

LEITE, José Rubens Morato. **Sociedade de risco e Estado**. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.) **Direito Constitucional Ambiental brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LUHMANN, Niklas. *Die Welt als Wille ohne Vorstellung. Sicherheit und Risiko aus der Sicht der Sozialwissenschaften*. in: *Die Politische Meinung*. Bonn: Fromm, Nr. 229, 1986.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2011.

MARCÃO, Renato. **Crimes Ambientais**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MILARÉ, Edis. **Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MÜLLER, Friedrich. **Strukturiende Rechtslehre**. 2ª Ed. Berlim: Dunker und Humboldt, 1994.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. 3a Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

OST, François. *A natureza á margem da lei. A ecologia à prova do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

PASSOS DE FREITAS, Wladimir e Gilberto. **Crimes contra a natureza**. 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

PAUL, Wolf. **Megacriminalidad ecológica y derecho ambiental simbólico**. In: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Pena y Estado. Santiago de Chile: Jurídica ConoSur, 1995.

PORTO GONÇALVES, Carlos Walter. **Território, territórios**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lamparina. 2011.

PRITTWITZ, Cornelius. **Strafrecht und Risiko**. in Rechtliches Risikomanagement. Dunckler & Humblot, 1999, p. 193-206.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus María. **A expansão do direito penal**. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 11.

SOUZA E SANTOS, Boaventura de. **Semear outras Soluções. Os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais**. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira. 2005.

\_\_\_\_\_. **A crítica da razão indolente**. Contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2011.



# PSICOPATIA E REFORMA PSIQUIÁTRICA BRASILEIRA: O QUE FAZER COM O PSICOPATA FRENTE O MOVIMENTO ANTIMANICOMIAL?

*Danilo Medeiros Pereira\**  
*Sarah Caroline de Deus Pereira\*\**

## Resumo

O presente artigo tem por objeto o estudo do distúrbio mental crônico, conhecido como psicopatia e da Lei da Reforma Psiquiátrica (Lei 10.216/01). No estudo do tema, abordar-se-ão aspectos relativos às características, conceituação, tipologias, perícias e o método Hare. Objetiva de modo geral retratar o universo da psicopatia e confrontá-la com o movimento antimanicomial, fitando especificamente retratar o universo caótico da saúde mental brasileira, contemplando o percurso histórico e suas incongruências frente ao modelo jurídico-terapêutico-punitivo prisional dos HCTPS. Mostra-se importante em razão da dificuldade do enquadramento da figura do psicopata no ordenamento jurídico, uma vez que ao comprovar a patologia, o remete ao cumprimento das medidas de segurança em ambientes asilares, que por sua vez à luz da Lei da Reforma Psiquiátrica deveria em tese prestar uma terapêutica humanista, vigilantes e respeitadoras aos direitos humanos fundamentais e as garantias constitucionais. Contudo, com a vertente proposta pela lei de se extinguir os hospitais psiquiátricos, o ordenamento jurídico brasileiro se depara com uma situação delicada quanto aos infratores que são submetidos ao regime das HCTP's, principalmente aos psicopatas, grupo este que muitas vezes é submetido a uma tratamento *ad eternum*, legitimando a inconstitucionalidade da ilimitação temporal e o desrespeito ao princípio norteador da Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana.

## Palavras-chave

Psicopatia. Reforma Psiquiátrica brasileira. Movimento antimanicomial. Dignidade da pessoa humana.

---

\* Mestrando em Teoria do Direito e do Estado na Fundação Educacional Eurípedes Soares da Rocha (Univem), em Marília; Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, campus de Três Lagoas, onde atua como Professor na Disciplina de Ética Profissional. Advogado. Endereço eletrônico: d2\_danilo@hotmail.com

\*\* Mestranda em Teoria do Direito e do Estado, no Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM, bolsista CAPES. Especialista em Direito e Processo do Trabalho na Universidade Anhanguera-Uniderp. Advogada. Estágio-docência em Processo Civil IV. Aluna pesquisadora do grupo: “A Intervenção do Estado na Vida do Indivíduo” e do “Bioética e Direitos Humanos”. Endereço eletrônico: <scdp88@gmail.com>.

## Resumen

Este artículo se centra en el estudio del trastorno mental crónico conocido como psicopatía y la Ley de Reforma Psiquiátrica (Ley 10.216/01). En el estudio de la asignatura, será abordar las cuestiones relativas a las características, conceptos, tipologías, técnicas y método Hare. Objetivo general de retratar el mundo de la psicopatía y compararlo con el movimiento anti-asilo, centrándose específicamente retratar el universo caótico de la salud mental de Brasil, teniendo en cuenta los antecedentes históricos y sus incongruencias en contra del modelo terapéutico legal prisión punitiva "de HCTPS. Demostrado ser importante debido a la dificultad de enmarcar la figura del psicópata en el sistema legal, ya que la prueba de la patología, se refiere al cumplimiento de las medidas de seguridad en entornos de asilos, que a su vez a la luz la Ley de Reforma Psiquiátrica debe teóricamente, proporcionar una terapia humanista, atento y respetuoso de los derechos humanos fundamentales y garantías constitucionales. Sin embargo, con la pendiente propuesto por el derecho a extinguir los hospitales psiquiátricos, el sistema jurídico brasileño se enfrenta a una situación delicada con respecto a los delincuentes que están sujetos al sistema de CPTH principalmente a los psicópatas, un grupo que a menudo se somete a un tratamiento ad eternum, legitimando la inconstitucionalidad de la infinitud temporal y falta de respeto a los principios rectores de la Constitución Federal, la dignidad de la persona humana.

## Palabras clave

Psicopatía. Reforma Psiquiátrica brasileña. Antimanicomial Movimiento. Dignidad de la persona humana.

## 1. INTRODUÇÃO

Hodiernamente, é comum nos informativos televisivos, jornais e revistas deparar-se com notícias sobre a ocorrência de crimes bárbaros, o que faz com que a sociedade se sinta cada vez mais insegura. A coletividade busca, a todo instante, uma melhoria de sua própria segurança, reivindicando mais policiamento, penas mais severas aos criminosos, como por exemplo, a pena de morte, ou ainda de uma forma totalmente inoportuna, fazer justiça com as próprias mãos. As camadas mais favorecidas investem em segurança privada com a instalação de grades, cercas eletrificadas, seguranças particulares, câmeras de segurança com filmagem 24 horas por dia, dentre outros meios.

A população de forma errônea tem taxado os agentes de crimes bárbaros como "psicopatas", não se dando conta de que o portador de tal transtorno pode estar ao seu lado, ou seja, ser seu vizinho, seu parente ou até mesmo seu companheiro de serviço, sendo capaz de viver por longa data de forma pacífica e aceitável.

Diante de tal fato, surge a extrema necessidade de tentar identificar quem são os indivíduos psicopatas no ambiente social, bem como buscar dar o real sentido ao termo "psicopata", que deve, o mais rápido possível, deixar de ser utilizado de forma leiga e generalizada. É de suma importância, ainda, saber o que realmente significa psicopatía, quais são suas características, tipologia, perícia e métodos de aferição.

Diante deste quadro, quando não submetidos às penitenciárias, os psicopatas recebem a tutela do Estado por meio das medidas de segurança cumpridas em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTP's).

Ressalta-se a Lei 10.216/01, que instituiu a Reforma Psiquiátrica brasileira foi um marco histórico, em razão da crise estrutural que o Brasil enfrenta no tocante a saúde mental, tendo por foco a crise no atendimento dos HCTP's, em especial, quando o indivíduo acometido de algum transtorno biopsicológico comete delitos, motivo este que lhe afasta de um atendimento humanitário pela saúde pública por ser infrator, e do sistema de justiça criminal por sua patologia neurológica.

Assim, diante da falência do atendimento a saúde mental no território brasileiro, contempla-se o aviltamento das garantias constitucionais e dos direitos humanos fundamentais preceituados na Constituição, constituindo casos de patente inconstitucionalidade na psicopatia, que em razão do indivíduo não ter cura, reveste a medida de segurança com caráter de perpetuidade, ferindo de morte preceito a Carta Magna, e com o movimento antimanicomial se agrava a problemática, uma vez que não havendo hospitais este sujeito será remetido a penitenciária, não se respeitando a particularidade que a doença requer no aspecto terapêutico.

## 2. PSICOPATIA

É comum se ouvir expressões que generalizam qualquer agente criminoso como psicopata, tal expressão, embora utilizada de forma errônea está cada vez mais presente na sociedade. Em Shakespeare<sup>1</sup> subentende-se a psicopatia na célebre frase, "Que ânimo fraco! Dai-me cá os punhais. Os que dormem e os mortos não são mais do que retratos; é o olhar da infância que receia um demônio só de tinta. Se ele sangrar, eu dourarei de sangue o rosto dos rapazes, pois a culpa precisa parecer que é deles."

A primeira descrição de psicopatia surgiu em 1941, de autoria do psiquiatra norte-americano Hervey M. Cleckley. Desde então, vários estudos vêm sendo formulados a respeito do conceito, classificação e atitudes do indivíduo com psicopatia. São ainda discutidas formas de punição e a duração da medida a ser aplicada.

Embora frequentemente tratada, a questão da psicopatia ainda é um tema muito controverso. Isso se deve à existência de discussões acerca do enquadramento da patologia, visto que parte da doutrina entende que as classificações existentes são suficientes, ao passo que outros doutrinadores

---

<sup>1</sup> SHAKESPEARE, William. **A tragédia de Macbeth**. Trad. de Péricles Eugênio da Silva Ramos. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1966, p. 85-86

compreendem que a classificações apresentada não satisfaz plenamente o estudo acerca do assunto em comento.

A conceituação do termo "psicopata" é um tanto quanto difícil e, ao mesmo tempo, ampla. Todavia, todas levam a um ponto em comum: o transtorno de personalidade a que a pessoa é acometida. Gomes<sup>2</sup> assevera,

Os psicopatas são indivíduos que não se comportam no meio como a maioria dos seus semelhantes tidos por normais. Têm grande dificuldade em assimilar as noções éticas ou, assimilando-as, em observá-las. Seu defeito se manifesta na afetividade, não na inteligência, que pode às vezes ser brilhante.

Ainda assim, a conceituação da psicopatia, embora difícil, poderá ser entendida de uma forma melhor com a consequente caracterização e tipificação dos indivíduos considerados psicopatas.

### 2.1. Características do psicopata

Os psicopatas estão, conforme já dito anteriormente, inseridos na sociedade de uma forma que não é possível a sua identificação de maneira empírica. Diante disso, é de suma importância a observação das características em comum constantes nesses tipos de indivíduos.

Primordialmente contempla-se o problema na *auto-estima*, que por sua vez acarreta a estes sujeitos o sofrimento de discriminações nos ambientes escolares e familiares, razão pela qual a auto-estima dele se torna excessivamente baixa. Soma-se a isso, ainda, o fraco desempenho sexual por parte de alguns psicopatas, o que muitas vezes é o motivo determinante para o cometimento de delitos<sup>3</sup>

Posteriormente verifica-se a ausência de *culpa* ou *remorso*, em que o psicopata tem em sua mente que os outros indivíduos são os responsáveis e culpados por fazê-lo agir de tal maneira. Quando são pegos cometendo algo ilícito, tentam, a todo modo, fazer com que as pessoas que estão ao seu redor sintam que o tenham interpretado de modo equivocado. O fato de serem egocêntricos impede que se arrependam dos delitos cometidos. O arrependimento existe, mas em razão de terem sido privados de suas liberdades, não pelo delito ou por terem lesado a outrem. Os psicopatas não têm medo de

---

<sup>2</sup> GOMES, Hélio. **Medicina legal**. 24 ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1985, p. 192

<sup>3</sup> Outras características comuns na infância desses indivíduos são: devaneios noturnos, masturbação compulsiva, isolamento social, mentiras crônicas, rebeldia, pesadelos constantes, roubos, baixa auto-estima, acessos de raiva exagerados, problemas relativos ao sono, fobias, fugas, propensão a acidentes, dores de cabeças constantes, possessividade destrutiva, problemas alimentares, convulsões e automutilações, todas elas relatadas pelos próprios *serial killers* e entrevistas com especialistas. CASOY, Ilana. **Serial killer: louco ou cruel?** 6. ed. São Paulo: Madras, 2004, p.18

serem detidos, aliás, chegam a pensar que tal fato jamais acontecerá. Hare<sup>4</sup> argumenta,

A maior parte das descrições clínicas do psicopata faz alguma referência ao egocentrismo, falta de empatia a inabilidade para estabelecer laços emocionais com outros – características que o levam a tratar os outros como objetos, ao invés de pessoas, e o impedem de experimentar culpa ou remorsos por ter agido de determinada maneira.

Na prudente colocação de Hare, o psicopata é totalmente insensível a realidades que não sejam as de seu próprio mundo; ele vive para si mesmo, não há extensão e as outras pessoas são meros objetos para conquistas das suas vontades. A convivência com o psicopata é extremamente difícil, uma vez que ele prefere viver sozinho ou, quando inserido em algum tipo de grupo social, tem a necessidade de ser o líder, ainda que isto custe a destruição do grupo, podendo este ser entendido, inclusive, como o seio familiar

Outro traço notado no psicopata é a questão da *mentira* em demasia, conforme pondera Hare<sup>5</sup>,

Seu senso crítico é falho e seu comportamento é frequentemente guiado pelos impulsos e necessidades do momento; portanto está sempre em apuros. Suas tentativas de se inocentar, não raro, produzem uma rede intrincada e contraditória e mentiras gritantes, juntamente com explicações, promessas teatrais e muitas vezes convincentes.

Não obstante, no entendimento dos psicopatas, a realidade e a ilusão fazem parte do mesmo ambiente. São capazes de inventar mentiras e descrevê-las de uma maneira tão pormenorizada que, aos olhos de determinadas pessoas, podem parecer uma verdade incontestável. Soma-se a isso o fato de quando presos são considerados como excelentes detentos, em virtude de sua hábil capacidade de dissimulação.

Salienta-se que os psicopatas são considerados indivíduos sem *empatia*, não possuindo a habilidade de se colocar no lugar de outras pessoas e associarem para si os sentimentos delas, sendo incapazes de imaginar o que o outro indivíduo está experimentando emocionalmente. Não importa ao psicopata o sofrimento alheio. Ele não se interessa com as demais pessoas. Contudo que esteja bem, tudo está bom. Quando na prática de crimes, ele procura humilhar ao máximo a vítima e, vendo seu sofrimento, se sente como um exímio dominador.

---

<sup>4</sup> HARE, Robert D. **Psicopatia**: teoria e pesquisa; trad. De Cláudia Moraes Rêgo. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e científicos, 1973, p.6

<sup>5</sup> HARE, Robert D. op.cit., p. 5

Pode-se tomar como base três aspectos no que diz respeito à falta de empatia presente nos psicopatas: 1) a capacidade de entender os fatos e o seu respectivo desprezo; 2) os processos emocionais são para eles uma segunda língua; 3) conhecem as palavras, mas não a música.<sup>6</sup>

Importante citar que na maioria das vezes os psicopatas possuem *QI* (Quociente de Inteligência) acima da média. São capazes de se passarem por professores, médicos, advogados, sem sequer terem cursado alguma faculdade.

Outro aspecto presente nas pessoas com psicopatia é a *impulsividade*, por sua vez traço preponderante, faltando-lhe uma medida de contrapesos. Desta forma, mesmo possuindo o conhecimento ilícito do que está praticando, o psicopata tende a reincidir em tal ato danoso, simplesmente para satisfação de sua necessidade.

Contudo, a característica basilar do psicopata é a *incapacidade de compreender a punição*, uma vez que ele não se sente ameaçado quanto à aplicação de qualquer medida, seja ela a pena ou a medida de segurança, agindo nestes momentos de responsabilização penal, como um período de neutralidade. Durante esse lapso temporal, em sua percepção, deixaria de praticar atos ilícitos, mantendo em mente que, ao ser posto em liberdade poderá agir normalmente como agia antes.

Tais fatos podem ser comprovados quando trazidos à realidade, como, por exemplo, no caso do psicopata brasileiro Francisco Costa Rocha, conhecido popularmente como “Chico Picadinho”, preso por ter esquartejado uma mulher, cumpriu sua pena normalmente, comportando-se sempre de maneira exemplar na prisão. Todavia, ao ser posto em liberdade voltou a matar e esquartejar outra mulher, agindo da mesma forma de outrora.

A classificação acima descrita é melhor compreendida em conjunto com a tipologia da psicopatia.

## 2.2. Tipos de psicopatas

A tipificação dos psicopatas varia conforme os autores e o tempo de sua conceituação, uma primeira vertente relata os psicopatas *amorais*, detentores de insensibilidade, anti-sociabilidade, perversão, não possuindo paixão ou sentimentos de honra, tampouco empatia com as pessoas de seu grupo social, causando demasiados problemas à ordem e bem-estar estabelecidos na sociedade Seus delitos são consequência da excessiva intensidade de seus impulsos e vaidade.

---

<sup>6</sup> MORANA, Hilda C. P.; STONE, Michael H.; ABDALLA-FILHO, Elias. **Transtornos de personalidade, psicopatia e serial killers**. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rbp/v28s2/04.pdf>>. Acesso em 10 out. 2012, p.77.

Segundo Garcia, “Os seus crimes ocupam todos os registros: roubo, fruto, fraude, estelionato, homicídio, falta aos deveres conjugais, adultério, prostituição, escândalos públicos e de imprensa – tudo revestido da insensibilidade diante do fato ou até de vaidade.”<sup>7</sup>

Cabe mencionar que a tentativa de regeneração ou reeducação desse tipo de psicopata se torna inútil face a inexistência na sua personalidade do móvel ético que se possa influir.

A par dessa tipologia, há os *astênicos*, tal tipo de psicopata não traz risco algum à sociedade. Em geral, são indivíduos assustadiços, dominados pelo sentimento de inferioridade e capacidade, em que predomina a conduta do mínimo esforço.<sup>8</sup>

A doutrina também aponta os psicopatas *fanáticos*, pessoas caracterizadas pela demasiada importância que dão a algum tipo de ideologia, seja ela religiosa, filosófica ou política. Nunca se abstêm de uma discussão, defendendo sempre suas teses de forma veemente. Exaltam-se facilmente quando discutem qualquer tema, ainda que sejam de assuntos insignificantes.<sup>9</sup>

Garcia<sup>10</sup> cita ainda, os psicopatas *sexuais*, caracterizados pelo excessivo instinto sexual, muitas vezes até de forma primitiva. Geralmente possuem distúrbios sexuais e, aliado à sua falta de auto-estima, tendem a praticar crimes sexuais para provarem para si mesmos de que são capazes

Almeida Júnior; Costa Júnior<sup>11</sup> relatam os psicopatas explosivos, que são extremamente irritáveis e coléricos. Possuem reações primitivas e impulsivas. Não guardam lembrança dos fatos e revelam-se como explosivos somente durante a embriaguez. Cometem agressões físicas, estragos materiais e maltrato a animais.

Wagner<sup>12</sup> obtempera sobre os psicopatas *ostentativos*, que são os mais encontrados na sociedade; são indivíduos vaidosos, preocupados em aparentar mais do que na realidade são, estão sempre sorrindo e com humor alegre. Mostram certa inteligência e relacionam-se com terceiros facilmente, razão pela qual são amigáveis. Adquirem conhecimentos especiais acerca de arte, literatura e tecnologia e usam de qualquer meio possível para convencer suas

---

<sup>7</sup> GARCIA, José Alves. **Psicopatologia forense: para médicos, advogados e estudantes de medicina e direito**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p.205.

<sup>8</sup> ALMEIDA JR, A; COSTA JÚNIOR, J.B.de O. e. **Lições de Medicina Legal**. 22 ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional. 1998, p.595.

<sup>9</sup> GARCIA, José Alves. op.cit., p.208.

<sup>10</sup> ibidem, p.213.

<sup>11</sup> ALMEIDA JR, A; COSTA JÚNIOR, J.B.de O. e, p.596.

<sup>12</sup> WAGNER, Dalila. **Psicopatas Homicidas e sua Punibilidade no Atual Sistema Penal Brasileiro**. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 30 de out. de 2008. Disponível em: <[http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/5918/psicopatas\\_homicidas\\_e\\_sua\\_punibilidade\\_no\\_atual\\_sistema\\_penal\\_brasileiro](http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/5918/psicopatas_homicidas_e_sua_punibilidade_no_atual_sistema_penal_brasileiro)>. Acesso em: 10 de out. de 2012, p.1.

vítimas. Quando analisados na perspectiva psicológica, vislumbra-se com sujeitos com ambição de adulto e imaginações de criança.

Concluindo a tipologia, há os psicopatas *hipertímicos*; que vivem aparentemente de bom humor. Entretanto, podem reagir subitamente de maneira explosiva com uma fúria desproporcional ao estímulo, entrando em discussões e agressões. Tem como outras características a irritabilidade permanente e a predisposição ao ciúme para com a pessoa do sexo oposto.<sup>13</sup>

Para se aferir a que tipologia o psicopata se enquadra, providencia-se a perícia, a qual é de fundamental importância que seja o indivíduo observado desde o momento de sua entrada na sala onde realizará os exames. Isso se deve ao fato de que ele tende a repetir o seu padrão de funcionamento mental, principalmente no que diz respeito ao seu relacionamento interpessoal.<sup>14</sup>

No que se refere ao tratamento, há de se observar que as terapias tradicionais não são suficientes para a cura dos psicopatas.

### 2.3. O método hare

O método Hare foi desenvolvido pelo psicólogo canadense Robert Hare, que chega a dizer que “o psicopata é como o gato, que não pensa no que o rato sente. Ele só pensa em comida. A vantagem do rato sobre as vítimas é que ele sempre sabe quem é o gato”<sup>15</sup>

Hare foi o construtor da escala denominada PCL – R (*Psychopathy Checklist Revised*). Tal método tem a pretensão de diferenciar os psicopatas dos não psicopatas<sup>16</sup>.

A PCL – R tem como um de seus objetivos a identificação dos indivíduos detentores de uma maior probabilidade de reincidência criminal que, após verificada, dá ao usuário do aludido método a possibilidade de duas decisões importantíssimas, tanto para os portadores da psicopatia como para a sociedade em geral. Suscita Morana; Stone; Abdalla-Filho, “1) decidir acerca do trâmite que deve ser tomado no sistema penal para cada condenado; 2) separar os criminosos que possuem tal probabilidade dos que não a têm, a fim de não prejudicar a reabilitação dos chamados detentos comuns.”<sup>17</sup>

Esta análise mostra que o psicopata é um sujeito *sui generis*, merecendo receber do Estado uma atenção especial nos casos de medida de segurança,

---

<sup>13</sup> GARCIA, José Alves. op.cit., p.209.

<sup>14</sup> MORANA, Hilda C. P.; STONE, Michael H.; ABDALLA-FILHO, Elias. op.cit., p.77.

<sup>15</sup> DINIZ, Laura. **Psicopatas no divã**. Disponível em <<http://veja.abril.com.br/010409/entrevista.shtml>>. Acesso em 10 out. 2012, p.1.

<sup>16</sup> Tal escala é utilizada mundialmente para a medição da psicopatia e tem como grau máximo o número 40. MORANA, Hilda C. P.; STONE, Michael H.; ABDALLA-FILHO, Elias, op.cit., p.76

<sup>17</sup> MORANA, Hilda C. P.; STONE, Michael H.; ABDALLA-FILHO, Elias. op.cit., p.77.

em que o tratamento precisará ser pautado numa ética humanista, conforme pondera a Reforma Psiquiátrica brasileira.

### 3. A REFORMA PSIQUIÁTRICA

A Lei 10.216/01, conhecida por “Reforma Psiquiátrica brasileira” é hialina ao vedar a internação em instituições que se revestem de características asilares. Nota-se que o legislador à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, que para Moraes, “[...] é vista como a base ética de valores de princípios e direitos, que orientará a busca da realização de necessidades básicas dos indivíduos, propiciando-lhes desenvolvimento pleno e emancipação [...]”<sup>18</sup>, aduzindo deste modo, a ideia de bem-estar, meta a ser alcançada por meio de um atendimento humanitário aos doentes mentais.

Neste passo, a Reforma Psiquiátrica defende o Movimento Antimanicomial que considera os manicômios ou Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTPs) uma mazela institucional, em que os infratores com transtorno mental são estigmatizados pelo sistema prisional em razão da loucura e no sistema de saúde porque são criminosos.

A doença mental no Brasil é uma pedra de toque, Barreto<sup>19</sup> (1978, p. 13) aponta como marco inicial os estudos de Foucault sobre a loucura, a qual dimensionou o lado psicológico e o social da doença mental, o próprio Foucault argumenta, “o louco é reconhecido, pela sociedade como estranho, a sua própria pátria; ele não é libertado de sua responsabilidade; atribui-se a ele, ao menos sob as formas do parentesco e das vizinhas cúmplices, uma culpabilidade moral; é designado como sendo o Outro, o Estrangeiro, o Excluído”.<sup>20</sup> Entende-se na obra de Foucault, que na Idade Clássica, a postura adotada com os doentes mentais e “delinquentes” era a internação, não cabendo outra medida.

O “desvio” da delinquência é um ponto nevrálgico desde Idade Média, que segundo FOUCAULT<sup>21</sup> no capítulo da grande internação, a loucura a partir do século XVII estava estritamente ligada ao internamento, em que aquele indivíduo que perturbava o ideal de uma cidade perfeita era posto a margem da convivência social, a família tinha a discricionariedade de pedir diretamente o internamento. Oportuno observar que os primeiros Hospitais abrigavam não apenas infratores com transtorno mental, mas todos que incomodassem a “paz social”, ditada pela sociedade burguesa e pela igreja,

---

<sup>18</sup> MORAIS, Sabrina. **O direito humano fundamental ao desenvolvimento social: Uma abordagem interdisciplinar e pluralista ao direito constitucional comparado entre o Brasil e Espanha**. Florianópolis: Editora: OAB/SC, 2007, p. 60.

<sup>19</sup> BARRETO, Djalma. **O alienista, o louco e a lei**. Petrópolis: Editora Vozes Ltda, 1978, p.13.

<sup>20</sup> FOUCAULT, Michel. **História da Loucura na Idade Clássica**. 8 ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2005, p.134.

<sup>21</sup> *ibidem*, p. 44-78.

sendo reservado aos internos um tratamento cruel e degradante, implicando em castigos físicos e morais.

Importante esclarecer que o Brasil tem uma dificuldade histórica de lidar com a questão da saúde mental, que o quadro caótico atual tem raízes remotas, segundo Gauer<sup>22</sup>, no Brasil o primeiro hospício foi no Rio de Janeiro em 1841, lastreado nos ideais de Esquirol que separava o sujeito com transtorno mental da sociedade e da família, agindo em consonância com o Código Penal de 1830, que por sua vez aplicava a estes infratores a destinação de entrega às famílias ou casas com esse fim, mas não havia no país ainda a noção de encarceramento, surgida em 1903, com a Lei do Alienado, que estabeleceu o hospital como o único local a ser destinado ao sujeito com transtorno mental, desde que houvesse um parecer médico.

Resta comprovado que o Brasil não tinha arrimo para o tratamento do doente mental, posto que apenas em 1930 criou o Serviço Nacional de Doenças Mentais, cuja tarefa seria de fiscalização dos serviços existentes e programação de novos, mas no plano da concretude não realizou praticamente nada de significativo. Frisa-se que até 1950, o tratamento despendido aos doentes mentais consistia em banhos quentes e frios, além dos métodos físicos, tais quais: cadeira giratória e o eletrochoque, e a utilização de medicação em larga escala, que começou na década de sessenta, e perdura até os dias atuais. Percebe-se que a produção legiferante atua de maneira distinta para com a atuação dos profissionais e principalmente para um tratamento humanitário aos pacientes.

Desta feita, a Lei 10.216, de 06 de abril de 2001, alcunhada por Reforma Psiquiátrica brasileira é fruto de uma conquista histórica, pois existiram no país movimentos pautados na proteção e promoção dos direitos dos que sofrem de transtorno mental. Ademais, a legislação em vigor tem por espeque dedicação especial aos portadores de transtorno mental, primando pela evolução da clínica, em fazer o intratável, tratável. É nítida a luta para a afirmação dos direitos dos que padecem de doença mental, não se permitindo afastar os direitos humanos, sociais e a cidadania deste grupo. Dessa feita, é de suma importância o debate desta temática de uma forma multidisciplinar pela natureza complexa que os casos demandam, devendo haver um trabalho em redes dos seus atores, seja no campo penal e indiscutivelmente na área da saúde.

Nessa oportunidade, necessário citar a legislação em comento, que disciplinou de forma enfática os direitos e a proteção às pessoas acometidas de transtorno mental,

---

<sup>22</sup> GAUER, Gabriel Jos Chittó (et al). **Inimputabilidade e doença mental** In: GAUER, Ruth Maria Chittó ( coord). Sistema Penal e Violência. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris. 2006, p.159-160.

Art. 1º Os direitos e a proteção das pessoas acometidas de transtorno mental, de que trata esta Lei, são assegurados sem qualquer forma de discriminação quanto à raça, cor, sexo, orientação sexual, religião, opção política, nacionalidade, idade, família, recursos econômicos e ao grau de gravidade ou tempo de evolução de seu transtorno, ou qualquer outra.<sup>23</sup>

O artigo supracitado evidencia a preocupação constitucional moderna na construção de uma sociedade fraterna, solidária e pluralista, neste sentido leciona Silva, “A Constituição opta, pois, pela sociedade pluralista, que respeita a pessoa humana e sua liberdade”.<sup>24</sup> Em síntese, as demandas atuais pedem uma solução de conflito equilibrada, respeitando os direitos fundamentais das partes envolvidas nas tensões advindas das relações sociais, preocupando o legislador com o tratamento do transtornado mental diante da inércia social a respeito.

Percebe-se que a doença mental necessita de atenção maior da saúde pública, em nenhum momento defende-se que o infrator com transtorno mental não deva responder pela ilicitude dos seus atos, entretanto, salienta Delgado, “a internação como privação de liberdade, monoterapia, só prevalece em serviços despreparados.”<sup>25</sup> A questão da internação tem que ser vista com outro olhar, com mais humanização, e atuação multidisciplinar de profissionais.

No âmbito da luta pelo fim dos manicômios, a situação é muito complicada quando o assunto se refere ao infrator com transtorno mental. Barros relata que: “não sem razão o Movimento Antimanicomial, ter chamado o manicômio judiciário do ‘pior do pior’. Não sem razão a Lei da Reforma Psiquiátrica, ainda não se ter estendido a essas pessoas.”<sup>26</sup> A questão da doença mental é polêmica, conforme sustenta Barros<sup>27</sup>:

Os loucos custodiados pelo Estado em razão da prática de crimes são seres submetidos a um mundo com signos e regras próprias, que devem desvendar e compreender e aos quais, em que pese o direito ao tratamento adequado e necessário não ser respeitado, devem se submeter, de preferência sem questionar, ainda que seja tão somente para conseguirem continuar vivos.

---

<sup>23</sup> BRASIL. Lei 10.216, de 06 de abril de 2001 - **Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LEIS\\_2001/L10216.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10216.htm). p.1

<sup>24</sup> SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 6ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009, p.24.

<sup>25</sup> DELGADO, Paulo. **O espírito da Lei n.º 10. 216/01**. Revista Consulex. Brasília: Editora Consulex, ano XIV- n. 320, 15 de maio de 2010, p.25

<sup>26</sup> BARROS, Carmem Silvia de Moraes. **Aplicação da reforma psiquiátrica e da política da saúde mental ao louco infrator**. Revista Jurídica Consulex. pg. 41 a 42. Brasília: Editora Consulex, 15 de maio de 2010, p.41.

<sup>27</sup> idem.

Sem que ninguém lhes explique a situação irreal pela qual passavam. Como se, por serem loucos, não tivesse qualquer direito – estivessem jogados à própria sorte e a doses e doses de Habdol e Fernegan ( quando há).

Afere-se o império dos maus tratos, da perpetuidade da medida de segurança, do esquecimento dos infratores em Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTPs), dentre outros fatores que abrangem a questão do doente mental. Embora com o surgimento da Lei da Reforma Psiquiátrica, os problemas ainda persistem, evidenciando a dificuldade na efetividade dos direitos fundamentais do infrator com transtorno mental, em virtude do conflito com o sistema jurídico-terapêutico-punitivo prisional das HCTPs, principalmente quando diante de um caso de psicopatia.

A questão da internação tem que ser vista com outro olhar, Delgado salienta, “[...] não há sucesso médico-terapêutico sem afeto, cultura, história da doença, escuta do sofrimento, subjetividade.”<sup>28</sup> O que não acontece na *práxis*, se infere os caracteres autorizadores da medida de segurança e remetem-o ao tratamento, como uma forma de assepsia social, o que ocorre quando o sujeito em voga é o psicopata, ao qual nega-se o direito a saúde social, afastando-o de todo e qualquer convívio por um período indeterminado, revestindo-se as medidas de segurança com caráter de perpetuidade.

Zaffaroni e Pierangeli: sustentam que, “não é constitucionalmente aceitável que, a título de tratamento, se estabeleça a possibilidade de uma privação de liberdade perpétua, como coerção penal. Se a lei não estabelece o limite máximo, é o intérprete quem tem a obrigação de fazê-lo”.<sup>29</sup> Vale mencionar que o Supremo Tribunal Federal advoga a tese da inadmissibilidade do cumprimento de pena superior a trinta anos, se depreendendo que o prazo da medida de segurança não pode ultrapassar o limite da intervenção estatal comentada, em o fazendo é aviltado os direitos fundamentais, a liberdade e a dignidade do indivíduo.

Anatematizar o psicopata do convívio social, não é uma solução, pois são vários os caminhos que levam uma pessoa a se tornar um psicopata, per-filha deste entendimento Cabral<sup>30</sup>,

Infância infeliz: crianças que sofrem algum tipo de trauma ou são tratadas friamente tendem a ter um instinto de auto- preservação elevado e têm dificuldade de desenvolver empatia pelo próximo.

---

<sup>28</sup> DELGADO, Paulo.op.cit., p.25.

<sup>29</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. et. al. **Direito Penal Brasileiro** – 1. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1998, p.858.

<sup>30</sup> CABRAL, Cesar Danilo. **O sombrio mundo dos psicopatas**. Revista Mundo Estranho. São Paulo: Editora Abril, setembro de 2010, p.26.

Desculpa Esfarrapada: Mas nem toda criança infeliz será assassina. O processo para formar um psicopata começa quando o indivíduo cria uma série de saídas ou justificativas para os seus atos, gerando desculpas, para comportamentos mais violentos.

[...]

Ser ou não ser? : A maioria das pessoas que se tornam psicopatas não toma o caminho da violência. Elas conseguem entender as consequências de suas ações e não chegam a ferir ninguém fisicamente – elas “só” exploram os outros em benefício próprio.

No universos das pluralidades apontadas acerca da psicopatia, nada justifica o fato de mantê-los eternamente em HCTP's. Gauer (2006, p. 170), faz uma ressalva interessantíssima, “indivíduos dessocializados dentro ou fora da prisão”. Os psicopatas muitas vezes retornam (quando retornam), muito pior para sociedade, continuam dessocializados.

Goffman<sup>31</sup> sustenta o seguinte entendimento acerca do modelo médico e a hospitalização psiquiátrica:

Os doentes mentais podem descobrir-se numa “atadura” muito especial. Para sair do hospital, ou melhorar sua vida dentro dele, precisam demonstrar que aceitam o lugar que lhes foi atribuído, e o lugar que lhes foi atribuído consiste em apoiar o papel profissional dos que parecem impor essa condição. Essa servidão moral auto-alienadora, que talvez ajude a explicar porque alguns internados se tornam mentalmente confusos, é obtida em nome da grande tradição da relação de serviço especializado, principalmente em sua versão médica. Os doentes mentais podem ser esmagados pelo peso de um ideal de serviço que torna a vida mais fácil para todos nós.

Em outra obra o autor fala da estigmatização que sofrem certos grupos, dentre eles os criminosos:

Se deve haver um campo de investigação chamado de “comportamento desviante” são os seus desviantes sociais, conforme aqui definidos, que deveriam, presumivelmente, constituir o seu cerne. As prostitutas, os viciados em drogas, *os delinquentes, os criminosos*, os músicos de jazz, os boêmios, os ciganos, os parasitas, os vagabundos, os gigolôs, os artistas de show, os jogadores, os malandros das praias, os homossexuais, e o mendigo impenitente da cidade seriam incluídos. *São essas as pessoas consideradas engajadas numa espécie de negação da ordem social.*<sup>32</sup> (grifo nosso)

---

<sup>31</sup> GOFFMAN, Erving. *Estigma. Manicômios, prisões e convênios*. São Paulo: Perspectiva, 2007, p.312.

<sup>32</sup> GOFFMAN, Erving. *Estigma Notas sobre a manipulação da Identidade Deteriorada*. 4<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008, p. 154-155.

A sociedade forma um grupo, e esse grupo é segregado, corroborando a ineficácia em âmbito penal do próprio sistema de justiça criminal, tendo total razão ANDRADE<sup>33</sup>, quando faz a seguinte ponderação:

[...] o SJC caracteriza-se por uma eficácia simbólica (legitimadora) confere sustentação, ou seja, enquanto suas funções declaradas ou promessas apresentam uma eficácia meramente simbólica (reprodução ideológica do sistema), porque não são e não podem ser cumpridas, ele cumpre, lentamente, outras funções reais, não apenas diversas,, mas inversas às socialmente úteis declaradas por seu discurso oficial, que incidem negativamente na existência dos sujeitos e da sociedade.

O sistema de justiça criminal (SJC), não resolve os problemas ora expostos, ao contrário, continua legitimando a estigmatização apontada por Goffman, mantendo os doentes mentais atados, e no caso do psicopata encarcerado até a morte.

Serafim e De Barros, levantam a seguinte elucubração: “no Brasil e no mundo está comprovado que a mera redução dos leitos psiquiátricos acaba por criminalizar os pacientes, que, sem estrutura hospital adequada, terminam sendo presos por aparelhos policiais.”<sup>34</sup>

Tal posicionamento contrapõe a defesa da luta pelo fim dos manicômios, que devem ser tratados com a devida acuidade, pois é despidendo argumentar que o paciente tem que ser tratado com humanidade, mas a exclusão dos pacientes do convívio social e o confinamento em hospitais psiquiátricos e manicômios precisam ser revistos, e estão o sendo, tendo a Lei 10.216/01, esse fito de combater as práticas de tortura, maus-tratos e esquecimento que operavam (e ainda operam) nesse sistema.

Verona<sup>35</sup> sustenta acerca da Reforma Psiquiátrica:

A crítica vai ao cerne do problema, e, ao ousar falar sobre o fim dos manicômios, problematiza as formas de relação da sociedade com a loucura, a definição da normalidade e as regras de participação no meio social. Ela rompe com a certeza de que os loucos caberia sempre e apenas o hospício, e coloca para a sociedade questões sobre como seriam as relações com as pessoas portadoras de doenças mentais sem os manicômios ou sobre o que se faria com os “loucos” libertados.

---

<sup>33</sup> ANDRADE, Vera Regina de. **O sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher: a soberania patriarcal**. DISCURSOS SEDIOSOS. Crime, Direito e Sociedade. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, Editora Revan, 2007, p.171

<sup>34</sup> SERAFIM, Antônio de Pádua; DE BARROS, Daniel Martins. Apontamentos sobre assistência aos portadores de transtorno mental. Editora Consulex, ano XIV- n. 320, 15 de maio de 2010, p.27.

<sup>35</sup> VERONA, Humberto. Pelo fim dos manicômios: A posição da psicologia sobre o tratamento dos transtornos mentais. Editora Consulex, ano XIV- n. 320, 15 de maio de 2010, p.32

Michelon<sup>36</sup> complementa o argumento,

[...] a nossa luta é para que os gestores públicos das três esferas de governo ( municipal, estadual, e federal) assegurem os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais, mediante efetiva implementação dos serviços substitutivos em todos o País, dando-se, assim, cumprimento ao princípio da dignidade da pessoa humana. (grifo nosso)

Vê-se, deste modo que há uma grande luta pelo fim dos manicômios, todavia a situação é complicada quando diante de um caso de infrator com transtorno mental, *v.g.*, o psicopata. Barros relata que: “Não sem razão a lei da Reforma Psiquiátrica, ainda não se ter estendido a essas pessoas.”<sup>37</sup> A questão da doença mental, em si já é polêmica, quando ele comete delitos, a situação fica ainda mais complicada, em que pese as palavras de BARROS (2010, p. 41),

Os loucos custodiados pelo Estado em razão da prática de crimes são seres submetidos a um mundo com signos e regras próprias, que devem desvendar e compreender e aos quais, em que pese o direito ao tratamento adequado e necessário não ser respeitado, devem se submeter, de preferência sem questionar, ainda que seja tão somente para conseguirem continuar vivos. Sem que ninguém lhes explique a situação irreal pela qual passavam. Como se, por serem loucos, não tivesse qualquer direito – estivessem jogados à própria sorte e a doses e doses de Haldol e Fernegan (quando há)

Para FERRAJOLI, “acima de qualquer argumento utilitário, o valor da pessoa humana impõe uma limitação sobre o qual se funda, irredutivelmente, o rechaço da pena de morte, das penas corporais, das penas infames e, por outro lado, da prisão perpétua e das penas privativas de liberdade excessivamente extensas”<sup>38</sup>. E ainda: “um Estado que mata, que tortura, que humilha um cidadão não só perde qualquer legitimidade, senão que contradiz sua razão de ser, colocando-se no nível dos mesmos delinqüentes”.

Nesta mesma linha de pensamento, Barros<sup>39</sup>, obtempera:

Sabido é que a sociedade precisar manter ocultas suas próprias contradições, e em se tratando de doentes mentais que praticam crimes, isso é evidente: são os excluídos dos excluídos, os esquecidos dos esquecidos, afinal são pobres, e loucos – os mais miseráveis – os que mais devem permanecer ocultos.

---

<sup>36</sup> MICHELON, Paulo Roberto Peres. A liberdade e o militante antimanicomial. Editora Consulex, ano XIV- n. 320, 15 de maio de 2010, p.34.

<sup>37</sup> BARROS, Carmem Silvia de Moraes.op.cit., p.41.

<sup>38</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.334.

<sup>39</sup> BARROS, Carmem Silvia de Moraes.op.cit., p.41.

Diante deste quadro, os infratores com transtorno mental, tais como, o psicopata, acabam amargando o seu resto de vida cumprindo medida de segurança, tendo na verdade, um sistema de prisão perpétua, que em tese é defesa no Brasil, uma vez que a proibição da prisão perpétua está associada a um dos princípios gerais do direito, qual seja o da humanidade, alcançado constitucionalmente, com a vedação ao tratamento degradante e desumano.

Apesar de não dispor expressamente sobre o tratamento do interno na Medida de Segurança, utiliza-se, semelhantemente, os preceitos do artigo art. 5º, XLIX (“é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”<sup>40</sup>) e do art. 5º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (“Ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.”<sup>41</sup>). Como afirma Marques<sup>42</sup>:

Readaptar o delinquente e tentar submetê-lo ao tratamento que a ciência preconiza para dele fazer um ente útil à coletividade, longe de configurar um cerceamento indevido às liberdades humanas, constitui tarefa das mais dignificantes em defesa dos próprios direitos que são imanentes à pessoa humana o que se faz necessário, tão-só, é que esse trabalho de readaptação se enquadre nas garantias constitucionais que amparam o direito de defesa. E é por isso que a aplicação das medidas de segurança não pode deixar de ser feita jurisdicionalmente, em processo regular de caráter acusatório, tal como o consagra a Declaração Universal dos direitos do Homem, das Nações Unidas, em seus artigos 10 e 11.

Percebe-se que a despeito da infração ao bem jurídico, o agente deve ser considerado homem, cidadão, ser humano, titular de direitos, ainda que legalmente privados pelo Estado.

Consigna-se que a lei existe para proteger o homem e sua integridade, de igual modo existe para zelar pela segurança da sociedade. Desta maneira, como sopesar individual e coletivo? Como preferir um em favor do outro? Como manter internado e em tratamento eterno um psicopata delinquente, privando-o de sua liberdade, “protegendo-o” da sociedade e de suas regras, protegendo-a de sua periculosidade? É possível falar em dignidade humana, em direitos humanos? É possível crer na efetiva proteção de direitos que a lei diz proteger?

---

<sup>40</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em 10 de outubro de 2012, p.1.

<sup>41</sup> BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: [http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm). Acesso em 10 de outubro de 2012, p.1.

<sup>42</sup> Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Campinas: Millennium, 2002. V.1, p.226.

*Ad argumentandum*, BARROS<sup>43</sup> relata que, “[...] essa realidade só será alterada quando a Lei 10.216/01 (Lei da Reforma Psiquiátrica) for aplicada em sua integralidade, ou seja, se estender também aos loucos que praticam crimes”.<sup>44</sup>

Pereira critica que: “[...] mesmo após onze anos do movimento da luta antimanicomial, os Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, continuam apresentando as mesmas mazelas de outrora, tratando os internos de forma desumana.”<sup>45</sup> Arremata afirmando,

A política de saúde mental instituída pela Lei n. 10. 216 de 2001, embora frutuosa na campanha pela humanização dos que padecem de transtorno mental, ainda apresenta inúmeros desafios na garantia do direito fundamental a saúde, dentre eles, expugnar do esquecimento o psicopata e tratá-lo com as especificidades que o caso demanda, considerando individualmente cada pessoa, como um ser detentor de dignidade, cidadania e titularidade de direitos, fugindo do ranço do sistema imposto pelo Código Penal e pela Lei de Execução Penal. (2011, p. 226)

A par das crises levantadas sobre a Lei da Reforma Psiquiátrica, muitas são as indagações que devem ser feitas, e que merecem respostas, tais como: O que fazer com o psicopata nessa nova sistemática da Luta Antimanicomial? Será necessário uma nova visão de do modelo jurídico-terapêutico-punitivo prisional” dos HCTPS.

Barros<sup>46</sup> sustenta que, “[...] para mudar a realidade, não basta vontade; é preciso ter coragem. É preciso ter coragem para admitir que o manicômio judiciário é um mal que não cabe abrandar, atribuindo-lhe finalidades filantrópicas”. Em complemento a essa idéia, a autora ressalta:

Como consequência, os portadores de transtorno mental que praticaram crimes deverão ser tratados pelo sistema de saúde, preferencialmente em liberdade, vetada a permanência no sistema prisional. Em caso de prisão em flagrante, ou cautelar, constado o transtorno mental, o preso deverá imediatamente transferido, de acordo com o parecer de equipe de saúde multiprofissional, para equipamento da rede de saúde adequado ao seu caso, para tratamento a intervenção compulsória só eticamente admissível se for absolutamente indispensável e tiver por fim assegurar a saúde mental do paciente. A internação compulsória não poderá ultrapassar o tempo estritamente necessário para estabilização do quadro agudo, nos termos da indicação da

---

<sup>43</sup> BARROS, Carmem Silvia de Moraes, p.41.

<sup>44</sup> BARROS, Carmem Silvia de Moraes. op.cit., p.41.

<sup>45</sup> PEREIRA, Sarah Caroline de Deus. **Reforma Psiquiátrica versus sistema de justiça criminal: A luta pela efetividade dos direitos humanos ao louco infrator**. In: CARVALHO, Acélio Rodrigues; BARUFFI, Helder, (orgs.).IV Encontro Científico Transdisciplinar Direito e Cidadania. II Fórum de Segurança Pública. Anais... Dourado: UFGD UEMS, 2011, p.220.

<sup>46</sup> BARROS, Carmem Silvia de Moraes. op.cit., p.42.

equipe de saúde interdisciplinar; cessado este período, se necessário para manutenção de sua saúde mental, o paciente deve ser encaminhado para tratamento em liberdade, em equipamento de rede de saúde de acordo com o seu quadro e projeto terapêutico individualizado elaborada por equipe de saúde.<sup>47</sup>

Em relação a este estudo, os psicopatas, precisam de internação, mas não no modelo proposto pelo ordenamento jurídico brasileiro, sendo ultrajante se pensar em decorrência da reforma psiquiátrica nos fins dos manicômios, visto que a heterogeneidade típica da psicopatia exige um tratamento dentro do modelo hospitalocêntrico, e como fim dos hospitais esses indivíduos serão erroneamente encaminhados as penitenciárias, sendo duplamente vitimizados pelo sistema de justiça criminal.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

São poucos os indivíduos que refletem não apenas acerca de sua própria segurança ou do meio em que convivem, mas também no que motivou o agente infrator a realizar tal conduta ilícita. Raros ainda são os que se preocupam com a pessoa do marginal propriamente dita. Paralelamente a isso, há um comentário a respeito destes criminosos, taxando-os muitas vezes como psicopatas. Contudo, insta esclarecer que nem todos os indivíduos criminosos são portadores de psicopatia.

Os psicopatas geralmente são sujeitos com problema na auto-estima, não possuem o menor sentimento de culpa ou remorso, são impulsivos, se valem de mentiras e dissimulações para conseguirem o que querem, não tem empatia, não consegue se por no lugar do outro, tampouco conseguem compreender a punição destinada ao cometimento de delito, embora possuam inteligência aguçadíssima, enquadrando essas características nas tipologias vistas, tais como: amorais, astênicos, sexuais, fanáticos e hipertímicos e ostentativos, cabendo a perícia aferir quando o infrator que cometeu delitos é acometido da psicopatia, usando o método Hare para se chegar a este denominador.

Salienta-se que a psicopatia é um distúrbio mental crônico que, se comprovada, é pressuposto para absolver o psicopata, mas mantê-lo em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, cumprindo sanção penal em forma de medida de segurança.

Em comprovado que o psicopata é não se autodeterminou para o cometimento do delito, é aplicada a medida de segurança pelo ordenamento jurídico, que por sua vez, embora não aceite a idéia de pena superior a 30 anos, a contempla nos casos de psicopatia, em que a pena é ilimitada, e em

---

<sup>47</sup> idem.

muitos casos superior a esse período, ferindo de morte o princípio da humanidade, da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da sociabilidade, uma vez que a função da pena aplicada ao criminoso é dar a ele condições de ser re-introduzido ao convívio social, a eficácia dessa pena deverá ser tal que o agente possa viver em sociedade com uma conduta compatível aos bons costumes e à legislação vigente, e não ficar recluso até a morte.

A medida de segurança para delinquentes psicopatas, por seu caráter de tratamento curativo legalmente ilimitado, revela-se uma privação da liberdade de cunho perpétuo, que impede o agente de ser devolvido à sociedade, paradigma que se choca com sistemática da Lei da Reforma Psiquiátrica, que estabelece que os doentes mentais sejam direcionadas à saúde pública, lutando pelo fim dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTP's) e tirando dos tentáculos do direito penal, e remetendo a saúde pública, que a seu turno tem um histórico deficitário no tratamento da saúde mental.

A par das dificuldades existentes no âmbito estrutural brasileiro, a Lei da Reforma Psiquiátrica é ineficaz nos casos nos casos do infrator com transtorno mental, não contempla a sua subjetividade, ao contrário, o marginaliza, estigmatiza-o na sociedade, e ao mesmo tempo submete a uma terapêutica violenta, principalmente quando o agente é um psicopata, em que se revestindo de um falso modelo terapêutico impõe uma medida de segurança *ad eternum*.

À guisa de arremata, pensar em um sistema sem HCTP's é surrealismo, se os extinguirem haverá um caos no atendimento aos sujeitos com psicopatia, porque serão remetidos ao presídio, e lá serão vitimizados, porque não receberão do Estado a terapêutica necessária para o seu tratamento. A proposta do movimento antimanicomial é utópica frente a necessidade de acompanhamento do psicopata em hospitais, devendo haver nos hospitais o proposto pela Reforma Psiquiátrica no que tange ao atendimento humanitário, prezando pela singularidade do sujeito à luz da dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA JR, A; COSTA JÚNIOR, J.B.de O. e. **Lições de Medicina Legal**. 22 ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional. 1998.

ANDRADE, Vera Regina de. **O sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher: a soberania patriarcal**. DISCURSOS SEDIOSOS. Crime, Direito e Sociedade. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, Editora Revan, 2007.

BARROS, Carmem Silvia de Moraes. **Aplicação da reforma psiquiátrica e da política da saúde mental ao louco infrator**. Revista Jurídica Consulex. pg. 41 a 42. Brasília: Editora Consulex, 15 de maio de 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em 10 de outubro de 2012.

\_\_\_\_\_. **Lei 10.216, de 06 de abril de 2001** - Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LEIS\\_2001/L10216.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10216.htm)>. Acesso em: 9 set. 2012.

CASOY, Ilana. **Serial killer: louco ou cruel?** 6. ed. São Paulo: Madras, 2004.

DINIZ, Laura. **Psicopatas no divã**. Disponível em <<http://veja.abril.com.br/010409/entrevista.shtml>>. Acesso em 10 out. 2012.

CABRAL, Cesar Danilo. **O sombrio mundo dos psicopatas**. Revista Mundo Estranho. São Paulo: Editora Abril, setembro de 2010.

DELGADO, Paulo. **O espírito da Lei n.º 10. 216/01**. Revista Consulex. Brasília: Editora Consulex, ano XIV- n. 320, 15 de maio de 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **História da Loucura na Idade Clássica**. 8 ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2005.

GARCIA, José Alves. **Psicopatologia forense: para médicos, advogados e estudantes de medicina e direito**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

GAUER, Gabriel Jos Chitttó (et al). **Inimputabilidade e doença mental** In: GAUER, Ruth Maria Chitttó ( coord). **Sistema Penal e Violência**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris. 2006.

GOFFMAN, Erving. Estigma. **Manicômios, prisões e convênios**. São Paulo: Perspectiva, 2007..

\_\_\_\_\_. **Notas sobre a manipulação da Identidade Deteriorada**. 4<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008

GOMES, Hélio. **Medicina legal**. 24 ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1985.

HARE, Robert D. **Psicopatia: teoria e pesquisa**; trad. De Cláudia Moraes Rêgo. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e científicos, 1973.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Campinas: Millennium, 2002. V.1

MICHELON, Paulo Roberto Peres. **A liberdade e o militante antimanicomial**. Editora Consulex, ano XIV- n. 320, 15 de maio de 2010.

MORAIS, Sabrina. **O direito humano fundamental ao desenvolvimento social: Uma abordagem interdisciplinar e pluralista ao direito constitucional comparado entre o Brasil e Espanha**. Florianópolis: Editora: OAB/SC, 2007.

MORANA, Hilda C. P.; STONE, Michael H.; ABDALLA-FILHO, Elias. **Transtornos de personalidade, psicopatia e serial killers**. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rbp/v28s2/04.pdf>>. Acesso em 10 out. 2012.

PEREIRA, Sarah Caroline de Deus. **Reforma Psiquiátrica versus sistema de justiça criminal: A luta pela efetividade dos direitos humanos ao louco infrator**. In: CARVALHO, Acelino Rodrigues; BARUFFI, Helder, (orgs.).IV Encontro Científico Transdisciplinar Direito e Cidadania. II Fórum de Segurança Pública. Anais... Dourado: UFGD UEMS, 2011.

SERAFIM, Antônio de Pádua; DE BARROS, Daniel Martins. **Apontamentos sobre assistência aos portadores de transtorno mental**. Editora Consulex, ano XIV- n. 320, 15 de maio de 2010.

SHAKESPEARE, William. **A tragédia de Macbeth**. Trad. de Péricles Eugênio da Silva Ramos. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1966.

SILVA. José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 6ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

VERONA, Humberto. Pelo fim dos manicômios: A posição da psicologia sobre o tratamento dos transtornos mentais. **Consulex**, ano XIV- n. 320, 15 de maio de 2010.

WAGNER, Dalila. **Psicopatas Homicidas e sua Punibilidade no Atual Sistema Penal Brasileiro**. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 30 de out. de 2008. Disponível em: <[http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/5918/psicopatas\\_homicidas\\_e\\_sua\\_punibilidade\\_no\\_atual\\_sistema\\_penal\\_brasileiro](http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/5918/psicopatas_homicidas_e_sua_punibilidade_no_atual_sistema_penal_brasileiro)>. Acesso em: 10 out. 2012.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. et. al. **Direito Penal Brasileiro – 1**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1998.





# COSMOPOLITISMO JURÍDICO: PRETENSÕES E POSIÇÕES NA INTERSEÇÃO ENTRE FILOSOFIA POLÍTICA E DIREITO

*Gisele Guimarães Cittadino\**  
*Deo Campos Dutra\*\**

## **Resumo**

O presente artigo é dividido em três segmentos e tem como intuito principal introduzir o tema do cosmopolitismo, especificamente, o cosmopolitismo jurídico. Partindo dos fundamentos filosóficos definidos pelos Cínicos, o texto, em sua primeira parte, busca identificar uma série de correntes filosóficas que se apropriam e utilizam do termo. Neste momento, na esteira de Held, identificamos oito princípios fundamentais para o termo cosmopolitismo. Num segundo momento, o texto pretende demonstrar a transmutação do cosmopolitismo moral dos cínicos no cosmopolitismo jurídico kantiano. Por fim, já exclusivamente na dimensão jurídica do cosmopolitismo analisamos o sentido dado por Seyla Benhabib ao termo e sua influência do mesmo no conceito de Interação Democrática proposto pela autora.

## **Palavras-chave**

Cosmopolitismo. Cosmopolitismo jurídico. Interação Democrática.

## **Abstract**

This article is divided into three segments and has the intention to introduce the main theme of cosmopolitanism, specifically, the legal cosmopolitanism. Based on the philosophical foundations laid by the Cynics, the text, in its first part, seeks to identify a number of philosophical doctrines who appropriates and use the term. At this time, following Held, the text identified eight key principles for the term cosmopolitanism. Secondly, the paper seeks to demonstrate the transmutation of moral cosmopolitanism of cynics in Kantian's legal cosmopolitanism. Finally, since only in the legal dimension of cosmopolitanism, the text analyze the meaning given to the term by Seyla Benhabib and its influence on the concept of Democratic Interaction proposed by the author.

## **Keywords**

Cosmopolitanism. Legal Cosmopolitanism. Democratic Interaction.

---

\* Mestre em Direito pela UFSC e Doutora em Ciência Política pelo IUPERJ. Professora e coordenadora do PPGD da PUC-Rio.

\*\* Mestre e Doutorando em Direito pela PUC-Rio. Professor Universitário.

## 1. INTRODUÇÃO: MAS, AFINAL, O QUE É COSMOPOLITISMO?

O estudo do cosmopolitismo possui papel de destaque nos mais diversos campos das ciências sociais e humanas. Autores das relações internacionais<sup>1</sup>, antropologia<sup>2</sup>, sociologia<sup>3</sup> e filosofia reservam ao tema curiosidade científica há mais de um século. Entre os diversos temas que o assunto trás consigo estão incluídos o entendimento do indivíduo como portador de uma razão comum, de uma moral coincidente e, conseqüentemente, de um conjunto de direitos que os identifica e, portanto, são legítimos para serem arguidos por qualquer ser humano.

O Direito também reservou ao tema sua importância. Desde os egípcios até os autores contemporâneos a ideia de uma sociedade cosmopolita fascina e atrai. Dezenas de autores fundamentais consumiram seus estudos na busca pela identificação de um conteúdo mínimo que trouxesse em seu sentido a essência daquilo que inicialmente foi chamado de “cidadão do mundo” por Diógenes, um dos Cínicos Gregos.

O termo cosmopolitismo possui diversos sentidos de acordo com o autor que aborda o tema. Para uns, como Martha Nussbaum, significa uma atitude de moralidade que substitui o amor pelo país pelo amor a humanidade<sup>4</sup>. Para outros, como Jeremy Waldron, o cosmopolitismo significa a certeza de que a característica do indivíduo e de suas complexas aspirações não podem ser circunscritas a fantasias nacionalistas e comunidades primordiais<sup>5</sup>. Um terceiro grupo de pensadores, ligados a Teoria Crítica, veem o cosmopolitismo como uma filosofia normativa que carrega o universalismo das normas do discurso ético para além dos estados nações, como Habermas, Held e Bohaman<sup>6</sup>.

Segundo Appiah, uma das referências do cosmopolitismo clássico na contemporaneidade, o termo designa a fé numa verdade universal, na crença

---

<sup>1</sup> Braga, Leonardo Carvalho. O Debate Cosmopolitismo x Comunitarismo sobre Direitos Humanos e a Esquizofrenia das Relações Internacionais. CONTEXTO INTERNACIONAL, Rio de Janeiro, vol. 30, no 1, janeiro/abril 2008, p. 141-169.

<sup>2</sup> ORTIZ, Renato. Diversidade cultural e cosmopolitismo. Lua Nova [online]. 1999, n.47, p. 73-89. ISSN 0102-6445. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451999000200005>.

<sup>3</sup> Beck, Ulrich and Beck-Gernsheim, Elisabeth, Global Generations and the Trap of Methodological Nationalism for a Cosmopolitan Turn in the Sociology of Youth and Generation (February 2009). European Sociological Review, Vol. 25, Issue 1, p. 25-36, 2009. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1444228> or <http://dx.doi.org/jcn032>; VANDENBERGHE, Frédéric. Um estado para o cosmopolitismo. Novos estud. - CEBRAP [online]. 2011, n.90, p. 85-101. ISSN 0101-3300. <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-33002011000200007>.

<sup>4</sup> Nussbaum, Martha. Patriotism e Cosmopolitism. In: Cohen, Joshua (org) For Love of Country: debating the limits of Patriotism. Boston: Beacon Press, 1996. p. 3

<sup>5</sup> Waldron, Jeremy. Minority cultures and the Cosmopolitical Alternative. In: Kymlicka, Will(org) Rights Of Minority Cultures. Oxford: Oxford University Press, 1995. p.93

<sup>6</sup> Benhabib, Seyla. Another Cosmopolitism. Oxford: Oxford University Press, 2006. p.18

de um pluralismo pautado em valores comuns que podem ser divididos entre todas as sociedades.<sup>7</sup>

Para Seyla Benhabib, uma das autoras com liderança na defesa do cosmopolitismo jurídico, o cosmopolitismo é a emergência de normas que deveriam governar as relações entre os indivíduos numa sociedade civil global. Essas normas não estariam nem presas ao sentido de normas morais, tampouco ao sentido de normas legais. Elas estariam melhor enquadradas, diz a autora, como “morality of the law”.<sup>8</sup>

Já para Garret Wallace Brown, outro autor contemporâneo que entende o cosmopolitismo sob seu prisma jurídico, o termo possui um sentido que se alimenta em Kant e, apesar dos diversos prismas, sustenta-se na constituição e limitação de princípios normativos e morais de respeito ao valor humano e justiça global.<sup>9</sup>

Com tantos conceitos e os mais diversos pontos de vistas que ora convergem ora não, podemos concluir que se torna virtualmente impossível identificar um conceito comum de cosmopolitismo. É necessário buscar uma outra alternativa de definição para um conceito tão amplamente divulgado e com tantas vertentes.

Com o intuito de encontrar pontos comuns entre as diversas plataformas cosmopolitas, e, seguindo David Held, optamos por identificar uma série de princípios que seriam fundamentais para definir o sentido e o significado do termo cosmopolitismo.

O primeiro destes princípios seria o da “igualdade de valor e dignidade entre todos os indivíduos”. De acordo com este princípio, seria o indivíduo e não os estados ou qualquer outra forma de associação humana particular, a última unidade de preocupação moral; o segundo princípio, denominado “a agência ativa” por Held, trás consigo a ideia da capacidade de que uma comunidade humana deve ter de não só respeitar as particularidades dos indivíduos mas de enquadrar a comunidade humana a cada uma dessas demandas particulares<sup>10</sup>.

A responsabilidade pessoal, por sua vez, aparece como um terceiro princípio que entende que cada indivíduo irá escolher uma diferente maneira para desenvolver suas potencialidades. Essa escolha envolve, necessaria-

---

<sup>7</sup> APPIAH, Kwame Anthony. *Cosmopolitanism: Ethics in a world of Strangers*. London/ New York: WW Norton & Company, 2006.p 144.

<sup>8</sup> Benhabib, Seyla. *Another Cosmopolitanism*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p.20

<sup>9</sup> Brown, Garret Wallace. *Moving from Cosmopolitan Legal Theory to Legal Practice: models of cosmopolitan law* In: Held, David and Brown, Garret Wallace(org). *The Cosmopolitanism reader*. Cambridge: Polity Press, 2010. p. 254

<sup>10</sup> Held. David. *Principles of Cosmopolitan Order*. In: Held, David and Brown, Garret Wallace(org). *The Cosmopolitanism reader*. Cambridge: Polity Press, 2010. p. 231

mente, diversas perspectivas sociais, culturais e econômicas. Agir com responsabilidade cosmopolita é entender que essas diferenças devem ser aceitas e bem vindas por todos aqueles que compõem aquela sociedade. O princípio do consenso, o quarto princípio do cosmopolitismo para Held, reconhece que o comprometimento do igual valor moral de todos os indivíduos requer uma política não coercitiva no processo de negociação social para o encontro de uma escolha comum de sociedade, escolha essa que, por sua vez, exige um consenso não coercitivo e baseado no entendimento comum de todos sobre um determinado ponto. O princípio da decisão coletiva deve ser analisado em conjunto com o do consenso que irá, por sua vez, legitimá-lo. Para o autor é necessário que todas as decisões que irão vincular os indivíduos daquela sociedade cosmopolita sejam feitas através dos votos, tendo como mecanismo e procedimento a regra da maioria. Esse princípio reconheceria a importância do processo de inclusão para a garantia do consenso legitimador da decisão final.<sup>11</sup>

Por fim, surgem os princípios da inclusão e subsidiariedade; da prevenção de danos sérios e da sustentabilidade.<sup>12</sup> O princípio da inclusão se preocupa em deixar claro a necessidade de estabelecer um critério fundamental de desenho institucional para que os indivíduos, direta ou indiretamente, através dos seus representantes, possam exercer influência em sua sociedade. O princípio da prevenção de danos sérios é tido por Held como um princípio de alocação de prioridade nos casos mais vitais de necessidade do indivíduo. É um princípio que se preocupa com a justiça social que garante condições justas para que os indivíduos possam participar em nível de igualdade das decisões de suas comunidades e desfrutar do status de mesmo valor moral.

O último princípio elencado por Held, com o intuito de estabelecer características comuns mínimas ao cosmopolitismo, está ligado ao meio ambiente e tem o objetivo de afirmar que todo desenvolvimento, seja social, seja econômico, deve ser pautado numa gestão responsável dos recursos naturais da terra, atuando como um princípio guia para as políticas públicas que teriam no meio ambiente um ponto de observação para as escolhas a serem feitas.<sup>13</sup>

Finalizando sua análise, o autor expõe que seus oito princípios cosmopolitas podem ser melhor entendidos se forem analisados sob a ótica de três esferas ou como três grandes grupos: a primeira destas esferas ou grupos,

---

<sup>11</sup> Held, David. Principles of Cosmopolitan Order. In: Held, David and Brown, Garret Wallace(org). The Cosmopolitanism reader. Cambridge: Polity Press, 2010. p. 232

<sup>12</sup> Held, David. Principles of Cosmopolitan Order. In: Held, David and Brown, Garret Wallace(org). The Cosmopolitanism reader. Cambridge: Polity Press, 2010. p. 230

<sup>13</sup> Held, David. Principles of Cosmopolitan Order. In: Held, David and Brown, Garret Wallace(org). The Cosmopolitanism reader. Cambridge: Polity Press, 2010. p. 232

que abrange os três primeiros princípios, trata da organização fundamental do universo moral cosmopolita. O segundo grupo, que vai dos princípios quatro ao sexto, forma o conjunto que concentra os princípios que tratam da transformação da atividade individual cosmopolita em atividade conjunta, social, coletivamente cosmopolita. A última das esferas, que envolve os dois últimos princípios, é aquela preocupada com a preservação das fontes que serviriam como ponto de orientação para as decisões públicas.<sup>14</sup>

Esses princípios são resultado da atenção dada ao cosmopolitismo desde sua inicial posição como teoria filosófica até os dias de hoje como um conjunto de construções filosóficas políticas e jurídicas. Tentam guiar o leitor na busca pelo entendimento de qual seria, enfim, o conteúdo essencial do conceito de cosmopolitismo. É fato que exaurir as dúvidas sobre o verdadeiro sentido do termo cosmopolitismo é tarefa enciclopédica que pode, ao seu final, levar a uma resposta vazia. Talvez o sentido último do termo seja menos importante que sua função. Talvez o debate levantado na busca pela última palavra sobre o que é de fato o cosmopolitismo tenha, por si só, muito mais importância que sua solução. Enfim, acreditamos que, como na atividade intelectual, as perguntas e o debate sejam muito mais importantes que as respostas.

Esse texto também não tem como intuito marcar posição no debate entre os universalistas e relativistas<sup>15</sup>, nem tampouco exaurir todas as vertentes filosóficas e jurídicas daqueles que veem o cosmopolitismo como a maneira de entender e promover os direitos humanos.

O que este texto pretende é de maneira pontual e recortada oferecer ao leitor a perspectiva de alguns filósofos contemporâneos a respeito do tema, suas contribuições e contradições e sua importância para a filosofia política e, especialmente, para o direito. Aqui, muito mais do que concluir, a intenção é apresentar.

## 2. DO COSMOPOLITISMO MORAL DOS CÍNICOS AO COSMOPOLITISMO JURÍDICO DE KANT

A concepção filosófica que originalmente é considerada a fundadora do cosmopolitismo é constantemente atribuída aos cínicos, através da figura de Diógenes e sua já clássica declaração de que ele era na verdade não um

---

<sup>14</sup> Held, David. Principles of Cosmopolitan Order. In: Held, David and Brown, Garret Wallace(org). The Cosmopolitanism reader. Cambridge: Polity Press, 2010. p. 233

<sup>15</sup> Para o debate entre comunitaristas e universalistas ver: Kymlicka, Will. Filosofia Política Contemporânea. São Paulo: Martins Fontes. 2006. p. 253. Para uma alternativa a este debate ver: Flores, Joaquín. Herrera. Teoria Crítica dos Direitos Humanos: os direitos como produtos culturais. Rio de Janeiro: Lúmen Júris.2009 e Goodhart, Michael. Origins and Universality in the human rights debate: Cultural Essentialism and the challenge of globalization. In: Human Rights Quarterly, vol 23, 2005. p.935.

cidadão de sua cidade, mas do mundo<sup>16</sup>. Para alguns autores, no entanto a primeira concepção cosmopolita, ainda que não claramente verbalizada, seria a do pensamento do egípcio Anhanaton, em 1526 antes de Cristo.<sup>17</sup>

Mesmo não tendo dado a origem ao termo cosmopolita, certamente oriundo da expressão de Diógenes, podemos encontrar o sentido do termo na fala de Anhanaton quando ele afirma que todos os seres humanos possuem deveres morais para com os outros seres humanos de sua comunidade<sup>18</sup>

Foi, sem dúvida, na filosofia de Diógenes, o Cínico, que muitos filósofos encontraram inspiração para o Cosmopolitismo. De acordo com o grego, todas as pessoas são membros da mesma comunidade humana e, como resultado desta inserção, todos deveriam ser tratados com igualdade política sem apelar para alianças políticas particulares ou lugares de nascimento. Notem que Diógenes não faz conexão direta com a moralidade cosmopolita desenvolvida por ele e o direito cosmopolita. Seu foco, argumenta Garret Wallace Brown, está concentrado no tratamento hospitaleiro dos visitantes estrangeiros ao invés de certos deveres que deveriam ser objetos de algum tipo de lei universal da humanidade.<sup>19</sup>

Um dos pensadores influenciados por Diógenes é Zenão (Zeno) de Eléia que, por sua vez, influenciou os Estoicos Romanos.

Zeno de Eléia foi um filósofo discípulo de Parmênides e autor de diversos paradoxos importantes na filosofia<sup>20</sup>. Segundo Brown e Held, embora ainda exista um desacordo sobre qual foi a exata participação da concepção de “uma cidade, uma lei”, não resta dúvida a sua importante influência no pensamento de muitos estoicos<sup>21</sup>

Segundo Costas Douzinas, Zeno de Eléia foi, de fato, o fundador do cosmopolitismo. Para Douzinas “Zeno (ou Zenão), o fundador da Stoa (uma

---

<sup>16</sup> Segundo Pauline Kleingeld and Eric Brown “In fact, the first philosopher in the West to give perfectly explicit expression to cosmopolitanism was the Socratically inspired Cynic Diogenes in the fourth century bce. It is said that “when he was asked where he came from, he replied, ‘I am a citizen of the world [kosmopolitês]’” Ver: <http://plato.stanford.edu/entries/cosmopolitanism/>. Acesso em: 23/07/2012.

<sup>17</sup> Held, David and Brown, Garret Wallace. Editors Introduction. In: *The Cosmopolitanism reader*. Cambridge: Polity Press, 2010. p. 03.

<sup>18</sup> Harris, Hugu. *The Greek Origins of the idea of Cosmopolitanism*. In: *The International Journal of Ethics*, n. 38, vol 1. 1927.

<sup>19</sup> Brown, Garret Wallace. *Moving from Cosmopolitan Legal Theory to Legal Practice: models of cosmopolitan law* In: Held, David and Brown, Garret Wallace(org). *The Cosmopolitanism reader*. Cambridge: Polity Press, 2010. p. 249

<sup>20</sup> Para mais detalhes ver: <http://plato.stanford.edu/entries/zeno-elea/>

<sup>21</sup> Held, David and Brown, Garret Wallace. Editors Introduction. In: *The Cosmopolitanism reader*. Cambridge: Polity Press, 2010. P. 04. Para mais detalhes da obra e vida do filósofo contemporâneo de Sócrates, ver: Palmer, John, "Zeno of Elea", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2012 Edition), Edward N. Zalta (ed.), <http://plato.stanford.edu/archives/spr2012/entries/zeno-elea/> . Acesso em 27/07/2012

arcadia de cores vivas, onde trabalhou), um cipriota que ensinou em Atenas na quarta metade do terceiro século, é considerado como o inventor do cosmopolitismo<sup>22</sup> Segundo o autor, seu texto, *Republic*, é o único trabalho sustentável de filosofia política dos estoicos gregos.<sup>23</sup>

Foram os autores romanos, entre eles Cícero, Marco Aurélio e Marcus Cícero, aqueles que podem ser considerados os responsáveis pelo desenvolvimento e aprofundamento do pensamento que iria influenciar profundamente Kant na formulação do cosmopolitismo filosófico como conhecemos hoje. Se, para os cínicos, classe, status, nacionalidade, local de residência e até mesmo gênero eram tratados como secundários e até moralmente irrelevantes, foram os estoicos romanos que argumentaram que em cada indivíduo habita duas comunidades: a comunidade do local de seu nascimento e a comunidade dos seres humanos.<sup>24</sup>

Segundo os estoicos romanos a base da comunidade humana é o valor da razão que cada ser humano possui. Essa razão seria a porção do divino que cada um de nós possuímos. Essa porção divina que nos torna racionais e morais nos torna cidadãos comuns. Diz Marco Aurélio, citado por Nussbaum: “Se a razão é comum, assim também é a lei, e se a lei é comum, então somos concidadãos. Se é assim, nós compartilhamos em uma espécie de política organizada. E se é assim, o mundo é como se fosse uma cidade-estado.”<sup>25</sup>

É a razão comum que nos torna companheiros. O local de nascimento da pessoa é apenas um acidente de percurso, qualquer um pode nascer em qualquer lugar. Devemos é nos atentar em reconhecer a humanidade, inde-

---

<sup>22</sup> “Zeno, the founder of the Stoa(a brightly coloured arcade where he taught), a Cypriot who taught in Athens in the fort half of the third century, is considered as the inventor of cosmopolitanism”

<sup>23</sup> Ver: Douzinas, Costas. *Human Rights and Empire: The Political Philosophy of Cosmopolitanism*. London: Routledge Cavendish, 2007. p. 153. É importante salientar que a vertente filosófica denominada estoicismo foi presente nas culturas gregas e romana e é dividida em três fases. Zenão de Eléia pode ser considerado como parte dos pensadores que compuseram o chamado estoicismo antigo (século III A.C), ao passo que os Romanos que iremos tratar no texto fazem parte do chamado período de estoicismo imperial ou novo estoicismo, uma fase estritamente romana já próxima a data do nascimento de cristo. Para mais detalhes do Estoicismo e suas ligações com o direito ver: Barreto, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 295- 297.

<sup>24</sup> Nussbaum, Martha C. *Kant and Cosmopolitanism*. In: Held, David and Brown, Garret Wallace(org). *The Cosmopolitanism reader*. Cambridge: Polity Press, 2010. p. 29-30. Para mais detalhes entre as relação de Kant com os Estoicos ver: Nussbaum, Martha. *Kant and Stoic Cosmopolitanism*. *Journal of Political Philosophy*. Vol. 5,1997. p. 1-25.

<sup>25</sup> “If reason is common, so too is law; and if this is common, then we are fellow citizens. If this is so, we share in a kind of organized polity. And if that is so, the world is as it were a city state. Ver: Nussbaum, Martha C. *Kant and Cosmopolitanism*. In: Held, David and Brown, Garret Wallace(org). *The Cosmopolitanism reader*. Cambridge: Polity Press, 2010. p.30

pendentemente de onde ela ocorra, e seus ingredientes fundamentais, a razão e a capacidade moral, nossa fidelidade e respeito<sup>26</sup>

Mesmo nas interpretações romanas o propósito do cosmopolitismo não foi, fundamentalmente, o ideal de um estado mundial. O ponto, diz Nussbaum, é ainda mais extremo. A intenção é a construção de uma fidelidade moral não a uma mera forma de governo, com tempo determinado, mas sim a uma comunidade moral composta e criada pelos seres humanos e fundada na humanidade deles mesmos.<sup>27</sup>

Entretanto, não se pode esquecer que as raízes jurídicas já estavam presentes quando notamos a existência de, pelo menos, três princípios normativos no pensamento cosmopolita estoico. São eles: a sustentação de que os seres humanos são membros de uma mesma espécie e, portanto, devem fazer parte de uma comunidade unificada; a crença de que os homens são seres ligados por uma capacidade comum de racionalizar, se comunicar e realizar um julgamento reflexivo o que, portanto, legitima a ideia de que é possível a criação de princípios universais de valorização e respeito igual entre os seres humanos, oriundos justamente dessa capacidade comum de encontrar a razão fundamental; e, finalmente, a crença de que a razão humana estaria em harmonia com a natureza e a lei universal. Como consequência, os estoicos acreditavam firmemente que a espécie humana possuía um propósito unificador que serviria a uma lei universal natural.<sup>28</sup>

Entretanto, acreditamos, há um problema quando os estoicos imaginam a relação entre a teoria legal e a prática legal a ser implementada. Esse problema consiste justamente na busca por uma legitimação jurídica oriunda da constituição romana na aplicação desta lei aos povos afetados pelo avanço do império romano. Segundo Cícero, a lei romana promoveria o tratamento igualitário entre os sujeitos que se declarassem portadores dessa lei universal, garantindo a eles a possibilidade de serem detentores de propriedade privada, da segurança militar de Roma e da possibilidade de representação igualitária tal qual um cidadão romano.

O problema é que, aliada a essa posição cosmopolita pode-se perceber em Cícero uma dimensão imperialista que, aparentemente, mantinha fixada a esses direitos a cidadania romana. Ele nunca chegou a mencionar como seria aplicada a ideia cosmopolita aos indivíduos que não eram cidadãos romanos ou, numa situação ainda mais complexa, se negassem a ser incluí-

---

<sup>26</sup> Nussbaum, Martha C. Kant and Cosmopolitanism. In: Held, David and Brown, Garret Wallace(org). The Cosmopolitanism reader. Cambridge: Polity Press, 2010. p.31

<sup>27</sup> Nussbaum, Martha C. Kant and Cosmopolitanism. In: Held, David and Brown, Garret Wallace(org). The Cosmopolitanism reader. Cambridge: Polity Press, 2010. p.31

<sup>28</sup> Brown, Garret Wallace. Moving from Cosmopolitan Legal Theory to Legal Practice: models of cosmopolitan law In: Held, David and Brown, Garret Wallace(org). The Cosmopolitanism reader. Cambridge: Polity Press, 2010. p. 249

dos no Império Romano. Resultado: apesar de podermos observar em seus escritos uma filiação à filosofia cosmopolita, na prática Cícero parece mais vinculado a uma positivista subserviência ao conceito imperialista de obrigação legal.<sup>29</sup>

Nos séculos seguintes a ideia de uma ordem racional natural que transcende as diferenças entre os indivíduos tal como proposta pelos cínicos converge com a doutrina cristã da igualdade universal. A doutrina estoica da lei natural inspirou o ideal cristão de Cidade de Deus versus Cidade dos Homens de Santo Agostinho, e encontrou seu espaço nas teorias modernas da lei natural de Thomas Hobbes, John Locke, Jean- Jacques Rousseau e Kant.<sup>30</sup>

Foi com Kant, porém, que a doutrina cosmopolita tomou a feição atualmente reconhecida pelo direito como a ponto de interseção no cosmopolitismo entre a filosofia política contemporânea e a doutrina jurídica. Kant inaugura aquilo que se designa como cosmopolitismo legal.

O cosmopolitismo legal pode ser entendido como uma vertente do cosmopolitismo que procura examinar como o direito internacional pode, ou deve, constituir-se e restringir-se à moral e aos princípios normativos de justiça global, além de princípios cosmopolitas gerais. Possui como características três elementos: o primeiro deles é a utilização de princípios de justiça para avaliar certos aspectos fundamentais das normas internacionais existentes. A segunda característica é a realização de um crítico exame das normas atuais de direito internacional e as normas cosmopolitas existentes e sua associação com as normas constitucionais existentes. O intuito aqui é identificar como essas normas podem fazer parte de sistemas jurídicos internos a fim de torná-los mais cosmopolitas. A última das características é aquela que afirma a necessidade de um novo nível de lei que garanta a necessária segurança para a dignidade humana além do já tradicional sistema estado-nação.<sup>31</sup>

As atuais vertentes de entendimento do cosmopolitismo podem ser denominadas de cosmopolitismo cultural onde, de uma maneira geral, a maior preocupação é tentar compreender que existem princípios culturais que são universais já que certos deveres morais e obrigações não deixariam de sê-los pelo simples fato de cruzarmos fronteiras nacionais. O cosmopolitismo político, por sua vez, centra-se na ênfase e na possibilidade de uma “governança global” e de uma reforma nas instituições políticas internacionais de acordo com as ideias cosmopolitas. Já o cosmopolitismo cívico tem

---

<sup>29</sup> Brown, Garret Wallace. Moving from Cosmopolitan Legal Theory to Legal Practice: models of cosmopolitan law In: Held, David and Brown, Garret Wallace(org). The Cosmopolitanism reader. Cambridge: Polity Press, 2010. p. 250

<sup>30</sup> Benhabib, Seyla. Dignity in Adversity: Human Rights in troubled times. Cambridge: Polity Press, 2011. p. 05

<sup>31</sup> Brown, Garret Wallace. Cosmopolitan Legal Theory. p. 254

como preocupação a exploração de assuntos que envolvem a construção de organizações políticas supranacionais que atuariam em prol da formação de uma cidadania cosmopolita. Cada uma dessas vertentes possui seus representantes que não necessariamente se filiam a uma única vertente cosmopolita.<sup>32</sup>

Kant pode ser considerado como o primeiro portador desta vertente jurídica justamente porque o cosmopolitismo kantiano preocupa-se com as delimitações morais, legais e políticas que seriam necessárias para estabelecer a chamada justiça cosmopolita.<sup>33</sup>

Segundo Brown e Held essa conexão com o cosmopolitismo legal pode ser justificada:

“porque ele foi o primeiro cosmopolita a esboçar uma visão bastante abrangente do direito cosmopolita. No entanto, como a maioria dos cosmopolitas contemporâneos, seus interesses cobriam toda uma gama do pensamento cosmopolita (...) Além disso Kant [...] desejava acima de tudo criar um sentido universal de direito público cosmopolita, e é por esta razão que nós podemos entender que o seu cosmopolitismo atua como um precursor importante para muitos debates contemporâneos sobre justiça global”<sup>34</sup>

Kant, como herdeiro dos estoicos, possui com eles uma série de aproximações teóricas. Entre aquelas que mais se destacam observamos que tanto em Kant como nos estoicos as ideias de pessoa e razão são muito próximas e, inspirado nos estoicos, Kant formula sua concepção de seres racionais que habitam uma determinada comunidade. É nesta concepção estoica que está a origem da determinação de que o “homem é um fim em si mesmo”. Essa ideia, novamente coincidindo com os estoicos, é menos uma específica proposta política, do que um ideal regulativo que está no coração das reflexões tanto morais quanto políticas do autor.<sup>35</sup>

Um outro ponto importante de contato entre as formulações estoicas e Kant é o papel da participação dos indivíduos na formulação da lei da comunidade de seres humanos. Quando Kant enfatiza um cosmopolitismo legal, diz Nussbaum, ele segue fielmente os pontos de vista de Cícero e Marcus que, assim como o autor alemão, enfatizam que a lei é um complemento ne-

---

<sup>32</sup> Dentre os autores podemos citar Jeremy Waldron como referência do cosmopolitismo cultural; Ulrich Beck como representante do cosmopolitismo político e Martha Nussbaum como expoente do cosmopolitismo cívico

<sup>33</sup> Held, David and Brown, Garret Wallace. Editors Introduction. In: *The Cosmopolitanism reader*. Cambridge: Polity Press, 2010. p. 03

<sup>34</sup> Ver: Held, David and Brown, Garret Wallace. Editors Introduction. In: *The Cosmopolitanism reader*. Cambridge: Polity Press, 2010. p.09

<sup>35</sup> Nussbaum, Martha C. Kant and Cosmopolitanism. In: Held, David and Brown, Garret Wallace(org). *The Cosmopolitanism reader*. Cambridge: Polity Press, 2010. p.32

cessário ao código não escrito do código político cosmopolita<sup>36</sup>. Em Cícero, há ainda uma outra aproximação, e em ambos os pensadores percebe-se uma insistência na importância da justiça na conduta da vida política e uma recusa do papel central da moralidade.<sup>37</sup>

Entretanto, as diferenças também podem ser notadas, dentre elas, vale destacar a não aceitação moral das conquistas coloniais, por exemplo. Outras duas grandes diferenças são observadas entre os Estoicos e Kant. Elas estão centradas na teleologia e na visão das paixões para os autores.<sup>38</sup>

Segundo Seyla Benhabib a grande inovação na doutrina cosmopolita de Kant é o reconhecimento de três níveis de direitos – conectados, porém distintos - dentro do senso jurídico do termo. A lei doméstica, o primeiro destes níveis, é considerada a esfera positivada das relações de direito e, segundo Kant deve estar de acordo com uma constituição republicana<sup>39</sup>. O segundo nível do direito está nas relações entre os estados nações, ou seja, é representado pelos tratados internacionais. A novidade dos escritos do autor aparece quando ele expõe um terceiro nível de direito, o cosmopolita, ou seja, aquela esfera do direito preocupada com as relações entre indivíduos assim como com as iniciativas políticas organizadas dentro da sociedade civil global<sup>40</sup>

Em sua obra sobre o assunto, a Paz Perpétua<sup>41</sup>, Kant introduz o termo “dever de hospitalidade”<sup>42</sup> que, segundo a concepção de Benhabib, é importante porque toca na hipótese do indivíduo que entra em contato com outra comunidade política organizada. Tal comunidade, por uma questão de direi-

---

<sup>36</sup> Nussbaum, Martha C. Kant and Cosmopolitanism. In: Held, David and Brown, Garret Wallace(org). The Cosmopolitanism reader. Cambridge: Polity Press, 2010. p.33

<sup>37</sup> Nussbaum, Martha C. Kant and Cosmopolitanism. In: Held, David and Brown, Garret Wallace(org). The Cosmopolitanism reader. Cambridge: Polity Press, 2010. p.34

<sup>38</sup> Para uma análise mais pormenorizada da diferença entre as filosofias morais e suas consequências nos escritos políticos de Kant ver: Nussbaum, Martha C. Kant and Cosmopolitanism. In: Held, David and Brown, Garret Wallace(org). The Cosmopolitanism reader. Cambridge: Polity Press, 2010. p.32. Para As bases da filosofia moral do Cosmopolitismo Kantian over: Brown, Garrett Wallace. Kant's Cosmopolitanism In: In: Held, David and Brown, Garret Wallace(org). The Cosmopolitanism reader. Cambridge: Polity Press, 2010. p 46

<sup>39</sup> Segundo Kant, “The only constitution which derives from the idea of the original compact, and on which all juridical legislation of a people must be based, is the republican”. Kant, Immanuel. Perpetual Peace: A Philosophical Sketch, 1795. Ver: <http://www.thinkingwithhistory.net/continuing-studies/Kant,%20Toward%20Perpetual%20Peace.pdf>

<sup>40</sup> Benhabib, Seyla. Another Cosmopolitanism. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 21.

<sup>41</sup> Para mais detalhes sobre o texto e sua relação com o direito internacional ver: Nour, Soraya. A paz perpétua de Kant: filosofia do direito internacional. São Paulo: Martins Fontes, 2004. Segundo a autora o direito cosmopolita é apresentado por Kant como uma das condições positivas para a paz. A autora relata os mesmos princípios do dever de hospitalidade mas, ao contrário de Benhabib, não nomeia o princípio. p 54-58.

<sup>42</sup> Mais uma aproximação do autor com o pensamento de Cícero. Nussbaum, Martha C. Kant and Cosmopolitanism. In: Held, David and Brown, Garret Wallace(org). The Cosmopolitanism reader. Cambridge: Polity Press, 2010. p.34

to, deve permitir que todo hóspede demande do estado no qual se encontra o direito de residência, que, por sua vez, não poderia ser recusado. Neste caso, relata a autora, para Kant, não se trata de uma gentileza ou uma virtude daquele povo, mas sim - e é aí que reside a novidade cosmopolita - de um direito garantido pelo fato fundamental de se tratar de um ser humano.<sup>43</sup> Há, neste discurso de hospitalidade, uma transferência de uma linguagem moral para uma linguagem jurídica, diz Benhabib, que desloca o indivíduo de uma comunidade universal moral da qual ele é parte para um status jurídico dentro de uma sociedade civil mundial<sup>44</sup>

O dever de hospitalidade está situado na fronteira com a política e delimita o espaço civil que regula as relações entre os membros estrangeiros e nacionais de uma comunidade. Segundo Benhabib, ele ocupa um espaço entre os direitos humanos e os direitos civis e políticos, entre o direito oriundo da humanidade de um indivíduo e os direitos que são resultados do fato do sujeito fazer parte de uma determinada sociedade na qualidade de cidadão<sup>45</sup>. O direito de hospitalidade implicaria, enfim, uma demanda moral com potenciais consequências jurídicas em que essa obrigação dos estados em conceder a residência temporária aos estrangeiros estaria ancorada na ordem republicana cosmopolita.<sup>46</sup>

Um ponto fundamental abordado por Benhabib sobre o cosmopolitismo kantiano é a sua preocupação com possíveis atos imperialistas que as potências econômicas europeias poderiam cometer já no momento da expansão comercial ocorrida no século dezoito.<sup>47</sup> Para Kant, a conquista colonial era, ao contrário do que os estoicos defendiam, inaceitável.<sup>48</sup> Se, por um lado, ele defendia e justificava a expansão comercial e marítima do capitalismo em seu tempo, por outro, ele não apoiava o eurocentrismo europeu.<sup>49</sup>

O legado kantiano sem dúvida tem até hoje um papel de destaque como fundamento filosófico dos mais diversos autores que adotam o cosmopolitismo jurídico; entre eles, Habermas, Waldron, Nussbaum e Appiah, optamos por analisar um autor que possui sua própria teoria cosmopolita jurídica e traz consigo novas e interessantes ponderações: Seyla Benhabib.

---

<sup>43</sup> Benhabib, Seyla. *The Rights of Others*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 26

<sup>44</sup> Benhabib, Seyla. *Another Cosmopolitanism*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 149

<sup>45</sup> Benhabib, Seyla. *The Rights of Others*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 21

<sup>46</sup> Benhabib, Seyla. *Another Cosmopolitanism*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 23

<sup>47</sup> Segundo o historiador inglês Eric Hobsbawm, já naquela época, "a intrincada rede da economia mundial internacional já permitia que até mesmo as áreas geograficamente mais remotas tivessem relações direta e não apenas literárias com o resto do mundo" Hobsbawm, Eric. *A Era do capital*. 14ª Edição. São Paulo: Paz e Terra, 2009 p.96 Para detalhes da expansão comercial e imperial Européia ver do mesmo autor. *A Era dos império*, São Paulo: Paz e terra, 2009.

<sup>48</sup> Nussbaum, Martha C. *Kant and Cosmopolitanism*. In: Held, David and Brown, Garret Wallace(org). *The Cosmopolitanism reader*. Cambridge: Polity Press, 2010. p.34

<sup>49</sup> E sentido contrário ver: Harvey, David. *Cosmopolitanism and Geographies of Freedom*. New York: Columbia University Press, 2009.

### 3. UM EXEMPLO DO COSMOPOLITISMO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO: SEYLA BENHABIB

#### 3.1. A interação democrática de Seyla Benhabib:

O cosmopolitismo de Benhabib bebe da fonte kantiana em diversos aspectos. Fiel, assim como Kant, aos princípios de uma normativa internacional superior aos estados, a autora, nas palavras de Robert Post, percebe que o grande desafio dos nossos dias é a construção de uma teoria jurisprudencial que seja hábil em reconciliar o universalismo dos direitos humanos com a particularidade da lei positiva<sup>50</sup>. Em Kant a autora encontra a resposta pra essa questão.

No desenvolvimento de uma teoria que afirmava a necessidade da construção e solidificação de uma lei superior, que estaria acima das nações, e que protegeria todos os indivíduos, Kant funda sua teoria cosmopolita e encontra em Benhabib uma aliada na tese que ela designa como "The Law of World Citizenship Shall be Limited to Conditions of Universal Hospitality"<sup>51</sup>

A autora também se filia a Kant quando salienta que a lei doméstica de um determinado estado deve ser republicana e que a lei de hospitalidade kantiana interage com a autoridade democrática de uma determinada lei positiva comum. Talvez uma das inovações mais interessantes da autora esteja exatamente aí: no ponto de interseção entre lei comum e a lei de hospitalidade. Segundo Benhabib, por possuírem esferas públicas transparentes, as democracias são capazes de traduzir as visões éticas dos cidadãos em leis internas dos estados.<sup>52</sup> Seria a democracia, juntamente com a República, o alicerce e solo fértil dentro dos estados nações para a possibilidade da efetivação das leis de hospitalidade e, por sua vez, do cosmopolitismo jurídico por ela apregoadado.

Segundo Benhabib, a democracia ocupa um papel central porque é através da sociedade civil global que identificamos as forças que possuem a autoridade para a efetivação das normas cosmopolitas<sup>53</sup>. Essas forças, observa ainda a autora, estão firmemente comprometidas com as ideias de que estrangeiros legais ou ilegais devem ser tratados de acordo com as direitos humanos básicos.<sup>54</sup>

---

<sup>50</sup> Benhabib, Seyla. *Another Cosmopolitanism*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 16

<sup>51</sup> Benhabib, Seyla. *Another Cosmopolitanism*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 03

<sup>52</sup> Interessante observar as análises de Robert Post sobre a construção filosófica de Benhabib. Para mais detalhes ver: Benhabib, Seyla. *Another Cosmopolitanism*. Oxford: Oxford University Press, 2006. Notadamente sua parte introdutória.

<sup>53</sup> Benhabib, Seyla. *Another Cosmopolitanism*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 71

<sup>54</sup> Ver: Benhabib, Seyla. *Another Cosmopolitanism*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 03

A grande novidade trazida pela autora, entretanto, reside no processo denominado por ela de “Democratic Interaction” ou interação democrática. Interação democrática é, segundo a autora, uma consideração idealizada de legitimidade política sendo conceituada como:

“Um termo que uso para descrever a forma como a unidade e a diversidade dos direitos humanos é decretada e novamente decretada nas esferas públicas, não só nas assembleias e tribunais, mas muitas vezes de forma mais eficaz através de movimentos sociais, atores da sociedade civil e organizações transnacionais que trabalham além das fronteiras”<sup>55</sup>

Esse processo é baseado na liberdade comunicativa e compreende que a liberdade de expressão e associação não são apenas direitos de cidadania, mas condições cruciais para o reconhecimento dos seres humanos como indivíduos que acreditam, baseados em boas razões particulares, que vivem em ordem políticas legítimas<sup>56</sup>. Para a autora, somente se os indivíduos forem tidos como autores da normas e não como meros sujeitos da lei, pode a contextualização e interpretação dos direitos humanos, emergida de um processo livre e democrático de formação de opinião, terem credibilidade.

O conceito idealizado de interação democrática possui dois componentes: um empírico<sup>57</sup> e outro normativo. O componente normativo do conceito deriva das restrições que determinado discurso ético impõe sobre qualquer processo deliberativo. Como resultado, se o diálogo realizado com o intuito de contribuir na interação democrática não possuir a maior participação inclusiva possível de todos aqueles interessados, há uma ilegitimidade que irá transformar o processo em injusto em face da ausência da participação igualitária necessária.<sup>58</sup>

A interação democrática não está preocupada com quais normas serão válidas para os seres humanos em todos os tempos e lugares. O que lhe interessa é a pergunta: “em nossa visão moral, política e em nossos compromissos constitucionais como povo e em nossas obrigações internacionais, quais serão as decisões coletivas que podem ser ao mesmo tempo justas e legítimas?”<sup>59</sup> O que a autora busca é a justiça democrática através desta interação.

---

<sup>55</sup> Benhabib, Seyla. *Dignity in Adversity: Human rights in troubled times*. Cambridge: Polity Press, 2011. p. 15

<sup>56</sup> Benhabib, Seyla. *Dignity in Adversity: Human rights in troubled times*. Cambridge: Polity Press, 2011 p. 15

<sup>57</sup> Para mais detalhes sobre o componente empírico ver: Benhabib, Seyla. *Dignity in Adversity: Human rights in troubled times*. Cambridge: Polity Press, 2011

<sup>58</sup> Benhabib, Seyla. *Dignity in Adversity: Human rights in troubled times*. Cambridge: Polity Press, 2011. p. 151

<sup>59</sup> Benhabib, Seyla. *Dignity in Adversity: Human rights in troubled times*. Cambridge: Polity Press, 2011. p. 152

Essa interação requer “fronteiras porosas” onde é possível que todos os indivíduos que ocupam aquele espaço territorial, mesmo estrangeiros, possam se tornar residentes e de residentes possam se tornar cidadãos, ou seja, possam ter voz. O que a interação democrática propõe não deixa de ser uma dialética entre direitos e identidades.

Ao dar poder aos os indivíduos através do direito de manifestação, independentemente de suas origens, a interação democrática ultrapassa o clássico binômio sociológico entre estrangeiros e nacionais, entre cidadãos e imigrantes, reafirmando que essa divisão é muito mais fluida do que inicialmente se poderia imaginar.<sup>60</sup> Esse novo panorama reorganiza a democracia interna dos estados, reproduz-se num sistema republicano com claras características de autodeterminação de sociedade multinacional, de onde surgirão decisões mais legítimas do que nunca e que, por fim, sustentarão todas as normativas cosmopolitas que, ao serem legitimadas por esse processo iniciado através do diálogo e da interação democrática, podem criar, sem dúvida, um conjunto de princípios jurídicos construídos moralmente, com um universo de sentidos, valores e relações sociais, todos eles representando um cosmopolitismo jurídico até então não detentor desta força jurídica legítima.<sup>61</sup>

#### 4. CONCLUSÃO

O desenvolvimento do termo cosmopolitismo chegou ao direito e, com isso, deixou de ser apenas uma pretensão filosófica. Alcançando ideais normativos foi incorporado em diversas legislações internacionais e teve com Kant seu grande teórico moderno. A escola kantiana até hoje segue buscando o desenvolvimento do cosmopolitismo jurídico e sua expansão nos documentos normativos. Textos como os da Organização das Nações Unidas, diversos tratados de Direitos Humanos e de Direito Humanitário seguem refletindo o ponto de vista do cosmopolitismo jurídico que, apesar de severas críticas, continua ainda hoje sendo o fundamento teórico de grande parte do direito internacional ocidental.

Compreender as origens, o desenvolvimento e os movimentos que levaram o cosmopolitismo ao centro do pensamento de uma série de autores contemporâneos, aqui representados por Seyla Benhabib, é tarefa fundamental para que essa teoria filosófica e jurídica seja estudada, entendida, e só assim, bem questionada.

---

<sup>60</sup> Benhabib, Seyla. *Another Cosmopolitanism*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 68

<sup>61</sup> Benhabib, Seyla. *Another Cosmopolitanism*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 72

## REFERÊNCIAS

- APPIAH, Kwame Anthony. **Cosmopolitanism: Ethics in a world of Strangers**. London/ New York: WW Norton & Company, 2006
- ASSY, Bethânia. **Verso un nuovo cosmopolitismo: l'educazione dei sentimenti pubblici**. In: Luigi Pastore e N.G. Limnatis. (Org.). *Prospettive sul postmoderno. Ricerche etiche e politiche*. 1 ed. Milano: Mimesis Edizioni, 2005, v. , p. 95-123
- BARRETO, Vicente (org). **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BENHABIB, Seyla. **Dignity in Adversity: Human rights in troubled times**. Cambridge: Polity Press, 2011.
- \_\_\_\_\_. **Another Cosmopolitanism**. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- \_\_\_\_\_. **The Rights of Others**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- COHEN, Joshua (org). **For Love of Country: debating the limits of Patriotism**. Boston: Beacon Press, 1996
- DOUZINAS, Costas. **Human Rights and Empire: The Political Philosophy of Cosmopolitanism**. London: Routledge Cavendish, 2007.
- \_\_\_\_\_. **The End of Human Rights**. London: Hart, 2000
- FLORES, Joaquim Herrera. **Teoria Crítica dos Direitos Humanos: os direitos Humanos como produtos culturais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009
- GOODHART, Michael. Origins and Universality in the human rights debate: Cultural Essentialism and the challenge of globalization. In: **Human Rights Quarterly**, vol 23, 2005
- HARRIS, Huge. **The Greek Origins of the idea of Cosmopolitanism**. In: *The International Journal of Ethics*, n. 38, vol 1. 1927
- HELD, David e BROWN, Garrett Wallace. **The Cosmopolitanism Reader**. Cambridge: Polity Press, 2010
- KANT, Immanuel. **Perpetual Peace: A Philosophical Sketch**, 1795
- KYMILICKA, Will. Kymlicka, Will(org) **Rights Of Minority Cultures**. Oxford: Oxford University Press, 1995.
- \_\_\_\_\_. **Filosofia Política Contemporânea**. São Paulo: Martins Fontes. 2006.
- MILLER, David. **The Idea of Global Citizenship**. In: R. Smith (ed.), *Citizenship, Plural Citizenships, and Cosmopolitan Alternatives* (Philadelphia: University of Pennsylvania Press).

NUSSBAUM. Martha C. **Frontiers of Justice**. Cambridge: Haverd University Press, 2007.





# A GLOBALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS JURÍDICOS, O GATS E OS PROVIMENTOS Nº 91/2000 E Nº 129/2008 DO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

*Gustavo Ferreira Ribeiro\**  
*Olavo Soares Bastos\*\**

## **Resumo**

Trata este artigo da liberalização dos serviços jurídicos no âmbito do Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços (GATS), da Organização Mundial do Comércio (OMC). Estimado como um mercado bilionário, a liberalização dos serviços jurídicos pelo GATS foi alvo de críticas generalizadas, não obstante as flexibilidades do Acordo. Na prática, após quase duas décadas de sua vigência, pouco se evoluiu, por ele, em termos de liberalização de serviços jurídicos, sendo a maioria dos Membros conservadores no nível de compromissos assumidos pelos GATS, caso, inclusive, do Brasil. Para abordar o tema, inicialmente, o artigo introduz as normas do GATS relevantes para esta discussão. Em seguida, apresenta-se o cenário da liberalização dos serviços jurídicos na OMC. Por fim, analisa-se o caso brasileiro, relacionando-o com a discussão internacional e a interna. Especificamente, procede-se ao cotejamento dos Provimentos n.º 91/2000 e n.º 129/2008 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) com as normas do GATS.

## **Palavras-chave**

GATS. Serviços Jurídicos. OMC. Liberalização. Ordem dos Advogados do Brasil.

## **Abstract**

This paper deals with the liberalization of legal services through the General Agreement on Trade in Services (GATS) of the World Trade Organization (WTO). With market estimates of billions of dollars, the liberalization of legal services has been comprehensively criticized, though the existence of flexibilities along the Agreement. In practice, after almost two decades of GATS, very little has been achieved in terms of liberalization. The majority of Members has been conservative about the level of subscribed commitments under the GATS, including Brazil. To tackle those points, this paper introduces the relevant norms of the GATS. Then, it presents the liberalization scenario at the WTO. Finally, the Brazilian case is analyzed considering the connection between the international and domestic debate. Specifically, it discusses the relationship be-

---

\* Professor do Programa de Mestrado e Doutorado do UniCEUB – Brasília. Doutor em Direito (Indiana University Bloomington). Ex-bolsista Capes/Fulbright. Advogado.

\*\* Aluno Especial do Programa de Mestrado do UniCEUB – Brasília. Bacharel em Direito (UFAL). Advogado.

tween Regulations n.º 91/2000 and n.º 129/2008 of the Federal Council of the Brazilian Bar Association (CFOAB) and the GATS rules

### Keywords

GATS, Legal Services, WTO, Liberalization, Brazilian Bar Association.

## 1. INTRODUÇÃO

A atividade do profissional da área jurídica é reconhecidamente complexa e requer que ele detenha, além da técnica própria, o conhecimento dos valores sociais, éticos, políticos e econômicos do seu sistema.

Ao mesmo tempo, as relações de negócios, impulsionadas por meio do comércio internacional e investimentos estrangeiros, exigem profissionais com conhecimentos envolvendo, muitas vezes, múltiplas jurisdições. Alia-se a este fenômeno ligado à demanda de mercado, o interesse de bancas de advocacia com atuação internacional, pelo lado da oferta, em um mercado de cifras bilionárias.

Apontado, em sua origem, como um dos acordos mais polêmicos da Organização Mundial do Comércio (OMC), as negociações para a liberalização dos serviços jurídicos, no âmbito do Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços (GATS), interpenetram, exatamente, esta discussão.

Em uma versão extremada, seria o Acordo, supostamente, protagonista de impactos nefastos no comércio internacional de serviços.<sup>1</sup> Estes impactos poderiam ser irradiados, inclusive, na liberalização dos serviços jurídicos.<sup>2</sup> Os defensores da liberalização, por outro lado, invocam os tradicionais bene-

---

<sup>1</sup> Os críticos ao GATS prenunciavam o desmantelamento de todo e qualquer tipo de serviço público, pela letra do Acordo. Veja-se BARLOW, Maude. **The Last Frontier**. Disponível em: <<http://www.ratical.org/co-globalize/lastfront.html>>. Acesso em: 06 Mai. 2013. GEORGE, Susan. *Le Monde Diplomatique*. **State Sovereignty Under Threat: Globalising designs of the WTO**. Ed. Julho de 1999. Disponível em: <<http://mondediplo.com/1999/07/05george>>. Acesso em: 06 Mai. 2013. Para uma discussão, com argumentos de ambos os lados, no setor de educação, veja-se: RIBEIRO, Gustavo F. *Final o que a Organização Mundial do Comércio tem a ver com a educação superior?* **Revista Brasileira de Política Internacional**, Vol. 49, N. 2, (2006).

<sup>2</sup> Segundo um autor, a livre movimentação dos serviços jurídicos, como o de advogados e consultores jurídicos, poderia afetar a proteção de interesses fundamentais da sociedade, como o acesso à justiça e a preservação do sistema político-legal de um país. A conclusão deriva de dois argumentos. Primeiramente, as peculiaridades que envolvem o sistema jurídico e o complexo de normas que regem o ordenamento de determinado país devem ser de conhecimento dos profissionais que pretendem atuar no Direito, e é justamente por essa razão que associações de classe e Ordens de Advogados são criadas, pois visam garantir que os profissionais que representarão interesses de terceiros perante cortes nacionais detenham conhecimento técnico suficiente para que a prestação jurisdicional seja a mais eficiente possível, e que assim não restem frustrados interesses legítimos. Em segundo lugar, as decisões emanadas dos Tribunais Judiciais formam precedentes jurisprudenciais e, dependendo da repercussão e importância do caso, passam a ser vinculantes e interferem diretamente no sistema político-jurídico do país. Veja-se PATON, Paul D. **Legal Services and the GATS: Norms as Barriers to Trade**. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1262054>. Acesso em: 31 Jan. 2013.

fícios econômicos que o comércio internacional como um todo proporciona, como a maior concorrência no mercado de serviços jurídicos e a consequente redução de preços aos clientes.

Mais do que apontar possíveis efeitos (negativos ou positivos) sobre a liberalização dos serviços jurídicos, este artigo se propõe a investigar esta temática dentro dos seguintes contornos.

Inicialmente, introduzem-se as normas relevantes do GATS para esta discussão, assumindo-se que após duas décadas de vigência, o Acordo já não seja um *renomado desconhecido* no meio acadêmico. Em seguida, apresenta-se a discussão da liberalização dos serviços jurídicos na OMC, destacando-se relatório do Secretariado da organização, de 2010, como principal fonte para os apontamentos.<sup>3</sup> Por fim, analisa-se a conexão entre a discussão internacional e a interna, brasileira. Neste sentido, perfaz-se análise dos Provimentos n.º 91/2000 e n.º 129/2008 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB).<sup>4</sup> Disciplinam os Provimentos, respectivamente, o exercício da atividade de consultores e sociedades em direito estrangeiro no Brasil e a inscrição de advogados portugueses na OAB.

Inova o artigo não só na cobertura material e temporal da temática, mas também ao traçar possíveis rumos da discussão. Sugere-se que a hipótese do uso do GATS para forçar uma liberalização desavisada, de cima-para-baixo, temor que rondava alguns Membros e associações de classe de advogados, é descomedida. O Acordo pode, muito mais, ser utilizado como mecanismo de transparência regulatória entre os Membros, embora nem mesmo esteja cumprindo esta função, atualmente. Corroborar para este cenário a atual inércia das negociações comerciais multilaterais em termos de novos avanços liberalizantes.

## 2. OS SERVIÇOS JURÍDICOS NO GATS

Esta seção introduz os principais conceitos utilizados no GATS para que se possa entender a dinâmica das negociações do Acordo, bem como a posição dos Membros da OMC - descrita subsequentemente no artigo. Inicia-se com a classificação dos serviços jurídicos (tipos de serviços e modos de prestação) e passam-se suas principais.

---

<sup>3</sup> Organização Mundial do Comércio. **Legal Services: Background Note by the Secretariat.** S/C/W/318 (14 Jun. 2010). Este documento foi precedido por dois outros. O primeiro, ainda à época do GATT-1947, foi escrito durante a Rodada Uruguai (MTN.GNS/W/67 de 25 Ago. 1989). O segundo é de 1998. Organização Mundial do Comércio. **Legal Services: Background Note by the Secretariat.** S/C/W/43 (06 Jul. 1998).

<sup>4</sup> Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Provimento n.º 91/2000. 13 Mar. 2000.

## 2.1. Classificação e modos de prestação dos serviços jurídicos

O GATS, apoiando-se na conhecida sistematização feita pelas Nações Unidas contida na *Central Product Classification* (CPC)<sup>5</sup>, classifica os serviços jurídicos como espécie do gênero serviços “profissionais”; o último como espécie do gênero “serviços comerciais”.<sup>6</sup>

Em 2005, visando conferir maior uniformidade e precisão para as negociações internacionais, foi elaborada a Declaração Conjunta em Serviços Jurídicos (“Declaração Conjunta”), por onze Membros da OMC.<sup>7</sup> Dentre eles a União Europeia, Estados Unidos, Japão, Chile e Coreia. Na Declaração, destacou-se a importância do uso de uma classificação mais ampla que a do CPC, como a utilizada pela International Bar Association (IBA).<sup>8</sup> A referida taxonomia identifica seis espécies de serviços jurídicos:

1. Consultoria/Representação em Direito doméstico;
2. Consultoria/Representação em Direito do país de origem ou de terceiro país;
3. Consultoria/Representação em Direito Internacional;
4. Serviços de documentação legal ou certificação;
5. Outros serviços de consultoria ou informação;
6. Serviços de arbitragem e mediação internacional.<sup>9</sup>

Como se verá adiante, o próprio Secretariado da OMC reconhece que a classificação das Nações Unidas para serviços jurídicos foi seguida pelos Membros de forma discreta. Apenas treze Membros a utilizam em suas listas

---

<sup>5</sup> A lista de serviços do GATS tem como base a classificação adotada pela Divisão de Estatísticas das Nações Unidas no documento *Provisional Central Product Classification (Provisional CPC)*. O Provisional CPC, como um padrão internacional, foi desenvolvido para servir de instrumento para a elaboração de estatísticas mundiais buscando harmonizar a classificação de produtos (bens e serviços), com foco principal na estatística econômica. Atualmente, o Provisional CPC (1990) encontra-se em sua quarta versão denominada CPC Versão 2, de 2008. OMC. S/C/W/318, 2010, para. 29.

<sup>6</sup> Por motivos óbvios, a expressão *serviços comerciais profissionais jurídicos* é substituída por *serviços jurídicos*, ao longo do artigo.

<sup>7</sup> Organização Mundial do Comércio. **Joint Statement on Legal Services**. TN/S/W/37 (24 Fev. 2005).

<sup>8</sup> Segundo informações da IBA, “A International Bar Association (IBA), fundada em 1947, é a principal organização mundial dos profissionais militantes no Direito e das ordens e associações de advogados. Seu quadro de associados é integrado por mais de 40.000 advogados e quase 200 ordens e associações de classe, estendendo-se através de todos os continentes.” Disponível em: <[http://www.ibanet.org/About\\_the\\_IBA/intro\\_portuguese.aspx](http://www.ibanet.org/About_the_IBA/intro_portuguese.aspx)>. Acesso em: 06 Mai. 2013. No Brasil, constam, ainda, no site da IBA, as seguintes associadas: o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Centro de Estudos das Sociedades de Advogados (CESA), o Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul e a Associação dos Advogados de São Paulo (AASP). Disponível em: <[http://www.ibanet.org/barassociations/BIC\\_Americas.aspx](http://www.ibanet.org/barassociations/BIC_Americas.aspx)>. Acesso em: 06 Mai. 13.

<sup>9</sup> TN/S/W/37.

de compromissos de liberalização. Mais de sessenta países, por sua vez, preferiram recorrer a classificações com variantes, como a proposta na Declaração Conjunta.<sup>10</sup>

Quanto à classificação em si, suas expressões merecem atenção, pois relaciona-se com à origem do prestador e a materialidade do direito com que lida. Os termos direito doméstico, do país de origem, de terceiro país e em direito internacional são, respectivamente, traduções de *host*, *home* ou *foreign*, *third-law* e *international law*.

Por exemplo, caso permitido, um advogado brasileiro prestando uma consultoria em direito brasileiro no exterior estaria, sob o ponto de vista daquele país estrangeiro, versando sobre direito brasileiro (*home*). Nesta qualidade, a expressão consultor em direito estrangeiro (*Foreign Legal Consultant - FLC*) também é utilizada recorrentemente. Se estivesse, por outro lado, atuando em matéria do direito daquele país, tratar-se-ia de uma atuação em direito doméstico (*host*).

A prestação<sup>11</sup> de qualquer um dos serviços jurídicos, no âmbito do comércio internacional de serviços, pode se dar segundo outra classificação – não menos notória – presente no GATS: os quatro modos ou modalidades de prestação de serviços. São eles: o *transfonteiriço*, o *consumo realizado no exterior*, a *presença comercial* e a *presença de pessoas físicas*. No âmbito dos serviços jurídicos, Shin Tang e Pupo traçam os seguintes paralelos:

O modo 1 ocorre nas situações em que advogados estrangeiros elaboram pareceres, informações ou outros trabalhos de natureza legal, enviando-os do exterior para o território de um Membro por meio postal, telefônico ou eletrônico. Atualmente, essa atividade constitui um dos modos mais comuns de prestação de serviços jurídicos, na medida em que geralmente os próprios advogados nacionais são clientes dos serviços estrangeiros, sem envolver diretamente clientes nacionais.

O modo 2, que envolve o consumo no exterior, pode dar-se nos casos em que o indivíduo ou empresa nacional de um Membro utiliza, fora de seu país, serviços de advogados estrangeiros. [...]

O modo 3, por sua vez, caracteriza-se pela presença comercial de escritórios de advocacia estrangeiros, geralmente representados por filiais. As maiores barreiras de acesso ao mercado de serviços jurídicos guardam forte relação com esse modo de prestação.

O modo 4, que pressupõe a presença de pessoas físicas, seria o caso de advogados estrangeiros prestarem serviços no território

---

<sup>10</sup> OMC. S/C/W/318, 2010, para. 35.

<sup>11</sup> O conceito de prestação de serviço é amplo e inclui “a produção, distribuição, comercialização, venda e entrega de um serviço”. GATS, art. XXVIII, (b).

de um Membro. Ao contrário do modo I, que se refere ao produto dos serviços, o modo 4 refere-se aos próprios prestadores de serviços. [...].<sup>12</sup>

No item seguinte, aborda-se o que o GATS impõe como obrigações significativas aos Membros da OMC e que se aplicam aos quatro modos de prestação. Como reconhecido na literatura, o GATS é um dos acordos mais flexíveis, em termos da amplitude das obrigações impostas.

## 2.2. Tratamento não discriminatório no GATS

A estrutura legal do comércio internacional apóia-se em cláusulas comuns de não-discriminação. As tradicionais cláusulas de *Tratamento da Nação Mais Favorecida* (TNMF) e a de *Tratamento Nacional* (TN) possuem, entretanto algumas particularidades no GATS, como fruto das incertezas que cercavam a regulação de um tema de pouco domínio, então, da maioria dos Membros da OMC; o comércio de *intangíveis*.

No caso do TNMF, que visa estender os benefícios concedidos ao prestador de serviços de um Membro aos prestadores de serviços dos demais Membros do Acordo, um Membro não se obriga a cumpri-la, se tiver feito uma exceção no “Anexo sobre as Isenções ao Artigo II”, parte integrante do GATS (Art. II.2 do GATS).<sup>13</sup> Esta possibilidade ficou conhecida como a utilização de uma *lista negativa pelos Membros*. Poucos Membros a utilizaram.

Quanto ao TN, pretende a cláusula que todo Membro conceda, ao serviço (e prestadores de serviços) de qualquer outro Membro, tratamento não menos favorável que a seus nacionais. Entretanto, é de notar que, pela interpretação literal do dispositivo no GATS, a cláusula do TN só tem aplicação para os setores negociados em *listas de compromissos específicos* (Art. XVII e XX do GATS). Reflete-se a dinâmica do que se denomina uma *lista positiva*: somente se aplica a cláusula do TN para os setores *inscritos* na lista nacional de compromissos específicos que, ainda, podem estar sujeitos às condições ali especificadas.<sup>14</sup> Reside, neste ponto, uma das principais flexibilidades do Acordo.

---

<sup>12</sup> TANG, Yi Shin; PUPO, Rodrigo Luís. Serviços Jurídicos e o GATS. In: CELLI JUNIOR, Humberto. **Comércio de serviços na OMC**. 2ª Ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 262.

<sup>13</sup> Observe-se a impropriedade técnica do termo “isenções”, utilizada na tradução oficial do tratado. GATS, art. II, 2. O termo “exceções” reflete melhor o sentido na regra. Os Membros deveriam fazer uso desta possibilidade antes da entrada em vigor do Acordo, ou conforme dinâmica própria, uma vez ele vigente. Veja-se arts. 1-7 do Anexo Sobre Isenções das Obrigações do Artigo II.

<sup>14</sup> GATS, art. XVII, 1: “*Nos países inscritos em sua lista, e salvo condições e qualificações ali indicadas, cada Membro outorgará aos serviços e prestadores de serviço de qualquer outro Membro, com respeito a todas as medidas que afetem a prestação de serviços, um tratamento não menos favorável do que aquele que dispensa a seus próprios serviços similares e prestadores de serviços similares.*” (Grifou-se).

Tomando-se o exemplo dos serviços jurídicos, caso um Membro não tenha feito qualquer inscrição de compromissos neste setor, em qualquer modalidade (transfronteiriça, consumo realizado no exterior etc.) isto significa dizer que este não precisa conceder tratamento nacional ao prestador de serviço estrangeiro; no caso, ao advogado e ao escritórios estrangeiros, em qualquer modalidade.<sup>15</sup> E mesmo que tenha feito a inscrição, poderá, mesmo, impor termos, limitações e condições especificadas em sua lista, escolhendo, novamente, em quais modalidades as condições se aplicam. Por exemplo, condições em relação a limites sobre o número de prestadores de serviços ou, mesmo, medidas que exijam ou restrinjam tipos específicos de pessoa jurídica ou de empreendimento conjunto por meio dos quais um prestador de serviço possa prestar um serviço.<sup>16</sup>

O GATS possibilita, assim, que os Membros doseem, relativizem e calibrem a amplitude das obrigações a que se comprometem pelo Acordo. Estas, eventualmente descumpridas, ensejariam a responsabilização dos Membros no sistema de solução de controvérsias da OMC.

### 2.3. Regulação Doméstica, Reconhecimento da Qualificação ou Experiência dos Prestadores Estrangeiros

A teoria econômica moderna enumera motivos, como a correção da falha de mercados e o cumprimento de objetivos específicos de política doméstica (proteção ao consumidor, qualidade mínima, acesso universal, entre outros), para a regulação dos mercados.

O GATS é ao longo de seu texto temperado pela tensão intrínseca entre a liberalização e a manutenção do poder regulatório (regulação doméstica), ou a manutenção do *policy space* dos Membros sobre serviços. Note-se que o preâmbulo do Acordo resguardou o “direito dos Membros de regulamentar e de introduzir novas regulamentações sobre serviços dentro de seus territórios para atingir os objetivos nacionais [...] e a necessidade particular de os países em desenvolvimento exercitarem tal direito”.<sup>17</sup>

Ao mesmo tempo, o art. VI:4 do GATS estabeleceu um mandato para que o Conselho de Comércio de Serviços (CCS), órgão da estrutura da OMC, enviasse esforços em disciplinar a matéria com olhos na não constituição de obstáculos desnecessários ao comércio de serviços. Além disso, de que estas regulações não fossem mais gravosas que o necessário para assegurar a qualidade do serviço. Formou-se assim um Grupo de Trabalho em Regulamenta-

---

<sup>15</sup> Naturalmente, sem se adentrar uma análise do que o direito interno do Membro possa prever na matéria. A única ilação feita aqui é que, não se adotando um compromisso específico, não há uma obrigação jurídica internacional de conferir TN por força do GATS.

<sup>16</sup> Art. XVI(a) e (e) do GATS.

<sup>17</sup> GATS, Preâmbulo.

ção Doméstica (WPDR, em inglês) desde os primórdios do GATS, embora, até o momento, não haja um texto acordado sobre o assunto.<sup>18</sup>

Para os serviços jurídicos aplica-se ainda a norma específica do art. VI:6 que abarca serviços profissionais. Estabelece o dispositivo que “[n]os setores em que sejam assumidos compromissos concernentes a serviços profissionais, cada Membro estabelecerá procedimentos adequados para verificar a competência dos profissionais de qualquer outro Membro.”

E sobre a questão envolvendo competência profissional, o GATS contém outros comandos relevantes. O art. VII do GATS perfila regras sobre reconhecimento de prestadores de serviços estrangeiros, ao dispor que

[p]ara efeito do cumprimento, no todo ou em parte, de suas normas e critérios para a autorização, licença ou certificação de prestadores de serviços, e sujeito às disposições do parágrafo 3, um Membro poderá reconhecer a educação ou experiência adquirida, os requisitos cumpridos ou as licenças ou certificados outorgados em um determinado país. Este reconhecimento poderá efetuar-se mediante a *harmonização* ou de outro modo, poderá basear-se em *acordo ou convênio* com o país em questão ou *poderá ser outorgado de forma autônoma*.<sup>19</sup> (grifou-se).

O parágrafo 3, mencionado, por sua vez, estabelece que

[n]enhum Membro outorgará o reconhecimento de maneira que constitua um meio de discriminação entre países na aplicação de suas normas e critérios para a autorização, certificação ou concessão de licenças aos provedores de serviços, ou uma restrição encoberta ao comércio de serviços.<sup>20</sup>

Ademais, o GATS dispõe que todo Membro

[...] *concederá oportunidades adequadas* aos demais Membros interessados para que negociem sua adesão a tal acordo ou convênio ou para que se negociem com aqueles outros comparáveis. Quando um Membro outorgar o reconhecimento de forma autônoma, concederá aos demais Membros *oportunidade adequada* para que demonstrem que a educação, a experiência, as licenças ou os certificados obtidos em seu território devem ser objeto de reconhecimento.<sup>21</sup> (grifou-se).

Interpretando-se literalmente o GATS, observa-se que ele, na verdade, não contém nenhum dispositivo que *obrigue* qualquer Membro a reconhecer

---

<sup>18</sup> Para uma análise de atuação do grupo até 2008, veja-se SAYEG, Fernanda Manzano. Regulação Doméstica e o GATS. In: CELLI JUNIOR, Humberto; SAYEG, Fernanda Manzano. (Org.). **Comércio de Serviços, OMC e Desenvolvimento**. São Paulo: IDCID, 2008, p. 62-70.

<sup>19</sup> GATS, art. VII: 1.

<sup>20</sup> GATS, art. VII: 3.

<sup>21</sup> GATS, art. VII, 2.

prestadores de serviços estrangeiros; por exemplo, reconhecer automaticamente as qualificações de advogados estrangeiros. Um Membro *pode reconhecer*, via harmonização de legislação, acordo, convênio, ou mesmo de forma unilateral, determinados títulos de prestadores de serviços de outros Membros.

O Acordo faz, entretanto, duas ressalvas: (i) o reconhecimento não deve constituir um meio de discriminação entre países; (ii) e o Membro que outorgue tal reconhecimento conceda *oportunidades adequadas* ao demais Membros para que também tenham suas qualificações ali reconhecidas.

## 2.4. Transparência

Com relação à transparência, como ponto de partida, vale observar que, embora não seja enumerado tipicamente como uma obrigação de prover transparência, as próprias listas de compromissos cumprem, em algum grau, esta função. Trata-se de aspecto fundamental do Acordo, pois que as barreiras ao comércio internacional de intangíveis são tipicamente regulatórias.

Mais especificamente, há que se destacar a obrigação de transparência prevista no art. III do GATS, *in verbis*:

Cada Membro deve informar o Conselho para o Comércio de Serviços prontamente ou pelo menos uma vez por ano da introdução ou modificação de quaisquer novas legislações, regulamentações ou normas administrativas que *afetem significativamente* o comércio de serviços coberto por seus compromissos específicos assumidos sob este Acordo.<sup>22</sup> (grifou-se).

Análises recentes dão conta, entretanto, que a maioria dos Membros não vem cumprindo esta obrigação. Nos dizeres de Hoekman e Mattoo “conta-se nas mãos” as notificações feitas pelo Canadá, União Europeia e Estados Unidos, de forma conjunta. Ironicamente, aludem os autores que a Albânia notificou 120 medidas em 10 anos.<sup>23</sup>

Por outro lado, sugere-se que, face os entraves negociadores na atual rodada Doha e a sensibilidade regulatória em serviços profissionais, como os jurídicos, a utilização do GATS como mecanismo de transparência possa ganhar impulso.

Embora não desenvolvido em maior profundidade, esta é uma tendência que se nota entre os Membros da OMC, em outras matérias sensíveis. Por exemplo, nas discussões sobre regionalismo e compatibilidade dos arran-

---

<sup>22</sup> GATS, art. III, 3.

<sup>23</sup> HOEKMAN, B.; MATTOO, Aaditya. **Services Trade Liberalization and Regulatory Reform: Re-invigorating International Cooperation**. Policy Research Working Paper 5517. World Bank: 2011, p. 4-5.

jos preferenciais com o art. XXIV do GATT. Mais do que novos casos trazidos ao sistema de solução de controvérsias, vem-se destacando o aprimoramento do mecanismo de notificação dos acordos preferenciais.

Em que medida estas obrigações de transparência deixarão de ser mera retórica no GATS, continua uma questão em aberto.

### 3. MERCADO JURÍDICO INTERNACIONAL, DINÂMICA COM OS CLIENTES E POSIÇÃO DOS MEMBROS NA OMC

Como introduzido, a troca em serviços jurídicos tem crescido em decorrência da internacionalização das economias. Cada vez mais, clientes e advogados se deparam com transações envolvendo jurisdições múltiplas.

Esta seção apresenta uma estimativa sobre o mercado de serviços jurídicos internacionais, a dinâmica escritório-cliente, neste contexto, e os compromissos estabelecidos pelos Membros nas listas do GATS.

#### 3.1. Relevância do Mercado e Dinâmica Prestador-Cliente

Quanto ao tamanho dos mercados, dados agregados estimam que as trocas comerciais globais de serviços jurídicos no ano de 2008 representaram uma quantia de 581 bilhões de dólares, com crescimento anual de 5% no período de 2004-2008.<sup>24</sup> Mantido esta tendência, poder-se-ia avaliar este mercado em cerca de 742 bilhões (2013).

Nos números de 2008, uma segmentação do mercado jurídico por região geográfica demonstra que as Américas respondem por 54% dos serviços prestados, seguido pela Europa, com 36,5% e a Ásia-Pacífico com 9,4%. Os maiores prestadores de serviços jurídicos globais são os Estados Unidos e o Reino Unido que encabeçam a lista dos cem maiores escritórios jurídicos do mundo tanto em volume de negócios, quanto em número de advogados e número de filiais pelo globo. Alguns escritórios da França, Espanha, Holanda, Austrália e Canadá também aparecem na lista dos cem maiores do mundo, mas a participação dos EUA e do Reino Unido é a mais significativa.<sup>25</sup>

Por questões de convenção estatística, os dados de trocas comerciais do setor refletem majoritariamente as modalidades 1 e 2, isto é, a prestação transfronteiriça e o consumo no exterior.<sup>26</sup> Além disso, salienta-se que os serviços jurídicos prestados em bases governamentais (juízes, notários, ana-

---

<sup>24</sup> OMC. S/C/W/318, 2010, para. 4.

<sup>25</sup> Idem, para. 5-10.

<sup>26</sup> Idem, para 7-8.

listas e servidores públicos em geral) não entram na grandeza dos números, pois não são computados como serviços jurídicos para fins comerciais.<sup>27</sup>

As demandas envolvendo jurisdições estrangeiras normalmente advêm de clientes corporativos que fazem negócios transfronteiriços e preferem confiar nos serviços dos profissionais que já estão familiarizados com a empresa e podem garantir serviços de alta qualidade. Assim, os escritórios jurídicos que recebem essas demandas passam a atuar também em outro país. Essa tendência observada nos escritórios internacionais de advocacia ficou conhecida como *follow your client*.<sup>28</sup>

A nota do secretariado observa ainda que ao longo do tempo e dependendo do desenvolvimento do mercado, os escritórios jurídicos internacionais podem modificar sua estrutura, saindo do modelo  *siga seu cliente* e passando a servir também o mercado local.<sup>29</sup> Ademais, nos países que possuem restrições veladas para que advogados estrangeiros exerçam o procuratório judicial, os escritórios terceirizam o serviço jurídico através de parcerias com escritórios locais ou mediante a contratação de advogados que são nacionais do país em que se pretende prestar o serviço.

### 3.2. Lista de Compromissos dos Membros

A nota do Secretariado da OMC indica que 76 Membros haviam assumido compromissos em serviços jurídicos até 2010. Isto representa pouco menos da metade dos atuais 159 Membros.<sup>30</sup>

O maior número de compromissos é verificado em serviços de consultoria no direito do país de origem (FLC, como apontado). Sessenta e nove dos Membros inscreveram compromissos, com esta possibilidade, no modo transfronteiriço (modo 1) ou presença comercial (modo 3). Já, ao se considerar a prática de consultoria do direito local (*host country*) o número cai para menos da metade, em qualquer um dos modos de prestação.<sup>31</sup>

Interessante aspecto da Nota indica que praticamente todos os novos Membros da OMC, isto é, aqueles que não eram Membros originários, mas

---

<sup>27</sup> GATS, Art. I(3)(b). A ressalva constante no Art. I(3)(b) do GATS informa que no conceito de serviços inclui-se qualquer serviço em qualquer setor exceto aqueles prestados no exercício da autoridade governamental, sendo este último aquele serviço que não seja prestado em bases comerciais, nem em concorrência com um ou mais prestadores de serviços. Para a discussão sobre esta questão, vejam-se: KRAJEWSKI, Markus. Public Services and trade liberalization: mapping the legal framework. *Journal of International Economic Law*. Vol. 6, nº 2, 2003; ADLUNG, Rudolf. Public Services and the GATS, *Journal of International Economic Law*. Vol. 9, nº 2, 2006.

<sup>28</sup> OMC. S/C/W/318, para. 12.

<sup>29</sup> Idem, para. 15.

<sup>30</sup> Idem, para. 48.

<sup>31</sup> Idem, para. 50-51.

acederam aos Acordos da OMC depois de 1995, inscreveram algum compromisso em serviços jurídicos. A Nota sugere mesmo que, do ponto de vista prático, fazia parte do pacote geral de acesso à organização algum nível de compromisso em serviços jurídicos. Verifica-se, ainda, nestas listas, um índice maior de compromissos na prestação em direito local (*host*).<sup>32</sup>

Quanto aos tipos de restrições aplicáveis no acesso aos mercados dos Membros, para aqueles que fizeram compromissos, a Nota indica como sendo a mais frequente as referentes ao tipo de sociedade que pode atuar no mercado local.<sup>33</sup> Já em relação às restrições de tratamento nacional e a existência de regulação doméstica de qualificação, cita o documento restrições ligadas à residência, nacionalidade, local de obtenção da educação jurídica e exames de qualificação, como os exames das ordens de advocacia.<sup>34</sup>

Em relação às exceções ao TNMF, o Secretariado aponta apenas cinco Membros com inscrições desta natureza em seus respectivos anexos. Estas exceções possuiriam ainda exigências de reciprocidade ou de existência de acordos bilaterais em seus respectivos contextos.<sup>35</sup>

Observa-se que o conteúdo da Nota não faz maiores menções às Listas de Compromissos particulares dos Membros.<sup>36</sup> A análise perpassa muito mais os dados agregados das listas de compromissos, com ênfase ora no tipo de direito que pode ser praticado pelo prestador, ora nos modos de prestação de serviço.

Além disso, a única menção direta ao Brasil feita no documento serve para indicar que o país pertence ao grupo daqueles que não fizeram qualquer compromisso ou adotaram compromissos muito limitados em suas listas (como a Índia e a Malásia).<sup>37</sup>

Não havendo inscrições em serviços jurídicos na lista brasileira, o Brasil está submetido a pouquíssimas restrições regulatórias, do ponto de vista do direito internacional aplicável (GATS) ao comércio internacional de serviços jurídicos.<sup>38</sup> Neste sentido, mostra-se pertinente se avançar sobre a regulação interna contida nos Provimentos do CFOAB e sua relação com as negociações da OMC.

---

<sup>32</sup> Idem, para. 54. Neste ponto, em um primeiro momento, poder-se-ia correlacionar a acessão como determinante na liberalização de serviços. Porém, não se pode checar se a lista dos Membros ascendentes simplesmente refletia uma permissibilidade já existente no seu quadro regulatório, ou se o compromisso assumido estava a promover uma alteração de regulação doméstica nestes países, para permitir tal prática.

<sup>33</sup> Idem, para. 58

<sup>34</sup> Idem, para. 61-67.

<sup>35</sup> Idem, para. 68. Brunei, Bulgária, República Dominicana, Lituânia e Singapura.

<sup>36</sup> Embora seu Anexo III traga uma boa visão do nível de compromissos por Membro.

<sup>37</sup> OMC. S/C/W/318, para. 71.

<sup>38</sup> Sem se considerar qualquer apreciação de outras fontes, por exemplo, as eventuais regras do Mercosul na matéria.

#### 4. OS PROVIMENTOS N.º 91/2000 E N.º 129/2008 DO CFOAB

Como se sabe, a entidade nacional competente para regular a atividade advocatícia é a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Conforme dispõe a Lei n.º 8.906/94, a OAB é encarregada de promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil.<sup>39</sup>

No exercício desta competência, a OAB editou o Provimento n.º 91/2000, que dispõe sobre o exercício da atividade de consultores e sociedade de consultores em direito estrangeiro no Brasil.<sup>40</sup> Ao que tudo indica, o Provimento foi uma tentativa de regulamentar uma situação que já estava acontecendo na prática, no mercado jurídico brasileiro, com o oferecimento de serviços por escritórios de advocacia estrangeiros em parceria com escritórios brasileiros. É pouco claro se já havia alguma relação, antes da edição do referido Provimento, entre as discussões internacionais que já haviam se iniciado no âmbito da OMC e o próprio Provimento.

Reportagens de 2002, por outro lado, revelam intensa movimentação dos *stakeholders* para as negociações que poderiam avançar no âmbito da OMC. Afinal, a Rodada Doha de negociações havia sido lançada em novembro de 2001 e, naquele mesmo ano, foi entabulada entre os Membros da OMC uma dinâmica de negociação em serviços conhecida como “peça-e-ofereça” (*request-and-offer*).<sup>41</sup>

Neste contexto, há registros de visitas da IBA à delegação brasileira em Genebra, articulações da OAB junto ao Ministério das Relações Exteriores e ao Ministério do Trabalho e também a movimentação, pró e contra, dos representantes dos escritórios de advocacia (tanto nacionais quanto estrangeiros).<sup>42</sup>

---

<sup>39</sup> Art. 44, II da Lei 8.906 de 1994.

<sup>40</sup> Ou seja, o equivalente ao *consultancy on home country* na modalidade 3 do GATS.

<sup>41</sup> Nessa dinâmica, para cada um dos setores negociáveis ou para cada modalidade de prestação de serviços, os negociadores requisitariam e ofereceriam barganhas de acesso ao mercado de serviços de/para suas respectivas contra-partes. O documento especifica a seguinte dinâmica de negociações: até 30 de junho de 2002, os Membros deveriam apresentar as suas demandas (*request*); até 31 de março de 2003, os Membros deveriam apresentar os setores e modalidades que pretendiam liberalizar (*offer*). Veja-se OMC. **Guidelines and Procedures for the Negotiations on Trade in Services**. S/L/93 (29 Mar. 2001), p. 2.

<sup>42</sup> CFOAB. Notícias. Serviços jurídicos na OMC são analisados por entidades. Fev. 20, 2002. Disponível em: <[http://www.oab.org.br/noticia/522/servicos-juridicos-na-omc-sao-analisados-por-entidades?argumentoPesquisa=formsof\(inflexional,%20%22gats%22\)](http://www.oab.org.br/noticia/522/servicos-juridicos-na-omc-sao-analisados-por-entidades?argumentoPesquisa=formsof(inflexional,%20%22gats%22))>. Acesso em: 06 Mai. 2013. CFOAB. Notícias, Portaria baixa norma para advogado estrangeiro. Jun. 11, 2002. <<http://www.oab.org.br/noticia/674/portaria-baixa-norma-para-advogado-estrangeiro>>. Acesso em: 06 Mai. 2013. CFOAB. Notícias. OAB debate liberalização dos serviços jurídicos pelo Itamaraty. Ago. 9, 2002. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/773/oab-debate-liberalizacao-dos-servicos-juridicos-pelo-itamaraty>>. Acesso em: 06 Mai. 2013.

Fato é que o Brasil nunca inscreveu qualquer compromisso em serviços jurídicos no GATS. O Provimento n.º 91/2000 já regulava o exercício da advocacia no Brasil pelo estrangeiro, embora não seja objetivo deste artigo analisar suas disposições em detalhes, mas apenas revelar alguns limites da norma.

Primeiramente, ao profissional estrangeiro que pretenda atuar como prestador de serviços jurídicos no país está vedado expressamente o procuratório judicial, isto é, a advocacia. Ao advogado estrangeiro é também vedado o exercício da consultoria em direito brasileiro (*host*), apenas lhe sendo possível exercer a consultoria em direito estrangeiro correspondente ao seu país de origem (FLC), mesmo que ele esteja em concurso de advogados ou em sociedades com advogados nacionais, regularmente inscritos na OAB.<sup>43</sup>

No que tange a possibilidade de se reunir em sociedade no Brasil, ao consultor em direito estrangeiro é permitido se associar com outros consultores internacionais devidamente autorizados, e desde que a sociedade tenha sede no Brasil e seu objeto social seja exclusivamente a prestação de serviços de consultoria em direito estrangeiro.<sup>44</sup>

Quanto à cooperação entre escritórios nacionais e estrangeiros, houve consulta recente encaminhada pelo CESA à primeira Turma de Ética Profissional do Tribunal de Ética e Disciplina da Seccional da OAB de São Paulo sobre, entre outras coisas, os limites desta cooperação.<sup>45</sup> Por tratar a consulta

---

<sup>43</sup> Art. 1º, §1º do Provimento n.º 91/2000. A vedação ao procuratório não se limita ao *jus postulandi*, e se estende à possibilidade de receber procuração de cliente. Neste sentido, o §2º do Art. 1º do Provimento n.º 91/2000 estabelece que as sociedades de consultores e os consultores em direito estrangeiro não poderão aceitar procuração, ainda quando restrita ao poder de substabelecer a outro advogado. Sendo-lhe exigido a apresentação de: a) visto de residência no Brasil; b) documento que comprove estar habilitado a exercer a advocacia e/ou de estar inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados ou Órgão equivalente do país ou estado de origem; c) prova de boas conduta e reputação, atestadas em documento firmado pela instituição de origem e por 3 (três) advogados brasileiros regularmente inscritos nos quadros do Conselho Seccional da OAB em que pretender atuar; d) prova de não ter sofrido punição disciplinar; e) prova de que não foi condenado por sentença transitada em julgado em processo criminal; e e) prova de reciprocidade no tratamento dos advogados brasileiros no país ou estado de origem do candidato. O consultor estrangeiro também deverá prestar juramento à Ordem. Ademais, o advogado de outro Estado, para desempenhar a consultoria em direito estrangeiro, deverá requerer autorização ao Conselho Seccional da OAB do local onde for exercer sua atividade.

<sup>44</sup> Art. 3º, I do Provimento n.º 91/2000. O ato constitutivo e as alterações posteriores serão arquivados e aprovados na seccional da OAB competente, e à sociedade se acrescentará obrigatoriamente o nome “Consultores em Direito Estrangeiro”. Vale destacar que tanto a autorização concedida ao consultor quanto à sociedade deverá ser renovada a cada três anos, com a atualização da documentação pertinente. Art. 7º do Provimento n.º 91/2000

<sup>45</sup> Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Proposição n.º 49.0000.2011.002723-1/COP. DOU, n.º 220, Seção 1, 163. 14.Nov.2011. Íntegra do Acórdão disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/24803/oab-publica-decisao-sobre-atuacao-da-advocacia-estrangeira-no-pais>>. Acesso em: 14 Nov. 2012.

de interpretação de norma do CFOAB, no caso o Provimento, avocou aquele órgão a matéria.

A decisão do CFOAB, aprovada por unanimidade, ao final de 2012, afirma que toda matéria já se encontrava regulamentada pela OAB, indicando, ainda, que a associação entre sociedades de consultores em direito estrangeiro e sociedades nacionais somente podem acontecer se de acordo com o Provimento n.º 91/2000. Ressaltou-se, no voto, que isso só pode acontecer em caráter eventual e sem alcançar matéria de direito brasileiro, seja em consultoria, sejam em procuratório judicial.<sup>46</sup> No Acórdão não há registro, tampouco, de discussão sobre a eventual liberalização por meio do GATS.

Em resumo, se observada a classificação e os modos de prestação dos serviços jurídicos explicados, mesmo sem ter inscrito qualquer compromisso em sua lista, o Brasil permite, em todas as modalidades do Art I, 2 do GATS, a prestação de serviços de consultoria em direito do país de origem.

O único Membro cujos advogados recebem tratamento diferenciado, pois a eles permite-se o exercício do procuratório judicial no Brasil, é Portugal. Com contornos disciplinado pelo Provimento n.º 129/2008, e desde que mantida a reciprocidade, os profissionais portugueses regularmente inscritos no quadro da Ordem dos Advogados Portugueses podem inscrever-se no quadro OAB. Devem também atender aos requisitos previstos no art. 8 da Lei n.º 8.906/94. Neste caso, há dispensa da aprovação no Exame da Ordem, mas deve-se requerer a inscrição com a observação do formulário próprio disponibilizado pelo Conselho Seccional, bem como a apresentação dos documentos previstos no Art. 5º do Provimento referido.<sup>47</sup>

Neste ponto, interessante notar que o *GATS Handbook*, da IBA, informa que vários Membros da OMC poderiam estar violando provisões da CNMF. Tal violação decorreria do tratamento diferenciado para países com quem mantêm relações históricas, como a reciprocidade conferida aos países com laços coloniais.<sup>48</sup>

As exceções em que o tratamento diferenciado pode ser conferido, além daquela decorrente da exceção do TNMF acima apontada, seriam através de acordos de integração ou através de acordos ou convênios, com previsão no Art. VII do GATS. Hipótese na qual, entende-se, o Provimento n.º 129/2008 se encaixaria.

---

<sup>46</sup> Idem, p. 7.

<sup>47</sup> Art. 5º do Provimento 91/2000 do CFOAB: A sociedade comunicará à Seccional competente da OAB o nome e a identificação completa de seus consultores estrangeiros, bem como qualquer alteração nesse quadro.

<sup>48</sup> International Bar Association. *GATS A Handbook for International Bar Association Member Bars*. Disponível em: <<http://www.ibanet.org/Search/Taxonomy.aspx?TaxonomyUId=35f7762e-9a32-48f7-a781-7557af1360a8>>. Acesso em: 06 Mai. 2013.

Ponto que permanece em aberto se refere à extensão pela qual o Brasil deveria dar tratamento semelhante aos advogados e bancas estrangeiras de Membros que se adequem às mesmas condições portuguesas. Por exemplo, aqueles provenientes de outros países de língua portuguesa. Porém, vale lembrar que, numa eventual consulta ou (improvável) controvérsia envolvendo estes tipos de arranjos a obrigação existente é de simplesmente *conceder oportunidades adequadas*, termo ambíguo e que comporta várias interpretações.

## 5. CONCLUSÃO

Após quase duas décadas de vigência do GATS, pouco o Acordo contribuiu para uma liberalização dos serviços jurídicos de uma forma sistemática. Isto se deve, de forma geral, à própria incerteza que cercou o Acordo sobre seus efeitos e a flexibilidade, daí decorrente, em seus dispositivos. Exemplo sintomático desta asserção é a cláusula de TN, que funciona por meio de *listas positivas* e com condicionantes variadas.

Se algum grau de liberalização é, por um Membro, desejável, cabe a ele analisar a extensão e os compromissos a serem inscritos em sua lista. Este artigo não se concentrou em desenvolver aspectos positivos ou negativos, desejáveis ou indesejáveis, de uma liberalização. Simplesmente, revelou haver cautela nas obrigações assumidas pelos Membros no setor de serviços jurídicos, bem como, de forma geral, no próprio exercício de transparência regulatória (notificações) nos setores de serviços. Notou-se que, quando existentes, os compromissos das listas se concentram na atuação dos advogados ou bancas como FLC, como explicado. Listas mais “ousadas”, contendo a possibilidade de atuação do advogado estrangeiro no direito local (*host*), foram obtidas como moeda de troca por ocasião de acesso de novos Membros à OMC.

Por fim, desenvolveu-se a análise de dois Provimentos do CFOAB e sua relação com a discussão internacional. Parece não ter havido maiores correlações entre o Provimento n.º 91/2000 e o GATS, embora tenha ocorrido ampliação do debate a partir de 2002, com a interação de diversos *stakeholders* no tema.

Na prática, o que o referido Provimento dispõe é similar à regulação comparada encontrada nos Membros, em uma análise baseada, exclusivamente, na lista de compromissos do GATS. Já eventuais questionamentos sobre o Provimento n.º 129/2008 vis-à-vis o GATS, como se sugeriu, parecem não encontrar fundamento, em função da também flexibilidade das regras de *reconhecimento* do Acordo.

## REFERÊNCIAS

ADLUNG, Rudolf. Public Services and the GATS, **Journal of International Economic Law**, Vol. 9, N. 2, 2006.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei n.º 8.906 de 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm)>. Acesso em: 31 Jan. 2013.

BARLOW, Maude. **The Last Frontier**. Disponível em: <http://www.ratical.org/co-globalize/lastfront.html>. Acesso em: 06 mai 2013.

GEORGE, Susan. **Le Monde Diplomatique**. State Sovereignty Under Threat: Globalising designs of the WTO. Ed. Julho de 1999. Disponível em: <http://mondediplo.com/1999/07/05george> . Acesso em: 06 mai 2013.

HOEKMAN, B.; MATTOO, Aaditya. Services Trade Liberalization and Regulatory Reform: Re-invigorating International Cooperation. **Policy Research Working Paper 5517**. World Bank: 2011

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. GATS A Handbook for International Bar Association Member Bars. Disponível em: <<http://www.ibanet.org/Search/Taxonomy.aspx?TaxonomyUid=35f7762e-9a32-48f7-a781-7557af1360a8>>. Acesso em: 31 Jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Resolution in support of a System of terminology for legal services for the purposes of international trade negotiations. Disponível em: <[http://www.ibanet.org/images/downloads/WTO\\_Resolution\\_in\\_Support\\_of\\_System\\_of\\_Terminolog\\_for\\_Legal\\_Services.pdf](http://www.ibanet.org/images/downloads/WTO_Resolution_in_Support_of_System_of_Terminolog_for_Legal_Services.pdf)>. Acesso em: 31 Jan. 2013.

KRAJEWSKI, Markus. Public Services and trade liberalization: mapping the legal framework. **Journal of International Economic Law**. Vol. 6, nº 2, 2003.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Provimento n.º 91/2000. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/sociedades-advogados/provimentos/1.-provimento-91-2000>>. Acesso em: 31 Jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Provimento n.º 129/2008. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/noticias/2009/03/17/Provimento%20129.2008.pdf>>. Acesso em: 31 Jan. 2013.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Joint Statement on Legal Services**. TN/S/W/37, S/CSC/W/46, 2005.

\_\_\_\_\_. **Legal Services: Background note by the Secretariat**. S/C/W/43, 1998.

\_\_\_\_\_. **Legal services: Background note by the Secretariat**. S/C/W/318, 2010.

PATON, Paul D. **Legal Services and the GATS: Norms as Barriers to Trade**, 2003. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1262054> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1262054>>. Acesso em: 31 Jan. 2013.

RIBEIRO, Gustavo F. Afinal, o que a Organização Mundial do Comércio tem a ver com a educação superior? **Revista Brasileira de Política Internacional**, Vol. 49, N. 2, 2006.

SAYEG, Fernanda Manzano. Regulação Doméstica e o GATS. In: CELLI JUNIOR, Humberto; SAYEG, Fernanda Manzano. (Org.). **Comércio de Serviços, OMC e Desenvolvimento**. São Paulo: IDCID, 2008.

TANG, Yi Shin; PUPO, Rodrigo Luís. Serviços Jurídicos e o GATS. In: CELLI JUNIOR, Humberto. **Comércio de serviços na OMC**. 2ª Ed. Curitiba: Juruá, 2006

UNITED NATIONS STATISTICS DIVISION. *Central Product Classification*. Disponível em: <<http://unstats.un.org/unsd/cr/registry/regcs.asp?Cl=9&Co=861&Lg=1>>. Acesso em: 31 Jan. 2013.



# A IRRETROATIVIDADE DA SÚMULA VINCULANTE 24 E A PRESCRIÇÃO IMPEDITIVA DA AÇÃO PENAL

Hugo de Brito Machado\*

## Resumo

Com o advento da Súmula Vinculante 24, tornou-se obrigatório, de forma *erga omnes*, o entendimento segundo o qual deve haver o prévio exaurimento da via administrativa, em matéria tributária, como condição para que se possa ajuizar a ação penal por crime contra a ordem tributária (art. 1.º, I a IV, da Lei 8.137/90). Como consequência, com a consolidação desse entendimento, firmou-se por igual que somente depois desse exaurimento tem início o prazo de prescrição para a propositura da ação penal. Considerando, porém, que antes da edição da citada Súmula Vinculante, o entendimento do STF, durante muito tempo, foi pela possibilidade de propositura da ação penal, independentemente de lançamento ou de exaurimento da via administrativa, a mudança jurisprudencial, no que tange ao início do prazo prescricional, em prejuízo do cidadão, não pode ser aplicada retroativamente, em atenção ao princípio do *in dubio pro reo* e à garantia da irretroatividade da norma punitiva mais gravosa.

## Palavras-chave

Crime contra a ordem tributária. Exaurimento da via administrativa. Prescrição. Súmula Vinculante 24. Irretroatividade.

## Abstract

By the light of Binding Precedent 24, became mandatory the prior and definitive tax assessment, as a condition to the criminal prosecution for tax fraud (art. 1.º, I to IV, of Law 8.137/90). As a consequence, only after this definitive tax assessment begins the limitation period for bringing the criminal action. Considering, however, that before the issue of the Binding Precedent, the understanding of the Supreme Court, for a long time, was for the possibility of filing criminal action, regardless of the conclusion of the administrative tax assessment, the Binding Precedent, with respect to the beginning of the limitation period to bring the criminal action, cannot be applied retroactively, to the detriment of the citizen, mindful of the principle of *in dubio pro reo* and the guarantee of non-retroactivity of the more onerous penalty provisions.

## Keywords

Tax fraud. Biding Precedent 24. Definitive tax assessment. Limitation period. Retroactivity.

---

\* Professor Titular de Direito Tributário da UFC. Presidente do Instituto Cearense de Estudos Tributários.

## 1. INTRODUÇÃO

A cada dia nos deparamos com situações que fortalecem o nosso convencimento de que, não obstante os notáveis avanços na construção do Direito, a relação entre o Estado e o cidadão ainda é muito mais uma relação de poder do que uma relação jurídica. É assim porque a autoridade, no exercício do poder estatal, sempre encontra meios para utilizar as teses jurídicas de modo a tirar proveito, vale dizer, aproveita das teses jurídicas geralmente construídas em defesa dos cidadãos para servirem de apoio para argumentação que lhes é favorável.

É o que está a ocorrer com a tese que, depois de forte e obstinada objeção das autoridades, terminou prevalecendo no Poder Judiciário, consubstanciada na Súmula Vinculante nº 24 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo.”

O Supremo Tribunal Federal, mesmo em face do art. 83, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que determinava às autoridades da Administração Tributária o aguardo do lançamento definitivo para só então levarem o fato ao conhecimento do Ministério Público para a propositura da ação penal, afirmou ser possível a propositura da ação penal antes dessa comunicação. Não declarou a inconstitucionalidade daquele dispositivo legal, por entender que o mesmo se dirigia apenas às autoridades administrativas, e não limitava a conduta do Ministério Público, pois “é pública incondicionada a ação penal por crime de sonegação fiscal”.<sup>1</sup>

Como se vê, a questão da exigência de prévio exaurimento da via administrativa para a propositura da ação penal, hoje consubstanciada na Súmula Vinculante nº 24, tem sido objeto de profundas controvérsias, e se presta para demonstrar que a autoridade sempre pretende utilizar contra o cidadão as teses jurídicas que vão sendo construídas, mesmo aquelas que, em princípio, são destinadas a protegê-lo contra o Estado. Assim é que agora, depois do advento da Súmula Vinculante 24, nova divergência está sendo suscitada, buscando as autoridades utilizar a regra da citada súmula em detrimento dos cidadãos, sustentando que a prescrição da ação penal só começa o seu curso quando ocorre o lançamento definitivo do tributo. E essas divergências nos lembram que, segundo Radbruch, Goethe, em carta a Reinhar, depois da leitura duma história comparada dos sistemas filosóficos, escreveu:

“Ao ler esta obra, compreendi de novo aquilo que o autor muito claramente exprime, isto é: as diversas maneiras de pensar acham afinal o seu fundamento na diversidade dos homens e

---

<sup>1</sup> STF, Súmula 609.

por isso será sempre impossível criar neles convicções completamente uniformes. Se chegarmos a saber de que lado estamos, já conseguiremos bastante; poderemos então ficar tranquilos com a nossa consciência e seremos mais tolerantes para com os outros.”<sup>2</sup>

A nova divergência, agora suscitada, consiste em saber quando começa a fluir o prazo de prescrição da ação penal, no crime de supressão ou redução de tributo. Em outras palavras, essa nova divergência refere-se a um suposto efeito retroativo da Súmula Vinculante 24, impeditivo da prescrição, que permitiria a propositura de ação penal por crime de supressão ou redução de tributo por fato ocorrido mais de doze anos antes de sua edição.

Essa nova divergência, da qual cuidaremos neste pequeno estudo, é mais um exemplo de que as autoridades sempre encontram meios para utilizar as teses jurídicas com objetivos autoritários, mesmo as que tenham sido construídas em defesa dos cidadãos. Começaremos estudando a Súmula Vinculante 24, com enfoque para a divergência de opiniões, que se instaurou inclusive dentro do Supremo Tribunal Federal, justificando sua edição. Depois examinaremos a prescrição e a irretroatividade da lei penal, que devem se harmonizar como instrumentos de realização da segurança jurídica. E por último estudaremos o princípio *in dubio pro reo*, que nos parece invocável para superar dúvida que porventura possa persistir a respeito das teses antecedentes.

## 2. A SÚMULA VINCULANTE 24

### 2.1. Ambiente no qual edificou-se a tese

O Supremo Tribunal Federal entendia que o Ministério Público pode promover ação penal por crime contra a ordem tributária e chegou a sumular esse entendimento afirmando que “é pública incondicionada a ação penal por crime de sonegação fiscal.” Confundia a questão de natureza processual, relativa a ação penal, com a questão de direito penal substantivo de saber quando está consumado o crime de supressão ou redução do tributo, previsto no art. 1º, da Lei nº 8.137/90.<sup>3</sup>

Na verdade a tese predominante na jurisprudência brasileira resultou de equívoco que parece ter decorrido de indevida interpretação da doutrina italiana, construída em face de legislação que evoluiu em sentido inverso do

---

<sup>2</sup> Gustav Radbruch, *Filosofia do direito*, Tradução de L. Cabral de Moncada, 5ª edição, Arménio Amado, Coimbra, 1974, p. 59

<sup>3</sup> Veja-se, a propósito, nosso *Estudos de Direito Penal Tributário*, Atlas, São Paulo, 2002, págs. 152 a 168, no qual estudamos a questão da necessidade do prévio exaurimento da via administrativa para a configuração do crime de supressão ou redução do tributo.

que se deu no Brasil, como já tivemos oportunidade de demonstrar, em texto no qual afirmamos:

“A tese predominante na jurisprudência parece ter origem na lição de Manzini. Ao apreciar o Recurso de *Habeas Corpus* nº 50.523-SP, o Supremo Tribunal Federal, de certa forma, acolheu a doutrina italiana, citada no acórdão que invocou a lição de Manzini, para concluir que: a) o juiz penal não está obrigado a aguardar a solução da instância administrativa, para permitir a movimentação da ação penal, e b) no julgamento do fato denunciado como sonegação fiscal não está vinculado à solução eventualmente dada pela instância administrativa. Isto é, pode o juiz penal condenar quando o contribuinte tenha sido liberado pela administração fiscal, como absolvê-lo, na hipótese contrária. (RTJ nº 65, p. 62). É interessante, portanto, o exame do Direito Penal Tributário Italiano, a ver-se como foi ali tratada a questão.”<sup>4</sup>

E mais adiante, depois de examinarmos o trato da questão na doutrina italiana, concluímos:

“De todo modo, a análise da doutrina italiana demonstra que, ali, a lei anterior definia como crime a evasão, por isto mesmo se considerava indispensável o prévio lançamento do tributo, ou, em outras palavras, a determinação da ocorrência da efetiva supressão, ou redução de um tributo legalmente devido, constituía uma circunstância prejudicial. Tinha-se a prejudicial tributária. E para afastá-la, a reforma penal alterou a definição a definição do crime, que deixou de ser um crime material, de resultado, para tornar-se um crime de mera conduta, ou crime formal.”<sup>5</sup>

O entendimento do STF foi alterado no julgamento do HC 81.611, no qual o Ministro Sepúlveda Pertence sustentou a necessidade de prévio exaurimento da via administrativa para a propositura da ação penal por crime de supressão ou redução do tributo. Entretanto, não se pode afirmar que se tornou pacífica a tese adotada pelo referido Ministro. Muito pelo contrário. Basta o exame dos votos proferidos no caso para se chegar à conclusão de que o tema ainda estava muito longe de se tornar pacífico.

Realmente, o ambiente no qual foi edificada, no Supremo Tribunal Federal, a tese da necessidade do prévio exaurimento da via administrativa para que se faça possível a ação penal no crime de supressão ou redução de tributos foi repleto de controvérsia, e exatamente para que essa tese pudesse prevalecer é que foi editada a Súmula Vinculante

---

<sup>4</sup> Hugo de Brito Machado, *Prévio Esgotamento da Via Administrativa e Ação Penal nos Crimes Contra a Ordem Tributária*, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, IBCCRIM/Revista dos Tribunais, São Paulo, nº 15, julho-setembro de 1996, p. 233

<sup>5</sup> Hugo de Brito Machado, *Prévio Esgotamento da Via Administrativa e Ação Penal nos Crimes Contra a Ordem Tributária*, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, IBCCRIM/Revista dos Tribunais, São Paulo, nº 15, julho-setembro de 1996, p. 234

24, sem a qual a jurisprudência continuaria controvertida e muitos órgãos do Poder Judiciário seguiriam admitindo a ação penal independentemente do exaurimento da via administrativa.

Aliás em muitos órgãos do Poder Judiciário continuou prevalecendo a tese contrária, sob o fundamento de ser pública incondicionada a ação penal nos crimes tributários. E na verdade a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não seria capaz de impedir ações penais, que continuariam a ser proposta em todo o país, até porque o Ministério Público certamente seria a tanto provocado, inclusive por órgãos da Administração Tributária.

## 2.2. A finalidade da Súmula 24

A Constituição Federal de 1988 diz expressamente que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”<sup>6</sup> Assim, podemos afirmar que a finalidade essencial de uma lei é tornar obrigatório um comportamento.

Ocorre que a lei pode ensinar, como ocorreu no caso, interpretações diferentes. Alguns entenderam que o crime de supressão ou redução do tributo, definido no art. 1º da Lei nº 8.137/90 está consumado com a prática de uma das condutas descritas em um de seus incisos, enquanto outros entendem que esse tipo penal somente se aperfeiçoa quando exista manifestação definitiva da autoridade administrativa sobre o seu elemento normativo, vale dizer, o tributo.

Como no Poder Judiciário também se instalou interminável controvérsia a esse respeito, foi então editada a Súmula Vinculante 24, com a finalidade de superar essa controvérsia.

O art. 103-A, e seu parágrafo 3º, introduzidos na Constituição Federal pela Emenda 45, de 8 de dezembro de 2004, refere-se à denominada súmula vinculante da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e diz que do ato administrativo que contrariar a súmula cabe reclamação para o STF. Isto é uma demonstração eloqüente de que a Administração Pública em nosso País nem sempre obedece a jurisprudência, mesmo à jurisprudência pacífica da mais alta Corte de Justiça. Demonstração esta que fica ainda mais evidente quando se vê na Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, que cuida da aplicação das súmulas vinculantes, a atribuição ao agente público de responsabilidade pessoal pelos danos que decorram da inobservância das súmulas.

Assim, indiscutivelmente a Súmula Vinculante 24 teve a finalidade de superar a controvérsia em torno da exigência do prévio exaurimento da via administrativa para que seja admitida a ação penal pelo crime de supressão ou redução de tributo. Cumpriu, portanto, a finalidade prevista expressa-

---

<sup>6</sup> Constituição Federal de 1988, art. 5º, inciso II

mente no dispositivo constitucional que introduziu em nosso sistema jurídico essa espécie normativa, vale dizer, “súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.”<sup>7</sup>

### 3. A IRRETROATIVIDADE E A PRESCRIÇÃO

#### 3.1. A segurança como valor fundamental da humanidade

A *segurança* é um dos valores fundamentais da humanidade, que ao Direito cabe preservar. Ao lado do valor *justiça*, tem sido referida como os únicos elementos que, no Direito, escapam à relatividade no tempo e no espaço. “Podemos resumir o nosso pensamento” - assevera Radbruch – “dizendo que os elementos universalmente válidos da idéia de direito são só a *justiça* e a *segurança*.”<sup>8</sup> Daí se pode concluir que o prestar-se como instrumento para preservar a justiça, e a segurança, é algo essencial para o Direito. Em outras palavras, sistema normativo que não tende a preservar a justiça, nem a segurança, efetivamente não é Direito.<sup>9</sup>

Para Victor Borges Polizelli,

“Segurança jurídica é um dos principais valores que o sistema jurídico busca atender e resguardar. Formulada em termos amplos (segurança em sentido formal), sua definição é também bastante simples, pois significa a exigência de certeza quanto à existência e aplicabilidade dos direitos do cidadão. Alcança as atividades de elaboração, interpretação e aplicação do Direito, assegurando aos cidadãos uma expectativa precisa de seus direitos e deveres em face do ordenamento jurídico.”<sup>10</sup>

Assim, para preservar a segurança jurídica o Direito adota institutos entre os quais se destacam a irretroatividade e a prescrição. A irretroatividade para impedir que uma conduta praticada porque é lícita, vindo a ser proibida dessa proibição decorra a possibilidade de sanção contra quem agiu licitamente. E a prescrição para garantir a estabilidade das situações jurídicas que perduraram, sem serem perturbada, durante um certo prazo. Em se tratando

---

<sup>7</sup> Art. 103-A, da Constituição Federal de 1988, com redação que lhe deu a Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004.

<sup>8</sup> Gustav Radbruch, *Filosofia do Direito*, trad. do Prof. L.Cabral de Moncada, 5ª edição, Arménio Amado, Coimbra, 1974, p. 162

<sup>9</sup> Hugo de Brito Machado, *Os Princípios Jurídicos da Tributação na Constituição de 1988*, 5ª edição, Dialética, São Paulo, 2004, pág. 123

<sup>10</sup> Victor Borges Polizelli, Eficiência do Sistema Tributário – uma Questão de Busca da Justiça com Proteção da Segurança Jurídica, em Revista *Direito Tributário Atual*, IBDT/Dialética, São Paulo, 2006, nº 20, pág. 261.

da ação penal, para impedir que o autor de um crime permaneça o resto da vida submetido à possibilidade de sofrer a pena correspondente.

### 3.2. Irretroatividade da Súmula Vinculante 24

A irretroatividade das regras jurídicas em geral, como regra, é absolutamente imprescindível. Podemos dizer que a irretroatividade das normas jurídicas, como princípio, é o mínimo que se pode pretender em matéria de segurança. Se as normas jurídicas em geral pudessem retroagir a insegurança seria absoluta. Insuportável. Por isto mesmo insistimos em afirmar que a irretroatividade das normas jurídicas como princípio faz parte da própria essência do Direito. Aliás, há quem afirme ser a *segurança* o valor fundamental do jurídico, superando o próprio valor *justiça*. Oscar Tenório, por exemplo, invoca a doutrina de Recasens Siches para afirmar que:

“O direito não surgiu na vida humana com a finalidade de prestar-se culto à idéia de justiça. Surgiu para fornecer *segurança e certeza* à vida social. Esta função do direito existe no regime tradicionalista e no regime revolucionário. Sendo a segurança o valor fundamental do jurídico, sem ela não pode haver direito.”<sup>11</sup>

A irretroatividade das leis na verdade é inerente à idéia de Direito, como instrumento de preservação da segurança jurídica. Por isto mesmo está presente como garantia constitucional em todas as nossas constituições, com exceção apenas da Carta de 1937, sabidamente um instrumento da ditadura de Getúlio Vargas. Aliás, em relação à irretroatividade das leis pode ser dito o mesmo que Paulo Bonavides afirmou em relação ao princípio da separação de poderes:

“A única exceção veio a ser a Carta de 1937, mas esta em rigor não foi uma Constituição e sim um ato de força de natureza institucional, tanto que afastou, por inteiro, o País de toda a sua tradição de liberalismo e representatividade do poder.”<sup>12</sup>

Tal exceção em nossas constituições é também apontada por Vicente Ráo, que depois de se referir à irretroatividade em preceitos constitucionais de vários países, registra:

“Todos os Estatutos Políticos brasileiros, menos a carta constitucional outorgada em 1937, sempre consagraram igual princípio e a Constituição vigente dispõe o seguinte em seu art. 5º, XXXVI:

---

<sup>11</sup> Oscar Tenório, *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, 2ª edição, Borsoi, Rio de Janeiro, 1955, pág. 193.

<sup>12</sup> Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 25ª edição, Malheiros, São Paulo, 2010, pág. 554.

'A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.'<sup>13</sup>

Realmente, a Constituição de 1937 foi omissa quanto à irretroatividade das leis. Pode-se dizer, portanto, que colocou a regra da irretroatividade no patamar hierárquico da lei ordinária. O legislador poderia estabelecer a aplicação retroativa da lei, embora a irretroatividade seguisse sendo – como não poderia deixar de ser – um princípio jurídico que é indiscutivelmente inerente à própria idéia de Direito, enquanto a retroatividade seguisse sendo de caráter excepcional.

Poder-se-á argumentar alegando que a Súmula, diversamente do que ocorre com a lei, não inova no ordenamento. Seria semelhante à lei simplesmente interpretativa. E como simples interpretação da lei existente produziria efeitos para o passado.

Tal argumento é consistente, mas não se aplica ao caso. Primeiro, porque em se tratando, como no caso se trata, de súmula vinculante, é importante considerar-se que ela inova o ordenamento jurídico impondo às autoridades dever de obediência, ao qual corresponde o direito do prejudicado com o seu descumprimento, que em vez de ingressar em juízo como ocorreria diante do descumprimento de uma lei, podem formular reclamação diretamente junto ao Supremo Tribunal Federal. Depois, por se tratar de uma regra de Direito Penal cuja retroatividade, no caso, seria em prejuízo do réu, o que está expressamente proibido pela Constituição Federal.<sup>14</sup>

### 3.3. A prescrição no crime de supressão ou redução do tributo

As autoridades da Administração Pública, do Ministério Público e do próprio Poder Judiciário, não se submetiam à orientação jurisprudencial predominante no Supremo Tribunal Federal. Tanto que inúmeras ações penais por crime de supressão ou redução de tributo foram promovidas depois que ela se firmou no HC nº 81.611-DF, julgado em 10 de dezembro de 2002.

A prescrição da pretensão punitiva, no crime de supressão ou redução de tributo, para o qual a pena máxima cominada é de 5 (cinco) anos, ocorre em 12 (doze) anos, nos termos do art. 109, inciso III, do Código Penal. E a questão que se coloca em face da Súmula Vinculante nº 24, de 2 de dezembro de 2009, consiste em saber quando começa o seu curso. Em outras palavras, a questão que se coloca consiste em saber se devemos considerar consumado o crime de que se cuida na data do lançamento definitivo do tributo, como diz referida Súmula, ou na data em que ocorreu a conduta descrita em um dos

---

<sup>13</sup> Vicente Ráo, *O Direito e a Vida dos Direitos*, 3ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1991, vol. I, p. 325.

<sup>14</sup> Constituição Federal de 1988, art. 5º, XL.

incisos do art. 1º, da Lei nº 8.137/90, nos casos em que a mesma tenha ocorrido antes da citada Súmula.

As Súmulas Vinculantes não podem produzir retroativamente os efeitos próprios, peculiares dessa espécie normativa, isto é, não vinculam as autoridades. Em outras palavras, não se pode dizer que as autoridades administrativas estivessem, antes dela, proibidas de comunicar ao Ministério Público os fatos que entendessem configurar crimes. Nem que os membros do Ministério Público estivessem proibidos de denunciar alguém por crimes de supressão ou redução de tributo antes do lançamento definitivo correspondente. Mesmo admitindo-se ser predominante na jurisprudência o entendimento que veio a ser consubstanciado na Súmula Vinculante 24, a ação penal poderia ser julgada improcedente, mas não se podia dizer que o Ministério Público, ao promovê-la, violou uma proibição.

Não temos dúvida, portanto, de que a prescrição da ação penal por crime de supressão ou redução de tributo começou a correr na data em se deram os fatos descritos nos incisos do art. 1º, da Lei nº 8.137/90.

#### 4. O PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO*

Quando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal adotava o entendimento segundo o qual o crime contra a ordem tributária estava consumado sem que existisse ainda julgamento definitivo da autoridade administrativa, a prescrição começava a correr da data do fato apontado como crime, independentemente de manifestação da autoridade administrativa. Se a ação penal não era promovida no prazo de prescrição estava esta consumada, sem nenhuma dúvida.

Depois do advento da Súmula Vinculante nº 24, segundo a qual “não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no artigo 1º, inciso I, da Lei 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”, não há dúvida de que a prescrição da ação penal começa a fluir na data em que se torna definitivo o lançamento.

Existe, porém, um período no qual a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já vinha adotando o entendimento que a final veio a ser expresso na Súmula 24, mas outros órgãos do Judiciário, inclusive Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, e o Ministério Público, ainda persistiam no entendimento contrário. Não temos dúvida de que nesse período a prescrição da ação penal começava a correr na data do cometimento do ilícito tributário. Entretanto, mesmo que se admita que durante esse período podia haver dúvida quanto ao início do prazo prescricional, é indiscutível que essa dúvida há de ser resolvida a favor do réu, por aplicação do princípio *in dubio pro reo*, universalmente preconizado e aceito.

E ainda que se considere que a dúvida, no caso, não é sobre o fato, mas sobre a interpretação da norma, ela há de ser resolvida a favor do réu. Este nosso entendimento não é novo. Comentando o art. 112, do Código Tributário Nacional, escrevemos:

“O acolhimento do princípio segundo o qual as dúvidas na interpretação da norma penal devem ser resolvidas a favor do réu parece mais razoável e mais condizente com o princípio da presunção de inocência, albergado por nossa Constituição Federal. Para afastar a presunção de inocência é necessária a certeza quanto ao significado da norma, vale dizer, quanto a sua interpretação. Se há dúvida, deve ser considerado não configurado o tipo penal.

Realmente, a afirmação de que ocorreu um ilícito penal depende da constatação do fato, que por sua vez depende da interpretação da norma que o descreve como tipo penal. Se o princípio de Direito Penal do *in dubio pro reo* exige certeza quanto ao fato, pela mesma razão deve exigir certeza quanto ao direito, pois a verificação da incidência da norma penal depende não apenas da constatação da ocorrência do fato, mas da delimitação do alcance da norma que é indispensável para que se saiba se está aquele fato abrangido, ou não, pela hipótese de incidência, vale dizer, pelo tipo penal.”<sup>15</sup>

## 5. CONCLUSÕES

Com apoio no que foi aqui exposto, podemos firmar as seguintes conclusões:

1ª) O prazo de prescrição da ação penal, relativa ao crime previsto no art. 1º, da Lei nº 8.137/90, antes do trânsito em julgado da sentença, é de 12 anos e começa a fluir no dia em que o crime se consumou, que nos termos da Súmula Vinculante nº 24 é a data do lançamento definitivo do tributo.

2ª) A regra consubstanciada na Súmula Vinculante nº 24 não produz os efeitos peculiares a essa espécie normativa, para o passado, de sorte que em relação aos crimes de supressão ou redução de tributo, nos quais a conduta do autor consumou-se antes dela, a prescrição começou a correr independentemente do lançamento definitivo do tributo a que se refiram.

3ª) A Súmula Vinculante nº 24 também não pode retroagir para adiar o início do prazo de prescrição, validando em prejuízo do réu a denúncia por crime contra a ordem tributária, porque a retroatividade em prejuízo do réu está expressamente vedada pela Constituição Federal.

---

<sup>15</sup> Hugo de Brito Machado, *Comentários ao Código Tributário Nacional*, 2ª edição, Atlas, São Paulo, 2008, vol. II, pág. 262

4ª) Mesmo que se tenha dúvida a respeito da questão de saber se em relação aos ilícitos tributários praticados antes do advento da Súmula Vinculante 24 a prescrição da ação penal começa na data em que esteja consumado o ilícito, ou na data do lançamento definitivo do tributo, essa dúvida deve ser resolvida a favor do réu, vale dizer, na dúvida devemos considerar que se consumou a prescrição.





# A INFLUÊNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONSTRUÇÃO DE UM NOVO MODELO DE CONTRATO

*Lara Fernandes Vieira\**

## **Resumo**

No presente estudo pretende-se demonstrar como o princípio da dignidade da pessoa humana, adotado pela Constituição Federal de 1988, determinou a evolução do instituto jurídico do contrato, estabelecendo novos paradigmas que culminaram no surgimento do contrato de consumo, de natureza protetiva. Para tanto, conceitua-se o referido princípio, por meio de revisão de literatura, e ressalta-se a sua importância como núcleo valorativo de todo o Ordenamento Jurídico Brasileiro. Em seguida, trata-se da mudança dos paradigmas em matéria contratual decorrentes da adoção do mencionado princípio para, ao final, discorrer sobre a natureza jurídica dos contratos de consumo, fundados na proteção do consumidor em razão da sua vulnerabilidade, com o objetivo de promover a igualdade material entre as partes.

## **Palavras-chave**

Dignidade Pessoa Humana. Novos Paradigmas Contratuais. Contrato Consumo.

## **Abstract**

The present study aims to demonstrate how the principle of human dignity, adopted by the 1988 Federal Constitution, determined the evolution of the legal institution of contract, establishing new paradigms that culminated in the emergence of a consumer contract, the protective nature. Therefore, conceptualizes up that principle, through literature review, and we stress its importance as a core evaluative around the Brazilian Legal System. Then it is the change of paradigms in contractual matters arising from the adoption of the aforementioned principle to, in the end, discuss the legal nature of consumer contracts, based on consumer protection because of their vulnerability, with the goal of promoting material equality between the parties.

---

\* Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará (1994), especialização em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (1997) e em Responsabilidade Civil e Direito do Consumidor (2009) pela Universidade Estácio de Sá e é mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará. Atualmente é colaboradora do Instituto de Pesquisas Sociais, Políticas e Econômicas- IPESPE, professora do Centro Universitário Estácio do Ceará- Estácio FIC e diretora-presidente do Instituto de Cultura, Arte, Ciência e Esporte- CUCA. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito do Consumidor e Direito Civil, atuando principalmente nos seguintes temas: responsabilidade civil e sucessões.

## Keywords

Human Dignity Person. New Paradigms Contractual. Agreement consumption.

## 1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste estudo é demonstrar como o princípio da dignidade da pessoa humana, adotado pela Constituição Federal de 1988, determinou a evolução do instituto jurídico do contrato, estabelecendo novos paradigmas que culminaram no surgimento do contrato de consumo.

Para tanto, busca-se inicialmente realizar um breve estudo sobre o princípio da dignidade da pessoa humana.

Em seguida, trata-se de analisar a evolução do contrato sob a influência do referido princípio e de explanar cada um dos novos paradigmas contratuais decorrentes da sua adoção como centro valorativo do Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Ao final, discorre-se sobre a natureza jurídica dos contratos de consumo, fundados na proteção do consumidor em razão da sua vulnerabilidade, para concluir que este, do modo como foi concebido pela legislação consumerista, constitui um verdadeiro novo modelo de contrato.

A metodologia utilizada foi descritiva e analítica, desenvolvida através de pesquisa bibliográfica, por meio da análise da literatura já publicada em forma de livros, periódicos, leis, revistas, e demais publicações.

## 2. DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu uma nova ordem de valores no Ordenamento Jurídico Brasileiro, fundada na dignidade da pessoa humana. O referido princípio constitui o núcleo essencial intangível dos direitos fundamentais e representa, segundo Daniel Sarmento<sup>1</sup>,

O epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e do mercado.

A ideia de dignidade da pessoa humana não é recente, variando conforme a época, o local e a cultura. Na evolução do referido conceito, Nelson

---

<sup>1</sup> SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2000, p. 59-60.

Rosenvald<sup>2</sup> identifica “três momentos evolutivos ou trágicos para a humanidade: o Cristianismo, o kantismo e a Segunda Guerra Mundial”.

Na doutrina cristã, a concepção de dignidade de pessoa humana está baseada nas Escrituras, pois tanto o Antigo como o Novo Testamento afirmam que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus. A dignidade, portanto, seria um valor inerente à pessoa humana, mas de atribuição divina.

Na antiguidade clássica, greco-romana, a dignidade assume uma dupla significação, de dádiva, mas também de conquista, pois embora intrínseca ao ser humano, é também resultado de suas atitudes. Tal ideia é esclarecida por Marco Ruotolo<sup>3</sup>:

Corresponde à concepção dominante na tradição cristã, onde é possível distinguir entre uma dignidade ontológica (ou inata), visto que decorrente da condição de o ser humano ter sido feito à imagem e semelhança de Deus, e uma dignidade existencial ou adquirida, correspondente a circunstância de se levar uma vida de acordo com os ditames da Religião Cristã.

Com efeito, no pensamento de Tomás de Aquino, embora ainda se sustente que a dignidade humana encontra seu fundamento no fato do homem ter sido criado à imagem e semelhança de Deus, também se reconhece a capacidade humana de autodeterminação. Na esteira deste entendimento, Giovanni Pico della Mirandola enfatiza a racionalidade como característica inerente à natureza humana, o que lhe confere liberdade de escolha<sup>4</sup>.

Nos séculos XVII e XVIII o conceito de dignidade sofre um processo de laicização, oriundo dos ideais iluministas, marcados pela racionalidade. A visão de Kant<sup>5</sup> sobre a dignidade da pessoa humana, concebida sob o fundamento da autonomia da vontade, constitui importante referência na busca de sua conceituação.

Para o filósofo, “no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas, quando uma coisa está acima de todo preço e, portanto, não permite equivalente, então ela tem dignidade”. O ser humano constitui, pois, um fim em si mesmo, jamais podendo servir de meio para os outros ou de mero instrumento da sociedade ou do Estado.

---

<sup>2</sup> ROSENVALD, Nelson. Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2007, p.1.

<sup>3</sup> RUOTOLO, Marco, Appunti sulla dignità umana. In: Direitos Fundamentais & Justiça, n. 11, abr./jun. 2010, p. 125-126 apud SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011, p. 36.

<sup>4</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011, p. 37.

<sup>5</sup> Emmanuel Kant, em sua Crítica da razão prática, de 1788.

A ampla aceitação e difusão dos ideais de Kant não livrou a civilização da experiência nacional-socialista. A Constituição de Weimar, de 1919, já previa o princípio da dignidade da pessoa humana no art. 151, inciso I, ao determinar como objetivo maior da ordem econômica a garantia de uma existência digna. Entretanto, leciona Paulo Bonavides<sup>6</sup>:

A constituição do positivismo é em primeiro lugar conceito formal, norma que se explica pelo seu conteúdo nominal, por sua rigidez, vazada por escrito, mais hermética que aberta em presença da realidade circunjacente, exterior, em si mesma, à própria realidade, que ela organiza e regula juridicamente... O positivista, como interprete da Constituição, é conservador por excelência.

O formalismo exacerbado do positivismo, que encontra na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen a sua maior expressão, esvaziou a Constituição de conteúdo axiológico, pois desde que o modo de elaboração das normas seguisse os parâmetros estabelecidos, qualquer conteúdo era admissível.

A degradação e o aviltamento do ser humano pelo Estado nazista revelaram a fragilidade do positivismo, modelo cuja “lógica perversa consiste em eleger a força como a essência do jurídico, para declarar ‘cientificamente’, ‘objetivamente’, a coerção como característica essencial do direito”<sup>7</sup>.

A revelação das atrocidades cometidas pelos nazistas durante a Segunda Guerra causou perplexidade e provocou a necessidade de resgate da filosofia de Kant, baseada na dignidade como valor absoluto do ser humano, servindo de fundamento para Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pelas Nações Unidas em 1948, que estabelece, no art. 1º que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.

Neste sentido, Willis Santiago Guerra Filho<sup>8</sup> leciona:

O princípio mereceu formulação clássica na ética kantiana, precisamente na máxima que determina aos homens, em suas relações interpessoais, não agirem jamais de molde a que o outro seja tratado como objeto, e não como igualmente um sujeito.

Após ter sido consagrada pela referida Declaração da ONU, as Constituições de vários países passaram a reconhecer expressamente a dignidade da pessoa humana. É certo que a mera inscrição nos textos normativos não garante a proteção efetiva da dignidade do ser humano, porém, é importante ressaltar que a sua positivação nas Cartas Magnas favorece a concretização

---

<sup>6</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 172.

<sup>7</sup> FELLIPE, Márcio Sotelo. Razão jurídica e dignidade humana. São Paulo: Max Lomonad, 1996, p. 23.

<sup>8</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo Constitucional e Direitos Fundamentais. São Paulo: RCS editora, 2007, p. 58.

dos direitos humanos, pois constitui substrato valorativo dos sistemas jurídicos que a adotaram como princípio normativo.

Seguindo essa tendência, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no art. 1º, inciso III, consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito. O referido princípio constitui, portanto, a base axiológica e o elemento unificador do Ordenamento Jurídico Brasileiro, consubstanciado na ideia de que a pessoa humana é a razão de ser do Direito e do Estado.

Cumprindo ainda ressaltar que o princípio da dignidade da pessoa humana tem dupla acepção: uma negativa e outra positiva. A primeira se traduz pela abstenção do Estado e da sociedade em respeito à pessoa humana, de modo que esta não venha a sofrer prejuízos decorrentes de atos lesivos à sua dignidade, e a segunda pela promoção de condições materiais e morais mínimas para que a mesma possa desenvolver os atributos da sua personalidade e seus potenciais de forma plena.

Em relação à acepção positiva do referido princípio, Luiz Edson Fachin<sup>9</sup>, em nota prévia à obra Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo, defende a garantia de um mínimo existencial, que corresponde à:

[...] existência de uma garantia patrimonial mínima inerente a toda pessoa humana, integrante da respectiva esfera jurídica individual ao lado dos atributos pertinentes à própria condição humana. Trata-se de um patrimônio mínimo indispensável a uma vida digna do qual, em hipótese alguma, pode ser desaposada, cuja proteção está acima dos interesses dos credores.

Decorrem ainda do princípio da dignidade da pessoa humana os direitos de personalidade, disciplinados pela legislação civil. Trata-se de direitos relativos à integridade física, como o direito à vida, e à integridade moral, como os direitos à honra e à imagem.

### 3. A EVOLUÇÃO DO CONTRATO

O instituto jurídico do contrato vem sendo moldado desde os romanos, em conformidade com a realidade social de cada época, tendo sofrido mudanças significativas nos últimos tempos em razão das profundas transformações ocorridas na sociedade e, conseqüentemente, no Direito.

O modelo clássico de contrato foi concebido à luz do individualismo filosófico e do liberalismo econômico típicos dos séculos XVIII e XIX, baseado na autonomia da vontade, que tem como pressupostos a igualdade formal e a ampla liberdade entre as partes e como efeitos a intangibilidade, obrigatori-

---

<sup>9</sup> FACHIN, Luiz Edson. Estatuto jurídico do patrimônio mínimo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, nota prévia.

idade e relatividade das cláusulas acordadas. Com o tempo deixou de atender às demandas da sociedade, atualmente marcada pela industrialização, pelo consumo, pela massificação, pela informação e pela globalização, que clamava, e ainda clama, por solidariedade e justiça.

Neste contexto, há quem anuncie a “morte do contrato”, como o faz Gilmore<sup>10</sup> em sua obra clássica. No entanto o contrato ainda se constitui uma das principais fontes de obrigação na contemporaneidade, embora encontre seus fundamentos em premissas diversas quais sejam: a boa-fé objetiva, a função social e o equilíbrio econômico.

O novo modelo de contrato surge, então, a partir da influência dos valores constitucionais no âmbito do direito civil, percebida notadamente após a Segunda Guerra Mundial, quando o mundo se deu conta de que as normas jurídicas não podiam prescindir de conteúdo axiológico e que este deveria ser estabelecido pela Constituição e irradiado por todo o ordenamento jurídico.

Não se trata, portanto, de abolição do modelo clássico de contrato, mas de um processo evolutivo decorrente da conciliação do instituto com os valores constitucionais consubstanciados no princípio da dignidade da pessoa humana. “O contrato é morto, viva o contrato!”<sup>11</sup>.

A concepção clássica do contrato encontra sua melhor expressão no Código Civil francês de 1804, conhecido como Código de Napoleão, marcado pelo individualismo, característica do iluminismo e do liberalismo econômico que vigoravam à época.

O enaltecimento do indivíduo no referido Código, marco jurídico responsável pelo redesenho da sociedade francesa após a revolução de 1789, deveu-se à necessidade de afirmação de independência deste frente à nobreza, o clero e as corporações de ofício, poderes dominantes do passado.

De fato, no Estado Liberal, surgido em oposição aos abusos do Estado Absolutista, predominava a ideia da primazia dos interesses do indivíduo, abstratamente considerado, e da consolidação dos valores da burguesia.

A satisfação dos interesses individuais conduziria ao equilíbrio econômico e à prosperidade social. Segundo Adam Smith<sup>12</sup>:

Ao perseguir seus próprios interesses, o indivíduo muitas vezes promove o interesse da sociedade muito mais eficazmente do que quando tenciona realmente promovê-lo. [...] É evidente que

---

<sup>10</sup> GILMORE, Grant. *The death of contract*. Columbus/Ohio: State University Press, 1995, p. 2-3.

<sup>11</sup> KESSLER, Friedrich. Apud TEPELINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 237.

<sup>12</sup> SMITH, Adams. *A riqueza das Nações: investigação sobre sua natureza e suas causas*. Vol. I. Coleção Os Economistas. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997, p. 437-438.

cada indivíduo, na situação local em que se encontra, tem muito melhores condições do que qualquer estadista ou legislador de julgar por si mesmo qual o tipo de atividade nacional no qual pode empregar seu capital, e cujo produto tenha probabilidade de alcançar o valor máximo.

O Estado deveria, portanto, se eximir de intervenção na economia e nas relações jurídicas entre os particulares. Estas são regidas exclusivamente pelo Código Civil, sem nenhuma interface com outros ramos do direito, mesmo o constitucional, pois apesar da Constituição gozar de hierarquia superior do ponto de vista formal, o conteúdo destes diplomas legais não se tangenciava.

O Código Civil era, portanto, considerado a Constituição do direito privado, visto que era tido como única e exclusiva fonte legislativa a regular a relação entre os particulares, não havendo interferência do direito público nesta seara.

### 3.1. O Contrato e a Autonomia da Vontade

O Brasil não chegou a adotar, como ocorreu em outras nações, o Código de Napoleão, mas o Código Civil de 1916 sofreu fortes influências e herdou, desta legislação, suas características, como a supremacia conferida ao Princípio da Autonomia da Vontade nas relações contratuais.

O referido princípio considerava a vontade das partes como única fonte da obrigação contratual, sendo a lei compreendida apenas como um limite. A liberdade contratual, portanto, era ampla quanto à escolha do parceiro, ao conteúdo e à forma do contrato. À lei cabia apenas o papel de proteção do contrato, da vontade pactuada entre as partes, manifestada de modo livre e consciente, sem interferências externas coercitivas, como bem sintetiza Cláudia Lima Marques<sup>13</sup>:

A vontade humana é assim o elemento nuclear, a fonte e a legitimação da relação jurídica contratual e não a autoridade da lei. Sendo assim, é da vontade que se origina a força obrigatória dos contratos, cabendo à lei simplesmente colocar à disposição das partes instrumentos para assegurar o cumprimento das promessas e limitar-se a uma posição supletiva.

Tal entendimento deu origem à teoria dos vícios de consentimento, ainda hoje presente em nossa legislação civil, que permite a anulação dos contratos celebrados sem o livre consentimento de uma das partes. Do contrário, também se conclui que, sendo a vontade manifestada de forma livre e, portanto, isenta de vícios, as partes estariam obrigadas ao seu cumprimento.

---

<sup>13</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 66.

Partindo-se do pressuposto que as partes eram livres e iguais para contratar, a obrigatoriedade no cumprimento das cláusulas por elas avençadas decorria-lhe como um efeito natural. O pacto celebrado era considerado, segundo o art.1.134 do Código Civil francês<sup>14</sup>, lei entre as partes, não sendo, portanto, permitida nenhuma interferência do juiz em relação ao conteúdo do contrato, a não ser no sentido de garantir que o contrato alcançasse os objetivos almejados pelas partes no ato da contratação, não importando os motivos que as levaram a contratar. Esclarece Otávio Luiz Rodrigues Júnior<sup>15</sup> que:

O instrumento por excelência de realização da autonomia da vontade, portanto, era o contrato. Há liberdade de escolha. O homem nasce livre para contratar ou não; entretanto, uma vez constituído o vínculo, dele não se pode desobrigar.

O contrato era considerado obrigatório e justo em si mesmo, eis que resultado da livre manifestação da vontade das partes em condições de igualdade, não havendo qualquer perquirição de ordem substancial, como leciona Daniel Sica da Cunha<sup>16</sup>:

Assim, para a teoria clássica, é justo o conteúdo pactuado porque manifestação da vontade livre e soberana das partes: *qui dit contractuel, dit juste* é a célebre expressão do direito francês. Por isso o conteúdo do contrato, neste primeiro momento, é intangível. É justo *per se*, já que a justiça do contrato está na liberalidade das partes, e por isso deve ser cumprido: *pacta sunt servanda* porque, enquanto manifestação de vontades livres e soberanas, corresponderia ao justo.

O referido vínculo obrigacional do contrato se constituía exclusivamente entre as partes contratantes. Em regra os efeitos oriundos do mesmo não poderiam prejudicar ou beneficiar terceiros, salvo o fiador, o avalista ou o terceiro nos contratos com estipulação em seu favor. A projeção dos efeitos do contrato era restrita, uma vez que o campo de eficácia da relação contratual era limitado àqueles diretamente vinculados pelo mesmo.

Cumprе esclarecer que, embora a doutrina francesa não estabeleça diferença entre autonomia da vontade e autonomia privada, a doutrina italiana relaciona a primeira à vontade subjetiva, psicológica, enquanto a segunda refere-se à vontade objetiva, resultado da declaração ou manifestação da

---

<sup>14</sup> Art. 1.134 Code Civil: “Les conventions legalmente formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites”.

<sup>15</sup> RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Revisão Judicial dos contratos: Autonomia da Vontade e Teoria da Imprevisão. São Paulo, Atlas, 2006, p. 19.

<sup>16</sup> CUNHA, Daniel Sica da. A nova força obrigatória dos contratos. In A nova crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual, coord. Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 255-256.

vontade, geradora de efeitos jurídicos<sup>17</sup>. Acerca da referida distinção Maria Aracy Menezes da Costa<sup>18</sup> explica que:

A autonomia privada possibilita que os privados possam de forma autônoma determinar seus destinos, estando, no entanto, tal disposição sob a tutela jurídica. [...] Muitas vezes é referida como “autonomia da vontade”, mas com ela não se confunde: A “autonomia da vontade” se refere ao livre agir do sujeito, dizendo respeito a sua vontade interna, psíquica, manifestação de vontade livre, ao passo que a “autonomia privada” é o poder de criar normas para si.

Em resumo, o princípio da autonomia da vontade, ou da autonomia privada, constituía a base do contrato e determinava sua força obrigatória. Em sendo o conteúdo do contrato estabelecido por contratantes livres e em condições formal de igualdade, ele era considerado justo em si mesmo, não se admitindo a interferência do juiz, salvo em casos excepcionais de lesão, nem a extensão de seus efeitos a terceiros.

#### 4. CRISE DO MODELO CONTRATUAL CLÁSSICO

Ao longo do Século XX, a sociedade brasileira sofreu profundas transformações decorrentes, principalmente, do intenso processo de industrialização e do desenvolvimento da ciência e da tecnologia.

O Código Civil de 1916 já nasceu em meio à crise das codificações. Logo após a sua promulgação surgiu a necessidade de intervenção do Estado na economia e na relação entre os particulares, em razão dos conflitos sociais emergentes. Segundo Gustavo Tepedino<sup>19</sup>, “A era de estabilidade e segurança, retratada pelo Código Civil Brasileiro de 1916, entra em declínio na Europa já na segunda metade do século XIX, com reflexos na política legislativa brasileira a partir dos anos 20”.

Desde os anos 30, leis excepcionais, assim compreendidas por divergi-rem dos princípios incorporados pelo Código Civil, apareceram em profusão no Ordenamento Jurídico a fim de disciplinarem questões não previstas na referida codificação. Diante da nova realidade imposta, o sistema jurídico

---

<sup>17</sup> BARTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. Superendividamento e Dever de Renegociação. In: BERTONCELLO, Karen Rick Danillevicz; LIMA, Clarissa Costa. Superendividamento Aplicado: Aspectos Doutrinários e Experiência no Poder Judiciário. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012, p.156.

<sup>18</sup> COSTA, Maria Aracy Menezes da. Os novos poderes/direitos oriundos do contrato no Código Civil de 2002 e no Código de Defesa do Consumidor: vontade das partes. In A nova crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual, coord. Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 230.

<sup>19</sup> TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 4.

civilista tornou-se obsoleto, visto que inadequado para solução dos litígios e insuficiente no atendimento das demandas da sociedade.

Ante esta conformação jurídica, o Estado passou a agir de modo intervencionista, a fim de promover a igualdade substancial entre os indivíduos. Explica Luis Roberto Barroso<sup>20</sup> que:

Em nome da solidariedade social e da função social de instituições como a propriedade e o contrato, o Estado começa a interferir nas relações entre particulares, mediante a introdução de normas de ordem pública. Tais normas se destinam, sobretudo, à proteção do lado mais fraco da relação jurídica, como o consumidor, o locatário, o empregado. É a fase do dirigismo contratual, que consolida a publicização do direito privado.

No entanto, o rompimento definitivo com a ordem jurídica vigente somente aconteceria com o advento da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu novos paradigmas e propagou seus valores por todas as searas do Direito. No plano civil, entre outras mudanças, a primazia do indivíduo foi superada pelo princípio da dignidade da pessoa humana e os institutos da propriedade e do contrato se relativizaram mediante o princípio da função social.

A hierarquia das normas constitucionais, até então reconhecida sob o aspecto formal, adquiriu caráter de materialidade, pois toda a ordem jurídica, inclusive a do Direito Privado, passou a sofrer necessária conformação aos princípios constitucionais, princípios estes que, segundo Paulo Bonavides<sup>21</sup>, foram “convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”.

Esta significativa reviravolta jurídica é sintetizada por Teresa Negreiros<sup>22</sup>:

O processo de constitucionalização do direito civil implica a substituição do seu centro valorativo- em lugar do indivíduo surge a pessoa. E onde dantes reinava, absoluta, a liberdade individual, ganha significado e força jurídica a solidariedade social.

A Carta Magna, então, passa a disciplinar institutos jurídicos outrora exclusivos da legislação civil. Segundo Gustavo Tepedino<sup>23</sup>:

---

<sup>20</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n.851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/dourina/texto.asp?id=7547>> Acesso em: jul. 2008.

<sup>21</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 264.

<sup>22</sup> NEGREIROS, Teresa. Teoria do Contrato: Novos Paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, p. 11.

<sup>23</sup> TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para constitucionalização do Direito Civil. In Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 7.

O Código Civil perde, assim, definitivamente, o seu papel de constituição do direito privado. Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade: a função da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, matérias típicas do direito privado, passam a integrar uma nova ordem pública constitucional.

Os contratos não poderiam permanecer intocados ao processo de “despatrimonialização” do direito civil, cujo significado, de acordo com Pietro Perlingieri<sup>24</sup>, é a prevalência da pessoa sobre qualquer valor patrimonial. Teresa Negreiros<sup>25</sup>, em estudo sobre os novos paradigmas do contrato, preconiza:

A leitura do direito civil sob a ótica constitucional atribui novos fundamentos e, conseqüentemente, novos contornos à liberdade contratual. Em meio ao processo de despatrimonialização ou de funcionalização do direito civil, a noção de autonomia da vontade sofre profundas modificações no âmbito do contrato, sintetizadas na afirmação de que a autonomia negocial, diferentemente das liberdades existenciais, não constitui em si mesma um valor. Ao contrário, a livre determinação do conteúdo do regulamento contratual encontra-se condicionada à observância das regras e dos princípios constitucionais, o que significa, no quadro de valores apresentado pela Constituição brasileira, conceber o contrato como um instrumento a serviço da pessoa, sua dignidade e desenvolvimento. Assim, pela via da constitucionalização, passam a fazer parte do horizonte contratual noções e ideais como justiça social, solidariedade, erradicação da pobreza, proteção ao consumidor, a indicar, enfim, que o direito dos contratos não está à parte do projeto social articulado pela ordem jurídica em vigor no país.

De fato, os contratos passaram a ser orientados por novos princípios, quais sejam, conforme Antônio Junqueira de Azevedo<sup>26</sup>, o da boa-fé objetiva, o do equilíbrio econômico do contrato e o da função social do contrato. Não se trata, contudo, de abolição do modelo clássico de contrato, baseado na autonomia da vontade e obrigatoriedade no cumprimento de seu conteúdo, mas de conciliação dos princípios tradicionais, de índole liberal, com os princípios contemporâneos, de índole social.

---

<sup>24</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 33.

<sup>25</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 106-108.

<sup>26</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado*. São Paulo: RT, 1998, p. 116.

#### 4.1. Do Princípio da Boa-fé Objetiva

A adoção do Princípio da Boa-fé Objetiva pelo nosso ordenamento jurídico é resultado da passagem de um sistema jurídico fechado para um sistema aberto, por meio da admissão de cláusulas gerais e da compreensão da relação obrigacional como uma totalidade concreta desenvolvida através de um processo dinâmico<sup>27</sup>.

Judith Martins-Costa esclarece que a relação contratual deve ser compreendida como um todo unitário, o qual inclui não somente as partes e os direitos e deveres por elas assumidos, mas “a totalidade das circunstâncias concretas que, singularmente, lhe podem ser conduzidas”<sup>28</sup>.

O referido princípio estabelece um padrão de conduta entre as partes baseado na lealdade e na confiança, com a finalidade de adimplemento do contrato de modo a atender às legítimas expectativas de ambas. Segundo Clóvis V. Couto e Silva, se o vínculo contratual é visto como “uma ordem de cooperação, formadora de uma unidade que não se esgota na soma dos elementos que a compõem”, entende-se que as partes não mais ocupam posições “antagônicas, dialéticas e polêmicas”<sup>29</sup>.

Nesta perspectiva, o fundamento das relações contratuais desloca-se da autonomia da vontade para a boa-fé objetiva. Neste sentido, afirma Judith Martins-Costa<sup>30</sup>:

A concepção da obrigação como um processo e como uma totalidade concreta põe em causa o paradigma tradicional do direito das obrigações, fundado na valorização jurídica da vontade humana, e inaugura um novo paradigma para o direito obrigacional, não mais baseado exclusivamente no dogma da vontade (individual, privada ou legislativa), mas na boa-fé objetiva.

Sobre o significado do papel exercido pelo referido princípio no ordenamento jurídico, entende Sérgio Cavalieri Filho<sup>31</sup> que:

Se no plano constitucional o princípio da *dignidade da pessoa humana* é o mais importante, tanto assim que consagrado como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, III), no plano infraconstitucional esse papel cabe ao princípio da boa-fé.

Corroborando com esta assertiva Teresa Negreiros<sup>32</sup> ao afirmar que:

---

<sup>27</sup> COUTO E SILVA, Clóvis V. do. A obrigação como processo, p. 15.

<sup>28</sup> MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado. São Paulo: RT, 1999, p. 393.

<sup>29</sup> COUTO E SILVA, Clóvis V. do. A obrigação como processo. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011, p. 19.

<sup>30</sup> MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado. São Paulo: RT, 1999, p. 394.

<sup>31</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Direito do Consumidor. São Paulo: Atlas, 2008, p. 30.

A incidência da boa-fé objetiva sobre a disciplina obrigacional determina uma valorização da dignidade da pessoa, em substituição à autonomia do indivíduo, na medida em que se passa a encarar as relações obrigacionais como um espaço de cooperação e solidariedade entre as partes e, sobretudo, de desenvolvimento da personalidade humana.

Conceito de ampla acepção, comparado por Simone David-Constant a um mar sem praias (*La bonne-foi: une mer sans rivages*)<sup>33</sup>, a boa-fé comporta duas acepções: uma subjetiva e outra objetiva. A boa-fé subjetiva refere-se ao estado psicológico do indivíduo enquanto a boa-fé objetiva traduz-se em regra de conduta social que estabelece padrões de comportamento nas relações contratuais.

Sobre a distinção entre a boa-fé subjetiva e a objetiva, Fernando Noronha<sup>34</sup> leciona:

A primeira diz respeito a dados internos, fundamentalmente psicológicos, atinentes diretamente ao sujeito; a segunda a elementos externos, a normas de conduta que determinam como ele deve agir. Num caso está de boa-fé que ignora a real situação jurídica; no outro, está de boa-fé quem tem motivos para confiar na contraparte. Uma é boa-fé estado, a outra, boa-fé princípio.

Nas relações contratuais, como se depreende do texto acima, somente interessa a boa-fé princípio, de natureza objetiva, causadora de verdadeira “subversão”<sup>35</sup> no direito obrigacional. Ela estabelece como padrão de conduta entre as partes um modelo de comportamento baseado na lealdade e na confiança e, também, na consideração dos interesses de uma e de outra, para consecução dos objetivos comuns.

Ainda sobre a diferença entre as duas modalidades da boa-fé, lição de Cláudio Godoy<sup>36</sup> esclarece:

Alguém pode perfeitamente ignorar o indevido se sua conduta, portanto obrando de boa-fé (subjetiva) e, ainda assim, ostentar comportamento despido da boa-fé objetiva, que significa um padrão de conduta leal, pressuposto da tutela da legítima expectativa daquele com quem se contrata. Daí dizer-se que pode alguém estar agindo *de* boa-fé (subjetiva), mas não segundo a boa-fé (objetiva).

---

<sup>32</sup> NEGREIROS, Teresa. Teoria do Contrato: Novos Paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, p. 117-118.

<sup>33</sup> Apud MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado. São Paulo: RT, 1999, p. 409.

<sup>34</sup> Apud ROSENVALD, Nelson. Dignidade Humana e boa-fé no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 80.

<sup>35</sup> MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado. São Paulo: RT, 1999, p. 409.

<sup>36</sup> Apud ROSENVALD, Nelson. Dignidade Humana e boa-fé no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 80.

A boa-fé objetiva exerce funções que se evidenciam nas diversas fases da relação contratual, desde a sua formação, ou mesmo antes, na fase pré-contratual, até após a sua extinção. As principais funções imputadas à boa-fé são a função de interpretação, de controle e de integração.

A função interpretativa da boa-fé objetiva evidencia o papel do juiz como criador do conteúdo contratual na medida em que, por meio da atividade jurisdicional, torna concreto o comando de observância à lealdade e à confiança recíprocas entre as partes, de modo a não permitir que o contrato atinja finalidade diversa ou até mesmo oposta para a qual foi criado.

A referida função exige a interpretação das cláusulas contratuais pelo juiz conforme os preceitos da boa-fé objetiva e os valores constitucionais, notadamente o da dignidade da pessoa humana.

A função de controle visa evitar o abuso do direito quando do exercício dos direitos subjetivos conferidos às partes pelo contrato, visto que o ordenamento jurídico não permite o exercício de nenhum direito subjetivo de modo absoluto. Assim, quando determinado direito subjetivo, ainda que estipulado no contrato, for exercido em desconformidade ao princípio da boa-fé objetiva, ou seja, de modo desleal, em desrespeito aos interesses e às legítimas expectativas da outra parte ou com desvio de finalidade, será considerado como ato ilícito passível de imputação de responsabilidade.

O papel restritivo do princípio da boa-fé objetiva aos direitos subjetivos das partes impede a adoção de conduta contrária a seus preceitos, como se observa no exame das teorias do adimplemento substancial e dos atos próprios.

A teoria do adimplemento substancial estabelece que o cumprimento próximo da totalidade da obrigação avençada exclui o direito de resolução do contrato pela outra parte, restando apenas o direito ao pedido de adimplemento total e de perdas e danos.

A teoria dos atos próprios se desdobra nas regras do *tu quoque* e do *venire contra factum proprium*. Leciona Teresa Negreiros<sup>37</sup> que:

A teoria dos atos próprios importa reconhecer a existência de um dever por parte dos contratantes de adotar uma linha de conduta uniforme, proscrevendo a duplicidade de comportamento, seja na hipótese de em que o comportamento posterior se mostra incompatível com atitudes indevidamente tomadas anteriormente (*tu quoque*), seja na hipótese em que, embora ambos os comportamentos considerados isoladamente não apresentem qualquer irregularidade, consubstanciam quebra de confiança se tomados em conjunto (*venire contra factum proprium*).

---

<sup>37</sup> NEGREIROS, Teresa. Teoria do Contrato: Novos Paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, p. 142.

A regra do *tu quoque* tem a função de manter o equilíbrio contratual, impedindo que a parte que tenha descumprido norma legal ou contratual venha a exigir da outra o cumprimento integral do contrato. Em resumo: *equity must come in clean hands*, ou seja, a parte faltosa não pode exigir da outra o cumprimento da obrigação contratual, nem valer-se do inadimplemento em benefício próprio.

A regra do *venire contra factum proprium* veda a prática de comportamento contraditório que atinja a relação de confiança e lealdade minimamente necessária para o bom desenvolvimento do contrato. A proibição do *venire contra factum proprium* não tem como objetivo preservar o *factum proprium*, a conduta inicial, mas de punir a conduta contrária ao comportamento anterior que importe em violação dos preceitos da boa-fé objetiva.

O princípio da boa-fé objetiva opera, pois, como baliza para verificação do exercício regular ou do abuso do direito pelas partes em qualquer das fases do contrato.

A função integrativa estabelece deveres anexos às partes, além dos deveres principais e secundários oriundos do próprio contrato. A violação dos deveres anexos é chamada pela doutrina de “violação positiva do contrato” ou também de “adimplemento ruim”<sup>38</sup>.

Ensina Judith Martins-Costa<sup>39</sup> que nas relações contratuais verifica-se a presença de deveres principais, que constituem o núcleo da relação obrigacional e definem o tipo do contrato, de deveres secundários, acessórios da obrigação principal. Estes se destinam a preparar ou assegurar o cumprimento da prestação principal, e de deveres anexos, instrumentais ou laterais, derivados do princípio da boa-fé objetiva.

A observância aos deveres anexos independe da vontade das partes ou de estipulação legal, pois a boa-fé objetiva constitui fonte autônoma de direitos e obrigações. Os referidos deveres “não estão orientados diretamente ao cumprimento da prestação ou dos deveres principais, como ocorre com os deveres secundários. Estão, antes, referidos ao exato processamento da relação obrigacional”<sup>40</sup>, ou seja, estão destinados à garantia da consecução dos fins do contrato.

Dentre os deveres laterais e anexos destacam-se os de informação, de cooperação e de proteção.

O dever de informação constitui-se na obrigação das partes de prestar informações de caráter objetivo, de mero esclarecimento, ou ainda de caráter

---

<sup>38</sup> GARCIA, Leonardo de Medeiros. Direito do Consumidor: Código Comentado e Jurisprudência. Niterói: Impetus, 2011, p. 50.

<sup>39</sup> MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado. São Paulo: RT, 1999, p. 437-438.

<sup>40</sup> MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado. São Paulo: RT, 1999, p. 440.

subjetivo, de conselho ou advertência, quando da criação do vínculo contratual.

Na seara consumerista, o dever de informar auferes especial relevo em razão da vulnerabilidade do consumidor e da adoção da transparência como princípio orientador das relações de consumo.

O direito à informação, presente em diversas passagens do Código de Defesa do Consumidor, é considerado como princípio da Política Nacional das Relações de Consumo e também como direito básico do consumidor, conforme estabelecem os artigos 4º, inciso IV, e 6º, inciso III, respectivamente.

O dever de cooperação decorre da compreensão da relação obrigacional como uma relação de colaboração entre as partes para o atingimento dos fins comuns e não de uma relação antagônica entre as mesmas.

O dever de proteção ou de cuidado estabelece a obrigação de preservação da integridade pessoal e patrimonial da outra parte.

Observa-se que, em razão do princípio da boa-fé objetiva, o conteúdo do contrato é ampliado para além das obrigações estipuladas no mesmo. Tal conteúdo, no entanto, não pode ser aprioristicamente fixado e aplicado a todas as relações contratuais, e sim verificado casuisticamente, visto que o contrato, compreendido como uma estrutura dinâmica e não como um vínculo estático, deve ser considerado na sua totalidade e complexidade, de acordo com as características que o constituem e circunstâncias que o cercam.

O Princípio da Boa-fé Objetiva está presente no Código de Defesa do Consumidor (1990) em duas passagens. A primeira na parte final do inciso III do art. 4º, como princípio orientador da Política Nacional das Relações de Consumo, ao estabelecer: “sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”. A segunda como cláusula geral, no art. 51, inciso IV, que trata das cláusulas abusivas nos contratos de consumo.

Acerca da importância da previsão expressa do princípio da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor, observa Nelson Rosenvald<sup>41</sup>:

O gosto disseminado do legislador e da doutrina pela leitura exegética do direito privado e a privação de um real direito constitucional por mais de vinte anos, em virtude de um regime de exceção, foram fatores responsáveis pelo engessamento da boa-fé e as suas raras aparições em textos e decisões anteriores à Constituição Federal de 1988.

---

<sup>41</sup> ROSENVALD, Nelson. Dignidade Humana e boa-fé no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 84-85.

A edição do Código de Defesa do Consumidor representou um corte epistemológico, pois a boa-fé no ordenamento privado assumiu a posição de modelo de comportamento no direito brasileiro. Mas o que se pretende agora com a inserção definitiva da boa-fé no ordenamento privado é que os operadores do direito possam apoiar argumentações há muito desenvolvidas (v.g. adimplemento substancial, teoria da base objetiva do negócio) em normas expressas no código.

O Código Civil de 2002 também adotou o Princípio da Boa-fé Objetiva como cláusula geral, espalhando seus efeitos por todo o âmbito do direito privado. Nelson Rosendal destaca as funções deste princípio correlacionando-os com os artigos do código: A função interpretativa, prevista no art. 113, que dispõe “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”, a função de controle, ao qualificar no art. 187 o abuso de direito como ato ilícito, e a função integrativa, prevista no art. 422, que estabelece os deveres anexos de informação, de cooperação e de proteção entre as partes.

#### 4.2. Do Princípio do Equilíbrio Econômico

O Princípio do Equilíbrio Econômico do contrato encontra seu fundamento no princípio constitucional da igualdade substancial e determina que o contrato deve servir de meio para a busca da realização da justiça social, ideal a ser perseguido pelo o Estado e a sociedade brasileiros, como estabelece o art. 3º, inciso I, da Constituição Federal (1988). Destarte, o contrato não deve servir de instrumento para realização de negócios jurídicos com prestações desproporcionais para as partes, de modo que uma delas venha a sofrer dano ou lesão.

Neste sentido, a observação de Serpa Lopes<sup>42</sup>:

A ideia de lesão é um dos movimentos tendentes a restaurar a *equidade* nas obrigações, posta de lado, como se encontrou, pelos princípios do liberalismo econômico preponderante ao tempo da feitura do nosso Código Civil. Visa impedir a *injustiça usurária*, sendo certo que o credor abusa de seu direito se, no exercício do seu crédito, consegue obter em enriquecimento injusto.

Algumas disposições do Código de Defesa do Consumidor (1990), como o art. 6º, V, traduzem o modo como a legislação infraconstitucional incorporou o referido Princípio do Equilíbrio Econômico do contrato:

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: [...]

---

<sup>42</sup> Apud NEGREIROS, Teresa. Teoria do Contrato: Novos Paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 159.

V- a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

Observa-se que foi adotada, nas relações de consumo, a teoria da lesão. Ela permite a modificação do contrato em razão da quebra do equilíbrio entre as partes desde a sua formação, e a teoria do rompimento da base objetiva do negócio jurídico. Este preconiza a revisão do contrato sempre que, em razão de fatos supervenientes, não necessariamente extraordinários ou imprevisíveis, como determina o art. 478 do Código Civil, as bases do contrato tenham sido alteradas.

O Princípio da Conservação dos Contratos está presente em ambas as teorias. Nelas se busca a modificação ou revisão do contrato, de modo torná-lo equilibrado e justo, e não a sua resolução.

Dispõe o mesmo texto normativo sobre as cláusulas contratuais abusivas:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...]

IV- estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé e a equidade.

Embora a legislação consumerista garanta ao consumidor o direito à modificação ou à revisão dos contratos firmados com o fornecedor nas situações acima aludidas, merece destaque o papel fundamental do juiz no restabelecimento do equilíbrio entre os referidos sujeitos da relação de consumo. Como o Código de Defesa do Consumidor tem a natureza de microsistema jurídico baseado em princípios e cláusulas abertas, compete ao interprete a concretização dos referidos direitos.

O princípio do equilíbrio contratual não se confunde com o princípio da justiça contratual, menos difundido, mas igualmente relevante. Explica Fernando Rodrigues Martins<sup>43</sup> que:

A noção de justiça contratual guarda espaço bem mais amplo que a reservada ao equilíbrio contratual, já que, enquanto este se liga mais a uma ótica de intercâmbio de prestações, aquela se reveste de um julgamento ético, que absorve o sentido mercadológico. Assim, a referência que se faz à justiça contratual é pelo sentido principiológico, abarcando o equilíbrio, porque é 'com boa probabilidade que um assento contratual equilibrado seja também justo'.

---

<sup>43</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. Princípio da Justiça Contratual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 47.

### 4.3. Do Princípio da Função Social

O Princípio da Função Social do contrato decorre do princípio constitucional da solidariedade. Este princípio exige a colaboração dos contratantes e de terceiros entre si para a consecução dos fins almejados. Uma vez superada a ideia de que o contrato somente interessa às partes, ele não está infenso às circunstâncias sociais que o cercam e que são também por ele afetadas.

Para Bruno Miragem<sup>44</sup>, o Princípio da Função Social do contrato, “dado o seu caráter mais afeito aos interesses da comunidade (sociedade)”, coloca-se como um “princípio qualificador da boa-fé (mais afeita aos interesses e expectativas das partes)”.

Tal princípio é regulado expressamente pelo art. 421 do Código Civil (2002): “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. A lei determina, pois, a imposição de limites à liberdade contratual, tida antes como absoluta, e o condicionamento do conteúdo contratual à função social.

A função social altera a própria substância do contrato, condicionando a sua finalidade e produzindo efeitos para além dos sujeitos diretamente vinculados ao mesmo, uma vez que o contrato, embora estabeleça relação jurídica entre as partes, é oponível a todos.

Neste contexto, verifica-se a flexibilização do Princípio da Relatividade do Contrato, que delimitava o âmbito de sua eficácia apenas àqueles que tivessem participado diretamente da formação do vínculo contratual, por meio da manifestação da vontade.

A extensão dos efeitos contratuais a terceiros em razão do Princípio da Função Social possibilita a aceitação de tutela jurídica àquele que, mesmo sem vínculo contratual, tenha sido afetado pelo inadimplemento do contrato ou, ao contrário, de imputação de responsabilidade àquele que contribuiu para o inadimplemento.

O fundamento da força obrigatória do contrato desloca-se, portanto, da autonomia da vontade para a lei, pois deve satisfazer finalidades não somente adstritas aos interesses das partes, mas igualmente aos interesses sociais. Ressalta Teresa Negreiros<sup>45</sup> que:

A força vinculante do contrato, porque fundada na lei, passa a estar funcionalizada à realização das finalidades traçadas pela ordem jurídica, e não mais pode ser interpretada como apenas

---

<sup>44</sup> MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e reconstrução da autonomia negocial pela concretização de cláusulas gerais. In MARQUES, Cláudia Lima (coord.). A nova crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 197.

<sup>45</sup> NEGREIROS, Teresa. Teoria do Contrato: Novos Paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, p. 231.

um instrumento de satisfação dos interesses dos contratantes individualmente considerados.

A intangibilidade do conteúdo do contrato resta também superada. Embora ainda se preserve a autonomia da vontade e os interesses das partes na formação do vínculo contratual, a lei passa a determinar o seu substrato, a fim de que cumpra com sua função social. O contrato, portanto, não é mais considerado justo simplesmente em razão da vontade das partes, mas em razão do atendimento à lei, notadamente aos valores constitucionais.

Assevera Pietro Perlingieri<sup>46</sup> que: “o ato de autonomia privada não é um valor em si; pode sê-lo, e em certos limites, se e enquanto responder a um interesse digno de proteção por parte do ordenamento”.

Isto porque o contrato, seja qual for a sua natureza, deve assegurar a consecução de interesses comuns às partes, mas também alcançar um fim de natureza social.

#### 4.4. Os Contratos Nas Relações De Consumo

Antes do advento do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, a legislação aplicada às relações de consumo era o Código Civil de 1916.

A Constituição Federal de 1988, no entanto, estabeleceu, no inciso XXXII do art. 5º, ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, que o Estado deveria promover, “na forma da lei, a defesa do consumidor”. Incluiu, ainda, na relação dos Princípios da Ordem Econômica brasileira, prevista no art. 170, a “defesa do Consumidor” e, por fim, determinou, por meio art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que “o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição” deveria elaborar o Código de Defesa do Consumidor.

O Direito do Consumidor no Brasil é oriundo, assim, da própria Constituição Federal, que elevou a defesa do consumidor à condição de direito fundamental. Destarte, a referida proteção, incluída no rol dos direitos e garantias fundamentais, é considerada como cláusula pétrea, não podendo ser afastada por emenda constitucional.

José Afonso da Silva<sup>47</sup> observa que:

[...] realça de importância, contudo, sua inserção entre os direitos fundamentais, com o que se erigem os consumidores à categoria de titulares de direitos constitucionais fundamentais. Conjugue-se isso com a consideração do art. 170, V, que leva a defe-

---

<sup>46</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 279.

<sup>47</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1999, p.265-266.

sa do consumidor à condição de princípio de ordem econômica. Tudo somado, tem-se o relevante efeito de legitimar todas as medidas de intervenção estatal necessárias a assegurar a proteção prevista. Isso naturalmente abre larga brecha na economia de mercado, que se esteia, em boa parte, na liberdade de consumo, que é a outra face da liberdade do tráfico mercantil fundada na pretensa lei da oferta e da procura. A defesa dos consumidores responde a um duplo tipo de razões: em primeiro lugar, razões econômicas derivadas das formas segundo as quais se desenvolve, em grande parte, o atual tráfico mercantil; e, em segundo lugar, critérios que emanam da adaptação da técnica constitucional ao estado de coisas que hoje vivemos, imersos que estamos na chamada sociedade de consumo, em que o ‘ter’ mais do que o ‘ser’ é a ambição de uma grande maioria de pessoas, que se satisfaz mediante o consumo.

O Código de Defesa do Consumidor, que estabelece normas de ordem pública e interesse social, tem natureza principiológica, segundo o professor Sérgio Cavalieri Filho<sup>48</sup>, uma vez que “estruturada em princípios e cláusulas gerais e não em normas tipificadoras de condutas.” O Código parte da premissa que a relação jurídica de consumo é desigual e que o consumidor, sujeito vulnerável, merece proteção especial do Estado.

A razão da existência do Código de Defesa do Consumidor no ordenamento jurídico brasileiro é revelada na própria denominação da lei.

A aplicação do Código de Defesa do Consumidor na solução de conflitos que envolvam consumidores e fornecedores de produtos ou serviços não exclui, contudo, as demais normas do Ordenamento Jurídico. Pelo contrário, a adoção pelo referido Código, no art. 7º, da teoria do diálogo das fontes possibilita a abertura do sistema de proteção ao consumidor para outras fontes normativas, no intuito de tutelar efetivamente os seus interesses.

A referida teoria, desenvolvida por Erik Jaime, foi introduzida na doutrina brasileira por Cláudia Lima Marques<sup>49</sup>, cujo significado corresponde à “atual aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas, leis especiais (como o CDC, a lei de seguro de saúde) e gerais (como o CC/02), com campos de aplicação convergentes, mas não iguais”.

O Código de Defesa do Consumidor disciplina relações jurídicas entre sujeitos que se encontram em situação de desigualdade e o Código Civil entre sujeitos que se encontram em situação de igualdade. Sendo assim, apesar

---

<sup>48</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Direito do Consumidor. São Paulo: Atlas, 2008, p. 14.

<sup>49</sup> MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: RT, 2009, p. 89.

das diferenças básicas conceituais entre estas duas fontes normativas o diálogo é admitido no sentido de melhor proteger os interesses do consumidor.

Os contratos de consumo recebem, portanto, tratamento diferenciado. Além da conformação aos princípios da boa-fé, do equilíbrio econômico e da função social, ainda têm como escopo a proteção do consumidor, considerado parte vulnerável na relação jurídica e, por conseguinte, digno de tutela especial do Estado, como estabelecem os incisos I e II do Código de Defesa do Consumidor.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto jurídico do contrato sofreu mudanças significativas nos últimos tempos em razão das profundas transformações ocorridas na sociedade e, conseqüentemente, no Direito.

O modelo clássico de contrato foi concebido à luz do individualismo filosófico e do liberalismo econômico típicos dos séculos XVIII e XIX, baseado na autonomia da vontade, que tinha como pressupostos a igualdade formal e a ampla liberdade entre as partes, e como efeitos a intangibilidade, obrigatoriedade e relatividade das cláusulas acordadas.

Como visto, este modelo de contrato deixou de atender às demandas da sociedade contemporânea, marcada pela industrialização, pelo consumo, pela massificação, pela informação e pela globalização.

O princípio da dignidade da pessoa humana, adotado pela Carta Magna de 1988 como valor supremo de todo o Ordenamento Jurídico, determinou de modo decisivo a evolução do instituto jurídico do contrato, estabelecendo novos paradigmas, quais sejam: o da boa-fé objetiva, o do equilíbrio econômico e o da função social do contrato.

Estes paradigmas estabeleceram um novo modelo de contrato, mais solidário e mais justo, apto a melhor atender a necessidades cada vez mais complexas.

O novo modelo de contrato encontra, finalmente, sua maior expressão no contrato de consumo, pois ao reconhecer a vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor de produtos ou serviços, o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu normas protetivas a fim de promover a igualdade material entre as partes na relação contratual, em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2010.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado**. São Paulo: RT, 1998.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **A nova interpretação Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n.851, 1 nov. 2005. Disponível em: <[http://jus2.uol.com.br/dourina/texto.asp?id\)=7547](http://jus2.uol.com.br/dourina/texto.asp?id)=7547)> Acesso em: 30 jul. 2008.

BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Lisboa: Edições 70, 2005.

\_\_\_\_\_. **O sistema dos objetos**. São Paulo: Perspectiva, 2002.

BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010..

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei n. 8.078. Brasília, DF, Senado, 1990.

\_\_\_\_\_. **Código Civil Brasileiro**. Lei n. 10.406. Brasília, DF, Senado, 2002.

CARPENA, Heloísa. **Abuso de direito nos contratos de consumo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008.

COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento: A proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês.** São Paulo: RT, 2002.

COSTA, Maria Aracy Menezes da. **Os novos poderes/direitos oriundos do contrato no Código Civil de 2002 e no Código de Defesa do Consumidor: vontade das partes.** In **A nova crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual**, coord. Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

COUTO E SILVA, Clóvis. **A obrigação como processo.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

CUNHA, Daniel Sica da. **A nova força obrigatória dos contratos.** In: MARQUES, Cláudia Lima (coord.) **A nova crise do contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual.** São Paulo: RT, 2007.

ESPOSITO, Mario. *Profili Costituzionali Dell'autonomia Privata.* Padova: CEDAM, 2004.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FELLIPE, Márcio Sotelo. **Razão jurídica e dignidade humana.** São Paulo, Max Lomonad, 1996, p. 23.

FRANCE. Code Civil Français. Version consolidée au 2 juin 2012. Disponível em <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>> Acesso em 30 jul. 2012.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor: Código Comentado e Jurisprudência.** Niterói: Impetus, 2010.

GILMORE, Grant. *The death of contract.* Columbus/Ohio: State University Press, 1995.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini (et al). **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto.** Vol. I e II. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GRAU, Eros Roberto/ FORGIONI, Paula A. **O Estado, o Direito e o contrato.** São Paulo: Malheiros, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais.** São Paulo: RCS editora, 2007.

LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos.** São Paulo: Barcarolla, 2004.

\_\_\_\_\_. **A felicidade Paradoxal:** ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo. Rio de Janeiro: Cia. das Letras, 2007.

\_\_\_\_\_. **O império do efêmero:** a moda e seu destino nas sociedades modernas. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** São Paulo: RT, 2010.

\_\_\_\_\_. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor:** O novo regime das relações contratuais. São Paulo: RT, 2011.

\_\_\_\_\_ (coord.). **Diálogo das Fontes:** Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: RT, 2012.

\_\_\_\_\_; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor.** São Paulo: RT, 2009.

\_\_\_\_\_. **A nova crise do contrato:** Estudos sobre a Nova Teoria Contratual. São Paulo: RT, 2007.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da Justiça Contratual.** São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado.** São Paulo: RT, 2009.

\_\_\_\_\_. **Reconstrução do Direito Privado.** São Paulo: RT, 2002.

MIRAGEM, Bruno. **Função social do contrato, boa-fé e bons costumes:** nova crise dos contratos e reconstrução da autonomia negocial pela concretização de cláusulas gerais. In MARQUES, Cláudia Lima (coord.). **A nova crise do Contrato:** Estudos sobre a Nova Teoria Contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada.** São Paulo: Atlas, 2002.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato- Novos Paradigmas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil:** Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada.** Coimbra: Almedina, 1982.

PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus. **Boa-fé e ordem pública:** os fundamentos da publicidade consumerista. In **20 Anos do Código de Defesa do Consumidor:** Estudos em Homenagem ao Professor José Geraldo Brito Filomeno. São Paulo: Atlas, 2012.

RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. **Revisão Judicial dos contratos: Autonomia da Vontade e Teoria da Imprevisão.** São Paulo, Atlas, 2006.

ROPPO, Enzo. **O Contrato.** Coimbra: Almedina, 2009.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade Humana e boa-fé no Código Civil.** São Paulo: Saraiva, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2010.

\_\_\_\_\_. **A ponderação de interesses na Constituição Federal.** Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Virgílio Afonso da Silva. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.** São Paulo: Malheiros, 2010.

SMITH, Adams. **A riqueza das Nações: investigação sobre sua natureza e suas causas.** Vol. I. Coleção Os Economistas. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997.

SODRÉ, Marcelo Gomes. **A construção do Direito do Consumidor: Um estudo sobre as leis principiológicas de defesa do consumidor.** São Paulo: Atlas, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

\_\_\_\_\_. **Premissas metodológicas para constitucionalização do Direito Civil.** In **Temas de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

\_\_\_\_\_. **Temas de Direito Civil, Tomo II.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.



# DA TITULARIDADE À CO-TITULARIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: PRESSUPOSTO À ADEQUAÇÃO PROCEDIMENTAL DA SUA TUTELA

*Liana Cirne Lins\**

O Pai: Estamos aqui à procura de autor!

O Diretor: De autor? Que autor?

O Pai: Qualquer um, senhor diretor.

O Diretor: Mas não há nenhum autor aqui, porque não estamos ensaiando nenhuma comédia nova.

A Enteada: Tanto melhor, melhor então, senhor! Podemos ser nós a sua comédia nova.

*Pirandello. Seis Personagens à Procura de Autor, p. 45.*

## **Resumo**

O texto trata da titularidade dos direitos fundamentais sociais, criticando o uso da categoria do direito subjetivo e partindo do suposto de que a delimitação teórica da titularidade dos direitos sociais, calcada na ideia de sujeito de direito individual, não é suficiente para a construção de um arsenal conceitual voltado à sua eficácia. Propõe seja adotada a categoria da cotitularidade para compreensão da sua judicialização, enfocada pelo viés processual, e objetivando a otimização da sua tutela em juízo.

## **Palavras-chave**

Direito subjetivo. Co-titularidade dos direitos sociais. Exigibilidade específica.

## **Abstract**

The text deals with the ownership of fundamental social rights, criticizing the use of the category of subjective rights and building on assumption that the theoretical demarcation of ownership of social rights, subject based on the idea of individual rights is not sufficient for a construction of a conceptual arsenal returned to its effectiveness. The paper proposes the adop-

---

\* Professora Adjunta de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito do Recife/UFPE, Professora do Mestrado em Direitos Humanos PPGDH/UFPE, Doutora em Direito Público PPGD/UFPE e Mestra em Instituições Jurídico-Políticas CPGD/UFSC. Membro da Comissão de Meio Ambiente OAB/PE.

tion of the category of co-ownership for understanding its legalization, focused by a procedural view and aiming at the optimization of it tutelage in court.

### Keywords

Subjective rights. Co-ownership of social rights. Specific enforceability.

## 1. INTRODUÇÃO

Nas notas à tradução de *Seis Personagens à Procura de Autor*, de Luigi Pirandello, é explicado aos leitores que o título consagrado em português [Seis personagens à procura de UM autor] incorria no erro de buscar um autor, ainda que inespecífico. A obra trata, porém, da busca, genérica e abrangente, pela autoria. A diferença pode parecer sutil, mas não é. Não se busca *alguém* que torne representável o drama. Busca-se *a representação*.

Da mesma forma, a discussão acerca de titularidade dos direitos fundamentais sociais tem por objetivo questionar a forma pela qual esses direitos têm sido levados a juízo. E isso porque as duas situações estão intimamente entrelaçadas.

Uma vez que a discussão acerca da justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais, antes escassa e agora acusada de excessiva, remonta quase que exclusivamente sob a abordagem da jurisdição constitucional – reservas do administrador, do legislador, do possível, ativismo judicial, legitimidade e déficit democrático, etc., temas que não serão objeto desse texto – e pouco na perspectiva do processo constitucional<sup>1</sup>, seara em que tais direitos materializam-se de fato. É para esse segundo plano que se volta a problematização da sua titularidade.

Indagar a natureza da titularidade desses direitos é questão preambular à otimização da sua judicialização, e passa necessariamente pela adequação procedimental da sua tutela.

Às vezes, discutir conceitos pode significar perder-se em uma discussão semântica voltada a satisfazer impulsos nominalistas. Não é o que se pretende. Tem-se por objetivo pensar a adequação procedimental à sua tutela, em vista da exigibilidade específica que esses direitos engendram.

---

<sup>1</sup> Cf. LINS, Liana Cirne. Da Jurisdição Constitucional ao Direito Processual Constitucional: Delineamentos de um Direito Processual Constitucionalmente Adequado a Partir da Reflexão Sobre a Judicialização dos Direitos Fundamentais Sociais. In: MARTEL, Leticia de Campos Velho. (Org.). *Estudos Contemporâneos de Direitos Fundamentais* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, v. 2, p. 267-287. Ver também LINS, Liana Cirne. Pensar a Eficácia dos Direitos Fundamentais à Luz do Processo. Reflexões em Homenagem ao Professor Ivo Dantas. In: ROSA, André Vicente Pires; MONTEIRO, Roberta de Araújo. *Direito Constitucional. Os Desafios Contemporâneos. Uma Homenagem ao Professor Ivo Dantas*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 433-454.

## 2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS SÃO MESMO SOCIAIS

O fato de terem os direitos fundamentais origem nos ideais liberais e iluministas do século XVIII, determinou sua vinculação quase indissociável aos conceitos jurídicos de tradição liberal, individual e positivista, uma vez que “direitos inatos, estado de natureza e contrato social foram os conceitos que, embora utilizados com acepções variadas, permitiram a elaboração de uma doutrina do Direito e do Estado a partir da concepção individualista de sociedade e de história” (LAFER, 1988; p. 38)<sup>2</sup>.

Talvez seja esta a razão pela qual os direitos sociais tenham enfrentado grandes dificuldades quanto ao reconhecimento de sua juridicidade. Sua ligação ao modelo do Estado de Bem Estar Social e sua desvinculação do pilar tradicional do direito, o indivíduo, tornou-o “platônicos”<sup>3</sup> para a maior parte dos juristas até recentemente.

Por outro lado, persiste o problema maior na compreensão dos direitos sociais que diz respeito ao fato de que eles são sociais e não individuais; eles transcendem o liberal-individualismo e, conseqüentemente, a ideia de sujeito de direito, rompendo com a matriz teórica na qual foram erguidos os conceitos que, malgrado o reconhecimento (nominal) de sua superação, continuam servindo de referencial hermenêutico à compreensão dos institutos jurídicos. Com razão aponta Lenio Streck (2004, p. 122-123) que a ideia de constituição compromissário-programática constitui-se em um *rompimento radical* com o paradigma constitucional de índole liberal-individualista, calcado na “filosofia-do-sujeito-proprietário de mercadorias”, constituindo-se como contrapon-to à “lógica da coisificação, própria de um modelo de Direito sustentado no mercado, onde assume prevalência o individualismo”.

Ora, se os direitos de liberdade caracterizam-se por ser “talhados no individualismo liberal e dirigidos à proteção de valores relativos à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade” (BARROSO, 2002, p. 101), pelo seu “radical subjectivo”, por serem “direitos com referência pessoal ao homem individual” (CANOTILHO, 1999, p. 374), ao passo que os direitos sociais “marcam a superação de uma perspectiva estritamente liberal, em que se passa a considerar o homem para além de sua condição individual” (BARROSO, 2002, p. 101), nada justifica que tais diferenças sejam ignoradas a fim de que sejam ambos tratados igualmente dentro da construção jurídica de matriz individualista.

---

<sup>2</sup> Muito embora se possa dizer, com Mauro Cappelletti, (1974, p. 1-2) que “Aquilo que acima de tudo parece caracterizar os direitos fundamentais é o fato de que estes, os quais são usualmente atribuídos ao “homem” e também ao “indivíduo”, são, na realidade, permeados de um valor que transcende o homem singular e investe a sociedade como um todo”.

<sup>3</sup> “Quais são, no fundo, os argumentos para reduzir os direitos sociais a uma garantia constitucional platônica?” (CANOTILHO, 1999, p. 451).

Embora seja mesmo comum entender-se que se tratam os direitos sociais de direitos individuais (SARLET, 2001, p. 52; LAFER, 1988, p. 127; MIRANDA, 2000, p. 106-107), é importante verificar qual o significado dado a esta afirmação. Ingo Sarlet afirma que os direitos sociais reportam-se à pessoa individual, não podendo ser confundidos com direitos coletivos e difusos (SARLET, 2001, p. 52). Jorge Miranda assegura que “poucos direitos serão mais individuais que o direito ao trabalho ou o direito ao ensino” (MIRANDA, 2000, p. 107).

Já Celso Lafer (1988, p. 127) vê os direitos sociais como uma evolução do liberalismo, que passa a abranger direitos não reconhecidos inicialmente, e os descreve como “direitos individuais exercidos coletivamente”. Porém, ao mesmo tempo em que vê os direitos sociais como evolução do liberalismo, reconhece também sua origem socialista, afirmando mesmo ser este “um dos pontos de clivagem que dificultam a convergência política entre a herança liberal e a socialista, no processo histórico de afirmação dos direitos humanos” (LAFER, 1988, p. 129). Igualmente, deve-se consignar que em sua análise dos direitos sociais como direitos individuais exercidos coletivamente, o autor trata apenas das chamadas liberdades públicas – direito de associação, de greve, etc. –, ou seja, da dimensão negativa dos direitos sociais, omitindo os direitos primordialmente positivos – direito à saúde, à educação, ao trabalho, etc. – que melhor lhes caracterizam e cuja dimensão social sobressai à individual.

É, ainda, interessante que se descreva os direitos de segunda dimensão como direitos que impedem “a invasão do *todo* em relação ao *indivíduo*, que também resulta da escassez dos meios de vida e de trabalho” (LAFER, 1988, p. 127-128). Note-se que o autor acertadamente confere abordagem peculiar sobre o ponto. Em regra, fala-se que a falta das liberdades, própria dos regimes totalitários – e nesta obra o professor dialoga com o pensamento de Hannah Arendt sobre a ruptura totalitária e a reconstrução dos direitos humanos – enseja sempre uma invasão do *todo* em relação ao indivíduo.

Mas o que parece ter sido enfatizado é que a um indivíduo a quem não são dadas as condições reais mínimas de desenvolvimento de sua personalidade tem também sua esfera individual invadida, uma vez que perde sua dignidade. Não é à toa, aliás, que a dignidade da pessoa seja o alicerce de toda a construção dos direitos fundamentais, sejam de liberdade, sejam sociais.

Então, mais uma vez, deve-se destacar a complementaridade entre os princípios de liberdade e igualdade, e mesmo sua fusão em um só ideal não meramente simbólico, mas também normativo, a *egaliberté*. Porém, a complementaridade dos dois princípios não deve impedir de analisar a especificidade de cada um, a fim de permitir sua maior eficácia, tanto tomados isolada como complementarmente.

Assim, há que se discordar de que a titularidade dos direitos sociais seja individual ou mesmo de que seja individual exercida coletivamente. E isto porque, mesmo que se aceite pensar em um titular individual do direito social, há que consignar desde logo que o indivíduo que se arroga titular do direito social não é o mesmo indivíduo forjado pela matriz liberal, atomizado e isolado, e o direito cuja titularidade arroga é também, com ele e ao mesmo tempo, dos demais indivíduos, *co-titulares e coimplicados* na relação jurídica social.

Ora, os serviços públicos caracterizadores dos direitos sociais não foram formulados para ser desfrutados isoladamente. Foram formulados para ser desfrutados por toda coletividade, não pela lógica da *exclusão*, mas pela lógica da *inclusão*.

Além disso, a falta dos serviços públicos configuradores dos direitos sociais não remete a uma invasão do indivíduo, mas a uma invasão da coletividade, que sofre *igualmente* com a falta do cumprimento das disposições constitucionais sociais.

Naturalmente que numa sociedade em que os direitos sociais são respeitados e todos têm acesso aos serviços públicos básicos, tais como educação e saúde, cada indivíduo goza das condições necessárias ao desenvolvimento da sua personalidade (sem exclusão do mesmo gozo pelos demais).

Entretanto, isto não legitima cada indivíduo a exigir do Estado condições sociais para desenvolvimento de sua personalidade *isoladamente*, quer dizer, à exclusão de todos os demais. Tais direitos foram, de fato, desenvolvidos para atender toda coletividade, respeitando-se os princípios que norteiam o atendimento aos serviços públicos, vale dizer, *universalidade e impessoalidade* (LIMA LOPES, 2002, p. 131).

Não se quer com isto dizer, é claro, que um indivíduo que pela falta de um serviço público corra o risco de perder sua dignidade não possa, individualmente, pleitear um direito social alegando ser dele titular. Alguém que tem sua dignidade em risco pode e deve alegar a titularidade do direito social necessário à manutenção ou recuperação de sua dignidade. Há que se entender, entretanto, que *tal titularidade individual é meramente residual*, inclusive pelos problemas inerentes ao privilegiamento de um indivíduo isoladamente em detrimento dos demais, quando este obteve uma sentença judicial que os demais, por inúmeras razões, não puderam obter.

A regra, portanto, deve ser a de que a titularidade dos direitos sociais é efetivamente social, razão pela qual se impõe sua proteção na forma social – vale dizer, de forma coletiva, difusa ou individual homogênea –, sem exclusão da possibilidade de haver, residualmente, proteção individual nos casos de ameaça ao mínimo existencial.

Nem se pense que a existência de mecanismos processuais de tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos resolveria, de *per si*, o problema aqui colocado, relativo à sua titularidade. É bem sabido que a relação jurídica processual, autônoma face à material, nada pode criar quanto ao direito material. Da mesma forma, tampouco a existência de técnicas processuais de tutela dos direitos sociais torna despicinda a própria discussão acerca da ideia de titularidade destes direitos. A resolução de problemas processuais não acarreta a solubilidade dos problemas no plano material, e vice-versa, a despeito da necessária adequação entre ambos e da necessária instrumentalização do primeiro face ao segundo.

E para que não se levante a acusação de excesso de academicismo ou teorização, coloque-se uma questão prática fundamental, com a qual têm os tribunais se deparado: é relativamente comum a propositura de demandas individuais calcadas em direitos sociais, demonstrada a ameaça ao mínimo existencial. Isto está plenamente de acordo com a compreensão jurídica e normativa dos direitos sociais.

Há, porém, um problema. E o problema está no fato de que quem tem tido o “privilégio”<sup>4</sup> de obter decisões reconhecedoras do direito social no caso concreto está longe de ser a camada pobre da população – em vista da qual os direitos sociais foram instituídos – que, dentre os serviços públicos dos quais está marginalizada, inclui-se o jurisdicional<sup>5</sup>.

Logo, o impacto de uma decisão de cunho individual – e, volte-se a dizer, não se está negando esta possibilidade, mas chamando atenção para sua insuficiência – diante da prestação de serviços públicos de cunho social, num contexto em que os que mais necessitam destes serviços estão à margem do acesso à justiça, pode agravar um quadro que já é ruim. É de ser dividida a preocupação de José Reinaldo de Lima Lopes:

Não existindo escolas, hospitais e serviços capazes e em número suficiente para prestar o serviço o que fazer? *Prestá-lo a quem tiver a sorte de obter uma decisão judicial e abandonar a imensa maioria à fila de espera?* Seria isto viável de fato e de direito, se o serviço público deve pautar-se pela sua universalidade, impessoalidade e pelo atendimento a quem dele mais precisar e cronologicamente anteceder os outros? Começam, pois, a surgir dificuldades enormes quando se trata de defender com instrumentos individuais um direito social (2002, p. 131 – grifou-se).

---

<sup>4</sup> As aspas são obrigatórias para fazer a ressalva de que a expressão privilégio só pode ser usada – sem se referir a uma ironia – no contexto de comovente denegação de justiça que marca o quadro de exclusão no Brasil.

<sup>5</sup> A propósito, temos dito na cátedra de Teoria Geral do Processo que o conceito de jurisdição não deve mais ser visto apenas dentro do trinômio “poder-função-atividade” (CINTRA *et al.*, 1999, p. 129), devendo-se incluir na clássica concepção triádica de jurisdição a característica “serviço público”.

A errônea compreensão individualista que se faz até mesmo dos direitos sociais implica a virada da natureza dos mesmos ao avesso, tornando-os mais um direito exclusivista que se dá, literalmente, em detrimento dos demais que não tiveram a mesma sorte. Assim, repita-se: os direitos sociais são mesmo sociais.

E se, como afirma Rodolfo de Camargo Mancuso (2004, p. 29), interesse social é “aquele que consulta à maioria da sociedade civil: o interesse que reflete o que a sociedade entende por ‘bem comum’; o anseio de proteção à *res publica*; a tutela daqueles valores e bens mais elevados [...] poder-se-ia dizer que o interesse social equivale ao *exercício coletivo de interesses coletivos*”; logo, pode-se dizer que os direitos sociais implicam *exercício coletivo de interesses sociais* e não o exercício coletivo de interesses individuais!

Aliás, os direitos sociais redimensionaram a própria discussão acerca da ideia de titularidade de um direito e *deslocaram a esfera da titularidade da individualidade para a sociedade como um todo*, caso que se dá com os direitos difusos.

O cerne de toda a discussão, parece, entretanto, residir em outro lugar. E este é o lugar da inadequação da própria ideia de *titularidade* de um direito, pois a ideia de titularidade remete à de propriedade individual<sup>6</sup>.

Ora, se um direito é reconhecido igualmente a todos os cidadãos, então a questão acerca da titularidade é, necessariamente, prejudicada. Esta discussão já tem sido levada a sério na seara do processo civil, quando se invoca a legitimidade processual dos direitos transindividuais. Como afirma Luiz Guilherme Marinoni (1999, p. 89), quando se pensa em direito próprio ou alheio para discutir a natureza da legitimação processual dos direitos transindividuais, raciocina-se a partir de uma visão individualista, com a qual a noção de direito transindividual rompeu. Se o direito é da comunidade ou da coletividade, não é possível falar em direito próprio ou alheio.

Da mesma forma, assinala Perez Luño (2005, p. 210-211), a integração dos direitos sociais no sistema dos direitos fundamentais contribuiu para redimensionar a própria imagem do “sujeito titular de direitos”.

### 3. DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS SUBJETIVOS: DE EQUÍVOCO BEM-INTENCIONADO À REDUÇÃO DA EXIGIBILIDADE

O que ocorre, porém, é que, ao arrepio do que se tem dito, toda discussão acerca da exigibilidade e tutela dos direitos sociais parece querer sufocar a relevância do debate sobre sua titularidade para desembocar, *de pronto*,

---

<sup>6</sup> “O interesse tornou-se patrimônio do indivíduo e variava segundo as circunstâncias e relações jurídicas e sociais de que participava. O direito de ação é compreendido como propriedade individual e privada” (MACEDO JR., 2005, p. 560).

na questão de se os direitos sociais geram ou não direito subjetivo. Assim, convém analisar o quanto estas situações foram equiparadas à titularidade de um direito subjetivo, ainda que no viés de direito subjetivo público.

Em regra, parte-se do conceito de direito social para chegar-se ao conceito de direito subjetivo. O “rompimento radical” com a índole liberal-individualista não se configura, portanto, no plano conceitual da titularidade dos direitos sociais, que permanece recaindo sobre o velho paradigma do direito subjetivo ou em sua feição de direito subjetivo público.

Assim, embora seja amplamente reconhecida a distinção estrutural entre os direitos individuais e sociais, tais distinções entre as duas categorias são ignoradas quando se discute a eficácia das normas de direito social.

Por esta razão, afloram na doutrina exemplos de como a exigibilidade dos direitos sociais foi equiparada à geração de direito subjetivo:

Os direitos sociais são compreendidos como autênticos direitos subjectivos inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justiciabilidade e exequibilidade imediatas (CANOTILHO, 1999, p. 446).

Ou ainda:

Em todos os direitos a ações positivas do Estado se coloca o problema de saber se e em que medida se pode e se deve impor a persecução dos fins do Estado através de direitos subjetivos constitucionais dos cidadãos (ALEXY, 1997, p. 430).

Igualmente:

De um lado, o *direito subjetivo*, a possibilidade de exigir; de outro, o *dever jurídico*, a obrigação de cumprir. Quando a exigibilidade de uma conduta se verifica em favor de um particular em face do Estado, diz-se existir um direito subjetivo *público* (BARROSO, 2002, p. 104).

No mesmo sentido:

É de ressaltar que os direitos à educação, saúde e assistência não deixam de ser direitos subjetivos pelo fato de não serem criadas as condições materiais e institucionais necessárias à sua fruição (KRELL, 2002, p. 49).

Da mesma forma:

Na qualidade de posições jurídicas, os direitos fundamentais a prestações são direitos subjetivos, se seu titular pode fazê-los eficazes jurisdicionalmente (BOROWSKI, 2003, p. 148).

Também:

Repetiu-se excessivamente que as normas que estabelecem direitos sociais são apenas normas programáticas, que não outorgam direitos subjetivos no sentido tradicional do termo, ou que não são justiciáveis (ABRAMOVICH; COURTIS, 2003, p. 136).

A partir destes exemplos, pode-se concluir que toda a complexidade e heterogeneidade que o tema de direitos sociais implica findam reduzidas, afuniladas, escoando sempre no direito subjetivo.

Não é prescindível acrescentar, neste ponto, observação sem a qual todo o objetivo deste estudo restaria comprometido: se se pensar numa classificação das normas de direitos sociais dentro de um binômio, qual seja, direitos subjetivos exigíveis *versus* simples imposições constitucionais que não geram exigibilidade, rapidamente se concluirá aqui pela primeira opção, a de que os direitos sociais geram direito subjetivo e são exigíveis.

Entretanto, o que se pretende é justamente consagrar o “rompimento radical” a que anteriormente se fez referência na seara da classificação dos direitos sociais, respeitando sua *especificidade social*. E a justificação deste intento é a insuficiência teórica e prática daquele binômio, jurídica e politicamente.

Porém, como a maior parte do edifício jurídico e dos conceitos reproduzidos nas escolas de direito ainda baseia-se no indivíduo, é realmente difícil “encaixar” a categoria dos direitos sociais no rol *prêt-à-porter* significativo<sup>7</sup> dos conceitos e institutos de cunho individualista.

Parece que, motivada por imprimir juridicidade – e conseqüentemente eficácia aos direitos sociais – a melhor doutrina buscou adequá-los ao referencial conhecido e apto a significar que aquele direito não cairia no vazio, no mero simbolismo, e este referencial foi justamente o de direito subjetivo. Entretanto, a tradução da exigibilidade dos direitos sociais em direitos subjetivos opera, afinal, uma armadilha: a do tradicional sujeito de direito, isolado e atomizado, que o Estado Social superou.

Reduzir os direitos sociais a direitos subjetivos – ainda que pela bem intencionada disposição de imprimir-lhes eficácia – só pode ter por resultado exatamente o oposto, ou seja, a redução da sua esfera de eficácia, uma vez que os direitos sociais não se enquadram, em regra, aos esquemas dos tradicionais direitos individuais e subjetivos.

---

<sup>7</sup> A ideia de *prêt-à-porter significativo* é de Lênio Streck. Indica as respostas “prontas e rápidas” que a dogmática jurídica disponibiliza ao operador do direito e que são forçadas para resolução acrítica de disputas interindividuais (STRECK, 2001, p. 35).

#### 4. UMA CONTRIBUIÇÃO FEMINISTA PARA COMPREENSÃO DA TITULARIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

Antes de buscar sua similitude, sua homogeneidade em relação aos direitos individuais (em relação aos direitos fundamentais de primeira dimensão), é preciso reconhecer sua diferença, sua especificidade, sem lhes privar, em face de seu *proprium*, de sua juridicidade.

Aqui, não há como deixar de lembrar da contribuição das feministas para o pensamento social do século XX e que prossegue pelo século XXI.

Se inicialmente as feministas buscaram o reconhecimento de seus direitos empunhando a bandeira da igualdade absoluta entre homens e mulheres, logo perceberam o caminho equivocado que haviam escolhido. Ao clamar por igualdade, acabaram implicitamente estabelecendo o “homem” como paradigma e referencial, razão pela qual a masculinização da mulher é o símbolo presente no imaginário coletivo acerca da mulher feminista.

Passado este estágio inicial, as feministas perceberam que a verdadeira luta pela dignidade da mulher não consistia na sua homogeneização em relação ao homem, mas ao contrário, no reconhecimento da especificidade da mulher e na luta pela valorização política e jurídica da diversidade sexual (BONACCHI; GROPPI, 1995, p. 235-261). Daí ter-se transmutado a exigência por igualdade em exigência por equidade<sup>8</sup> (MACHADO, 1999, p. 24-28).

Esta exigência de equiparação presente nas políticas feministas, aliás, foi citada por Jürgen Habermas como forma de ressaltar que o gozo dos direitos individuais depende também do exercício conjunto de sua autonomia em relação ao Estado. As políticas feministas evidenciam que a política do direito oscila entre os paradigmas liberal e social e trazem à lume uma “*concepção jurídica procedimentalista*, segundo a qual o processo democrático precisa assegurar ao mesmo tempo a autonomia privada e a pública” (2002, p. 297), concluindo que “a partir da luta pela igualdade de condições para mulheres, é possível demonstrar de maneira particularmente clara a mudança urgente da compreensão paradigmática do direito” (2002, p. 296).

Enfim, a luta pelo reconhecimento da especificidade do gênero encampada pelas feministas traz uma lição de grande valia para compreensão dos direitos sociais. Ao invés de buscar sua equiparação aos direitos individuais – intentada pela preocupação em se geram ou não direitos subjetivos – mais adequado seria buscar as formas específicas de titularidade e tutela social, sem negar-lhes, pela sua característica social, juridicidade e exigibilidade.

---

<sup>8</sup> Embora a perspectiva da equidade tenha recebido críticas das feministas dos países de terceiro mundo, razão pela qual a própria perspectiva de gênero passou a ser, ela também, um fator a ser incorporado nas políticas públicas (MACHADO, 1999, p. 24-28).

Assim, os direitos sociais não devem ser reduzidos ao modelo tradicional dos direitos individuais; ao reconhecer-se aos direitos sociais exigibilidade, esta não deve ser necessariamente traduzida para o esquema “direito individual/subjetivo”, mas deve respeitar a especificidade dos direitos sociais.

Os direitos sociais, portanto, ensejam uma *exigibilidade específica* e sua titularidade é propriamente social. Entretanto, também se reconhece titularidade individual aos direitos sociais, sendo esta, porém, residual.

## 5. DA TITULARIDADE À CO-TITULARIDADE

Impõe-se também pensar no *sujeito* cuja titularidade do direito fundamental social reclama. Se este não é o sujeito forjado pelo paradigma liberal-individualista, egoísta, que opõe seu interesse contra os interesses dos demais, de forma excludente<sup>9</sup>, há que se perguntar então qual é este sujeito.

Pois não há de esquecer, igualmente, que toda a estrutura dos direitos fundamentais reside no primado da dignidade humana.

E, por outro lado, não se quer avivar a dicotomia entre o individual e o coletivo<sup>10</sup>, como mais uma discussão inacabada entre Settembrini e Naphta. Transposto o umbral do século XXI, não é de se admitir que ainda restemos, qual um atônito e apático Hans Castorp<sup>11</sup>, paralisados diante da velha oposição entre individualismo e coletivismo.

---

<sup>9</sup> “O indivíduo é essencialmente o proprietário de sua própria pessoa e de suas próprias capacidades”, devendo compreender-se propriedade como direito e controle exclusivos (MACPHERSON, 1979, p. 275-276).

<sup>10</sup> Para ilustrar este impasse (e suas radicalizações), cite-se a Teoria Política do Individualismo Possessivo, de C. B. Macpherson. O autor britânico demonstra que o individualismo possessivo é o suposto das teorias liberais, de Hobbes a Locke, explicitando a crise teórica decorrente da articulação política da classe operária, que fez ruir as duas premissas do Estado liberal: a inevitabilidade das relações de mercado e a coesão interna das decisões políticas (que antes do sufrágio universal era restrita a uma classe dominante). O dilema da moderna teoria liberal-democrática, explica o autor, é que ela “precisa continuar a usar as suposições do individualismo possessivo, numa época em que a estrutura da sociedade de mercado já não fornece mais as condições necessárias para dedução de uma teoria válida do dever político a partir destas suposições” (1979, p. 286). O problema residiria no fato de que a moderna teoria liberal não reconhece que o individualismo possessivo mantém-se ainda como suposto das teorias do Estado (1979, p. 282). Assim, ou se reconheceria que o individualismo possessivo continuaria sendo o suposto teórico da liberal democracia, dado o necessário entrelaçamento entre o primeiro e a sociedade de mercado possessivo ou se romperia com a última. Um rompimento com o individualismo possessivo somente seria possível com o rompimento com a sociedade de mercado (1979, 287 e ss.).

<sup>11</sup> Naphta, Settembrini e Hans Castorp são personagens do romance homônimo de Thomas Mann, *A Montanha Mágica*. Enquanto os dois primeiros discorrem, com os melhores argumentos, sobre as melhores soluções para o mundo por quase 500 páginas, a guerra vai consumindo a Europa e o mundo, qual um paciente doente (o romance se passa no sanatório de Berghof, em Davos-Platz). Diante do debate de ideias, Hans Castorp mantém-se apático, inca-

Se o modelo de direito subjetivo não se adequa aos direitos sociais, nem por isto deixa o homem de ser seu fundamento: início, meio e fim da própria ideia de direito fundamental. Tal norte deve ser tornado explícito, porque se acredita ser possível a superação da tensão entre dois modelos tidos por antípodas: o modelo da supremacia do indivíduo em detrimento da coletividade e o modelo da supremacia da coletividade em detrimento do indivíduo. Nem um, nem outro são desejáveis.

A fim de nortear a superação dialética desta indesejável e anacrônica tensão, toma-se como referência a ideia de *egaliberté* desenvolvida por Étienne Balibar. O neologismo tem por objetivo pôr em relevo que liberdade e igualdade são a medida uma da outra, razão pela qual, inclusive, são sempre ameaçadas conjuntamente e razão pela qual devem ser defendidas conjuntamente (BALIBAR, 1992, p. 136).

Assim, a ideia de *egaliberté* torna necessário estabelecer um *processo de mediação entre liberdade e igualdade*, na qual nem um nem outro princípio deva ser sacrificado, mas, ao contrário, devem ser ambos otimizados. Assim é que devem ser determinados os graus de realização de liberdade e de igualdade<sup>12</sup>.

Este ponto de vista é compartilhado por Amartya Sen (2001, p. 54), para quem não se pode colocar o problema em termos de “liberdade *versus* igualdade”, uma vez que “a liberdade está entre os possíveis *campos de aplicação* da igualdade, e a igualdade entre os possíveis *padrões de distribuição* da liberdade”.

Na perspectiva proposta de *egaliberté*, este processo de mediação das tensões dá-se sempre que os direitos à liberdade e à igualdade forem invocados. E é também através desta mediação que os referenciais individuais e coletivos vão estabelecer-se (BALIBAR, 1992, p. 137).

Assim, entende-se prudente ressaltar que os direitos individuais não possam ser sacrificados em nome dos direitos coletivos<sup>13</sup>, da mesma forma

---

paz de – mesmo reconhecendo razão ora a Settembrini, ora a Naphta – buscar uma superação dialética da tensão entre individualismo e coletivismo.

<sup>12</sup> A propósito desta conjunção dos princípios da liberdade e da justiça social, Slavoj Žižek destacou que o *cinismo* diante da tensão entre a aparência de liberdade e igualdade, de um lado, e a realidade social das desigualdades sociais e econômicas, de outro, pode conduzir a resultados bastante conformadores/conservadores, ao passo que a leitura desta mesma tensão sob a ótica não da mera “aparência” da *egaliberté* – ou seja, com conteúdo meramente simbólico desprovido de normatividade (jurídica ou social) –, mas levando-se em conta a efetividade própria (inerente à sua simbologia) que permite movimentar o processo de rearticulação das relações sócio-econômicas concretas mediante sua progressiva politização, pode a mesma ser verdadeiramente subversiva. ŽIŽEK, [http://www.infoamerica.org/documentos\\_pdf/zizek03.pdf?ac=articulos&id=69](http://www.infoamerica.org/documentos_pdf/zizek03.pdf?ac=articulos&id=69)

<sup>13</sup> Razão pela qual se concorda com Willis Santiago GUERRA FILHO: “a fórmula do Estado Democrático se firma a partir de uma revalorização dos clássicos direitos individuais de liber-

como se entende necessária certa ousadia rumo à concretização dos direitos sociais ainda muito nominais e pouco normativos.

A partir desta reflexão, é possível afirmar não ser contraditório dizer que o titular dos direitos sociais é o homem – pois que os direitos fundamentais assentam na dignidade humana –, mas não o homem isolado em seu mundo, qual um Pequeno Príncipe empunhando o estandarte dos seus direitos. Tampouco é um homem anônimo, que deixando a mulher e filho – sua família, sua esfera de privacidade, como diria Hannah Arendt (2004b, p. 37) – à margem, empunha junto à massa a bandeira de suas convicções. Por belas que sejam as duas imagens, ambas implicam uma renúncia que não encontra justificativa.

Não se julga tal advertência despicienda. Ainda que se parta da premissa de uma concretização constitucional seletiva e tenha por objetivo imprimir eficácia à parte em que a Constituição é ainda apenas nominal, não se pode deixar aberta a porteira do retrocesso, pois este surge quando menos se espera.

Não se pretende, portanto, ressuscitar um “contraste entre liberdade e ‘felicidade pública’”, supondo-se que pelo sacrifício da “primeira, mesmo que só temporariamente, pode-se promover a segunda” (HELLER, 2002, p. 158).

Na mesma linha, Hannah Arendt demonstra que o colapso dos direitos fundamentais a partir do entre guerras deveu-se em boa parte ao fato de se ter tomado como referência não o homem individual, mas o Estado-nação (situação que justificou o mesmo “silêncio sorridente diante da chacina”, de que fala Caetano Veloso, em relação aos apátridas), tendo por fonte de todo o abandono e descaso, no amplo espaço anômico deixado pelos direitos fundamentais, a justaposição do indivíduo pelo povo (ARENDR, 2004a, p. 312 ss).

Por esta razão, a autora defende que as esferas privada e pública não podem sacrificadas em nome uma da outra, ambas somente podendo subsistir sob a forma de *coexistência* (ARENDR, 2004b, p. 68-69).

A sempre atual escrita de Hannah Arendt reforça a posição aqui defendida: se o direito subjetivo, individual e liberal, excludente, não serve como padrão a imprimir eficácia aos direitos sociais, tampouco pode o homem individual ser engolido pela coletividade. Por isto, a afirmação da titularidade social dos direitos sociais não implica a perda do referencial do homem: *implica sua contextualização social*.

Esta contextualização social decorre, também, da inserção do homem na esfera pública:

---

dade, que se entende não poderem jamais ser demasiadamente sacrificados, em nome da realização de direitos sociais” (2005, p. 24).

Em segundo lugar, o termo “público” significa o próprio mundo, na medida em que *é comum a todos nós e diferente do lugar que nos cabe dentro dele*. [...] A esfera pública, enquanto mundo comum, *reúne-nos na companhia uns dos outros e contudo evita que colidamos uns com os outros, por assim dizer*” (ARENDDT, 2004b, p. 62 – grifou-se).

Com invejável clareza, a autora *faz desaparecer a pretensa dicotomia, ao estabelecer o público como espaço, ao mesmo tempo, comum e particular*.

## 6. CONCLUSÃO

Falar em titularidade social dos direitos sociais significa, em última instância, falar que o homem, juntamente com seus demais, é co-titular de um direito; significa eleger o princípio da inclusão e da concretização includente dos direitos.

Se igualdade e liberdade podem fundir-se em um só conceito, também o homem – indivíduo e parte da coletividade – pode ser pensado não como titular isolado dos direitos sociais, mas como *co-titular*, hipótese em que esta titularidade *não amputa as demais, mas, ao contrário, as implica*.

Assim, propõe-se a transição da categoria de titularidade para a de co-titularidade do direito social, requerendo a segunda relativa autonomia face à primeira (assim como a categoria de coação, por exemplo, é vista diferentemente da categoria de ação). A titularidade social dos direitos sociais é, portanto, uma co-titularidade. Por esta razão, a titularidade social dos direitos sociais implica as duas esferas de concretização: a esfera coletiva e difusa coexiste e coimplica a esfera individual.

Ora, se estas duas dimensões se coimplicam e não se excluem reciprocamente, pode-se, apenas, falar em prevalência de uma sobre a outra, conforme as condições contextualmente determinadas. Esta prevalência é reconhecida, em regra, à titularidade coletiva e difusa, reconhecendo-se residualmente a titularidade individual nos casos em que haja ameaça ao mínimo existencial subjetivo.

## REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la Exigibilidad Judicial de los Derechos Sociales. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais Sociais. Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 135-168.

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. 607 p.

ARENDDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004a. 562 p.

\_\_\_\_\_. **A Condição Humana**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004b. 352 p.

BALIBAR, Étienne. **Les Frontières de la Démocratie**. Paris: La Découverte, 1992.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 363 p.

BONACCHI, Gabriela; GROPPPI, Angela. **O Dilema da Cidadania: Direitos e Deveres das Mulheres**. São Paulo: Editora da UNESP, 1995. 311 p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. 808 p.

BOROWSKI, Martin. **La Estructura de los Derechos Fundamentales**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003. 246 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Brançosos e Interconstitucionalidade. Itinerários dos Discursos Sobre a Historicidade Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2006. 345 p.

\_\_\_\_\_. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. 539 p.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª ed. Lisboa: Almedina, 1999. 1414 p.

CAPPELLETTI, Mauro. **La Giurisdizione Costituzionale Delle Libertà**. Milão: Giuffrè, 1974. 154 p.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Candido; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999. 358 p.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 4ª ed. São Paulo: RCS Editora, 2005. 276 p.

HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución. Estudios de la Teoría Constitucional de la Sociedad Abierta**. Madri: Tecnos, 2002 a. 295 p.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro. Estudos de Teoria Política**. São Paulo: Loyola, 2002. 390 p.

- HELLER, Agnes; FÉHER, Ferenc. **A Condição Política da Pós-Modernidade**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. 239 p.
- KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des)caminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002. 120 p.
- LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um Diálogo com o Pensamento de Hanna Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. 406 p.
- LIMA LOPES, José Reinaldo de. Direito Subjetivo e Direitos Sociais: O Dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça: A Função Social do Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 113-143.
- MACEDO JR., Ronaldo Porto. Ação Civil Pública, o Direito Social e os Princípios. In: MILARÉ, Édis (org.). **A Ação Civil Pública Após 20 Anos: Efetividade e Desafios**. São Paulo: RT, 2005, p. 559-565.
- MACHADO, Leda Maria Vieira. **A Incorporação do Gênero das Políticas Públicas**. São Paulo: Annablume, 1999. 108 p.
- MACPHERSON, C. B. **A Teoria Política do Individualismo Possessivo. De Hobbes a Locke**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979. 318 p.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos**. 6ª ed. São Paulo: RT, 2004. 317 p.
- MANN, Thomas. **A Montanha Mágica**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000. 992 p.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999. 279 p.
- MELLO, Celso Antonio. Eficácia das Normas Constitucionais Sobre Justiça Social. In: **Revista de Direito Público**, n. 57-58. São Paulo: RT, jan-jun 1981, p. 233-255.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. Direitos Fundamentais**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. 563 p.
- PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los Derechos Fundamentales**. 8ª ed. Madri: Tecnos, 2005. 233 p.
- PIRANDELLO, Luigi. **Seis Personagens à Procura de Autor**. Trad. Sérgio Flaksman. São Paulo: Peixoto Neto, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 392 p.

SEN, Amartya. **Desigualdade Reexaminada**. Rio de Janeiro: Record, 2001. 210 p.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 917 p.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 319 p.

ŽIŽEK, Slavoj. **Bienvenidos al Desierto de lo Real**. Disponível em: <[http://www.infoamerica.org/documentos\\_pdf/zizek03.pdf?ac=articulos&id=69](http://www.infoamerica.org/documentos_pdf/zizek03.pdf?ac=articulos&id=69)>, acesso em 11/04/2005.





# A FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA: REFLEXÕES SOBRE O CASAMENTO HOMOAFETIVO À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

*Luciana Costa Poli\**  
*Leonardo Macedo Poli\*\**

## Resumo

O trabalho faz uma releitura do Direito de Família, sob a ótica da principiologia constitucional, desenhando a família como *locus* primeiro de promoção da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da cidadania. O estudo do tema demonstrará que a família não cabe em molduras estanques. O modelo de família atual é aquele em que impera a preocupação com a felicidade individual de seus membros e a plena realização da pessoa, com vistas à promoção da dignidade, vértice de todo o ordenamento constitucional. O trabalho abordará a evolução da família ao longo da história e analisará alguns princípios que informam a família contemporânea. Embora a legislação não trate de todas as entidades familiares possíveis, isto não implica, como veremos neste trabalho, ilegitimidade destas entidades; ao contrário sua legitimidade se assentará nos princípios e valores constitucionais. Nesse contexto, analisaremos a dinamicidade que permeia a formação familiar e dá força ao fato social, demonstrando que o conceito fechado de família é forma de controle nuclear da sociedade, razão pela qual defendemos que o Estado Democrático de Direito deve reconhecer a família como fato social, organismo aberto, mutante e maleável, razão pela qual o casamento homoafetivo deve ser admitido.

## Palavras-chave

Direito de família. Princípios constitucionais. Família contemporânea. Casamento homoafetivo.

## Resumen

El trabajo aporta una nueva interpretación del Derecho de Familia, los principios constitucionales, en el dibujo de la primera familia como lugar de promoción de la dignidad humana, la igualdad y la ciudadanía. El estudio de este tema demuestra que la familia no se ajusta a la imposición de modelos estancos. El modelo de familia actual es aquello en lo que se refieren a la felicidad individual de sus miembros y el cumplimiento del individuo con el fin de promover la dignidad, la culminación de todo el orden constitucional. Los trabajos se referirán a la evolución

---

\* Advogada. Doutora em Direito Privado pela PUCMINAS. Professora na Escola Superior Dom Helder Câmara e na Faculdade Estácio de Sá. Coordenadora do curso de Direito de Família no CAD – Centro de Atualização em Direito.

\*\* Advogado. Doutor em Direito Civil pela UFMG. Professor na UFMG, PUCMINAS e Universidade FUMEC. Coordenador do Programa de pós-graduação em Direito da PUCMINAS.

de la familia a lo largo de la historia y considerarán algunos principios que informan la formación de la familia contemporánea. Aunque la legislación no se ocupe de todas las entidades en familia, esto no implica, como veremos en este trabajo, la ilegitimidad de estas entidades, a diferencia de su legitimidad se basa en principios y valores constitucionales. En este contexto, el análisis dinámico que impregna el entorno familiar y da fuerza a la realidad social que muestra que el concepto estrecho de la familia es una forma de control nuclear de la sociedad, razón por la cual se argumenta que el Estado democrático debe reconocer la familia como un hecho social, un cuerpo abierto, cambiante y maleable, razón por la cual el matrimonio homosexual debe ser admitido.

#### **Palabras clave**

Derecho de familia. Principios constitucionales. Familia contemporánea. Matrimonio homosexual.

## 1. CONCEITO DE FAMÍLIA

Não é possível considerarmos apenas uma forma natural ou universal de família. Ao contrário, o estudo histórico demonstra que a família pode assumir contornos múltiplos. Em distintas épocas e civilizações, existiram agrupamentos de pessoas, constituindo grupos ou famílias, sob diversas formas e direcionadas a diferentes finalidades, conforme os costumes, as ideologias e as crenças de cada tempo.

Afirma Pereira<sup>1</sup> que, em sentido genérico e biológico, considera-se família o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum. Se adotarmos conceito amplo, a família está relacionada a um conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar, compreendendo os ascendentes, os descendentes e os colaterais do cônjuge, ou seja, os parentes afins.

Numa concepção sociológica considera-se família as pessoas que vivem sob o mesmo teto e sob a autoridade de um titular, conceito que coincide com a posição do *pater-familias* do Direito Romano. Nas palavras de Ulpiano, família era o grupo plural de pessoas que, pela natureza ou pelo Direito, vive sob o poder de outra.<sup>2</sup>

Belluscio<sup>3</sup> afirma que, tradicionalmente, há três conceitos distintos de família:

- a) família em sentido amplo (como parentesco): conjunto de pessoas entre as quais há uma relação de parentesco;
- b) família em sentido estrito: agrupamento formado pelo pai e/ou mãe e seus filhos;

---

<sup>1</sup> PEREIRA, Caio Mario. Instituições de Direito Civil. Pág. 19.

<sup>2</sup> VENOSA, Silvio de Sálvio. Direito Civil

<sup>3</sup> BELLUSCIO, César Augusto, Manual de Derecho de familia, 6 ed., Buenos Aires: Depalma, 1996, p. 5.

c) família em sentido intermediário: grupo social de pessoas, unidas pelo afeto, que se ajudam mutuamente, dividem suas economias e as tarefas domésticas.

Todos esses sentidos são importantes. Na verdade, não há realmente um só conceito de família. De todo modo, o que há de comum em todo conceito de família é a convivência pautada pelo princípio da solidariedade em função da afetividade representada por laços emocionais conjuntos, seja entre cônjuges ou companheiros, entre pais e filhos ou entre parentes, quaisquer que sejam.

A família deve ser encarada como a comunidade de vida material e afetiva entre seus integrantes, união de esforços para o desenvolvimento de atividades materiais e sociais, convivência que promova mútua companhia, apoio moral e psicológico, na busca do melhor desenvolvimento pessoal de seus membros.

A idéia de família baseada na possibilidade de procriação e assistência à prole está ultrapassada. A família que se busca promover é aquela comprometida com uma união estável, voluntária e de cooperativismo, que cumpra a função de promover e proteger seus integrantes, enfim, um organismo solidário.

Sobre o tema, importantes os ensinamentos de Gama para o qual o conceito de família compreende a comunhão de vida e de interesses, a satisfação do amor recíproco, “aquela *affectio maritalis* que as núpcias romanas destacavam como fator psíquico da vida em comum e sustentáculo da substância do casamento”.<sup>4</sup>

A existência da família é essencial ao processo de desenvolvimento psíquico do indivíduo.<sup>5</sup> Ela é um complexo espaço relacional e afetivo, é o *locus* primeiro de transmissão de cultura, embora a evolução da cultura, de geração a geração, transforme e reconstrua a própria família.

Na constituição de família, está implícito o desejo dos indivíduos de compartilharem a mesma vida, dividindo as tristezas e alegrias, os fracassos e os sucessos, a pobreza e a riqueza, enfim, formarem um novo organismo distinto de sua individualidade.<sup>6</sup> Segundo Tepedino, para que se possa de-

---

<sup>4</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo, uma espécie de família*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 157.

<sup>5</sup> LACAN, Jacques. *Os complexos familiares na formação do indivíduo*. Tradução Marco Antônio Coutinho Jorge e Potiguara Mendes da Silveira Júnior. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002. p.78

<sup>6</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo, uma espécie de família*, p. 158.

nominar um grupo de pessoas de família, faz-se necessária a presença de, ao menos, dois requisitos: (i) afetividade e (ii) estabilidade.<sup>7</sup>

No mesmo sentido, Lobo, para o qual qualquer entidade que preencha os requisitos da afetividade, estabilidade e ostensividade, é uma entidade familiar merecedora da proteção conferida pelo art. 226 da CF.<sup>8</sup>

Certo é que o vocábulo família remete-nos à idéia de refúgio, de acolhimento, de alento, de proteção e, sobretudo, de amor. É a família a principal referência do indivíduo na sociedade, é a noção primeira do sentimento de “pertencença”, vital para o desenvolvimento da realização da pessoa humana.

A família oferece ao indivíduo um bem estar que noutra parte ele dificilmente encontra, é um asilo de paz e de conforto que o alenta nos conflitos sociais, intelectuais e psicológicos da vida e, ainda que, em alguns períodos da história, sob a forte influência de fenômenos sociais, a família tenha sido seriamente ameaçada, por gerar absurdas obrigações morais e econômicas, ela triunfou.<sup>9</sup>

Como assevera Hironaka, mudam os costumes, os homens, a sociedade; apenas uma verdade não se altera: a necessidade do indivíduo de estar inserido no seio de uma família, uma aspiração insubstituível por qualquer outra forma de convivência social.<sup>10</sup>

O conceito de família hoje decorre do seguinte: promoção do indivíduo, desnecessidade de casamento. Em todos os lares em que houver pessoas ligadas, seja por laços de sangue ou não, mas unidas pelo afeto, no plano de concretização das aspirações de cada uma delas e daquele núcleo como um todo, concatenadas e organizadas econômico e psicologicamente, haverá uma família.

## 2. A REALIZAÇÃO DA FAMÍLIA PELOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Tradicionalmente, como anota Lorenzetti,<sup>11</sup> os direitos fundamentais referem-se a bens individuais, como a liberdade, a vida etc., característicos da pessoa. Não obstante, paulatinamente, os bens coletivos, tais como o meio

---

<sup>7</sup> TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, p. 341.

<sup>8</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, IV: Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. *Anais ...* Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 505.

<sup>9</sup> COGLIOLO, Pietro. *Lições de filosofia e de direito privado*. Tradução Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2004. p. 213.

<sup>10</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernanda Novaes. Família e casamento em evolução. *Revista Brasileira de Direito de Família*, 1999.

<sup>11</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*, p. 304.

ambiente, o patrimônio e, sobretudo, a família, vêm obtendo proteção através dos direitos fundamentais.<sup>12</sup>

As transformações contundentes na estrutura sócio-jurídica do Direito de Família foram tantas, que estas passaram a ser entendidos como direitos fundamentais constitucionalmente protegidos.<sup>13</sup>

A realidade social revela, além da já consagrada união estável heterossexual, a existência de pessoas do mesmo sexo convivendo na condição de companheiros, unidos pelo afeto, pelo sentimento comum de pertencerem a um núcleo familiar, que prestam ajuda mútua emocional e financeira, constroem patrimônio e revelam notoriamente ao público a natureza familiar desta relação.

Além disso, como já anotamos neste trabalho, o afeto sexual entre os indivíduos não é elemento essencial para a caracterização da família, permitindo que outros pequenos núcleos possam gozar deste título, com irmãos, ou os filhos com um dos pais.

Ainda que exista um vácuo normativo que regulamente tais relações afetivas, tal vácuo não deve ser considerado obstáculo intransponível para o reconhecimento de uma relação jurídica emergente. E mais, como dissemos no tópico anterior, a ausência de tipicidade não implica ilegitimidade destas relações.

Os propalados princípios das socialidade e eticidade do Código Civil impõem a harmonização de fontes normativas, indispensável à efetividade destes e dos próprios princípios e valores constitucionais. Certo é que o ordenamento deverá ser orientado a partir da principiologia constitucional, especialmente no Direito de Família, em que a evolução extraordinária dos fatos choca-se com a apatia do legislador.

Neste contexto, a incidência direta dos princípios constitucionais no Direito de Família, em especial a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF), a solidariedade social, (art. 3, III) e a igualdade substancial devem levar o intérprete a reavaliar e a redimensionar as situações jurídicas existenciais.

A família, como já tivemos a oportunidade de dizer, torna-se *locus* para a comunhão plena de vida, ou seja, comunhão de afeto, afirmação da dignidade da pessoa humana, funcionalizada para a atuação dos princípios constitucionais da igualdade, da solidariedade, da integridade psíquica, da liberdade, e da não discriminação e ainda para a promoção do melhor interesse da criança e do adolescente.

---

<sup>12</sup> A Declaração dos Direitos Humanos prescreve no art. 16.3 a proteção da família e o art. 12 reconhece o direito a constituir uma família.

<sup>13</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernanda Novaes. Família e casamento em evolução. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. I, 1999. p. 13.

É o momento de reconstrução das categorias do Direito de Família, e mais, da reconstrução da própria família, cujas estruturas, outrora entendidas como definitivas, começam a ruir.

A Constituição da República consagrou definitivamente o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, garantindo ainda os direitos fundamentais. Estes princípios, jungidos ao exercício pleno da cidadania, garantido pelo Estado Democrático de Direito formam o epicentro da nova axiologia constitucional: a promoção e realização espiritual, social e econômica da pessoa humana,<sup>14</sup> abolindo definitivamente qualquer forma de discriminação entre os indivíduos, e, por conseqüência, legitimando as entidades familiares atípicas.

O arcabouço constitucional contemporâneo tem-se mostrado cada vez mais amplo, na medida em que o ideal normativo codificado parece enfraquecer-se. Apesar do alcance normativo dos códigos, estes instrumentos não se mostram suficientes para alcançar todas as relações jurídicas, razão pela qual a busca contínua em enlaçar um diálogo entre o Código Civil e a Constituição da República, no intuito de alcançar princípios comuns, que possam equilibrar os direitos fundamentais, as regras institucionais e os valores codificados.<sup>15</sup>

Dessa forma, a Constituição da República ganhou novo *status*, na medida em que passou a ser valorizada também por sua influência nas relações jurídico-civis. Todavia, há quem defenda que ela sustente apenas normas programáticas, incapazes de modificar, *per se*, o conteúdo substancial e impor normas precisas de Direito.<sup>16</sup> Em sentido diametralmente oposto, há autores<sup>17</sup> que entendem que suas disposições de conteúdo civilista são de aplicação imediata no âmbito privado.

Não obstante essa discussão, o que importa é que a relevância da Constituição da República, como matriz dos direitos e garantias fundamentais, é indiscutível, assim como a importância quase sublime dada à dignidade da pessoa humana.

Para Silva,<sup>18</sup> enquanto “signo fundamental da democracia”, a igualdade tem sido reconhecida nas Constituições apenas em seu sentido jurídico

---

<sup>14</sup> FIUZA, César. Formas alternativas de solução de conflitos. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho (Coords.). *Temas atuais de direito processual civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 119-125.

<sup>15</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado* Tradução Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 250.

<sup>16</sup> VILLELA, João Baptista. Sobre a igualdade de direitos entre homens e mulheres. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, p. 43.

<sup>17</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. *op cit.* p. 252.

<sup>18</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 208.

formal, ou seja, enquanto “igualdade perante a lei”, como estampado no art. 5º, *caput* da nossa Carta Magna: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Mas admite o autor que busca-se uma igualdade jurídica, que possa embasar a “realização de todas as desigualdades humanas e as faça suprimimento ético de valores poéticos que o homem possa desenvolver”.

Assim, parece-nos assumir o autor, que busca-se não apenas a supressão das diferenças naturais, mas das sociais e econômicas. Na esteira deste entendimento, Ferreira Filho,<sup>19</sup> ao tratar das “desigualdades constitucionais”, entende que estão vedadas as diferenciações arbitrárias, não havendo violação ao princípio da igualdade se constatadas exigências determinadas por “critérios objetivos e racionais adequados ao fim visado pela diferenciação”.

A consolidar este raciocínio, lembre-se Perlingieri<sup>20</sup>, para o qual as discrepâncias nas condições sociais e econômicas ensejam formas diversas de tratamento, já que a igualdade de tratamento justifica-se pela “lógica da justiça retributiva”, enquanto a pretendida isonomia prevista na constituição persegue a realização da equivalente dignidade social, em prestígio à liberdade e à cidadania para colimar na justiça social.

Cumpra esclarecer que os constitucionalistas, a exemplo de Silva, diferenciam igualdade formal de igualdade material, sendo a primeira o equivalente à justiça formal que corresponde a um princípio de ação, segundo o qual “seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma”.<sup>21</sup> Por seu turno, a igualdade material indicaria o que se deva buscar universalmente.

Observa Perlingieri que a igualdade material prevista no §1º do art.3º da Constituição Italiana enuncia uma “revolução praticamente realizada”, enquanto a igualdade material, prevista no §2º, expressa uma “revolução prometida”.<sup>22</sup>

Salienta o autor que é tarefa da República afastar obstáculos de ordem social ou econômica, inibidores da liberdade e igualdade dos cidadãos, que possam impedir o desenvolvimento pleno da pessoa humana e a efetiva participação de todos na organização política do país. Assim, prossegue Perlingieri, a igualdade formal seria ineficaz sem o contorno substancial, o que remete à conclusão de que deva haver uma relação conjunta entre as “duas formas de igualdade” previstas constitucionalmente.

---

<sup>19</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 243.

<sup>20</sup> PERLINGIERI, Pietro. ob. cit. p. 98.

<sup>21</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 208.

<sup>22</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, p. 44.

Se a Carta Magna formalizou imperativamente a igualdade como base de sustentação normativa, caberá à codificação harmonizar as normas e princípios instituídos constitucionalmente. Dessa forma, a existência de posições antinômicas na legislação deve ser suprimida. Reconhecemos que o Código Civil preocupou-se em equilibrar certos parâmetros igualitários, ao reconhecer, por exemplo, direitos aos companheiros ou afastando o nefasto tratamento dado aos filhos advindos fora do casamento, mas revela ainda antinomias.

## 2.1. Princípio da dignidade da pessoa humana

Com bem assinala Tepedino,<sup>23</sup> a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, configura uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, e implica em não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo Texto Maior.

Neste diapasão, podemos entender que a negativa do Estado de reconhecer as entidades familiares atípicas, atente contra os princípios e valores constitucionais proclamados pelo Estado Democrático de Direito, ao violar os direitos fundamentais dos indivíduos de auto-determinar a própria vida, e, por conseqüência, ousamos dizer, acarreta danos aos integrantes destas entidades que deveriam ser ressarcidos pelo Estado.

A injusta violação a uma situação subjetiva extrapatrimonial protegida pelo ordenamento jurídico através de uma cláusula geral de tutela prevista na Constituição Federal implica caracterização de dano extrapatrimonial.<sup>24</sup>

Realinhando o foco, a lição de Azevedo, para o qual a dignidade da pessoa humana serve como propulsão à intangibilidade da vida humana, dela defluindo como consectários naturais o respeito à integridade física e psíquica das pessoas, a admissão de pressupostos materiais mínimos para que se possa viver dignamente e o respeito às condições fundamentais de liberdade e igualdade.<sup>25</sup>

Assim, ao indivíduo deve se garantir a vida humana em toda sua amplitude, de forma integral e prioritária, com respeito às escolhas individuais e às formas de concretização da entidade familiar que melhor lhe convier. Não

---

<sup>23</sup> TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 349.

<sup>24</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 87.

<sup>25</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, n. 9, p. 12-21, jan./mar. 2002. p.67.

há mais espaço para o encerramento do núcleo familiar no casamento, na união estável e na família mono-parental.

Dessa forma, a promoção da dignidade humana há de ser efetivada não somente no âmbito individual, íntimo, mas deve ser garantida socialmente, no exercício da autonomia privada, prestigiando-se a autodeterminação, a liberdade de escolha na constituição, manutenção, extinção e comunhão de vida instituída pelo indivíduo no seio do núcleo que este define como família.

Ao tratar do casamento, o próprio Código Civil estabelece, no art. 1.513, que é defeso a qualquer pessoa, de Direito Público ou Privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

A dignidade da pessoa humana compreende a autodeterminação consciente e responsável da própria vida, que se realizará plenamente pelo respeito destas escolhas por parte do Estado e pela comunidade.<sup>26</sup> Afinal, cada pessoa constitui-se mediante decisão própria<sup>27</sup>, eis o caráter dinâmico e construtivo da personalidade. A dignidade construir-se-á mediante a tutela do desenvolvimento da personalidade, o respeito a escolhas peculiares e até exclusivas de coordenar a própria existência.

Este reconhecimento da liberdade individual como único meio propício à autêntica estruturação pessoal, sem imposições externas, é que garantirá o livre desenvolvimento da personalidade. A defesa da dignidade pressupõe o respeito ao livre desenvolvimento da personalidade, a liberdade para o seu desenvolvimento segundo o próprio projeto pessoal, situação e possibilidade,<sup>28</sup> independentemente de vinculação a um determinado modelo ou *standard*, atribuído valorativamente por outrem, em especial, sob o manto da intervenção estatal.

Nesse sentido, dignidade é liberdade e autonomia do indivíduo na eleição de seus objetivos e suas respectivas ações, inadmissão de imposição de modelos estanques e arquétipos predeterminados, sobretudo na constituição familiar.

Para Lobo, a garantia de realização do afeto e da dignidade nas relações de família é imprescindível para a adequação do Direito à realidade.<sup>29</sup>

---

<sup>26</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

<sup>27</sup> PINTO. Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: Portugal – Brasil Ano 2000, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra Editora, 1999, p. 157.

<sup>28</sup> PINTO. Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: Portugal – Brasil Ano 2000, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra Editora, 1999, p. 166.

<sup>29</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das famílias. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 6, 2004. p. 151-152.

Todavia, a realização concreta do valor da pessoa humana não depende apenas do Direito, este deverá trazer instrumentos para a efetividade da dignidade, que, todavia se afirmará, quando se consolidar nos corações e mentes de cada um uma ética altruísta<sup>30</sup> e sensível às diferenças entre os indivíduos e à determinação de sua vida.

A norma jurídica não se limita a obrigar; também faculta, atribui um âmbito de atividades autônomas a um ou mais sujeitos, legitimando pretensões ou exigibilidades,<sup>31</sup> ou, em outras palavras, a interferência do Estado na vida privada não há de ser apenas restritiva, deve ser vista como necessária para a promoção de liberdades, para a promoção da dignidade.

## 2.2. Princípio do livre desenvolvimento da pessoa humana

A concepção de família que pretendemos privilegiar no presente trabalho é a de família que exerce função protetiva e promocional em favor de seus membros. Nesse sentido, é a família espaço hábil a fomentar o livre desenvolvimento da pessoa humana, oferecendo a seus membros um refúgio de construção pessoal e intersubjetiva.

Para que de fato a família seja reduto seguro a privilegiar o constante “construir-se” de cada indivíduo, há buscar preservar as individualidades de cada membro. Reconhecer que cada pessoa é titular de liberdade implica compreender cada pessoa como uma singularidade, um ser idêntico apenas a si mesmo e, nessa medida, merecedor de cuidado peculiar,<sup>32</sup> um ser situado em circunstâncias incomuns, particulares à sua existência que é única.

Reconhecemos, assim, que cada pessoa, na realidade, não se encontra plena, ao contrário, a existência humana é pautada por um constante pulsar que nos indica que a personalidade não pode se esgotar na idéia de aptidão para ser titular de direito e deveres. A personalidade pode, assim, ser aferida como conjunto de características inerentes ao ser humano, que leva à sua individualização e, por isso, merecedora de tutela jurídica.<sup>33</sup>

A pessoa, acentuam Barbosa e Rodrigues Junior,<sup>34</sup> não é um ser, mas um tornar-se, é constantemente construída, uma busca perene, diante de sua incompletude. Nesse processo, continua o autor, apreende fatores sociais, identifica necessidades e busca satisfazê-las. Esse freqüente ciclo reforça a dinamicidade própria da personalidade. Assim, cada pessoa há de constituir-

---

<sup>30</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

<sup>31</sup> REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 211.

<sup>32</sup> ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10 ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 180.

<sup>33</sup> AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2003, p.124.

<sup>34</sup> BARBOSA, Renata de Almeida; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito Civil: Famílias*. Lumen Juris. Rio de Janeiro 2010. p. 98.

se segundo decisão própria. Por conseguinte, a formação social consubstanciada na família terá valor constitucional se atender à função de livre desenvolvimento da pessoa.<sup>35</sup>

Nesse compasso, a maneira mais genuína de proteger o ser humano é tutelar o desenvolvimento de sua personalidade. Corolário bem próximo da idéia de dignidade, a considerar a proteção da diferença de individualidade essencial a natureza humana.<sup>36</sup>

Esse processo de estruturação pessoal será autêntico, se passar pelo mecanismo de escolhas próprias, formas exclusivas e peculiares de coordenar os diversos fatores da existência, quando se garante a cada um o direito a seu “vir a ser”, reconhece-se a liberdade.

A proteção da personalidade pressupõe a liberdade para o seu desenvolvimento segundo seu próprio projeto, de acordo com a situação e possibilidade, independente de qualquer modelo, vinculado a uma visão particular de mundo. Liberdade, como diz Bobbio,<sup>37</sup> pode ser autodeterminação, possibilidade de agir sem obstrução, bem como liberdade de não agir, sem que seja exigido o contrario.

A regra há de ser a liberdade, justificando interferências externas, estatais apenas quando fundamentadas na garantia de iguais liberdades a outras pessoas. Fala-se em presunção a favor da liberdade, só podendo-se admitir restrições devidamente fundamentadas numa interpretação de preceitos fundamentais. Lógica válida para a ação humana na constituição familiar; a liberdade de eleição de determinado comportamento é fundamental, pois apenas ao interessado cabe o juízo sobre a forma de vida em comunhão que tenha escolhido.<sup>38 39</sup>

### 2.3. Princípio da pluralidade de entidades familiares

Neste trabalho, apresentamos o conceito de família, como sugestivo de várias concretizações possíveis. Se o conceito de família ultrapassou a formação constituída com o intuito procriativo e realização de interesses patrimoniais e religiosos, para um refúgio eudemonista, certamente não se restringe a uma estrutura única ou singular. Isso é fato, a família assume diferentes

---

<sup>35</sup> PERLINGIERI, Pietro. ob cit. p 43.

<sup>36</sup> PINTO, Paulo Mota Pinto. O Direito Ao Livre Desenvolvimento da Personalidade. In Portugal- Brasil. Ano 2000, *Boletim da Faculdade de Coimbra*: Coimbra Editora, 1999, p. 157.

<sup>37</sup> BOBBIO, Norberto. Liberdade e igualdade. 2 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1998, p. 49-51.

<sup>38</sup> PINTO, Paulo Mota Pinto. ob cit. p. 202.

<sup>39</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. Ob cit.p. 203.

feições, daí os autores já falarem em famílias, ou Direito das Famílias,<sup>40</sup> como dissemos, impropriamente. Nesse sentido Almeida<sup>41</sup>:

“Com efeito, nas últimas décadas acentuadas transformações sócio-culturais têm assombrado o conceito de família tradicional das sociedades ocidentais e conduzido à emergência do conceito de novas formas de família.”

A novidade não está no fato social, a multiplicidade de famílias não é realidade atual, é fenômeno que tornou-se mais visível, em especial com a evolução da sociedade brasileira e com a laicização do Estado. A novidade é a recepção pelo ordenamento jurídico de formas outras de família que não aquela fundada no casamento. Nesse sentido, já assentamos o reconhecimento expresso na CF/88, além do casamento, da união estável e da família monoparental, tendo o texto constitucional indubitavelmente conferido *status* jurídico a estas entidades.

No entanto, ainda que louvável a recepção expressa na CF/88 destas famílias, sua inclusão no texto constitucional ensejou o entendimento equivocado, como já analisamos neste trabalho, que as famílias se encerrariam no tríplice modelo: casamento, união estável e família monoparental.

Como vimos, a CF/88 pretendeu inaugurar uma nova seara de proteção à família, a refletir seu conceito contemporâneo: comunidade estável e solidária de pessoas, reconhecida socialmente como organismo familiar. Qualquer outra interpretação que inflija limitação da proteção jurídica a outras entidades familiares que não as descritas textualmente na Constituição é leviana e equivocada. O fundamento da tutela é o próprio conceito de família.<sup>42</sup>

Toda e qualquer estrutura familiar merece proteção jurídico-constitucional, já que cada forma familiar tem sua própria relevância jurídica e desempenha seu papel funcional de possibilitar o desenvolvimento da pessoa.<sup>43</sup>

As disposições normativas em Direito de Família devem ser lidas à luz de uma interpretação que considere o verdadeiro significado do conceito de família hoje, família como instrumento devotado à tutela existencial das pessoas.

---

<sup>40</sup> BARBOSA, Renata de Almeida; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito Civil: Famílias*. Lumen Juris. Rio de Janeiro 2010. p.32.

<sup>41</sup> ALMEIDA, Suzana. *O respeito pela vida (privada e) familiar na jurisprudência do tribunal europeu dos direitos do homem: a tutela da novas formas de família*. Coimbra. Coimbra Editora. 2008. p. 15.

<sup>42</sup> BARBOSA, Renata de Almeida; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito Civil: Famílias*. Lumen Juris. Rio de Janeiro 2010. p. 52

<sup>43</sup> PERLINGIERI, Pietro. ob cit. p. 244.

Moldar rigidamente o texto normativo atribuindo-lhe conteúdos herméticos trará uma constante inadequação entre a norma e a realidade. O elenco normativo não traz uma definição de família, seu conteúdo deve ser interpretado consoante os contornos sócio-culturais de cada povo. Impõe-se ao aplicador do direito indagar se sobre determinadas pessoas ou grupos de pessoas em circunstâncias particulares deve ser considerado ou não como núcleo familiar, que realidade deverá ele subsumir à previsão família, quais os sujeitos titulares dos enumerados direitos subjetivos.<sup>44</sup> Neste sentido, conclui Almeida:

“Tal tarefa hermenêutica e conseqüente delimitação do conceito de família não se afigura fácil, na medida em que o modo como se organizam as estruturas familiares nas várias sociedades é soberbamente diverso. Por outro lado, a dificuldade interpretativa acentua-se se tivermos em conta as profundas mutações sociais e de costume que se tem verificado com diferentes níveis de intensidade nos diversos países, as quais o interprete não pode ficar indiferente.”

Configurando-se o direito como uma realidade viva, como um “construir-se” constante, deverá ajustar-se permanentemente as mutações sociais. Assim, ao interprete impõe-se realizar uma interpretação que se coadune com os princípios sobre os quais repousam o sistema jurídico que se queira implantar, afastando qualquer análise valorativa e eventualmente retirando do seu próprio enunciado lingüístico a proteção dessa nova realidade social.

Ao analisar a proteção ao respeito pela vida privada e familiar pela Corte Européia de Direitos Humanos, escreve Barreto<sup>45</sup> que a interpretação há de ser “auscultadora do pulsar da sociedade européia”, devendo colocar debaixo do escudo protetor da Convenção Européia dos Direitos Humanos as novas estruturas familiares que vão se esboçando e salientando na sociedade européia.

Por isso, insistimos que o art. 226, §§ 3º e 4º da CF/88 é meramente exemplificativo e, mais, é clausula inclusive na qual podem inserir-se constelações familiares.

## 2.4. Princípio da solidariedade

A Constituição (art. 3º, I) elenca a solidariedade como um dos objetivos da República. O solidarismo é suscetível de diversas interpretações, o que

---

<sup>44</sup> ALMEIDA, Suzana. *O respeito pela vida (privada e) familiar na jurisprudência do tribunal europeu dos direitos do homem: a tutela da novas formas de família*. Coimbra. Coimbra Editora. 2008. pág. 15

<sup>45</sup> BARRETO, Irineu Cabral. *A Convenção Europeia dos direitos do homem anotada: Comentários à jurisprudência do novo tribunal Europeu dos direitos do homem*. Coimbra. Coimbra Editora. 2005. p. 17. In: <[www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)>. Acesso em 4.10.2010.

revela a oportunidade de verificar qual o significado que se pretende adotar no presente trabalho.

Pode-se falar em solidariedade em relação a comunidades intermédias dos membros da família, em relação à família ou em relação a um grupo intermédio com outro maior, como o Estado.<sup>46</sup>

Falar em solidariedade nos moldes ora propostos é privilegiar a auto-gestão com base no solidarismo. Trata-se de organizar-se no seio da família de modo eficiente de modo a garantir iguais liberdades e igual dignidade a cada um de seus membros. Neste aspecto, mostra-se em maior amplitude abrangendo não apenas prestígio à fraternidade entre os indivíduos membros da mesma comunidade familiar. Nesta macroperspectiva, a solidariedade permeia todo o tecido familiar e impõe responsabilidade a seus integrantes, uns perante os outros.

A noção de solidariedade revela-se, assim, próxima à idéia de igualdade, pois revela a idéia de que cada um tem direito ao respeito inerente às suas qualidades individuais, únicas, respeitadas as pretensões de cada indivíduo de exercer as próprias aptidões pessoais. A tutela do indivíduo, porém, não se deve orientar apenas para a promoção de seus interesses particulares, a demonstrar preponderância aos seus interesses exclusivos, como ser isolado da comunidade em que vive. Nesse sentido, a tutela das diferenças individuais há de considerar o indivíduo pertencente a uma comunidade familiar que, também pelo solidarismo, deve ser merecedora de igual tutela.

O indivíduo realizar-se-á no grupo familiar em que atua, desde que este grupo funcione organicamente para a promoção de cada um de seus membros e funcione também pautada a promover a si próprio. A idéia de solidariedade funciona, assim, como lei de atração entre cada um dos indivíduos em favor dos outros, ao mesmo tempo em que todos trabalham para promover e prestigiar o núcleo familiar.

A solidariedade é ínsita ao cooperativismo: ações coordenadas dos membros da família que projetam no núcleo familiar seus anseios e expectativas de realização pessoal, que serão alcançados, desde que todos trabalhem em prol de si mesmos, em prol do outro e em prol da comunidade familiar. A solidariedade e a igualdade são aspectos de um mesmo valor que o legislador se propõe a atuar: o pleno e livre desenvolvimento da pessoa.<sup>47</sup>

A formação familiar, através do exercício da autonomia, ao aprovar, homologar ou repudiar atos e atividades de seus membros reciprocamente considerados, garantirá, se voltada ao espírito solidarista e cooperativo, o

---

<sup>46</sup> PERLINGIERI, Pietro. ob cit p. 36.

<sup>47</sup> PERLINGIERI, Pietro. Ob cit. p. 41.

respeito à dignidade das pessoas que dela fazem parte, de maneira que se possa consentir a efetiva realização de suas vicissitudes.<sup>48</sup>

## 2.5. Princípio da intimidade/não interferência na comunhão de vida instituída pela família

Arendt<sup>49</sup> escreve que o pleno desenvolvimento da vida no lar e na família, como espaço interior e privado, deve-se ao extraordinário senso político do povo romano, que ao contrário dos gregos, jamais sacrificou o privado em benefício do público, mas compreendeu que estas duas esferas somente poderiam subsistir sob a forma de coexistência. Alerta que o direito à vida íntima e de viver na sombra e na penumbra consistem em direitos da personalidade. Conclui que é válido, portanto, manter fora do alcance do público o que diz respeito à intimidade das pessoas, ao seu modo de ser na vida particular.

O Código Civil garante o direito à comunhão plena de vida, que deve traduzir-se como garantia à entidade familiar de livre determinação das regras dispostas por seus membros para vigência entre si, para que esta entidade funcione de modo cooperativo, transparecendo a característica comunitária da família que a distingue de mero ajuntamento de pessoas.

A comunhão plena de vida, como cláusula geral que é, tem a função de permitir a abertura e a mobilidade do sistema jurídico e albergar as escolhas individuais, tanto na constituição do núcleo familiar, como em sua dinâmica diária. Certo é que a opção dos indivíduos por uma entidade familiar homoafetiva, formada por laços de cooperação, não deveria estar sujeita a quaisquer diferenciações, porque reflete tão-somente a eleição de uma comunhão plena de vida da forma como lhes convém.

A privacidade do grupo familiar em relação à ingerência de terceiros, sejam sujeitos particulares ou públicos, apresenta-se como uma manifestação de respeito que denota o reconhecimento da importância constitucional dada à formação social familiar, bem como privilegia a dignidade das pessoas que dela fazem parte.<sup>50</sup>

## 2.6. A dinamicidade da família

A família é autoconstrutiva, reconstrói-se e recompõe-se de muitos modos e maneiras, nos mais diversos territórios, de acordo com as peculiaridades do momento histórico em que se concebe e a ebulição social do mo-

---

<sup>48</sup> PERLINGIERI, Pietro. Ob cit. p. 40.

<sup>49</sup> ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10 ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.p. 68.

<sup>50</sup> PERLINGIERI, Pietro. Ob cit. pág. 183.

mento. A família não é fato jurídico, é fato social. Ao ordenamento jurídico cabe apenas reconhecê-la como tal e não impor-lhe os contornos. Nesse sentido vale lembrar Puleo,<sup>51</sup> para quem a família é instituição pré-jurídica, porque surge antes e independente de seu reconhecimento pelo Estado, mais ainda é uma expressão direta da natureza de cada sociedade.

O postulado do Estado Democrático de Direito pressupõe o respeito à liberdade de autodeterminação da dignidade do indivíduo. Com isso, não se pretende dizer que o Estado deverá se abster de todo e qualquer tipo de controle. O Estado é o ente controlador da liberdade individual. O que defendemos aqui é a observância de limites a este controle para que a atividade do Estado não se revista de caráter autoritário a impedir a evolução da sociedade.

Isto porque a imposição de valores<sup>52</sup> e conseqüente restrição à liberdade do indivíduo é técnica de controle social do Estado autocrático. O conceito fechado de família é forma de controle nucleativo da sociedade, razão pela qual defendemos que o Estado Democrático de Direito deva reconhecer a família como fato social, organismo aberto, mutante e maleável, cujos delineamentos se constroem constantemente no decorrer do tempo, da história e da transformação dos costumes.

O reconhecimento da força normativa da família, enquanto fato social, é fundamental à consolidação do Estado, que se intitula plural. Dessa forma, o conceito jurídico de família também deve ser aberto e não previamente fixado pelo sistema. Importa ao Direito reconhecer a normatividade dos núcleos familiares que surgem na sociedade, em vez de relegá-los a uma posição de marginalidade jurídica.

Torna-se, portanto, imperativo ao Estado o reconhecimento da entidade familiar de fato, uma vez que a família não se define simplesmente com um elenco legislativo de elementos, mas como existência fática de nucleação social, baseada na cooperação mútua, com a finalidade de promover a dignidade de seus membros. Em suma, não é o Estado que deverá ditar o que é família. Sua tarefa é reconhecer a nucleação que tem por finalidade a cooperação e a promoção de seus membros.

Este horizonte permitirá que a dignidade na família não seja vista como um valor meramente imposto e perpetuado pelo Estado e, por conse-

---

<sup>51</sup> PULEO, Salvatore. *Concetto di famiglia e rivelanza della famiglia naturale*. Rivista di Diritto Civile, n. 1, p. 381, 1979. Tradução livre.

<sup>52</sup> Criticamos a concepção axiológica do Direito. No entanto, não estamos a afirmar que as normas não possam conter valores, mas sua força vinculante não deve decorrer do valor que contenham, apenas do fato se serem normas. As normas não se reduzem a revelar quem somos, mas devem estabelecer um projeto para a nossa própria sociedade.

qüência, restritivo, permitirá que a dignidade na família seja concebida como o objetivo e fim da entidade familiar.

A intervenção estatal não pode ser justificada apenas pelo controle estatal, a intervenção pode e deve ser promocional. O conceito de intervenção estatal no Direito Privado brasileiro ainda é um conceito de raízes autocráticas, que justifica a restrição da liberdade individual, mas negligencia a promoção da dignidade humana.

Cabe-nos questionar: deve o Estado Democrático de Direito sufocar o fato social? Se o Estado Democrático de Direito é inclusivo, diante de uma entidade familiar atípica é-lhe defeso adotar uma atitude excludente. Ao revés, sua atitude deve se revelar inclusiva, a fim de acolher a entidade familiar atípica e dar-lhe juridicidade, em vez de negar-lhe existência jurídica.

Ao conferir juridicidade à entidade familiar atípica, automaticamente o Estado lhe dará limites, mas estes não podem ser tais a ponto de negar-lhe existência.

O art. 226 da Constituição, ao elencar as formas de família, ainda que não seja compreendido como *numerus clausus*, representa um avanço incompleto, porque não reconhece expressamente a existência jurídica das entidades familiares atípicas e, portanto, não reflete a realidade social ou as famílias de fato. Ainda assim, não podemos nos olvidar que a CF/88 é um conjunto harmônico, principalmente se considerarmos seu conteúdo principiológico. Dessa forma, o art. 226 deve ser lido hermeneuticamente, considerando os princípios constitucionais que informam todo sistema jurídico brasileiro, em especial os princípios da pluralidade familiar, da não discriminação, da liberdade e, sobretudo, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Em 05 de maio de 2011<sup>53</sup>, o STF reconhece como família, merecedora de toda a proteção do Estado, a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Embora a decisão represente grande avanço contra o preconceito e a maldade, não põe fim ao problema, visto que os direitos dos companheiros homossexuais talvez mereçam ser regulamentados pelo legislador.

E mais, em recentíssimo julgado o STJ<sup>54</sup> entendeu ser juridicamente possível o reconhecimento de união estável de casal homossexual, reconhecendo que não há óbice no ordenamento jurídico brasileiro para o ajuizamento de demanda com tal fim.

Trata-se de recuso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul nos autos de ação declaratória de reconhecimento

---

<sup>53</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277- Arguição de Descumprimento de preceito fundamental n. 132. Disponível em [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em 8 maio 2011.

<sup>54</sup> Resp.1.183.378/RS. Disponível em [stj.gov.br](http://stj.gov.br). Acesso em 23.12.2011.

de união estável. Assevera o tribunal em trecho da ementa da referida decisão que:

“A regra do art. 226, § 3º da Constituição, que se refere ao reconhecimento da união estável entre homem e mulher, representou a superação da distinção que se fazia anteriormente entre o casamento e as relações de companheirismo. Trata-se de norma inclusiva, de inspiração anti-discriminatória, que não deve ser interpretada como norma excludente discriminatória, voltada a impedir a aplicação do regime da união estável às relações homoafetivas”.

A decisão do STJ tem importância histórica eis que se sintoniza com o ideário de família contemporânea, aquela que corresponde a modelos abertos, voltados a satisfação e realização pessoal de seus membros, núcleo de cooperação e solidariedade, nicho de parceria, companheirismo e igualdade.

É passada a hora de abandonar os nichos segregacionistas e repudiar a desigualdade entre os casais homoafetivos e os heterossexuais. O reconhecimento da possibilidade de união estável homoafetiva pelo STJ representa mais um marco para a plena proteção do interesses que decorrem das relações marcadas pela cooperação e pelo afeto que não podem ser menos prestigiadas apenas porque implicam numa condição sexual considerada diferente.

Mas é preciso avançar e colocar em prática os valores de uma sociedade que se diz fraterna, plural e livre de preconceitos. É preciso efetivar concretamente os princípios da igualdade, da liberdade, da dignidade da pessoa humana.

Afirma o Min. João Otávio ao proferir seu voto na comentada decisão<sup>55</sup> que por não serem proibidas são lícitas as relações de afeto entre pessoas do mesmo sexo, a merecer perante sistema jurídico brasileiro toda a proteção da lei.

Não obstante, entende o Ministro que o instituto jurídico que mais se aproxima da hipótese tratada nos autos é o regime da união estável entre homem e mulher, por presentes, à exceção da identidade de sexos, todos os demais requisitos necessários ao reconhecimento de uma união estável. Afirma o Ministro que se duas pessoas de mesmo sexo se unem compartilhando conquistas e dificuldades, mantendo uma relação duradoura, pública, contínua e com propósito de constituir família não haveria razão para não se estender a elas igual proteção trazida pelo instituto da união estável entre casais heterossexuais.

---

<sup>55</sup> Resp.1.183.378/RS.Disponível em [stj.gov.br](http://stj.gov.br). Acesso em 23.12.2011.

O que nos leva ao seguinte questionamento: por que não possibilitar a essas pessoas a possibilidade de se casarem? Por que limitar a proteção conferida a essas pessoas? Por que não possibilitar-lhes a escolha entre o casamento ou a união estável?

### 3. CONCLUSÃO

A união homoafetiva, por exemplo, é união familiar que, embora não tenha origem na lei, tem sua força jurídica no fato social. Não se propõe uma interpretação extensiva da lei, mas que seja reconhecido que as famílias não tipificadas tenham normatividade, enquanto originárias de fato social já consolidado. Certo é que a normatividade do fato social provém majoritariamente pela conclusão do processo legislativo, mas a normatividade do fato social também pode ser atribuída pelo processo jurisdicional, desde que argumentativamente encontre princípios que a ampare.

A legitimidade jurídica do costume que passou pelo processo legislativo estará na legitimidade da lei, enquanto a legitimidade do costume pelo processo jurisdicional se dará na construção argumentativa da aplicação dos princípios. A norma é o sentido que podemos encontrar em um costume ou em um texto normativo, que é atribuído por meio da argumentação jurídica, que não se revela pela discricionariedade do juiz no julgamento do caso concreto, mas pressupõe a existência de uma comunidade (jurídica) linguisticamente estruturada, o que significa que este sentido é atribuído por intermédio do discurso e da universalização.<sup>56</sup>

A crescente inclusão de cláusulas gerais no ordenamento conduz-nos a sustentar que o Direito não é originado no que preceitua apenas o legislador; pelo contrário, é um produto de experiências, dos fatos e dos costumes da sociedade, de modo que, prever um direito pleno baseado no centralismo jurídico, que prevê todas as condutas-tipo,<sup>57</sup> facilmente o torna obsoleto, deixando de tutelar os interesses dos sujeitos. Menezes Cordeiro,<sup>58</sup> ao abordar a adequação da amplitude semântica para o Direito acompanhar o fato social, afirma que “ainda quando a lei não reaja, a ordem jurídica deve fazê-

---

<sup>56</sup> GALUPPO, Marcelo Campos. *Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a.36, n. 143 jul./set. 1999. p. 208

<sup>57</sup> É a chamada técnica da *fattispecie*, utilizada nos ordenamentos oitocentistas, de modo a reduzir o máximo possível a margem da interpretação do operador de Direito – os conceitos indeterminados e as cláusulas gerais – porque a norma está repleta de imutabilidade para garantir a segurança jurídica, na busca da resposta a todos os problemas que possam surgir na realidade. IRTI, Natalino, *L'età della decodificazione*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1999. p. 20.

<sup>58</sup> MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001. pag. 46.

lo”. Nas palavras de Canaris<sup>59</sup> “seria ideal, para acompanhar a evolução social, que o sistema legal fosse dotado da idéia de incompletude”.

Isto mostra que não se nega que o fato social tenha força normativa, mas o seu reconhecimento de forma limitada demonstra a discriminação deste fato social em base valorativa. Em outras palavras, o que impede o reconhecimento das entidades familiares atípicas não é a impossibilidade ou a negativa de atribuição de força normativa dos fatos, mas o padrão de moralidade existente nos tribunais que não reconhece dignidade a estas entidades.

No contexto do Estado Democrático de Direito, devemos procurar solucionar os impasses através da aplicação do maior número possível de princípios. Só assim, uma sociedade pluralista terá sua identidade (também pluralista) preservada. A convergência dos princípios constitucionais apontados no presente trabalho, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da dinamicidade da família, conduz a um só caminho: o reconhecimento das entidades familiares atípicas, como núcleo promocional da dignidade de seus membros.

O Direito Brasileiro, na sua atual conjuntura e base principiológica, permite a tutela dessa dignidade. Quem a nega é o jurista. Infelizmente, constata-se, o Direito é mais permeável a mudanças que o próprio jurista.<sup>60</sup>

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 5. ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2003.

ALMEIDA, Suzana. **O respeito pela vida (privada e) familiar na jurisprudência do tribunal europeu dos direitos do homem: a tutela da novas formas de família**. Coimbra. Coimbra Editora. 2008. pág. 15

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10 ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, n. 9, p. 12-21, jan./mar. 2002.

---

<sup>59</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. XXIV.

<sup>60</sup> Ao abordar a união estável, afirma Reale, poder-se-ia pensar que, estando as normas consuetudinárias vinculadas a particulares usos e costumes, não se poderia falar em modelo costumeiro, mas esta seria uma visão apequenada e errônea da rica produção de regras de direito brotadas diretamente da sociedade civil, como reiteradas formas de ação social, dotadas de senso ou sentido autônomo de juridicidade, ora preenchendo lacunas do ordenamento legal, ora abrindo-lhe novas perspectivas de desenvolvimento, sem falar no seu papel mais habitual de inferir das regras legais modalidades imprevistas de comportamento lícito.

- BARBOSA, Renata de Almeida; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: Famílias**. Lumen Juris: Rio de Janeiro 2010.
- BARRETO. Irineu Cabral. **A Convenção Europeia dos direitos do homem anotada: Comentários à jurisprudência do novo tribunal Europeu dos direitos do homem**. Coimbra. Coimbra Editora. 2005. p. 17. In <www.echr.coe.int>. Acesso em 4.10.2010.
- BELLUSCIO, César Augusto. **Manual de Derecho de família**. 6 ed. Buenos Aires: Depalma, 1996.
- BOBBIO, Norberto. **Liberdade e igualdade**. 2 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1998.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. XXIV.
- COGLIOLO, Pietro. **Lições de filosofia e de direito privado**. Tradução Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2004.
- COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. Tradução de J. Cretella Junior e Agnes Cretella. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2003.
- ENGLES, Friedrich. **A Origem da Família da Propriedade Privada e do Estado**. Tradução Ruth M. Klaus. Centauro Editora. São Paulo. 2009. pág. 27.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- FIUZA, César. Formas alternativas de solução de conflitos. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho (Coords.). **Temas atuais de direito processual civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo, uma espécie de família**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- GALUPPO. Marcelo Campos. **Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a.36, n. 143 jul./set. 1999
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernanda Novaes. Família e casamento em evolução. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. I, 1999.
- LACAN, Jacques. **Os complexos familiares na formação do indivíduo**. Tradução Marco Antônio Coutinho Jorge e Potiguara Mendes da Silveira Júnior. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.
- LOBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das famílias. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 6, 2004.

\_\_\_\_\_. CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, IV: Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Anais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. .

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. Tradução Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001.pag. 46.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. IV.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Tradução Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO, Paulo Mota. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade**. In: Portugal – Brasil Ano 2000, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra Editora, 1999.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VILLELA, João Baptista. Sobre a igualdade de direitos entre homens e mulheres. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, 1993.



# UMA PROPOSTA INTERPRETATIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INVENTOR NO CONTEXTO DO RELACIONAMENTO INSTITUCIONAL E JURÍDICO ENTRE UNIVERSIDADE E EMPRESA<sup>Δ</sup>

*Marcos Vinício Chein Feres\**  
*Henrique Silva Moraes\*\**  
*Juliana Martins de Sá Müller\*\*\**

## **Resumo**

O presente artigo tem como intuito a análise do conflito de interesses na relação universidade-empresa, de modo a apreender o contrato de cooperação tecnológica como um instituto por meio do qual seria possível enfrentar a negligência para com os direitos fundamentais do inventor de ser reconhecido como tal e de obter ganhos econômicos advindos de seu invento. Busca-se compreender os fundamentos dos direitos do inventor, tomando como arcabouço teórico a teoria moral de Charles Taylor e a concepção de Direito como Integridade consoante Ronald Dworkin. Uma aproximação interdisciplinar das ideias de ambos os autores permite uma releitura da compreensão do direito em si, o que possibilita reconfigurar a universidade e a empresa como instituições, bem como levar a sério os direitos individuais envolvidos no contexto de confecção e aplicação de contratos de cooperação tecnológica. Como implicação disso, a inovação e a transferência de tecnologia não devem ser tratadas como questões exclusivamente de política, devendo-se compreender os direitos do inventor como questões de princípio.

## **Palavras-chave**

Contratos de cooperação tecnológica. Transferência de tecnologia. Direito como Integridade. Direito como Identidade.

## **Abstract**

This paper intends to analyse the colliding interests within the university-firm relationship, in order to understand the technology cooperation contract as an institute through which

---

<sup>Δ</sup> Este artigo foi realizado com o apoio da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais (FAPEMIG) e do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

\* Mestre e Doutor em Direito Econômico pela UFMG e Professor Associado e Diretor da Faculdade de Direito da UFJF.

\*\* Graduando em Direito pela UFJF e Bolsista de Iniciação Científica pelo programa BIC/UFJF.

\*\*\* Bacharela em Direito pela UFJF e Pesquisadora da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais (FAPEMIG).

it would possible to tackle the lack of interest towards the inventor's fundamental rights to be recognized as so and to obtain royalties from his/her invent. It seeks to comprehend the fundamentals of the inventor's right, using Taylor's moral theory and Dworkin's conception of Law as Integrity as theoretical framework. This interdisciplinary approach is an effective means of revisiting the idea of Law itself, which makes it possible to reconfigure the university and the firm as institutions limited by legal and constitutional rights, as well as to take the rights of individuals seriously in the context of a technology cooperation contract. As a result, the innovation process and the technology transfer ought not to be treated as exclusive issues of policy and the inventor's right must be understood as a matter of principle.

### Keywords

Technology cooperation contract. Technology transfer. Law as integrity. Law as identity.

## 1. INTRODUÇÃO

A cooperação tecnológica Universidade-Empresa é um elemento chave, tendo em vista que possibilita o abandono de um modelo linear de inovação, em que se pressupunha que a contribuição de conhecimentos acadêmicos à economia e à produção de inovação só poderia ocorrer a longo prazo<sup>1</sup>. Variadas formas de parcerias com empresas – licenciamento, pesquisa integrada, coprodução, incubação de empresas, *spin-off* acadêmico, entre outras – constituem modelos a partir dos quais a estrutura da universidade se habilita à interação a curto e a longo prazo com as demandas sociais e econômicas.

Com o intuito de incentivar a formação de tais parcerias e à construção de um modelo de desenvolvimento nacional autônomo<sup>2</sup>, o Brasil procurou, nos últimos anos, implementar políticas que fornecessem o necessário suporte à inovação e à proteção da propriedade intelectual daí advinda. Em 2005, o governo aprovou a Lei de Inovação, a qual proporcionou a posterior edição de Leis Estaduais de Inovação e da Lei de Incentivos Fiscais (Lei nº11.196, de 21 de novembro de 2005). Além disso, nos anos 2004, 2007 e 2008, foram criados, respectivamente, a Política Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior, o Plano Ação de Ciência, Tecnologia e Inovação e o Programa de Desenvolvimento Produtivo, havendo em cada um deles uma ligação decisiva com o objetivo de incentivar a inovação tecnológica e o desenvolvimento econômico no país<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> ETZKOWITZ, Henry & LEYDESDORFF, Loet. Introduction: universities in the global knowledge economy. In: ETZKOWITZ, Henry & LEYDESDORFF, Loet. **Universities and the global knowledge economy: a triple helix of university-industry-government relations**. Londres: Continuum, 2001.

<sup>2</sup> MINISTÉRIO DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA – MCT. **Indicadores Nacionais de Ciência e Tecnologia**. Disponível em: <<http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/5688.html>>. Acesso em: 17 mar. 2011.

<sup>3</sup> ARAUJO, Elza Fernandes et. al. **Propriedade intelectual: proteção e gestão estratégica do conhecimento**. R. Bras. Zootec. 2010, vol.39, suppl, p. 8. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbz/v39sspe/01.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2010.

No entanto, pode-se observar que, a despeito da mobilização política em torno da criação de novas tecnologias, a análise do depósito de pedidos de patentes no Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) revela que as medidas tomadas até o momento ainda são insuficientes. Dados do Ministério da Ciência e Tecnologia mostram que, no ano de 2008, foi depositado um total de 27.050 pedidos de patentes no INPI, sendo que apenas 8.056 foram realizados por depositantes residentes no país.

Além disso, a referida situação de incipiência parece ser também visível no modo casuístico e isolado com o qual se encara a inovação tecnológica no Brasil. Esta deve ser vista, de fato, não mais puramente como um produto que, em si, representa uma inovação tecnológica, mas como um processo. As prioridades passam a se concentrar, assim, no fomento de comportamentos e atitudes que possibilitem a construção de uma “capacidade dinâmica de mudança, que melhora a condição de responder criativamente a desafios e de alcançar seus objetivos estratégicos”<sup>4</sup>.

A partir da visão da inovação como processo, torna-se patente o reconhecimento dos direitos e interesses dos diversos atores envolvidos na produção de novas tecnologias. Diante disso, é necessário observar que a proteção dos direitos do inventor é um aspecto central no processo de inovação, visto que a sua desconsideração importa não somente em um entrave ao desenvolvimento econômico nacional, mas também em um modelo de inovação que se encontra em desconformidade com uma interpretação coerente dos preceitos constitucionais e legais.

Nesse sentido, o problema com o qual se depara é como superar as barreiras jurídicas e institucionais que impedem a formação de uma interação dinâmica entre entes públicos de pesquisa e empresas privadas, de modo que sejam resguardado o direito fundamental do inventor de ser reconhecido como tal e de explorar seu invento.

Considerando as ideias de Ronald Dworkin<sup>5</sup> e de Charles Taylor<sup>6</sup>, este trabalho se dirige à compreensão da Cooperação Tecnológica entre universidades e empresas como uma forma a partir da qual o direito como identidade, por meio de uma interpretação coerente, constitui-se como elemento essencial de uma lógica analítica na qual se estruturam avaliações qualitativas de valor. O contrato de cooperação tecnológica compõe, assim, uma relação na qual o direito se expressa e se faz manifesto, devendo adotar para si a

---

<sup>4</sup> PLONSKY, Guilherme Ary. **Bases para um movimento pela inovação tecnológica no Brasil.** São Paulo em Perspectiva. 2005, vol.19, n.1, p. 30. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/spp/v19n1/v19n1a02.pdf>>. Acesso em: 04 de Dezembro de 2010.

<sup>5</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

<sup>6</sup> TAYLOR, Charles. **As fontes do self: a construção da identidade moderna.** Trad. Adail Ubirajara Sobra e Dinah de Abreu Azevedo. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2005.

integridade como elemento de interlocução, isto é, como um elemento capaz de promover uma distinção qualitativa de valor em função do grau de coerência alcançado a partir da ideia de comunidade personificada.

A comunidade personificada, de acordo com Dworkin, consiste num conjunto escolhas de valores pelos membros integrantes de um determinado espaço geográfica e culturalmente delimitado. Nesse sentido, a comunidade personificada funciona como um norte a partir do qual se pode verificar os valores morais constitutivos desse espaço geográfico e cultural que servem de parâmetro para a delimitação dos critérios de coerência a serem utilizados no processo de criação e aplicação do direito. Basicamente, os critérios de coerência expostos por Dworkin consistem na justiça, equidade, no devido processo legal e, principalmente, na integridade. Todos eles decorrem de um processo valorativo de escolhas realizadas dentro de um contexto comunitário passível de ser universalizado. Em razão disso, é essencial se reconhecer a importância da teoria da identidade do *self* de Charles Taylor para se atribuir uma coerência às diversas escolhas realizadas pelos agentes públicos no exercício das atividades administrativas, legislativas e jurisdicionais. Para Taylor, a identidade do *self* somente se constitui a partir de uma rede de interlocução referenciada a um determinado espaço moral. Diante disso, o processo de identidade exige diálogo, intersubjetividade e avaliação qualitativa de valor. Nesse ponto, percebe-se a necessária articulação com a integridade no direito, pois, no direito como na vida, é crucial se realizar essa interlocução entre indivíduos, comunidade e espaço moral de modo a se poder construir processos de decisão os mais diversos tendo por parâmetro uma coerência e uma articulação consistente entre escolhas morais individuais e comunitárias.

Em razão de o direito como identidade e a comunidade personificada somente se realizarem a partir de escolhas morais dos indivíduos presentes em um espaço geográfico e o cultural, é possível perceber que as decisões em contexto jurídico se estabelecem como interpretações criativas e construtivas, pautadas por um elemento deontológico indissociável da própria ideia de Direito - a integridade. A integridade é o componente capaz de guiar as decisões em conformidade com as avaliações morais do presente, as quais se formam em função de uma articulação entre as decisões realizadas no passado e as decisões projetadas para o futuro. Não se trata, portanto, de se repetir o que foi decidido no passado ou de se buscar incondicionalmente vantagens para o futuro, mas de assumir uma identidade no processo de decisões jurídicas por meio de atos moralmente articulados com os preceitos da comunidade personificada.

Tendo em vista o reconhecimento da titularidade patentária como direito fundamental do inventor e o papel essencial deste na formação da inovação como um modo dinâmico de agir em face de novas demandas e necessidades, busca-se oferecer uma proposta de interpretação construtiva e cria-

tiva da ordem jurídica vigente, tomando como orientação qualitativa os critérios de coerência mediante avaliação distintiva de valor, de modo a tornar verificável a presença ou ausência de compatibilidade entre a manifestação da identidade jurídica presente no aparato legal (Lei de Inovação e Lei de Propriedade Industrial) e nos contratos de cooperação tecnológica. Na proposta de Dworkin, o direito como integridade é “inflexivelmente interpretativo” e decorre de uma “prática interpretativa”, motivo pelo qual a análise dos contratos de cooperação tecnológica deve se pautar por essa lógica interpretativa fundada nos ideais da integridade e da identidade.

Diante dessa orientação teórica, este trabalho será organizado em três partes, de forma que, em um primeiro momento, serão empreendidos esforços em torno da compreensão do instituto do contrato de cooperação tecnológica, observando-se suas finalidades e os direitos e deveres aos quais dá origem. Dar-se-á ênfase sobretudo à análise da titularidade do pesquisador da patente oriunda de seu invento.

Em seguida, será enfatizado o atrito existente entre a estrutura institucional e finalística dos entes públicos de pesquisa e aquela das empresas, procurando-se enxergar o instituto da patente e o processo de reconfiguração dos fins da universidade como instrumentos capazes de solucionar esse conflito. O que se busca, nesse momento, é identificar se o contrato de cooperação tecnológica é, de fato, um instituto adequado sob a perspectiva dos interesses acadêmicos e morais dos pesquisadores.

Apenas a partir da compreensão da manifestação jurídica identificada no contrato de cooperação tecnológica – levando em consideração os direitos e deveres que envolve, as estruturas institucionais consolidadas que abarca e os fins que conjuga – será possível, finalmente, proceder a uma interpretação coerente – fundada na Integridade – dos direitos fundamentais do inventor de se ver reconhecido como tal e de obter os frutos econômicos de seu invento.

Adota-se como metodologia a pesquisa qualitativa fundada em traços de significação (*unobtrusive research*), segundo Babbie<sup>7</sup>. A partir dos objetivos inicialmente traçados, procura-se constituir um sistema analítico de conceitos a partir do qual se pôde analisar, com precisão, o ordenamento jurídico brasileiro e textos teóricos, obtendo-se, assim, conceitos passíveis de serem aplicados a uma interpretação construtiva e reflexiva da Lei de Propriedade Intelectual (Lei n° 9.279/96), da Lei de Inovação Tecnológica (Lei n° 10.973/04) e do instituto do contrato de cooperação tecnológica.

---

<sup>7</sup> BABBIE, Earl. **The practice of social research**. 9. ed. Belmont Wadsworth/Thomson Learning, 2000.

## 2. A COOPERAÇÃO TECNOLÓGICA

A cooperação tecnológica e os modelos pelos quais se executa constituem espécies da denominada transferência de tecnologia, compreendida como interação que, segundo Ato Normativo do INPI (1997), processa-se a partir de licenciamento de direitos (exploração de patentes ou uso de marcas) ou de aquisição de conhecimentos tecnológicos (fornecimento de tecnologia e prestação de serviços de assistência técnica e científica).

Entretanto, observe-se que a conceituação normativa deixa de lado um dos fatores essenciais do contrato de transferência de tecnologia, qual seja, sua finalidade. Esta consiste em que a ciência ou tecnologia produzida por um indivíduo ou grupo se transfira para outro, de modo que o conhecimento obtido se incorpore na sua própria maneira de fazer as coisas, isto é, no seu potencial de inovação<sup>8</sup>. É fundamental para a compreensão da interação entre Universidade e Empresa e do instituto do contrato de cooperação tecnológica que se observe que seus objetivos não se esgotam em uma simples transmissão de informações, mas que esses consistem na formação de um vínculo suficientemente forte e estável que permita a transferência e a absorção de conhecimento e de uma aptidão para inovar. Corrobora-se a noção de inovação como processo e a necessidade de contínuo aperfeiçoamento, dentro da estrutura dos agentes envolvidos, da tecnologia produzida e transferida.

Dentre as formas de transferência de tecnologia, assumem maior relevo para este artigo aquelas em que se propõem: (1) o licenciamento para a exploração de patentes e (2) a celebração de acordos de parceria entre a universidade e uma instituição privada para a consecução de atividades conjuntas de pesquisa científica e tecnológica e desenvolvimento de tecnologia. O primeiro modelo contratual consiste na autorização, pelo detentor da titularidade da patente, do uso e exploração industrial do invento por essa resguardada, mediante o pagamento de *royalties*<sup>9</sup>.

A razão para o enfoque nesses dois formatos de transferência de tecnologia se centra no fato de que, nesses casos, é central o papel do pesquisador como propulsor da inovação, visto que seu envolvimento na pesquisa e o desenvolvimento de suas ideias compõem parcela considerável dos elementos “capacidade de inovar” e “postura criativa”, essenciais à inovação como processo. Seja por meio do licenciamento da patente ou da disponibilização do aparato técnico e científico necessário ao desenvolvimento de novas tec-

---

<sup>8</sup> SANTANA, Élcio Eduardo de Paulo et al. **E agora, o que fazer com essa tecnologia? Um estudo multicaso sobre as possibilidades de transferência de tecnologia na USP-RP.** Revista de Administração Contemporânea. 2009, vol.10, n.3. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rac/v13n3/v13n3a05.pdf>>. Acesso em: 22 de novembro de 2010.

<sup>9</sup> BARBOSA, Denis Borges. **O inventor e o titular da patente de invenção.** Disponível em: <[www.denisbarbosa.addr.com](http://www.denisbarbosa.addr.com)>. Acesso em: 19 de agosto 2010.

nologias, o pesquisador se coloca como um ator imprescindível no alcance do novo.

Além disso, tais modelos jurídico-contratuais constituem as bases de formação de um contrato de cooperação tecnológica. Este é marcado pela contribuição conjunta dos contratantes, de modo que, não obstante a atuação de cada um poder apresentar natureza completamente diversa, ambos deverão empreender esforços para a obtenção de um fim comum, qual seja, a inovação. Assim, em meio à parceria para a realização de atividades conjuntas de pesquisa científica e tecnológica, unem-se os parceiros em torno de um interesse comum, a produção de ambiente propício à criação de produtos e processos inovadores, sobre os quais se buscará – atendidos os critérios da novidade, atividade inventiva e aplicação industrial<sup>10</sup> – a exclusividade garantida pelo instrumento da patente.

Tendo em vista que o contrato de cooperação de tecnológica apresenta uma configuração que conjuga direitos e deveres relacionados não somente ao agir no processo de inovação, como também à delimitação da titularidade da patente que porventura daí resulte, pode-se verificar que esse deve se compor de normas que regulamentem a divisão do trabalho necessária ao processo de inovação, de modo a estabelecê-la em equilíbrio com a partilha dos direitos de propriedade intelectual obtidos. É importante que o instrumento contratual contenha, especificamente, as estratégias de ação esperadas de cada contratante, na medida em que aquele deve funcionar como um elemento que organize a complementariedade estrutural e funcional dos parceiros, permitindo-lhes obter, em contrapartida à sua adequada contribuição, os frutos decorrentes da inovação produzida.

Contudo, atentando-se para o substrato teórico oferecido por Ronald Dworkin, faz-se necessário observar que as normas que comporão o contrato e regerão a cooperação U-E (Universidade-Empresa) não devem se voltar exclusivamente para a finalidade de obtenção da inovação tecnológica e para a consecução de políticas públicas, orientação por meio da qual assumiriam uma caracterização valorativa demasiado pragmatista e, portanto, em desconformidade com o preceito de que o Direito deve ser interpretado – e, em meio a esse empreendimento, reflexivamente construído – com base na Integridade. O fim pragmático representado pelo desenvolvimento econômico e tecnológico no país constitui, com efeito, um argumento a ser respeitado no contrato, uma vez que foi preceituado pela Constituição Federal<sup>11</sup>. No entanto, a elaboração das normas contratuais não se pode esgotar em tal fim, pois, deixando de levar em conta os direitos fundamentais que surgem no contex-

---

<sup>10</sup> Para uma noção construtiva desses critérios legais mais adequada ao direito como integridade, ver Feres e Filardi (2011).

<sup>11</sup> CF/1988, Art. 218: “O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.”

to de inovação, iria se desvincular dos princípios morais emanados da comunidade personificada.

Na perspectiva teórica aqui adotada, a interpretação e a criação do Direito necessárias à formação do contrato de cooperação tecnológica não deve ter como orientação argumentos de política, mas deve se estruturar com base em argumentos de princípio, levando a sério os direitos envolvidos e promovendo uma hermenêutica íntegra e plural da ordem jurídica.

### 3. O ATRITO ENTRE UNIVERSIDADE E EMPRESA NO PROCESSO DE INOVAÇÃO

Nas considerações já feitas sobre a cooperação tecnológica U-E, encontra-se verificável a condição factual do referido instituto. Contudo, cabe indagar ainda se esse é finalisticamente sustentável, tendo em vista que o contraste institucional entre universidade e empresa não poderia assumir – em princípio – configuração mais antagônica.

Em primeiro lugar, destaca-se a posição da universidade em torno da valorização do conhecimento fundamental – e, portanto, desvinculado de eventuais interesses econômicos – e o escopo empresarial de explorar comercialmente as inovações produzidas a curto prazo. Enquanto a estrutura universitária se liga à pesquisa cujos resultados, caso sejam aproveitáveis economicamente, tendem a ser alcançados apenas a longo prazo, a competitividade no mercado não permite às empresas tal disponibilidade de tempo<sup>12</sup>. Soma-se a isso o fato de a universidade ainda se concentrar, a despeito de seu crescente envolvimento com a pesquisa aplicada, nas atividades de ensino e de pesquisa básica, o que gera um conflito entre a liberdade de pesquisa na universidade e os interesses comerciais das empresas.

Tais entraves encontram, porém, um contrapeso nas modificações estruturais sofridas pelas universidades nas últimas décadas no sentido de contribuir também por meio da pesquisa aplicada às demandas sociais<sup>13</sup>. Ora, a produção de inovação e o conseqüente desenvolvimento econômico nacional – que ameniza a prática de obtenção de tecnologias estrangeiras – constituem certamente razões suficientes para a mobilização da estrutura universitária. Além disso, os problemas enfrentados em pesquisas aplicadas podem

---

<sup>12</sup> SEGATTO-MENDES, Andrea Paula. **Análise do processo de cooperação tecnológica universidade-empresa: um estudo exploratório**. 1996. Dissertação (Mestrado em Administração Geral) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1996. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12131/tde-04052006-215518/>>. Acesso em: 23 de novembro de 2011.

<sup>13</sup> ETZKOWITZ, Henry & LEYDESDORFF, Loet. Introduction: universities in the global knowledge economy. In: ETZKOWITZ, Henry & LEYDESDORFF, Loet. **Universities and the global knowledge economy: a triple helix of university-industry-government relations**. Londres: Continuum, 2001.

dar ensejo a questionamentos dignos de exame mais profundo e contribuir, assim, à realização de novas pesquisas de caráter básico.

Outras barreiras da cooperação U-E são também observadas quanto ao destino a ser conferido às descobertas: ao passo que os pesquisadores direcionam seu trabalho ao atendimento de demandas identificáveis pela sociedade e pela comunidade científica, razão pela qual se inclinam à divulgação dos resultados de suas pesquisas, o sigilo é – sob o olhar da atividade empresarial – imprescindível para que um invento se conserve como novidade e, portanto, resguarde sua atratividade comercial.

Quanto ao conflito entre a divulgação acadêmica e a retenção das invenções, enxerga-se, porém, na patente um instituto capaz de oferecer uma solução satisfatória, tendo em vista que essa permite, concomitantemente, a proteção dos objetivos econômicos e a quebra do sigilo ocorrida com a divulgação dos resultados à comunidade científica<sup>14</sup>. Um dos pontos norteadores da cooperação U-E seria justamente o fato de que a verificação da patenteabilidade dos resultados alcançados em uma pesquisa deverá preceder a sua divulgação, podendo tal tarefa ser empreendida, seguindo-se a distribuição de competências traçada pela Lei de Inovação<sup>15</sup>, pelo Núcleo de Inovação Tecnológica (NIT) presente na universidade.

Outros pontos em que o plano estratégico das empresas se confronta com a práxis universitária seriam ainda a dificuldade de comunicação entre as instituições, que, certamente, não dispõem de um código homogêneo aplicável a questões administrativas; a burocracia nas universidades, a qual é necessária tendo em vista a impessoalidade exigida pelo regime jurídico ao qual essas entidades se submetem; e a incerteza característica dos projetos desenvolvidos pelas universidades, o que contribui, de fato, para o receio das empresas, para quem os fatores tempo e retorno econômico visível a curto prazo desempenham um papel de suma relevância<sup>16</sup>.

Apesar das considerações feitas no sentido de enxergar uma amenização no antagonismo entre universidades e empresas, não é difícil perceber

---

<sup>14</sup> CHAMAS, Cláudia Inês. Cooperação tecnológica e propriedade industrial. **História, Ciência, saúde-Manguinhos**. 1996, vol.3, n.2. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/hcsm/v3n2/v3n2a08.pdf>>. Acesso em: 23 de Novembro de 2010.

<sup>15</sup> Lei 10973, de 02 de dezembro de 2004, Art. 16: “A ICT deverá dispor de núcleo de inovação tecnológica, próprio ou em associação com outras ICT, com a finalidade de gerir sua política de inovação. Parágrafo único. São competências mínimas do núcleo de inovação tecnológica: [...] IV- opinar pela conveniência e promover a proteção das criações desenvolvidas na instituição; V- opinar quanto à conveniência de divulgação das criações desenvolvidas na instituição, passíveis de proteção intelectual.[...]”

<sup>16</sup> SEGATTO-MENDES, Andrea Paula. **Análise do processo de cooperação tecnológica universidade-empresa: um estudo exploratório**. 1996. Dissertação (Mestrado em Administração Geral) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1996. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12131/tde-04052006-215518/>>. Acesso em: 23 de novembro de 2011.

que o comprometimento universitário com o conhecimento e com o serviço à sociedade choca-se com interesse empresarial de obter inovações a curto prazo e de maneira economicamente vantajosa. Tal embate se verifica, de fato, na própria configuração institucional clássica da Universidade e da Empresa. Entretanto, quais seriam os passos necessários para o reconhecimento de uma evolução institucional equilibrada entre as instituições em análise, de modo que o relacionamento Universidade-Empresa se tornasse viável e efetivo?

Levar a cabo tal tarefa é, de fato, uma questão afeta ao Direito. Não porque a este caberia moldar de modo arbitrário as instituições que compõem nosso mundo, mas porque é somente por meio dele, como produto de um processo contínuo de construção reflexiva e interpretativa, que a manifestação e compreensão dessas instituições se mostra sequer possível. Trabalhando interdisciplinarmente com a noção de identidade teorizada por Charles Taylor, acredita-se ser possível afirmar que tais instituições – como fruto de interpretações construtivas do Direito – compõem expressões do que se pode chamar de identidade jurídica. A identidade do direito é uma ideia de direito discursivamente compartilhada, sendo formada pelos valores compartilhados numa comunidade personificada, a qual consiste na articulação complexa de avaliações morais e jurídicas que servem de parâmetro valorativo para o exercício de coação sobre as ações avaliadas negativamente.

Dessa forma, construções jurídicas – como as normas jurídicas advindas da Constituição, da lei e dos contratos – dão forma às manifestações institucionais identificadas na Universidade e na Empresa, processo por meio do qual se está constantemente construindo o Direito. Isso não deve ocorrer, no entanto, em desconformidade com a identidade do Direito ou em violação à comunidade personificada, visto que, caso contrário, a manifestação produzida não terá advindo de uma interpretação íntegra, isto é, que leva em conta o Direito como um todo coeso e coerente derivado de avaliações fortes e preceitos morais fundados na justiça, na equidade e no devido processo legal.

Seguindo esse raciocínio, as instituições Empresa e Universidade são manifestações da identidade do Direito, sendo estas mediatizadas por interpretações consubstanciadas na Constituição, nas leis, e em outros atos jurídico-normativos, cuja consonância com a comunidade personificada é imprescindível. Sendo assim, a expressão que uma instituição assume e sua eventual modificação dependem da evolução da interpretação que confere ao Direito uma manifestação objetiva e, por conseguinte, dependem da modificação de traços constitucionais, legais, contratuais ou de outra configuração jurídica.

No que tange ao relacionamento Universidade-Empresa, são, sem dúvida, instrumentos jurídicos capazes de dar nova configuração a tais institui-

ções a Constituição Federal de 1988, na medida em que incentiva e promove desenvolvimento econômico e tecnológico, a Lei de Inovação Tecnológica (Lei nº10.973/04), a Lei nº11.196/05 (a chamada Lei do Bem, que complementa os fins da Lei de Inovação no sentido em que confere isenções fiscais às empresas inovadoras) e os Contratos de Cooperação Tecnológica.

Na Lei de Inovação Tecnológica, tal intuito de transformação institucional é patente, tendo vista que, buscando-se a concretização de fins constitucionais, deu-se uma nova visão à Universidade ao se criar a figura do Instituto de Ciência e Tecnologia (ICT), descrito como o “órgão ou entidade da administração pública que tenha por missão institucional, dentre outras, executar atividades de pesquisa básica ou aplicada de caráter científico ou tecnológico” (art. 2º, V, Lei nº 10.973/04). É claro o intuito de dar ênfase à estrutura universitária voltada para o desenvolvimento de novas tecnologias, conferindo-a tratamento jurídico específico e competências compatíveis<sup>17</sup> com a finalidade de constituir parcerias com o setor privado e de externalizar os inventos produzidos.

A partir desse quadro de competências, é possível identificar o escopo de organizar a estrutura universitária para possibilitar a realização de parcerias com o setor privado, constituindo o contrato de cooperação tecnológica o instrumento em que deverá ser pactuada a partilha da titularidade da propriedade intelectual sobre o produto ou processo que vier a resultar das pesquisas desenvolvidas em conjunto<sup>18</sup>. A estrutura jurídica do contrato é, contudo, mais flexível, sendo seu conteúdo variável substancialmente a depender do contexto e dos interesses envolvidos, razão pela qual a verificação de suas limitações frente à Constituição, às leis e, sobretudo, aos preceitos da comunidade personificada merece constante atenção.

---

<sup>17</sup> Lei 10.973, de 02 de dezembro de 2004, Art. 6º: “É facultado à ICT celebrar contratos de transferência de tecnologia e de licenciamento para outorga de direito de uso ou de exploração de criação por ela desenvolvida.[...]” Art. 7º: “A ICT poderá obter o direito de uso ou de exploração de criação protegida.[...]” Art. 8º: “É facultado à ICT prestar a instituições públicas ou privadas serviços compatíveis com os objetivos desta Lei, nas atividades voltadas à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo.[...]” Art. 9º: “É facultado à ICT celebrar acordos de parceria para realização de atividades conjuntas de pesquisa científica e tecnológica e desenvolvimento de tecnologia, produto ou processo, com instituições públicas e privadas.[...]”

<sup>18</sup> Lei 10.973, de 02 de dezembro de 2004: Art. 9º: “ É facultado à ICT celebrar acordos de parceria para realização de atividades conjuntas de pesquisa científica e tecnológica e desenvolvimento de tecnologia, produto ou processo, com instituições públicas e privadas. [...] §2º: As partes deverão prever, em contrato, a titularidade da propriedade intelectual e a participação nos resultados da exploração das criações resultantes da parceria, assegurando aos signatários o direito ao licenciamento, observado o disposto nos §§ 4º e 5º do art. 6º desta Lei. §3º: A propriedade intelectual e a participação nos resultados referidas no § 2º deste artigo serão asseguradas, desde que previsto no contrato, na proporção equivalente ao montante do valor agregado do conhecimento já existente no início da parceria e dos recursos humanos, financeiros e materiais alocados pelas partes contratantes.”

Nesse sentido, procura-se analisar, em seguida, tais limites no que concerne aos direitos fundamentais do inventor, levando sempre em conta o fato de que esses deverão advir de uma interpretação do Direito fundada na Integridade.

#### 4. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INVENTOR NO CONTRATO DE COOPERAÇÃO TECNOLÓGICA

Partindo do pressuposto de que os contratos de cooperação tecnológica deverão se formar como expressões íntegras da identidade do direito, tem-se como objetivo, nesta seção, a demonstração, por meio de uma interpretação coerente da legislação, de que não haverá parceria Universidade-Empresa referida à comunidade personificada sem que os direitos do inventor sejam respeitados, ainda que tal manobra a torne economicamente mais atraente e concorra de maneira mais incisiva para o crescimento econômico no país.

Com efeito, a concretização, nos contratos de cooperação tecnológica, do direito fundamental do inventor de se ver reconhecido como tal e de explorar economicamente seu invento vai em direção a uma argumentação de princípio, que leva a sério os direitos – como assim configurados no presente – em detrimento de decisões que favorecem a promoção futura do bem-estar de um grupo determinado. A elaboração de um contrato de cooperação tecnológica é produto de um processo discursivo-interpretativo que deverá se reconduzir à moralidade institucional de uma comunidade específica, sendo necessário para isso a construção de uma interpretação racional que dê primazia a argumentos de princípio sobre argumentos de política.

Assim, compreende-se que a posição jurídica do pesquisador somente pode ser analisada por meio de uma leitura coerente do conteúdo da legislação brasileira afeta à questão, buscando-se traços de significação que favoreçam, de um lado, o escopo político de desenvolvimento científico e de capacitação tecnológica, e, de outro, o reconhecimento dos direitos fundamentais do indivíduo.

O inciso XXIX do art. 5º da Constituição Federal, ao dar conformação ao direito à Propriedade Intelectual, dispõe que a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país. A norma constitucional deixa claro que o princípio que subjaz à proteção dos direitos provenientes da invenção não se esgota em uma necessidade política de desenvolvimento tecnológico, mas encontra seu fundamento em uma estrutura dogmática referenciada à moralidade institucional da comunidade personificada. A moldagem do conceito de proprieda-

de intelectual não se compõe, assim, de políticas públicas destinadas ao desenvolvimento econômico e tecnológico no país, mas se externaliza como uma manifestação da identidade do direito no sentido em que sua dimensão dogmática se liga indissociavelmente aos valores morais compartilhados pela comunidade.

Os direitos do inventor são moldados constitucionalmente como questões de princípio, encontrando sua condição de possibilidade em preceitos morais expressos dogmaticamente no ordenamento jurídico. Além de seu tratamento como direito fundamental no inciso XXIX do art. 5º, é inegável que tais direitos se referenciem ao valor social do trabalho humano, erguido a princípio fundamental do Estado e da ordem econômica<sup>19</sup>.

Quando a Lei de Propriedade Industrial (Lei nº9.279/96), em seu art. 6º, prescreve que ao autor da invenção ou modelo de utilidade será assegurado o direito de obter a patente que lhe garanta a propriedade, nas condições estabelecidas na lei, o que se está buscando não é meramente o reconhecimento moral de que a inovação se liga às ideias e aos esforços do pesquisador, mas a proteção do direito deste de obter a titularidade de seu invento e de, por conseguinte, poder explorá-lo economicamente. Isto porque a norma legal se funda nas avaliações morais que moldam a identidade do Direito e se estabelece em consonância com a necessidade de tratar o direito à patente como questão de princípio.

Na Lei de Inovação Tecnológica (Lei nº 10.973/04), também é perceptível o reconhecimento dogmático-jurídico dos direitos fundamentais do inventor, na medida em que seu art. 13 assegura ao criador participação mínima de 5% e máxima de 1/3 nos ganhos econômicos, auferidos pela ICT, resultantes de contratos de transferência de tecnologia e de licenciamento para outorga de direito de uso ou de exploração de criação protegida da qual tenha sido o inventor, obtentor ou autor. A introjeção da valorização e a proteção do pesquisador no aparato dogmático-legal é ainda confirmada pela exegese do art. 14 da referida lei, em que é facultado ao pesquisador, em razão de desenvolvimento de pesquisas científicas e tecnológicas, o afastamento para prestar colaboração a outra ICT, desde que resguardadas as normas que regem o afastamento de servidores públicos (art. 93 da Lei 8112/90) e observada a conveniência da ICT de origem.

A importância conferida pela lei aos pesquisadores se faz visível também na institucionalização, de acordo com o art. 15 da Lei de Inovação Tecnológica, da prática de formação de empreendimentos privados denomina-

---

<sup>19</sup> CF/1988, Art 1º: “A República Federativa do Brasil [...] constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] IV- os valores social do trabalho e da livre iniciativa” CF/1988, Art.170: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna conforme os ditames da justiça social [...]”

dos *spin-off*. Nos dizeres legais, poderá ser concedida, a critério da administração pública e na forma do regulamento, ao pesquisador público, desde que não esteja em estágio probatório, licença sem remuneração para constituir empresa com a finalidade de desenvolver atividade empresarial relativa à inovação.

Procurou-se, assim, coletar dispositivos legais e constitucionais que tenham em conta os direitos do inventor, de modo a demonstrar que a interpretação de institutos afetos à disciplina da propriedade intelectual, como o contrato de cooperação tecnológica e o licenciamento de patentes, não deve se voltar categoricamente para políticas públicas de desenvolvimento econômico e capacitação tecnológica, tendo em vista que a concretização dos direitos fundamentais do pesquisador, como questão de princípio, é condição inafastável para que a identidade do Direito se manifeste com referência à moralidade institucional da comunidade personificada. Com efeito, a interpretação coerente do ordenamento jurídico, levando-se em conta o *corpus* dogmático contido na Constituição e nas leis, não poderá conduzir a entendimento diverso. A própria conformação basilar da propriedade intelectual no art. 5º da Constituição se inclina no sentido de ser reconhecível a titularidade do inventor sobre o produto de suas ideias e de seu trabalho.

## 5. CONCLUSÃO

Tendo como ponto de partida o Direito como Identidade e o ideal da Integridade como parâmetro valorativo, conforme interface entre as teorias de Taylor e Dworkin, buscou-se analisar o ordenamento jurídico brasileiro com o intuito de compreender os direitos fundamentais do inventor como questões de princípio, viabilizando uma configuração dos contratos de cooperação tecnológica que seja produto de um processo interpretativo coerente e íntegro, reconduzível à comunidade personificada.

Com esse objetivo, vislumbrou-se no contrato de cooperação tecnológica um instrumento jurídico complexo em que se conjugam a disciplina de planos estratégicos para a formação de um ambiente propício à inovação, em que os parceiros contribuem mutuamente com conhecimento, experiência e custos, e a partilha da titularidade da propriedade intelectual eventualmente resultante. Entendeu-se que, além de o pesquisador ser visto como um dos pontos-chave para a concretização das finalidades previstas no contrato e, por conseguinte, para a contribuição com a política de inovação no país, os seus direitos, no que tange à titularidade, devem ser resguardados. Isso em razão de a propriedade intelectual dever ser objeto de uma interpretação íntegra que privilegia as avaliações morais da comunidade personificada sobre os interesses econômicos e políticos voltados para o bem-estar futuro de um grupo de pessoas.

No contexto de compreensão da faticidade do contrato de cooperação tecnológica, percebeu-se que a universidade e empresa sofrem uma reformulação institucional no Brasil e que esta só se realiza por completo com a mediação do Direito. Tal mediação é empreendida por manifestações da identidade jurídica consubstanciadas na Constituição, nas leis e nos próprios contratos de cooperação tecnológica, os quais não poderão prescindir do ideal da Integridade e de uma avaliação distintiva de valor.

Ao se reformular a noção sobre os papéis da universidade e da empresa com intuito de construir novas estratégias para o incentivo do processo de inovação, é fundamental que os direitos que compõe a ordem jurídica sejam preservados, buscando-se uma concepção em que seja possível a persecução do desenvolvimento econômico sem deixar de levar os direitos a sério.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Elza Fernandes et. al. **Propriedade intelectual: proteção e gestão estratégica do conhecimento**. R. Bras. Zootec. 2010, vol.39, suppl. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbz/v39sspe/01.pdf>>. Acesso em: 30 de outubro de 2010.

BABBIE, Earl. **The practice of social research**. 9. ed. Belmont Wadsworth/Thomson Learning, 2000.

BARBOSA, Denis Borges. **O inventor e o titular da patente de invenção**. Disponível em: <[www.denisbarbosa.addr.com](http://www.denisbarbosa.addr.com)>. Acesso em: 19 de agosto 2010.

\_\_\_\_\_. **Tipos de contratos de propriedade industrial e transferência de tecnologia**. Disponível em: <[www.denisbarbosa.addr.com](http://www.denisbarbosa.addr.com)>. Acesso em: 02 de setembro de 2010.

BRASIL. **Constituição (1998)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.

BRASIL. **Lei de Incentivo à Inovação**. Lei nº 10.973, de 02 de dezembro de 2004. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 02 de dezembro 2004.

BRASIL. **Lei de Propriedade Industrial**. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 14 de maio de 1996.

CHAMAS, Cláudia Inês. **Cooperação tecnológica e propriedade industrial. História, Ciência, saúde-Manguinhos**. 1996, vol.3, n.2. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/hcsm/v3n2/v3n2a08.pdf>>. Acesso em: 23 de Novembro de 2010.

COSTA, Lucelia Borges da & TORKOMIAN, Ana Lúcia Vitale. Um estudo exploratório sobre um novo tipo de investimento: os spin-offs acadêmicos. **Revista de Administração Contemporânea [online]**. 2008, vol.12, n.2. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1415-65552008000200006>> . Acesso em: 16 de maio de 2011.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ETZKOWITZ, Henry & LEYDESDORFF, Loet. Introduction: universities in the global knowledge economy. In: ETZKOWITZ, Henry & LEYDESDORFF, Loet. **Universities and the global knowledge economy: a triple helix of university-industry-government relations**. Londres: Continuum, 2001.

FERES, Marcos Vinício Chein & MENDES, Brahwlio Soares de Moura Ribeiro. Direito como identidade: Estado, direito e política. In: **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPODIVM, 2011.

FERES, Marcos Vinicio Chein & FILARDI, Gustavo Candian . **Patentes Farmacêuticas e direito à saúde**. Scientia Iuris (UEL), v. 15, p. 31-52, 2011.

INPI – INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. **Ato normativo nº 135**, de 15 março de 1997.

MATIAS-PEREIRA, José et. al. **Gestão de Inovação: a Lei de Inovação Tecnológica como ferramenta de apoio às políticas industrial e tecnológica no Brasil**. RAE Eletrônica. 2005 vol. 4, n.2. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/raeel/v4n2/v4n2a03.pdf>>. Acesso em: 07 de outubro de 2010

MEROLA, Flavia Maria de Aguiar. **Proteção patentária na Universidade: Perfil da atuação da UFRJ no tocante à proteção de suas invenções e Percepção de seus docentes sobre a patenteabilidade de seus inventos**. 2009. Dissertação (Mestrado em Tecnologia de Processos Químicos e Bioquímicos) - Escola de Química. Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <<http://tpqb.eq.ufrj.br/download/protecao-patentaria-na-universidade.pdf>>. Acesso em: 23 de novembro de 2010.

MINISTÉRIO DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA – MCT. **Indicadores Nacionais de Ciência e Tecnologia**. Disponível em: <<http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/5688.html>>. Acesso em: 17 de Março de 2011.

MINISTÉRIO DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA – MCT. **Livro Branco da Ciência Tecnologia e Inovação**. Brasília, DF: CNPq/MCT, 2002.

PLONSKY, Guilherme Ary. **Bases para um movimento pela inovação tecnológica no Brasil**. São Paulo em Perspectiva. 2005, vol.19, n.1. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/spp/v19n1/v19n1a02.pdf>>. Acesso em: 04 de Dezembro de 2010.

ROGERS, E.M. et. al. **Lessons learned about technology transfer.** Technovation. 2001, 21(4), 253-261.

SANTANA, Élcio Eduardo de Paulo et al. **E agora, o que fazer com essa tecnologia? Um estudo multicaso sobre as possibilidades de transferência de tecnologia na USP-RP.** Revista de Administração Contemporânea. 2009, vol.10, n.3. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rac/v13n3/v13n3a05.pdf>>. Acesso em: 22 de novembro de 2010.

SEGATTO-MENDES, Andrea Paula. **Análise do processo de cooperação tecnológica universidade-empresa: um estudo exploratório.** 1996. Dissertação (Mestrado em Administração Geral) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1996. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12131/tde-04052006-215518/>>. Acesso em: 23 de novembro de 2011.

TAYLOR, Charles. **As fontes do self:** a construção da identidade moderna. Trad. Adail Ubirajara Sobra e Dinah de Abreu Azevedo. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2005.





# INTERPRETAÇÃO TRIBUTÁRIA: IN DUBIO CONTRA SACRIFICIUM

Paulo Caliendo\*

## Resumo

O presente artigo trata dos métodos de interpretação em Direito Tributário, bem como da passagem do cânone *in dubio contra fiscum* para uma formulação atualizada, conforme os direitos fundamentais, sob a forma de *in dubio contra sacrificium*.

## Palavras-chave

Interpretação Tributária. *In dubio contra sacrificium*. Interpretação Sistemática.

## Abstract

This article is about the methods of interpretation in Tax Law, as well as the passage from the canon *in dubio contra fiscum* to an updated formulation, according to the fundamental rights, in the form of *in dubio contra sacrificium*.

## Keywords

Tax interpretation. *In dubio contra sacrificium*. Systematic interpretation.

## 1. INTRODUÇÃO

A teoria da interpretação é diferente para cada modo de pensar o jurídico, produzindo diferenças claras nos seus resultados concretos e nas soluções práticas para os dilemas jurídicos. A *interpretação tópico-sistemática* é capaz de dotar o intérprete de uma gama vasta e sofisticada de instrumentos de análise, que lhe dão superioridade sobre os modelos anteriores. A proposta do presente artigo é responder ao questionamento sobre a existência de um posicionamento interpretativo geral, que oriente a compreensão e construção de sentido das normas tributárias.

---

\* Graduado em Direito pela UFRGS, Mestre em Direito dos Negócios pela Faculdade de Direito da UFRGS. É Doutor em Direito Tributário pela PUC/SP. Professor Titular na PUC/RS, onde compõe o corpo permanente do Mestrado e Doutorado, lecionando na Disciplina de Direito Tributário, e de diversos cursos de Pós-Graduação no país. Autor do livro finalista do Prêmio Jabuti 2009 “Direito Tributário e Análise Econômica do Direito”, publicado pela editora Elsevier. Conselheiro do CARF, vice-presidente da Academia Tributária das Américas, Árbitro da lista brasileira do Mercosul. Advogado.

## 2. DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA NO PENSAMENTO CONCEITUAL, NORMATIVISTA E SISTEMÁTICO

O problema da interpretação jurídica aparece igualmente de modo diverso em cada modo de pensar o jurídico.

O *pensamento conceitualista* adota um modelo silogístico de interpretação, dominado pelo formalismo jurídico e pela concepção de que a tarefa interpretativa se caracteriza como sendo uma tarefa lógico-dedutiva. O modelo de solução decorre da compreensão fechada do sistema e de um tipo de coerência material rígida do raciocínio jurídico, de tal forma que não existem lacunas ou casos difíceis no Direito. O próprio sistema jurídico contém todas as respostas aos problemas do sistema, de tal modo que um problema sem solução dedutível não pode ser considerado um problema jurídico. Neste caso o juiz está submetido ao conjunto de axiomas e conceitos gerais da ciência do Direito.

Trata-se de um modelo de coerência judicial necessária (*"necessary"*), no sentido que as decisões judiciais estão inseridas no quadro geral de um sistema fechado e de coerência material rígida e, portanto, a coerência das decisões judiciais é absolutamente necessária com o sentido material do sistema de conceitos jurídicos. Segundo tal entendimento deve existir uma necessária vinculação judicial ao acervo jurídico vigente (*"pre-existing law"*) e sobre o processo de evolução legal ou normativa.

Para o *pensamento normativista* existe uma forte *discrecionalidade judicial* em que ao juiz é autorizado preencher de sentido a norma jurídica, nos limites de sua moldura normativa. Assim, permite-se ao juiz solucionar o caso concreto com as suas preferências pessoais de natureza ética, política ou ideológica, desde que tais escolhas estejam inseridas no interior da moldura normativa. Os casos difíceis são sempre solucionados pelos juízes com base na *discrecionalidade judicial*.

Para este entendimento a exigência de uma coerência judicial com o sistema jurídico somente é necessária do ponto de vista formal e desejável no seu sentido material, mas nada impede que o sistema produza posições contraditórias materialmente, porém legítimas pelo resultado da ação de competências tributárias diversas. Assim, trata-se de uma *coerência desejável* (*"desirable"*), ou seja, um dos requisitos que deverá ser tomado em conta, mas que poderá ser afastado por valores diversos na aplicação judicial;

Por sua vez no *pensamento sistemático* os requisitos de *coerência necessária* e *suficiente* (*"sufficient"*), ou seja, um requisito essencial na interpretação e aplicação do Direito. Segundo *Dworkin*<sup>1</sup>, o Direito deve ser entendido como

---

<sup>1</sup> *Misabel Derzi* ao tratar da obra do *Ministro Carlos Velloso* refletiu sobre o dilema entre a justiça e os direitos fundamentais e a democracia, tendo por referência os estudos de *Dworkin*. Segun-

uma voz organizada e coerente (*community of principle*); ou seja, uma comunidade de membros que entende estar governada por *princípios comuns* ("*common principles*"), isto é, capaz de apresentar uma justificação normativa geral. Existem casos difíceis e estes devem ser resolvidos conforme o sistema jurídico, mas respeitando as possibilidades de solução que emergem das conexões valorativas, decorrentes do caso concreto.

Diversas são as noções sobre o *alcance* do conceito de coerência, dentre as quais podemos destacar:

i) *alcance geral*, em que deverão os juízes, ao julgar, procurar coerência com o sistema jurídico como um todo<sup>2</sup>. Este entendimento é utilizado pelo pensamento *conceitualista*, que determina um alcance geral e irrestrito da coerência que se espalha por todo o sistema, de raciocínio jurídico e judicial, exigindo um completo sistema lógico-dedutivo encadeado de conceitos. Por sua vez, o *normativismo* irá implicar tão somente em um modelo de coerência de alcance geral de sentido formal;

ii) *tópica*, no qual deverão procurar coerência com o sistema jurídico geral ou somente com uma parte deste.

O pensamento *sistemático* irá permitir uma interpretação *tópico-sistemática*, organizando a possibilidade de soluções decorrentes de conside-

---

do a autora: "portanto, a questão da atuação da Suprema Corte nas democracias tem merecido a a tenção dos mais interessantes filósofos e constitucionalistas. Se os juizes não são eleitos, como explicar que possam, criativamente, controlar a constitucionalidade das leis? Dworkin responde explicando que um regime político não será democrático porque a maioria do povo governa a si mesmo, mas se e na medida em que as decisões coletivas tratem o conjunto dos cidadãos com um respeito igual e com atenção igual. Ao interpretar os vagos e abstratos princípios constitucionais, a Corte limita a competência dos parlamentos, não em razão de uma superioridade inerente ao poder judicante, mas em nome da superioridade do poder do povo sobre os demais órgãos constituídos ou constitutivos de governo. A Corte está encarregada de fazer prevalecer a vontade profundo do povo (na Constituinte) contra a vontade episódica da maioria de seus representantes, que fazem as leis"; ver in DERZI, Misabel Abreu Machado. Construindo o Direito Tributário na Constituição. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. ix.

<sup>2</sup> Cf. Julie Dickson: "[...] Dworkin (1977, and, although not yet written at the time of Levenbook's article, Dworkin 1986. "[...]Dworkin's account of integrity in adjudication requires judges to attempt to view the legal system as a whole as exhibiting coherence and speaking with one voice in interpreting the law, Dworkin does also recognise that compartmentalisation into different branches or areas of law is an indisputable feature of legal practice, and he accordingly attempts to integrate it within his vision of adjudicative integrity. He does so via his doctrine of local priority in interpretation, i.e. that if a given principle justifying a judicial decision does not fit at all well with the area of law which the case is classified as falling under, then this counts dramatically against deciding the case in accordance with that principle, no matter how well such an interpretation coheres with other areas of the law (see Dworkin 1986, ch. 7). However, because of the strong pull toward global coherence in law as integrity -- expressed in Dworkin's claim that it is necessary to strive to view the legal system as a whole as speaking with one voice, the voice of an authentic political community, in order that law can be seen as justifying state coercion [...]" ; ver in DICKSON, Julie, "Interpretation and Coherence in Legal Reasoning", The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2001 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2001/entries/legal-reas-interpret/>>. Acesso em 12.09.04, às 21:00 hs.

rações e conexões valorativas, do caso concreto e à referência necessária com o sistema jurídico.

Um exemplo importante de interpretação sistemática pode ser encontrado no excelente estudo de *Giovanni Sartor* sobre o assunto, que abordou a dialética das disputas judiciais e do confronto entre teorias diversas e conflitantes por sua aceitação como interpretação oficial. Segundo este autor, uma disputa é um “*intercâmbio dialético de teorias*” (“*dialectical exchange of theories*”). Assim, o critério para determinar a “*força comparativa de teorias competitivas*” (“*comparative strength of competing theories*”) é a ideia de coerência. A parte que oferecer a teoria mais coerente irá possuir a maior força comparativa e, possivelmente, alcançar a vitória.

Segundo o autor, a ideia de coerência, nesse sentido limitado, pode ser entendida<sup>3</sup> como:

a) *compreensividade* (“*case-coverage*”), ou seja, a capacidade de explicar um amplo campo de casos;

b) *funcionalidade* (“*factor-coverage*”), ou seja, a capacidade de levar em consideração argumentos e contra-argumentos consistentes. Dessa forma, a teoria mais consistente será aquela que referir a consideração do maior número de fatores explicativos, respondendo ao maior número de questionamentos contrários. Não há a defesa de uma única resposta possível, mas a da melhor resposta possível capaz de integrar diferentes visões valorativas na decisão judicial, permitindo a resolução leal de litígios axiológicos;

c) *conectividade analógica* (“*analogical-connectivity*”), na qual as premissas de uma teoria possibilitam a construção, por analogia, de outras premissas no interior do mesmo sistema proposicional;

d) *sustentabilidade* (“*non-arbitrariness*”), em que todas as premissas de uma teoria encontram-se suportadas mutuamente no interior do sistema proposicional, de tal forma que a solução permita a integração da solução do caso concreto em combinação com a preservação da integridade do sistema jurídico. Há, desse modo, uma possibilidade de interpretação tópico-sistemática.

A força evidente dessa abordagem é clara, visto que muitas vezes a disputa por interpretação oficial em matéria tributária envolve abordagens igualmente coerentes e conflitivas, nas quais qualquer uma das interpretações poderia surgir como aceitável para o caso. Dessa forma, a mera presunção de que o estudo do fenômeno jurídico-tributário é suficiente para se entender o raciocínio jurídico-tributário, deve ser afastada. Não há como se entender a própria evolução conceitual em Direito Tributário como mero

---

<sup>3</sup> Cf. SARTOR, Giovanni. *Teleological arguments and theory-based arguments. Artificial Intelligence and Law*. N. 10, Netherlands: Kluwer, p. 95-112, 2002, p. 103-104.

fenômeno subsuntivo ou dedutivo entre normas e conceitos, tornando-se necessária uma abordagem sistemática na qual a noção de coerência possui toda a sua força explicativa.

O problema da interpretação jurídica aparece igualmente de forma diversa em cada modo de pensar o Direito Tributário. O modo de interpretação tributária irá variar também em conformidade com o modelo teórico escolhido, de tal forma que os resultados e os métodos irão diferenciar-se de maneira significativa. Assim, podemos diferenciar os diferentes modos de *interpretação jurídico-tributária*.

## 2.1. Pensamento Conceitual: hermenêutica e interpretação

O *modelo conceitual* irá distinguir *hermenêutica* e *interpretação*, enquanto graus de aplicação da atividade interpretativa. A *hermenêutica* trata de modo genérico sobre os modelos de apreensão de sentido, a *interpretação propriamente dita* se dirige à aplicação a determinado dispositivo legal. Assim, no entender de Carlos Maximiliano: “a hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar”<sup>4</sup>.

A hermenêutica tem por objeto a determinação do sentido e o alcance das expressões jurídicas, visto que o Direito é composto de termos gerais, normas dispersas, princípios e institutos diversos e é tarefa do intérprete aplicar ao caso concreto a norma jurídica. No pensamento conceitual a tarefa do intérprete é aquela que “*extrai da norma tudo o que na mesma se contém*”<sup>5</sup>. Assim entendia sabiamente a jurisprudência romana que “*neque leges, neque senatusconsulta ita scribi possunt, ut omnes casus qui quandoque inciderit comprehendantur*”, ou seja, “*nem as leis, nem o senatus-consultos podem ser escritos de tal maneira que em seu contexto fiquem compreendidos todos os casos em qualquer tempo ocorrentes*”, visto que as normas são previsões sobre programações intersubjetivas e intertemporais e, portanto, não é possível que abarquem todos os casos possíveis e imagináveis<sup>6</sup>. Desta forma, não é fácil a tarefa do intérprete que deve buscar encontrar na multiplicidade de normas, expressões e fatos no curso histórico a retomada da unidade do sistema jurídico, mediante uma aplicação científica.

Na definição de Carlos Maximiliano “*interpretar é explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase,*

---

<sup>4</sup> Cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 01.

<sup>5</sup> Cf. M AXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 01.

<sup>6</sup> Cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 01.

*sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém*<sup>7</sup>. A tarefa da interpretação não é somente tornar claro o sentido de determinada expressão ou norma, nem tampouco encontrar o sentido exato de determinada regra em relação com o conjunto das leis, mas encontrar o verdadeiro sentido intrínseco da expressão.

Conforme bem relata *Paulo de Barros Carvalho* a doutrina interpretativa convencional (conceitual) propõe a aplicação simultânea dos seguintes critérios<sup>8</sup>:

*literal-gramatical*: é aquele no qual o intérprete limita-se ao sentido literal da linguagem ordinária da norma e demanda, portanto, o conhecimento perfeito da linguagem e do idioma nacional. Este tipo de raciocínio tem sido questionado, visto que a palavra pode ter mais de um sentido, sentidos diversos em contextos variados ou ser objeto de ambiguidade, de tal modo que os hermeneutas têm preferido a aplicação de métodos mais completos de extração de sentido, ou seja, *“mais importante e de mais força que a palavra é a intenção de quem a afirma”* (*prior atque potentior est, quam vox, mens dicenti*<sup>9</sup>);

*histórico*: trata-se do critério que procura a verificação de sentido por meio da investigação do contexto histórico em que foi editada a norma jurídica. O uso da investigação do contexto histórico não se compara, contudo, com a recuperação da vontade do legislador (*mens legislatoris*). A edição de uma nova lei faz parte de um processo complexo e irracional, marcado por intenções contraditórias, nas quais não se descobre de pronto o verdadeiro autor da norma jurídica, dado que a mesma proposição é resultado de retóricas de todas as ordens ou de idiosincrasias de legisladores ou partidos políticos. Dessa forma, nem todas as informações decorrentes do contexto histórico (*occasio legis*) são relevantes, visto que o desenrolar histórico dissipa as antigas consistências de sentido do momento da sua edição<sup>10</sup>;

*lógico*: é aquele que se utiliza das regras da lógica formal para a determinação do sentido da norma jurídica, dentre as quais se destacam: o princípio da identidade, da não contrariedade, do terceiro excluído, da razão suficiente e da finalidade<sup>11</sup>. O uso exclusivo da lógica e de um método matemático ou geométrico de interpretação é incapaz de encontrar a riqueza dos sentidos da linguagem e das normas jurídicas;

---

<sup>7</sup> Cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 01.

<sup>8</sup> Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 68-69.

<sup>9</sup> Cf. CELSO. *Digesto*, liv. 1, tít. 3. frag. 29 *apud* MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 101.

<sup>10</sup> Cf. MELO, José Eduardo Soares de. *Interpretação e integração da norma tributária* In Martins, Ives Gandra da Silva. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo Saraiva, 2001, p. 138.

<sup>11</sup> Cf. COELHO, Luis Fernando. *Lógica Jurídica e interpretação das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 76-77.

*teleológico*: o sentido da norma é determinado pela verificação dos fins e objetivos do comando normativo, bem como encontrar a finalidade pretendida pela norma. Duas concepções têm disputado a primazia dos grandes objetivos da legislação tributária, a concepção *in dubio pro fisco* e a *in dubio pro contribuinte*;

*sistemático*: em que o sentido do comando normativo é pesquisado em conjunto com a multiplicidade das normas jurídicas. Segundo o Prof. Paulo de Barros Carvalho: “o método sistemático parte, desde logo, de uma visão grandiosa do direito e intenta compreender a lei como algo impregnado de toda a pujança que a ordem jurídica ostenta”<sup>12</sup>. Lembra Carlos Maximiliano que em Roma já se proibia que o juiz decidisse sem considerar o conjunto todo do ordenamento jurídico, por meio do brocardo: “*é contra o Direito, julgar ou emitir parecer, tendo diante dos olhos, ao invés da lei em conjunto, só ou uma parte da mesma (incivile est, nisi tota lege perspecta, uma aliqua partícula ejus proposita, judicare, vel responder)*”<sup>13</sup>.

Muitos têm se questionado se a interpretação em matéria tributária deve seguir a mesma lógica e métodos gerais de interpretação ou se possui um modelo próprio. Para A.D. Giannini<sup>14</sup>: “*lo cierto es que las mismas reglas dominan la interpretación de cualquier norma, y ninguna de aquéllas autoriza a pensar que para el Derecho tributario deban seguirse criterios interpretativos diversos de los que presiden la interpretación de cualquier otra clase de leyes*”.

Assim, cada sistema jurídico-tributário irá permitir ou autorizar a utilização conjunta ou combinada dos critérios acima, de tal modo que se possa realizar a correta interpretação da norma tributária. No entender de Morselli, a interpretação e integração da norma tributária é uma atividade absolutamente essencial, em virtude do fato de que o Direito Tributário não se assenta sobre um único instituto, mas sobre um conjunto de institutos de naturezas diversas que são compreendidos em um sentido orgânico<sup>15</sup>. O objetivo da interpretação é, portanto, alcançar em cada caso a correta aplicação do conceito de tributo, por meio da aplicação de métodos de interpretação<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 68-69.

<sup>13</sup> Cf. CELSO. *Digesto*, liv. 1, tít. 3. frag. 24 *apud* MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 105.

<sup>14</sup> Cf. GIANNINI, A.D. *Instituciones de Derecho Tributario*. Madri: Editorial de Derecho Financero, 1957, p. 32.

<sup>15</sup> Conforme Morselli: “*Il diritto dell’imposta non forma un solo ed único istituto, ma un insieme di istituti, in un certo senso orgânico. V’è certamente similarità, ad esempio, fra l’imposta sui terreni e l’imposta sui fabbricati, tant’è che per lungo tempo esse andarano confuse*”, ver in MORSELLI, Emanuele. *Curso di Scienza della Finanza Pubblica*. Padova: CEDAM, 1949, p. 141.

<sup>16</sup> Conforme Morselli: “*Sicché, dove in date norme singole, o insieme ordinate per formare un istituto tributario, si vede mancante o non completamente offero all’interprete quello che gli occorre per risolvere casi concreti, e però, quando cio che direttamente gli manca forma il principio di ragione di tal norma o istituto, allora egli revolge allá scienza per trarre da essa, com lógico critério, il principio lasciat intendere dal legislatore finanziario, quale egli medesimo l’avrebbe voluto, secondo lè particolarità dei*

Dessa forma, o intérprete é livre para utilizar os métodos mais importantes para alcançar o sentido e alcance da norma jurídica a ser aplicada, dentre eles não deve existir hierarquia, dado que o pluralismo metodológico deve respeitar o pluralismo das situações de fato e de valores que podem reger determinado fenômeno jurídico<sup>17</sup>.

Conforme bem ensina *Carlos Maximiliano*, as regras gerais de hermenêutica se aplicam de modo idêntico às leis fiscais, com uma diferença fundamental de que a interpretação em matéria tributária conjuga-se à finalidade de realizar o poder de tributar, assim: “*explicado o modo de entender a faculdade de distribuir pelo povo os encargos pecuniários do erário, cumpre fazer agora como se interpretamos textos em que o legislador usa daquela prerrogativa soberana*”<sup>18</sup>, ou seja, para o autor a interpretação está radicalmente ligada ao exercício da soberania.

O pensamento conceitual irá desenvolver um raciocínio decorrente do encadeamento de conceitos, dentre os quais o de tributo será o mais importante. A exigência de um sistema com coerência interna é uma exigência da ciência jurídica e, particularmente do Direito Tributário, visto que, como foi reforçado por *Sainz de Bujanda* ao traduzir e prefaciar a famosa obra de *A. D. Giannini* *Istituzioni di Diritto Tributario*, deve-se entender que:

“el orden no consiste tan sólo, ni primordialmente siqueira, em la circunstancia de que las nociones se encadenen unas a otras siguiendo exclusivamente la pauta marcada por la contextura de la matéria que se desarrolla. Lo importante es que esas ideas aparezcan debidamente jerarquizadas y que una vez agrupadas atendiendo a su respectiva importancia y ala funcion que desempeñan en el sistema, el autor sepa mantenerse fiel al orden preestablecida, haciendo que la exposición de las ideas primarias preceda a la de las ideas secundarias o complementarias”<sup>19</sup>.

Assim, entendia *Carlos A Mersán*, famoso tributarista paraguaio e um dos fundadores do *ILADT* (*Instituto Latino-Americano de Direito Tributário*) e que teve o privilégio da sua obra “*Direito Tributário*” ter sido traduzida por *Dejalma de Campos*, com Prefácio de *Ives Gandra Martins* e Apresentação de *Geraldo Ataliba*. Segundo o autor:

---

*casi, se anche suo compito fosse stato quello di realizzare individualmente presso tutti il tributo ordinato”, ver in MORSELLI, Emanuele. Corso di Scienza della Finanza Publica. Padova: CEDAM, 1949, p. 143.*

<sup>17</sup> Cf. TÔRRES, Ricardo Lôbo. Normas de interpretação e integração do Direito Tributário. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 83.

<sup>18</sup> Cf. MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 270.

<sup>19</sup> Cf. BUJANDA, Sainz de F. Estúdio Preliminar In GIANNINI, A.D. *Instituciones de Derecho Tributario*. Madri: Editorial de Derecho Financero, 1957, p. XVI.

“Assim, esta disciplina tem seu estudo centrado no ‘tributo’ como o tem o Direito Penal no delito, como exemplifica o mesmo Jarach ou como o tem o Direito Trabalhista nas relações do capital com o Trabalho que, ao final de contas não constitui as relações especiais dos particulares, as quais independem do Direito Civil”<sup>20</sup>.

A importância deste estudo é tão relevante para o Direito Tributário que este conceito se traduz num conceito genético desta disciplina, ou seja, ela funda e é o ponto de partida da própria autonomia didática do estudo do Direito Tributário. Conforme *Carlos Mersán*:

“Se esta é a matéria que doutrinariamente justifica o nascimento de um ramo autônomo, pode-se afirmar que ainda que exista outra justificativa maior na legislação positiva especializada que caracteriza aos Estados de qualquer sistema de governo – ditatorial ou democrático<sup>21</sup> – referente aos impostos, as taxas e as contribuições e é por isso que Pugliese define a razão do estudo da nova disciplina como ‘o próprio ordenamento jurídico tributário de um dado país’<sup>22</sup>.

A razão de tal entendimento, conforme *Rafael Bielsa*, decorre da compreensão de que um ramo do conhecimento somente se distingue dos demais quando apresenta institutos, categorias e regras próprios que lhe garantam uma autonomia no quadro geral das ciências. Assim, a autonomia somente ocorre: i) quando possui princípios próprios e diferenciados dos demais; ii) quando as instituições que o formam possuem fundamentos comuns e iii) difere dos demais por suas características comuns. O autor irá repetir este entendimento da autonomia do Direito Tributário, fundado na noção de tributo como resultado deste poder de império do Estado em arrecadar tributos.

A homogeneidade do objeto de estudo do Direito Tributário, centrado na noção de tributo, é que irá garantir a sua emancipação como disciplina didaticamente autônoma de outros ramos do Direito. Segundo *Jarach* o Direito Financeiro, por sua heterogeneidade, não permite um estudo adequado do fenômeno tributário, exigindo antes uma disciplina mais delimitada para a completa compreensão desse fenômeno tributário, assim:

“[...] é o conjunto de disposições variadas, de Direito Público, ou de Direito Privado, com instituições muito distintas entre si, como são, por um lado as instituições relativas aos gastos e ao or-

---

<sup>20</sup> Cf. MERSÁN, Carlos. *Direito Tributário*. SP: RT, 1988, p. 05.

<sup>21</sup> Cf. CARVALHO, A. A. *Contreiras de Doutrina e aplicação do Direito Tributário*. São Paulo/Rio de Janeiro: Freitas Bastos, p. 58.

<sup>22</sup> Cf. MERSÁN, Carlos. *Direito Tributário*. SP: RT, 1988, p. 05.

çamento, e por outro lado as tributárias, as dos recursos patrimoniais e do crédito público”<sup>23</sup>.

Revisados os principais entendimentos sobre a interpretação no pensamento conceitual, vejamos agora as inovações e peculiaridades do *pensamento normativista*.

## 2.2. Pensamento Normativista: Norma Jurídico-Tributária (Regra-Matriz de Incidência Tributária)

O pensamento normativista partirá de um modelo diverso de interpretação da norma jurídico-tributária, visto que para este o modelo de interpretação não visa apenas a *extração de sentido* do dispositivo normativo, mas especialmente a *construção de sentido*. Trata-se de um modo absolutamente revolucionário para a época em que foi formulado e para a formatação da ideia de Direito.

O uso pluralista de métodos de interpretação não resolve, contudo, o problema de se encontrar a correta extração de sentido do texto legal, visto que, como alegava *Antônio Franco de Campos*, em 1977, a utilização simultânea de métodos somente poderá gerar imperfeições, falhas e incoerências hermenêuticas, de tal modo que devemos encontrar um método superior de análise:

“no geral, os métodos de interpretação estabelecidos pela doutrina, de per si considerado, não satisfazem plenamente, pois falhas, deficiências ou imperfeições ocorrem a cada passo, mesmo considerando o ecletismo de alguns. A solução dos problemas interpretativos pode ser encontrada na pesquisa da ratio, o que poderia levar-nos a abraçar o método teleológico, sem abandonarmos a natureza das coisas”<sup>24</sup>.

O positivismo irá encontrar este ponto de partida seguro para a interpretação jurídico-tributária no estudo da estrutura da norma jurídica. Assim afirmava *Alfredo Augusto Becker*, em sua obra de 1963, que:

“ao defrontar-se com a regra jurídica, o seu intérprete deve ter em mente, com extrema nitidez, a ‘estrutura lógica’ e a ‘atuação dinâmica’ de toda e qualquer regra jurídica. Isto posto, ele pode dividir a tarefa hermenêutica em quatro momentos:

Primeiro momento: dissecar a estrutura lógica daquela determinada regra jurídica a interpretar [...].

---

<sup>23</sup> Cf. JARACH, Dino. Curso Superior de Derecho Tributário. Buenos Aires: Liceo Profesional Cima, 1969.

<sup>24</sup> Cf. CAMPOS, Antônio J. Franco. Interpretação hermenêutica e exegese do direito tributário. São Paulo: Bushatsky, 1977. CAMPOS, Antônio J. Franco. Direito Tributário. São Paulo: J. Bushatsky, 1975.

Segundo momento: Investigar e analisar os fatos jurídicos e não-jurídicos que constituem os problemas práticos a resolver [...].

Terceiro momento: diante da hipótese de incidência realizada, o intérprete conclui ter havido a incidência da regra jurídica porque esta é infalível [...].

Quarto momento: O intérprete observa se foram respeitados os efeitos jurídicos que resultaram da incidência da regra jurídica [...]”<sup>25</sup>.

Como se pode notar, o pensamento de *Alfredo Augusto Becker* irá representar uma viragem hermenêutica na forma de interpretação jurídico-tributária. Ele irá estabelecer uma forma de *interpretação dinâmica* da norma tributária e não apenas passiva ou exegética, que pretende extrair da norma um determinado sentido. O modelo de *interpretação clássico* era absolutamente passivo dentro de uma *ordem conceitual fixa*, formada por conceitos universais e axiomas fundamentais, diverso do modelo proposto por *Becker* que irá defender que:

“A lei tributária não é um falcão real que o punho do Executivo alça vôo para ir à caça do ‘fato gerador’. A regra jurídica contida na lei (forma literal legislativa) é a resultante lógica de um complexo de ações e reações que se processam no sistema jurídico onde foi promulgada. A Lei age sobre as demais leis do sistema, estas, por sua vez, reagem; a resultante lógica é a verdadeira regra jurídica da lei que provocou o impacto inicial”<sup>26</sup>.

Irá o autor defender o *cânone hermenêutico da totalidade do sistema jurídico* como modo de compreensão do fenômeno jurídico, de tal forma que a interpretação será tarefa de conhecimento da totalidade da fenomenologia do sistema jurídico. Assim, uma lei ou artigo jamais será identificado com uma norma jurídica e talvez nem exista como tal, somente será possível extrair a regra jurídica da lei ou artigo em relação ao conjunto das demais leis vigentes (plano horizontal) e antecedentes (plano vertical).

A interpretação jurídica no positivismo passará a ter uma função teórico-sistemática menor do que no pensamento clássico. Irá assumir preponderância a Teoria Geral do Direito, enquanto *Teoria da Incidência da Norma Jurídica*, sendo que a principal função do intérprete será realizar um estudo pormenorizado da fenomenologia da incidência jurídica, de tal sorte a confirmar a ocorrência do fato gerador. Esta conclusão é tão forte no autor que ele irá denominar tal fenômeno de *mitos e superstições na interpretação tributária* e irá afirmar categoricamente que:

---

<sup>25</sup> Cf. BECKER, Alfredo Augusto. Teoria Geral do Direito Tributário. São Paulo: Saraiva, 1953, p. 102-103.

<sup>26</sup> Cf. BECKER, Alfredo Augusto. Teoria Geral do Direito Tributário. São Paulo: Saraiva, 1953, p. 102-104.

“O problema jurídico tributário que, no passado, mais apaixonou os estudiosos do Direito Tributário foi o da interpretação das leis tributárias. [...] O referido atavismo hermenêutico denuncia-se ainda muito forte [...] quando se trata de interpretar regras jurídicas que escolheram fatos jurídicos (atos jurídicos, negócios jurídicos, etc.) para a composição de suas respectivas hipóteses de incidência”<sup>27</sup>.

Os anseios de *Alfredo Augusto Becker* ganharam os corações e as mentes dos mais brilhantes tributaristas nacionais da segunda metade do século XX. Dentre estes autores podemos destacar: *Geraldo Ataliba*, *José Souto Maior Borges* e *Paulo de Barros Carvalho*<sup>28</sup>. Esta conclusão será ainda mais explícita nos estudos de *José Souto Maior Borges*, que irá defender que somente uma teoria formal do Direito será capaz de constituir uma teoria geral do ordenamento jurídico e, portanto, definir a estrutura geral da totalidade do sistema jurídico.

Relevante é a explícita menção de *José Souto Maior Borges* à obra e ao paradigma de pensamento fundado por *Becker*, que assim se manifestou sobre a obra do tributarista gaúcho no Prefácio da obra *Teoria Geral da Isenção Tributária*, de 1969: “são por demais conhecidas as metáforas vez por outra encontradas em alguns autores para caracterizar o fenômeno da tributação: expressões como *patologia tributária*, *manicômio jurídico-tributário* e *clínica fiscal* atestam o estado de espírito que se encontra a doutrina”.

O autor irá desenvolver uma das obras mais profundas sobre a aplicação do pensamento normativista (positivismo metodológico), aplicado ao Direito Tributário, na sua obra *Obrigações Tributárias (Uma introdução metodológica)*, publicada em São Paulo, em 1984. De outro lado, o método formal possui um valor pragmático, visto que ele é capaz de resolver problemas concretos ao “[...] solucionar problemas de interpretação e aplicação do Direito”<sup>29</sup>. A tarefa do intérprete é submeter uma determinada hipótese teórica de uma dedução de uma norma à *testabilidade*, visto que as normas não podem ser *verificadas*, mas tão somente testadas perante o conjunto do sistema jurídico, de tal modo que o cânone da totalidade do sistema jurídico poderá provar a existência ou inexistência de uma norma jurídica determinada<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> Cf. BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1953, p. 101-102.

<sup>28</sup> Cf. CARVALHO, P. B. . Homenagem a Alfredo Augusto Becker. In: Dejalma de Campos. (Org.). *Tributo a Alfredo Augusto Becker*. São Paulo: Academia Brasileira de Direito Tributário, 1995, v. , p. -.

<sup>29</sup> Cf. BORGES, José Souto Maior. *Obrigações Tributárias (Uma introdução metodológica)*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 20.

<sup>30</sup> Cf. BORGES, José Souto Maior. *Obrigações Tributárias (Uma introdução metodológica)*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 65.

Como exemplo, toma José Souto Maior Borges o caso do conceito de obrigação tributária, e afirma que na teoria clássica do Direito Tributário (para nós o conceitualismo), o termo “obrigação tributária” não é mero correspondente do grupo finito de particulares, mas denota a propriedade do universal existente em qualquer norma jurídica pensável. Esta visão essencialista, que procura entre a palavra e o objeto o correspondente conceito perfeito, é rechaçada pelo autor, que irá afirmar que “a tese da patrimonialidade da obrigação tributária é sustentada, na doutrina brasileira tradicional, em caráter tipicamente essencialista”<sup>31</sup>, e defenderá em sentido contrário que “o estar obrigado é tão-somente uma especificação das modalidades deonticas de regulação do comportamento humano”<sup>32</sup>. Dessa forma, o autor irá defender que não existem essencialidades ou essências a serem descritas por palavras sob a forma de conceitos, mas de construções normativas que regulam a conduta humana sob a forma de modalidades do dever-ser (*deontico*): obrigatório, permitido e proibido.

A viragem radical do estudo da fenomenologia da incidência tributária irá ocorrer com os estudos revolucionários de Paulo de Barros Carvalho<sup>33</sup>. Este autor irá sofisticar radicalmente os estudos sobre a fenomenologia da incidência da norma tributária na sua obra seminal “Teoria da Norma Tributária”, de 1973. Para esse autor, o grande problema do estudo do Direito Tributário está na conceituação dos fundamentos do Direito e na definição de um método adequado para o estudo do fenômeno tributário, sendo que muitos dos problemas de interpretação do Direito Tributário são problemas de definição dos elementos nucleares de entendimento do jurídico. Assim, será a partir do conceito “atômico” de norma jurídica que todo o conhecimento será estruturado, afinal o problema do direito será um problema da linguagem, ou melhor dizendo, de mal uso da linguagem.

Assim, é somente a partir de bases sólidas, inquestionáveis que poderá surgir uma verdadeira interpretação livre de apriorismos e concepções essencialistas, de tal modo que “surge, enfim, o esboço de um enfoque global do Direito Tributário, por desdobramento lógico de noções vestibulares da ciência jurídica”<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> Cf. BORGES, José Souto Maior. Obrigação Tributária (Uma introdução metodológica). São Paulo: Saraiva, 1984, p. 108.

<sup>32</sup> Cf. BORGES, José Souto Maior. Obrigação Tributária (Uma introdução metodológica). São Paulo: Saraiva, 1984, p. 130.

<sup>33</sup> Cf. CARVALHO, P. B. . Sobre o percurso de construção de sentido: modelo de interpretação do direito tributário. In: André Ramos Tavares; Gilmar Ferreira Mendes; Ives Gandra da Silva Martins. (Org.). Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Jurista Celso Bastos. São Paulo: Saraiva, 2005, v. , p. 09-24.

<sup>34</sup> Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. Teoria da norma tributária. 2ª ed.. SP: Revista dos Tribunais, 1981, p. 18.

A concepção normativista terá um entendimento de interpretação tributária centrada nas seguintes características<sup>35</sup>:

i) *construtivismo*: o modelo de interpretação normativista acredita num papel criativo e dinâmico do intérprete, divergindo claramente da concepção de que a interpretação seja um modo de *extração de sentido* do texto, realizando uma passagem para o modelo de *construção de sentido do texto*, por meio do estudo da incidência da norma tributária;

ii) *ausência de apriorismos*: uma crítica fundamental do modo de pensar normativista está na negação da ausência de apriorismos interpretativos, tais como o célebre debate sobre a prevalência da interpretação pró-fisco (*in dubio pro fisco*) ou pró-contribuinte (*in dubio contra fisco*), como sendo posições superadas de um imperativismo do Direito, ou seja, de uma concepção que entendia que as normas jurídicas representavam uma visão correta de mundo ou eram uma representação perfeita da essência das relações sociais. Para Paulo de Barros Carvalho, “a visão imperativista ganhou dimensão com o jusnaturalismo, que no ímpeto de identificar o Direito com o justo, com um conjunto de princípios normativos, puramente ideais, de validade universal e permanente, chegaram por concluir que haveria um verdadeiro comando, no sentido de obediência a esses princípios, não sendo o Direito o comportamento humano que os violassem, ou melhor, os ilícitos”<sup>36</sup>. O entendimento do autor reforça a concepção de que a norma jurídica é uma construção humana, que deve no âmbito de seu contexto ser conhecida;

iii) *ausência de autonomia interpretativa*: a interpretação em matéria tributária não possui regras ou leis interpretativas diversas das demais áreas jurídicas, sendo que as mesmas regras que orientam a interpretação em todas as áreas do Direito também serão aplicáveis ao Direito Tributário. Nada impede, contudo, que existam particularidades de cada sistema tributário em específico;

iv) *preocupação com a linguagem*: o foco será revertido do estudo do ser e das realidades em si (*teoria ontológica*) e passará a preocupar-se com a auto-referência do discurso (*teoria retórica*)<sup>37</sup> e, portanto, o estudo da linguagem jurídica será a preocupação primeira na interpretação jurídica. Não se trata, contudo, da interpretação literal ou gramatical do texto, mas da *estrutura do sentido*, de sua sintaxe, do que compõe a correta construção do discurso jurídico;

---

<sup>35</sup> Cf. CARVALHO, P. B. ; SOUSA, R. G. ; CANTO, G. U. ; JARACH, D. ; ATALIBA, G. . Interpretação do Direito Tributário. São Paulo: Saraiva e EDUC, 1975.

<sup>36</sup> Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Teoria da norma tributária*. 2ª ed.. SP: Revista dos Tribunais, 1981, p. 31.

<sup>37</sup> Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário – Fundamentos Jurídicos da Incidência*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 05.

v) *neutralidade valorativa*: em razão da inexistência de elementos objetivos e universais capazes de determinar o que é o bom ou correto valorativamente, em face de um pluralismo axiológico na sociedade moderna. A norma jurídica, destituída de quaisquer pontos de referência material, representará o que existe de atemporal e universal na Teoria Geral do Direito;

vi) *fechamento formal do sistema*: a situação de confusão conceitual (carnaval tributário) gerou um profundo desconforto com a intrusão de conceitos extrajurídicos no entendimento do fenômeno tributário, como se qualquer abertura para informações e valores extrajurídicos se caracteriza-se como uma corrupção da pureza do sistema tributário. A aversão à submissão do Direito Tributário à ciência das Finanças, ao Direito Financeiro ou Econômico gerou, como reação, uma defesa do fechamento formal do sistema a contatos externos. Como resultado há uma negação unânime da validade de uma interpretação econômica do Direito Tributário, como uma das piores iniciativas que já ocorreram e um grave erro metodológico de usar instrumentais inadequados para conhecer o fenômeno tributário.

Estes elementos irão caracterizar a interpretação tributária sob a égide do pensamento normativista, representando um esforço sério e sofisticado de aperfeiçoamento institucional e teórico, que muito auxiliou o país e formou toda uma geração comprometida de juristas em nosso país, especialmente nos duros anos de reforço da autoridade fiscal, durante o regime militar.

Esta teoria será aperfeiçoada e levada a um novo patamar e paradigma de interpretação nos estudos revolucionários de *Paulo de Barros Carvalho* sobre o fenômeno de incidência da norma jurídica, com a obra *Direito Tributário – Fundamentos Jurídicos da Incidência*. (1998). Inacreditavelmente, o autor será o maior construtor de uma teoria completa sobre a estrutura da norma jurídica, com a *Regra-Matriz de Incidência Tributária* e, posteriormente, irá avançar para um novo patamar de análise sistêmica sobre o fenômeno jurídico-tributário. Esta nova fase demonstrará a radicalização de alguns pressupostos teóricos pré-existentes e a incorporação de novos postulados e instrumentos de análise.

O pensamento sistemático irá reunir um conjunto diverso de experiências e programas teóricos, no entorno do objetivo de repensar a Teoria Geral do Direito Tributário.

### 2.3. Pensamento Sistemático: valores jurídicos (concretização de direitos fundamentais)

O pensamento sistemático irá produzir um conjunto de novos modelos, instrumentos e agenda de trabalho, muito superior ao que existia nos momentos anteriores, implicando em uma nova forma de interpretação jurídico-tributária. Segundo Juarez Freitas: “numa interpretação tópic-

sistemática consciente, o Direito passa a ser visto como um só, variando, embora, em grau, a intensidade dos princípios que regem os subsistemas, os quais devem ter harmonia com os princípios hierarquizados como fundamentais”<sup>38</sup>.

O pensamento sistemático parte da impossibilidade da compreensão normativista da teoria da ciência jurídica como ciência normativa, visto que os enunciados deônticos não podem ser entendidos em sentido descritivo<sup>39</sup>. Segundo Guastini, a teoria normativista da ciência jurídica fundamenta-se em duas teses principais<sup>40</sup>:

i) ambiguidade pragmática: os enunciados deônticos podem ser empregados para realizar atos de linguagem diferentes, ou seja, podem ser usados para descrever uma prescrição ou para formular uma prescrição ou proibição;

ii) validade normativa: os enunciados deônticos são o único modo apropriado de descrever normas. Descrever uma norma no pensamento normativista significa “asseverar a validade de uma norma”<sup>41</sup>.

Como bem leciona Ricardo Guastini, não há como a ciência jurídica exprimir-se mediante enunciados deônticos, principalmente porque não há como se cogitar que estes descrevam o “verdadeiro” ou “único” significado das normas jurídicas. Não há, contudo, como compartilhar desse entendimento, dado que não há como se aceitar que exista apenas uma interpretação verdadeira. Assim “[...] um enunciado deôntico (positivo ou negativo) é empregado para formular uma norma, não para afirmar ou negar a sua validade”<sup>42</sup>.

A interpretação sistemática exige uma compreensão coerente do sistema jurídico, dessa forma conforme Juarez Freitas: “cada preceito deve ser visto como parte viva do todo, porque apenas no exame de conjunto tende a ser melhor equacionado qualquer caso, quando se almeja uma bem-fundada hierarquização tópica dos princípios tidos como proeminentes”<sup>43</sup>.

A interpretação sistemática em Direito Tributário é, por outro lado, parte da interpretação sistemática em Direito Constitucional, de tal modo, como leciona Luís Roberto Barroso:

---

<sup>38</sup> Cf. FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do direito. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 288.

<sup>39</sup> Cf. GUASTINI, Ricardo. Das fontes às normas. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 104.

<sup>40</sup> Cf. GUASTINI, Ricardo. Das fontes às normas. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 90-91.

<sup>41</sup> Cf. GUASTINI, Ricardo. Das fontes às normas. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 94.

<sup>42</sup> Cf. GUASTINI, Ricardo. Das fontes às normas. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 98.

<sup>43</sup> Cf. FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do direito. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 70.

“O direito objetivo não é um aglomerado aleatório de disposições legais, mas um organismo jurídico, um sistema de preceitos coordenados ou subordinados, que convivem harmonicamente. A interpretação sistemática é fruto da idéia de unidade do ordenamento jurídico. Através dela, o intérprete situa o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo geral e particular, estabelecendo as conexões internas que enlaçam as instituições e as normas jurídicas. Em bela passagem, registrou Capograssi que a interpretação não é senão a afirmação do todo, da unidade diante da particularidade e da fragmentaridade dos comandos singulares. No centro do sistema, irradiando-se por todo o ordenamento, encontra-se a Constituição, principal elemento de sua unidade, porque a ela se reconduzem todas as normas no âmbito do Estado. A Constituição, em si, em sua dimensão interna, constitui um sistema. Essa idéia de unidade interna da Lei Fundamental cunha um princípio específico, derivado da interpretação sistemática, que é o princípio da unidade da Constituição, para o qual se abre um capítulo específico mais adiante. A Constituição interpreta-se como um todo harmônico, onde nenhum dispositivo deve ser considerado isoladamente.”<sup>44</sup>

A interpretação sistemática é um caso da interpretação constitucional e decorre da existência do Estado Democrático de Direito (Estado Constitucional), que por sua vez representa uma evolução institucional importante perante o Estado de Direito. A passagem do Estado de Direito para o Estado Constitucional constitui uma mudança de paradigmas<sup>45</sup>:

i) no Estado de Direito prevalece o princípio da segurança jurídica e do consenso; enquanto que no Estado Constitucional ocorre a prevalência do equilíbrio entre o consenso e o conflito. O Estado Constitucional deve prever dois grandes princípios: a preservação do pluralismo de valores e seu confronto leal;

ii) o Estado de Direito tenta preservar um modelo de coesão social (noção de vida boa identificada com o burguês, *pater* famílias e comerciante); no Estado Constitucional não há conceito de vida boa, não existem modelos fechados de vida. Os direitos fundamentais é que constituem o substrato do *ethos* social;

iii) o Estado de Direito representa uma situação ideal (*ficção*) de indivíduos atomizados ou de uma estrutura social homogênea; o Estado Constitucional, por sua vez, representa o claro reconhecimento de uma base fática plural e conflituosa;

---

<sup>44</sup> Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 6a Edição, 2004, Saraiva, pág. 136/137.

<sup>45</sup> Sobre o tema veja-se ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia*. Torino : Einaudi, 1992.

iv) o modelo hermenêutico típico no Estado de Direito é o raciocínio subsuntivo da regra (silogismo legal) do Direito, consagrado na Jurisprudência de conceitos; o modelo do Estado Constitucional é a concreção de valores, onde existe uma dogmática fluída, na aplicação de princípios e valores (Jurisprudência de valores);

v) no Estado de Direito apresenta-se uma homogeneidade do Estado legislativo, em que o ordenamento jurídico aparece como dado; por sua vez, no Estado Constitucional aparece a heterogeneidade do ordenamento jurídico como problema. Se no primeiro caso a lei é pacificadora de conflitos sociais; no segundo caso, a lei representa um compromisso entre valores pluralistas. Ela não é mais produto neutro (podendo representar grupos determinados). Os princípios correm o risco de se tornarem um recurso de esvaziamento semântico de soluções substanciais, pela inexistência de regras e compromissos. Fim da “*beleza*” lógica defendida pelos normativistas.

É com base nestes fundamentos que se sustenta a natureza valorativa da resolução de conflitos<sup>46</sup> no ordenamento jurídico constitucional<sup>47</sup>.

Uma interpretação sistemática objetiva antes de mais nada, na elaboração de uma *nova dogmática*, aberta e flexível, atenta aos desafios de nosso tempo. Essa *nova dogmática* se assume como teoria jurídica, no sentido expresso por Ricardo Guastini:

“Diremos então que a teoria jurídica articula-se, grosso modo, em dois setores de investigação distintos: por um lado, a análise lógica da linguagem legislativa (que inclui a análise estrutural do sistema jurídico); por outro, a análise lógica da linguagem dos juristas (mas também dos outros operadores do direito, especialmente dos juizes)”<sup>48</sup>.

### 3. DA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA NO DIREITO TRIBUTÁRIO

Considerando que o sistema jurídico é um todo ordenado de princípios, regras e valores, cabe destacar o papel de relevo desempenhado pelos princípios em uma teoria sistemática do Direito Tributário. Dentre os diversos aspectos podemos destacar que:

- as normas de comportamento, tais como as regras, teriam os seus fundamentos normativos derivados direta ou indiretamente dos princípios;

---

<sup>46</sup> Sobre o assunto veja-se STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

<sup>47</sup> Para uma completa verificação da proteção dos Direitos Fundamentais veja-se a obra de SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

<sup>48</sup> Cf. GUASTINI, Ricardo. Das fontes às normas. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 382.

- os princípios possuem uma prevalência sistêmica em relação às regras em função de sua relevância;
- os princípios possuem um conteúdo axiológico claro e, portanto, seriam detentores dos valores normativos de um sistema jurídico;
- os princípios são detentores de “*forma jurídica e conteúdo moral*”<sup>49</sup>. Eles teriam o sentido de racionalidade prática, desta forma eles representariam uma forma de superação da tese positivista da separação entre o direito e a moral.

### 3.1. Da interpretação tópico-sistemática

A *interpretação tópico-sistemática*, defendida especialmente por Juarez Freitas, caracteriza-se por hierarquizar prudencialmente princípios, regras e valores, realizando um redimensionamento do problema das antinomias entre princípios e regras, de tal modo que os princípios ocupam o papel de cúpula do sistema. Desse modo, esta forma de interpretação irá igualmente ressaltar a importância da solução adequada ao caso concreto<sup>50</sup>.

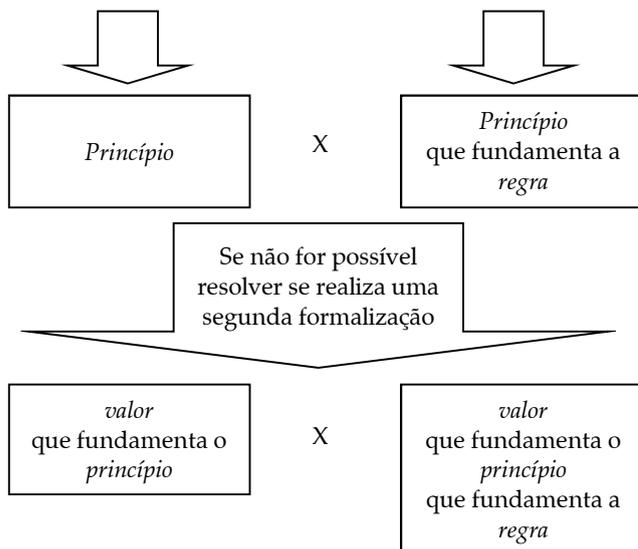
Desse modo, as regras apresentam uma densificação de princípios (normas de fundamento) e carregam valores. Assim, se houver o conflito entre uma norma de conduta descrita (regra) e uma norma que fundamenta condutas necessárias (princípios), o conflito irá ser deslocado para o fundamento (princípio) da regra sobre uma conduta e a norma de fundamento de condutas necessárias (princípio). Se esses fundamentos ou princípios ainda estiverem no mesmo nível ou não se possa solucionar o seu conflito, então caberá ao intérprete verificar os fundamentos dos fundamentos, ou seja, os valores normativos que o ordenamento jurídico tenta proteger por meio de normas jurídicas. Assim, caberá ao intérprete proceder a *escolhas axiológicas* com base no sistema constitucional<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> Cf. VIGO, Rodolfo Luis. *A interpretação jurídica*. São Paulo: RT, 2005, p. 152.

<sup>50</sup> Cabe ressaltar o comentário Helenilson Cunha Pontes ao “Princípio da Não-Cumulatividade no voto proferido pelo Ministro Carlos Velloso no Recurso Extraordinário n. 170.412-8-SP”, em que defendeu que: “o sistema normativo é o resultado da articulação entre princípios e regras, onde os princípios ocupam o vértice da pirâmide, estruturando e iluminando todo o sistema e cujo movimento não se dá somente de cima para baixo, mas nos dois sentidos, em que uma norma completa e dá significado a outra. Por isso que o melhor modo de compreender princípios e regras é diferenciado-os por graus de concretude, cuja intensidade também poderá variar de acordo com o caso concreto”; ver in PONTES, Helenilson Cunha. *Princípio da Não-Cumulatividade no voto proferido pelo Ministro Carlos Velloso no Recurso Extraordinário n. 170.412-8-SP in DERZI, Misabel Abreu Machado. Construindo o Direito Tributário na Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 27.

<sup>51</sup> Leciona Juarez Freitas com propriedade que: “Mais: a antinomia entre as regras oculta, necessariamente, uma antinomia ente princípios. Estes ostentam validade formal e não são mais deves do que aquelas. A diferença reside em que as regras apresentam função hermenêutica instrumental, isto é, devem servir à realização dos princípios. Aliás, a tarefa da hierarquização, no uso dos silogismos dialéticos, culmina justamente na posituação do princípio como superior”; ver in FREITAS, Juarez. *A melhor*

Para ilustrar, na decisão o intérprete irá proceder da seguinte forma:



Determina o Capítulo IV do CTN, relativo à “Interpretação e Integração da Legislação Tributária” que: “Art. 107. A legislação tributária será interpretada conforme o disposto neste Capítulo”.

Este dispositivo tem sido muito criticado pela doutrina nacional, visto que não esgota ou encerra todos os métodos hermenêuticos, não supera ou dissolve os mecanismos abertos de interpretação em uma sociedade democrática (judiciário, executivo e legislativo), nem tampouco resolve os problemas hermenêuticos de conflitos interpretativos. Sua inutilidade não prejudica, contudo, o texto do CTN.

Não podemos concordar, entretanto, que não exista uma especificidade na interpretação tributária. Por óbvio que a interpretação jurídica é uma, que não existe uma interpretação para cada área do conhecimento jurídico, mas daí a afirmar que a interpretação no Direito Tributário deve ter os mesmos princípios que a interpretação no Direito Civil, no Direito Penal, etc., é algo totalmente diverso. Cremos que os princípios públicos que regem a justa repartição de encargos públicos exige um modelo argumentativo distinto. A aplicação da justiça geral e particular no Direito Tributário é distinta da sua aplicação nas relações privadas. Os fins específicos são diversos (justiça fiscal, neutralidade fiscal-concorrencial e liberdade fiscal), bem como os meios utilizados pelo sistema tributário, logo as normas interpretativas devem ser ade-

---

interpretação constitucional “versus” a única resposta correta. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.) *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, pg. 318.

quadas a produção coerente de normas jurídicas que melhor permitam esta combinação de meios e fins públicos.

A presença de um capítulo sobre normas de interpretação deve ocorrer somente para firmar cânones de interpretação sobre questões controversas, tais como: interpretação econômica, a questão da tipicidade, da boa-fé, da proporcionalidade, etc. Não se cogita de um código que pretenda superar a doutrina e a atividade jurisprudencial, mas de uma norma que estabeleça os limites e diretrizes de uma interpretação legal aberta. No entender de Ricardo Lobo Tôrres: “os princípios de interpretação não se convertem em normas nem têm caráter obrigatório: são diretivas ou topoi”<sup>52</sup>.

Podemos encontrar também no direito estrangeiro a presença de dispositivos sobre a interpretação, tal como na Ley General Tributaria na Espanha<sup>53</sup>. Outros, contudo, preferiram evitar tal utilização, especialmente pela dificuldade de trazer em um corpo normativo uma dogmática da hermenêutica.

Os princípios tributários recebem principalmente da doutrina constitucional diretrizes para a coerente interpretação do Sistema Constitucional Tributário, de tal modo a permitir uma sintonia com as demais fontes. Tal postura revela-se inequivocamente adequada, visto que impede um isolamento dogmático da interpretação tributária, que deve necessariamente dialogar com os dispositivos da Ordem Econômica e da Ordem Social previstos na CF/88. A tributação não é um fim em si mesmo, nem seus meios de financiamento são isolados de sua finalidade: o financiamento dos direitos fundamentais. Na norma tributária encontra densificada está escolha democrática: os bens e as liberdades públicas a serem financiadas e os meios escolhidos para a justa repartição dos encargos públicos.

São exemplos de princípios de interpretação constitucional que terão um papel relevante: da unidade da Constituição, da concordância prática, da força normativa da Constituição e da interpretação conforme a Constituição, dentre outros tantos.

---

<sup>52</sup> Cf. Tôrres, Ricardo. Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário. 3ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 59.

<sup>53</sup> “SECCIÓN III. INTERPRETACIÓN, CALIFICACIÓN E INTEGRACIÓN. Artículo 12. Interpretación de las normas tributarias. 1. Las normas tributarias se interpretarán con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 3 del Código Civil. 2. En tanto no se definan por la normativa tributaria, los términos empleados en sus normas se entenderán conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda”.

#### 4. DA PASSAGEM DO *IN DUBIO CONTRA FISCUM* PARA *IN DUBIO CONTRA SACRIFICIUM*

A teoria geral da interpretação tributária irá presenciar a passagem do *in dubio contra fiscum* para o cânone interpretativo *in dubio contra sacrificium*, conforme os argumentos que veremos a seguir.

##### 4.1. *In dubio contra fiscum*

O critério de interpretação *in dubio contra fiscum* não se confunde com uma regra geral de interpretação aplicável a todos os momentos interpretativos, mas tão somente para os casos onde existem mais de uma interpretação possível, que conduzem a resultados diversos para os contribuintes, sendo um deles menos favorável ao mesmo. Para Martínez seria “*uma regra de decisão de fato incerto na aplicação da lei*”<sup>54</sup>. Preferimos entender que se trata de critério dirigido à solução de dilemas na interpretação, ou seja, à situação interpretativa que exige a escolha entre duas alternativas antagônicas ou contraditórias.

A sua origem no famoso texto de *Herennius Modestino* no Digesto (“*Liber Singulis De Praescriptionibus*”), em que afirmou que: “*non puto delinquere eum, qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile respionderit*” (“*não se pode afirmar que comete delito, aquele que em caso de dúvida adota uma interpretação favorável ao contribuinte*”)<sup>55</sup>. Outra redação famosa deste brocardo, com idêntico sentido é: “*In dubio, magis contra fiscum est respondendum*” (“*na dúvida deve-se decidir contra o fisco*”). Cabe lembrar que no mundo antigo o imposto tem sua origem na ideia de sujeição política onde o devedor tinha o poder de vida e de morte sobre o vencido e os dominados. Tributo neste período tem o forte e trágico significado de vassalagem, sendo claramente o oposto da liberdade e notadamente odiosos.

O critério aparece em um contexto onde qualquer oposição à vontade do imperador podia ser entendida como afronta, oposição, rebelião e naturalmente como crime contra o Império. A relativização das duras regras fiscais imperiais foi alcançada somente por corajosa interpretação dos juriconsultos.

O critério interpretativo *in dubio contra fiscum* não se identifica imediata com o critério da “*odiosa restringenda*”, ou seja, na necessária interpretação restritiva das normas de caráter odioso, dentre as quais se destacam normas fiscais<sup>56</sup>. Igualmente se destaca que não se afirma a aplicação de uma interpretação favorável ao contribuinte ou restritiva diretamente em função de

<sup>54</sup> Cf. MARTÍNEZ, Pedro Soares. Manual de Direito Fiscal. Coimbra: Almedina, 1983, p.131.

<sup>55</sup> *D., de jure fisci*, 49,14, 10.

<sup>56</sup> Cf. MARTÍNEZ, Pedro Soares. Manual de Direito Fiscal. Coimbra: Almedina, 1983, p.129.

sua natureza “odiosa”. Como bem ressalta *Pedro Martínez* a regra de *Modestino* surge após a Constituição de Caracala de 212, ou seja, em um período em que houve um alargamento do direito de cidade a todos os habitantes do império. Assim, não teria o tributo nesta época uma vinculação à sujeição odiosa ou “*nota captivitatis*”, que excluía participação cidadã ativa na comunidade política. Assim, não se poderia alegar a restrição do critério somente aos períodos de opressão ditatorial, nem tampouco ressalte-se que a carga fiscal romana era considerada extorsiva no período.

O Direito Português irá aceitar, contudo, a identificação da tributação como norma odiosa, assim conforme antiga jurisprudência do Paço: “*gabella sempre est odiosa et ideo restringenda*”<sup>57</sup>. Mesmo no auge do absolutismo real português testemunha o Desembargador do Paço *Bermudes e Torres* que: “*he muito conforme com a Real intenção de Vossa Magestade, que vemos continuamente praticada a exemplo não só do Imperador Trajano, e de Filippe Prudente mas do Senhor Rey D. João II que com aquela integridade de animo, que bem testemunha a incorruptibilidade do seu corpo, louvava aos Ministros que aconselhando, ou votando, attendião, em dúvida, mais à utilidade dos Vassallos, do que às conveniências do Patrimônio Real, trazendo sempre na lembrança, e melhor na execução, a sentença que lemos do jurisconsulto Modestino na L. Non puto 10 f.f de Jur. Fisci*”<sup>58</sup>.

Cabe, contudo, relativizar a noção de ausência absoluta de regras públicas entre os antigos. A grande invenção<sup>59</sup> da “tecnologia” pública do mecenismo societário (*urbs civitas*) irá surgir justamente neste período, especialmente com a novel criação da República romana. O regime republicano romano irá distinguir três funções específicas (“*ipsum Romulum traditur populum in triginta partes divisse*”).

Inicialmente existe uma distinção entre legislação e governo, dado que a *lex* é a manifestação do próprio *populus*<sup>60</sup>. O governo é considerada a manifestação específica do *rex-magistratus* (*et quindem initio civitatis nostrae populus sine lege certa, sine jure certo primu agere instituit, omniaque manu a regibus gubernabantur*, em D.1.2.2.). A natureza dos poderes é distinta, enquanto o povo edita comandos gerais por meio da lei, o titular do “*imperium*” edita comandos individuais.

Outro elemento característico é a atribuição da legislação da legislação a um corpo distinto de pessoas, sendo que a história de Roma apresenta uma evolução em que o poder de “*imperium*” torna-se gradativamente pequeno e

---

<sup>57</sup> Cf. MARTÍNEZ, Pedro Soares. Manual de Direito Fiscal. Coimbra: Almedina, 1983, p.129.

<sup>58</sup> Cf. LIMA, Antônio Telles Leitão. Comentário aos artigos das sisas do reino de Portugal *apud* MARTÍNEZ, Pedro Soares. Manual de Direito Fiscal. Coimbra: Almedina, 1983, p.129.

<sup>59</sup> Cf. LOBRANO, Giovanni. A teoria da respublica (fundada sobre a ‘*sociedade*’ e não sobre a pessoa jurídica’) no Corpus Júrís Civilis de Justiniano (Digesto 1.2-4). Revista Sequência, n. 59, p. 13-41, dez. 2009.

<sup>60</sup> D, 1.2.2 Pomp.

o poder da “*Lex*” consideravelmente amplo<sup>61</sup>. Somente em períodos de contingências ou perigos, onde a República se une em torno de um ditador é que se reestabelece o formato original. Torna-se claro aqui, portanto, da falsa noção de que o critério *in dubio contra fisco* tenha surgido em uma época de ausência de poder legislativo ou popular, aparecendo somente nos séc. XVIII e XIX em função do papel da legislação como representante da vontade popular. Por fim, caberia à atividade integradora dos juristas em proceder a uma unidade sistemática da pluralidade de leis sob um *ius civile* comum.

Bartolo de Sassoferrato (1314-1357), professor de Direito em Pisa, irá novamente reafirmar o entendimento de que o poder de tributar (*collectas*), mediante a criação de rendas públicas (*vectigalia*) ou tributos (*census*) pertencia ao Rei, bem como o produto da sua arrecadação. A noção de fiscalidade encontra-se diretamente relacionada à ideia de obediência. Tal entendimento relaciona-se diretamente ao grave e histórico problema da resistência ou descumprimento aos comandos do soberano, especialmente em face à passagem de muitos regimes republicanos das cidades italianas para o despotismo oligárquico ou individual. Bartolo irá escrever justamente em uma época em o fenômeno da tirania se espalhava pela Itália. No livro *De regiminis civitatis* ressaltaria que “*hoje toda a Itália é plena de tiranos*” (*hodie Italia est tota plena tyrannis*), em uma das primeiras obras sobre o direito público e da responsabilização do soberano.

A defesa do critério *in dubio contra fisco* interpretação irá permanecer nos séc. XVI e XVII com base na interpretação contratual de que as cláusulas contratuais ambíguas devem ser interpretadas contra o redator do texto, com base no critério “*contra stipulatorem*” oriundo do Direito Romano e previsto no *Code Civil* da França, em seu art. 1162, que determinava que: “*Em caso de dúvida a convenção se interpreta contra aquele que a estipulou e a favor de quem surge a obrigação contratada*” (“*Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation*”).

Este mesmo preceito foi incorporado como máxima interpretativa do Direito Contratual em diversos países (UK, EUA, Canadá, Índia, Bélgica, Espanha<sup>62</sup>, Itália<sup>63</sup> e outros países), sob a forma do critério “*contra proferentem*”, ou seja, no sentido de que uma cláusula contratual ambígua deve ser interpretada contra o seu proponente, em um caso de disputa contratual.

---

<sup>61</sup> Cf. IHERING, Rudolf von. *Law as a mean to an end*. New Jersey: Lawbook Exchange, 1999, p. 259.

<sup>62</sup> Código Civil Espanhol: “*Art. 1288. La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad*”.

<sup>63</sup> “*Art. 1370 Interpretazione contro l'autore della clausola. Le clausole inserite nelle condizioni generali di contratto (1341) o in moduli o formulari (1342) predisposti da uno dei contraenti s'interpretano, nel dubbio, a favore dell'altro*”.

Tal critério aparece no Capítulo 4 dos Princípios da *Unidroit* para os contratos comerciais internacionais (“*Principles for international commercial contracts*”). Determina o art. 4.6 que: (*contra proferentem rule*) “*Se os termos de um contrato proposto por uma das partes não é suficientemente claro, deve ser preferível a interpretação contra a parte proponente*” (“*If contract terms supplied by one party are unclear, an interpretation against that party is preferred*”). Os fundamentos para esta interpretação decorrem do fato de que a parte que propõe a cláusula deve suportar os riscos pela falta de clareza da formulação realizada (“*Such a party should bear the risk of possible lack of clarity of the formulation chosen*”). Esta regra trata de alocar o ônus da prova para a parte que originalmente propôs a cláusula e no caso de conflito contratual exige o seu cumprimento, de tal modo que não tire vantagem indevida desta. Os Princípios da *Unidroit* ressaltam, contudo, que esta cláusula deve ser analisada em suas circunstâncias, de tal modo que quanto mais as partes se envolveram em negociações menor é a sua força absoluta.

Esta cláusula passou a ser utilizada na proteção do consumidor em diversas leis e códigos nacionais. No caso brasileiro este critério interpretativo tornou-se princípio contratual no art. 47 do CDC que impõe: “*Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor*”.

Outra versão do critério *in dubio contra fiscum* aparece reformulado sob a construção *in dubio pro libertate*, como decorrência do reconhecimento do direito fundamental à liberdade como um dos mais relevantes pilares da ordem constitucional. Na Constituição alemã (*Grundgesetz*) aparece claramente este sentido no art. 2 (2) que determina: “*A liberdade da Pessoa é inviolável*” (“*... Die Freiheit der Person ist unverletzlich....*”). No mesmo sentido determina a CF/88 que: “*Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]*”.

Para esta tese o Estado deve assegurar a liberdade do cidadão e “[...] não pode retirar essa liberdade com a simples aplicação do princípio da igualdade”. Ressalte-se assim que o reconhecimento de que os direitos fundamentais possui um duplo sentido, tanto de proibição de intervenção (direito de defesa), como também como direito de proteção. Deve-se, cuidar, contudo, que não se trata de uma restrição ou limitação em sentido estrito dos direitos fundamentais.

Em alguns sistemas constitucionais, tais como a Bélgica<sup>64</sup>, o critério é identificado e derivado do princípio da legalidade (*legality*), de tal modo que somente a lei poderá instituir obrigações tributárias materiais, sendo vedada

---

<sup>64</sup> Art.170 da Constituição da Bélgica, “[...] § 1. *Taxes to the benefit of the State can only be introduced by a law*”.

à administração tributária e ao judiciário expandir o sentido da norma de modo a aumentar a carga fiscal do contribuinte. Não há como identificar, em nosso entender, diretamente este critério com o princípio da legalidade, mesmo que os seus sentidos se aproximem quanto à finalidade pretendida.

A moderna doutrina tributária e o constitucionalismo contemporâneo fundaram algumas indagações cruciais ao embate com o dogma trazido pela tradição anterior de interpretação conforme o célebre brocardo de *Modestino*. Novas compreensões foram introduzidas no sentido de relativizá-lo, tais como:

- i. nem sempre ser contra *fiscum* é pro *libertate*;
- ii. nem sempre ser contra *fiscum* é pro livre iniciativa ou individualismo; e
- iii. nem sempre contra *fiscum* ser é a favor da capacidade contributiva.

Vejamos, pois, o caso de um contribuinte que sofre com a concorrência desleal por parte de concorrente que sistematicamente faz uso de esquemas societários ou tributários maliciosos, artificiosos, vazios de sentido econômico e adquire por força da má-fé vantagem econômica sem substrato na eficiência negocial. Neste caso, a ação do fisco contrária a estas ações não seria em favor de todos os demais contribuintes? Não seria apenas em prol do fisco e da sociedade, mas de cada um dos demais contribuintes em mesma situação? Não haveria aqui uma defesa do fisco da manutenção da manutenção do equilíbrio de direitos fundamentais em um plano horizontal (contribuinte-contribuinte), de caráter nitidamente isonômico?

Estas e outras questões serão objeto de questionamento e defesa de um novo ponto de vista radicalmente distinto: *in dubio pro fisco*.

#### 4.2. *In dubio pro fisco*

Originalmente parece o critério *in dubio pro fisco* parecia ser apenas a defesa do poder sobre os vencidos ou os dominado, contudo, logo surgiram vozes alegando ser esta uma forma de defesa da igualdade.

Tais sentimentos tornaram-se ainda mais vivos com a identificação do fisco como uma forma de financiamento do Estado Democrático e Social. Este critério não aparece identificado pelos autores como sendo um critério enunciado nos textos legais romanos, nem tampouco como tendo sido adotado como modelo de interpretação geral. Identifica-se em passagem do Código

Justiniano um critério favorável ao fisco (“*de sententiis adversus Fiscus latiss retractantis*”)<sup>65</sup>.

Contudo, alguns autores identificam indícios desta tese em Roma, dado que a expressão *fisco* detinha um duplo significado de um lado aparecia como a receita destinada ao tesouro privado do Imperador (*fiscus Caesaris*), de outro, aparecia como o conjunto de receitas públicas (*aerarium populi romani*) de competência do Senado Romano. Cabe ressaltar que no Direito Romano o Direito Tributário não detinha, um tratamento autônomo como disciplina de direito público, sendo que não existia claramente a noção da fiscalidade como fonte de financiamento do bem-comum.

A história do Direito Tributário irá apresentar essa dualidade de valores em choque, de um lado o interesse geral representado pelo fisco e de outro o particular representado pelo contribuinte. Some-se a isto o fato de que existia a percepção de que o poder exercido em suas diversas formas (monarquia, república ou aristocracia) buscava de algum modo o bem comum, o interesse geral e público e iremos entender a razão pela qual o critério irá ressurgir de modo avassalador com o aumento da cidadania, dos espaços de representação e do voto substituindo a vassalagem<sup>66</sup>.

O critério *in dubio pro fisco* é igualmente apresentado como um modo de combate ao comportamento fraudulento por parte do contribuinte (*in fraudem legis agree*), ou seja, em que sem infringe as palavras da lei, contorna o propósito (*qui salvis verbis legis sententiam ejus circumvenit*, Dig. 1.3.29). O critério aparece como uma forma de superação do excessivo formalismo, que prejudica a igualdade na distribuição encargos<sup>67</sup>.

A defesa do critério seria igualmente uma fundamentação em prol dos interesses gerais de todos os indivíduos como um todo e de cada contribuinte mediatemente.

Estes argumentos, contudo, foram igualmente postos em cheque pela doutrina, dado que se assentam em alguns pressupostos questionáveis. Existe um salto lógico entre a afirmação de que o Estado busca o bem-comum, de que a fiscalidade financia os meios para alcançar estes fins e o entendimento de que *sempre* a interpretação *pro fisco* representa uma solução justa. Não existe um axioma que diga que a justiça geral deve ser sempre preferível a

---

<sup>65</sup> Código Justiniano I, IX.

<sup>66</sup> Cf. MARTÍNEZ, Pedro Soares. Manual de Direito Fiscal. Coimbra: Almedina, 1983, p.133.

<sup>67</sup> “L’opinione secondo cui una rigida interpretazione della legge meglio tutela il contribuente ha peraltro condotto, specie in Italia e in Francia, a un eccessivo irrigidimento del formalismo, che a sua volta si è risolto nel considerare legali gli stessi interventi elusivi”, POMPEO, Valeria. La frode alla legge nel diritto interno e l’uniformazione europea della disciplina dei contratti. Tesi di Dottorato. Scuola Dottorale Internazionale di Diritto ed Economia “Tullio Ascarelli”. Dottorato di Ricerca in “Diritto privato per l’Europa” – Diritto Civile, XXII ciclo Università degli Studi Roma.

justiça particular. Pelo contrário, em alguns casos a justiça particular possui maior valoração do que a aplicação da justiça geral.

De outro lado, o sistema é repleto de situações onde o interesse geral somente se sobrepõe ao interesse particular como exceção, onde o sacrifício individual mereça a justa reparação, tal como no caso da desapropriação<sup>68</sup>, na requisição administrativa, na vedação de confisco<sup>69</sup>, na proibição de privilégios para empresas públicas e sociedades de economia mista<sup>70</sup>, na garantia do mínimo patrimonial (bem de família), no princípio preservação da empresa, nas normas protetivas aos usuários de serviços públicos concedidos, permissionados ou delegados<sup>71</sup>.

Entender que existe uma cláusula geral *pro fisco* com base em um princípio pétreo da supremacia do interesse público com eficácia plena e irresistível seria admitir um sistema constitucional que não existe: o Estado Total. Nesse caso toda a sociedade voltar-se-ia para a realização dos interesses gerais, cada interesse particular estaria subordinado aos desejos públicos selecionados pelo corpo administrativo e dirigente. Haveria uma absorção de todos os patrimônios pela esfera pública e cada interesse particular somente seria legitimado se não entrasse em confronto com a vontade geral.

Pelo contrário, não há em nosso sistema nenhuma valoração absoluta da preferência econômica ou social pela intervenção do Estado na economia, de tal modo que inexistente uma absorção da esfera econômica privada pelo estatal, pelo contrário esta esfera acaba sendo preterida em diversos casos pela atuação privada em setores de interesse geral mediante concessão ou delegação (telefonia, energia, transportes, água e saneamento, entre outros) ou pela atuação social complementar (imunidades às entidades sociais e educacionais). Igualmente há vedação constitucional expressa à atuação econômica direta do Estado na economia, ressalvados os casos de relevante interesse coletivo ou segurança nacional<sup>72</sup>.

---

<sup>68</sup> “Art. 5º. XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;”.

<sup>69</sup> “Art. 150 [...]IV - utilizar tributo com efeito de confisco;”.

<sup>70</sup> “Art. 173, § 1º, [...] II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) e § 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado”.

<sup>71</sup> “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários”;

<sup>72</sup> “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

O pior argumento, contudo, é o de natureza realista que afirma que o sistema tem adotado uma interpretação *pro fisco* na maioria dos julgados e, portanto, trata-se da interpretação oficial dos intérpretes da constituição, com vigência real. Tal argumento teria o mesmo sentido que afirmar que o descumprimento sistemático de valores, princípios e regras juridicizou o ilícito, tornando valor o desvalor, lícito o ilícito e substituiu a interpretação jurídica pela interpretação política do poder, que com sua força irresistível sufoca o jurídico. Neste caso não estaríamos mais tratando do “Direito” Tributário e nem de um Estado submetido ao Direito. Assim, não olharíamos mais o dever-ser, nos contentando com o ser das vontades volúveis do poder de sujeitar. Não precisaríamos mais estudar o Direito, mas estudar como titular-se com a outorga para decidir sem reservas.

#### 4.3. *In dubio pro lege*

Outro critério utilizado é *in dubio pro lege* como uma forma de superação do clássico impasse entre a defesa do critério *in dubio pro fisco* e do *in dubio contra fisco*. Este é oriundo da opção pelo brocardo latino “*ut res magis valeat quam pereat*”, que determina que quando uma norma não é suficientemente clara deve ser buscado o sentido que preserve a sua utilidade, de tal modo que é melhor a sua utilização (*valeat*) do que simplesmente ignorá-la (*pereat*). Trata-se de uma norma com sentido valorativo neutro, que não explicita exatamente qual o valor ou finalidades a serem buscadas, devendo ser apreciadas caso a caso na *interpretação útil* da norma. O efeito prático é estabelecer um comando de autorização para o intérprete aplicar no caso concreto a sua axiologia, as suas preferências e ideologias, em um modelo decisionista tão ao gosto do positivismo. Os critérios uniformes são substituídos pela decisão individual do intérprete, como se o sistema não elegeisse previamente quais os valores, e não apenas as normas, que devem ser respeitados.

#### 4.4. *In dubio contra sacrificium*

Em nosso entender o critério que melhor evoca o sentido constitucional é *in dubio contra sacrificium*, no sentido que a exigência de sacrifício particular não pode ser deduzido de preceitos tácitos. Todo sacrifício decorre de uma norma expressa do ordenamento, sob pena de se traduzir em arbítrio, abuso ou confisco.

Este critério evoca o problema da restrição constitucional de direitos fundamentais, visto que a tributação sempre significará uma retirada de patrimônio do contribuinte em prol das tarefas públicas. Para *Jorge Reis Novais*: “no texto constitucional ou na literatura especializada são correntes as referências a ‘restrições’, ‘limites’ ou ‘leis restritivas’ de direitos fundamentais para significar uma idéia comum de afectação ou intervenção estatal no domínio dos direitos fundamen-

tais com algum sentido desvantajoso para os interesses da liberdade”<sup>73</sup>. Tem se entendido que há três limites aos direitos fundamentais<sup>74</sup>: i) os iminentes que excluem certos modos de seu exercício; ii) os que resultam de colisões, ou seja, de limitações recíprocas e os decorrentes de iii) leis restritivas na salvaguarda dos valores constitucionais.

As *limitações iminentes dos direitos fundamentais* são aquelas que excluem certos modos de seu exercício. Esta teoria parte do entendimento de que os direitos fundamentais possuem um conteúdo mínimo, que não pode ser violado, sob pena de ofensa direta ao direito fundamental. Encontraremos na Constituição alemã: “em nenhuma hipótese um direito fundamental poderá ser afetado em sua essência”<sup>75</sup>. Ao assim se admitir pressupõe-se igualmente que os direitos fundamentais não podem uma estrutura e limites e não são absolutos. Assim, o direito fundamental à liberdade à auto-organização dos negócios privados do contribuinte não autoriza que atue em fraude a lei.

Situações diversas decorrem quando as limitações resultam de colisões, ou seja, de *limitações recíprocas e os decorrentes de valores e princípios constitucionais*. O texto constitucional brasileiro apresenta um caráter nitidamente complexo, visto que sendo fruto de um esforço político de base ampla na superação do regime autoritário, contemplou um amplo espectro ideológico na eleição de seus valores fundamentais: individualismo, Estado Social, liberdade, igualdade, entre outros. Estes se apresentam axiologicamente no mesmo plano normativo, fazendo com que os métodos tradicionais de interpretação (hierárquico, cronológico e especialidade) não funcionem adequadamente. Como solução exige-se a ponderação como método complementar na busca da unidade constitucional. Assim, por exemplo, permite-se igualmente o direito fundamental à liberdade à auto-organização dos negócios privados desde que o contribuinte não ofenda outros princípios constitucionais, tais como a livre concorrência. O abuso de direito do contribuinte é vedado se praticar a uma ofensa a outros princípios constitucionais, a serem verificados no caso<sup>76</sup>. Podemos citar como exemplo o caso *American Virginia*, em que o contribuinte se utilizava sistemática e dolosamente da inadimplência como mecanismo anti-concorrencial.

Podemos citar como exemplo de *lei restritiva na salvaguarda dos valores constitucionais*. Vigora de modo geral a eficácia imediata dos direitos fundamentais (aplicabilidade imediata), conforme o art. 5º, § 1º do texto constitucional (“As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação

---

<sup>73</sup> Cf. NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra: Coimbra, p. 155.

<sup>74</sup> Cf. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Intepretação constitucional e direitos fundamentais. São Paulo, Renovar, 2006,.

<sup>75</sup> “Art. 19. (2) In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden”.

<sup>76</sup> Cf. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Intepretação constitucional e direitos fundamentais. São Paulo, Renovar, 2006, p. 289.

*imediate*”). Em determinados casos o texto constitucional expressamente instituiu reservas ou restrições, tais como no caso das imunidades das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, que devem atender os requisitos da lei (art. 150, inc. VI, alínea c da CF/88).

A interpretação *in dubio pro fisco* se caracterizaria em nossa opinião em uma restrição a direito fundamental não expressamente autorizada pelo texto constitucional e não prevista em nenhum dos casos anteriores. Esta renúncia tem sido aceita no direito comparado em relação aos direitos da comunidade, ordem pública e vedação de abuso de direito, contudo a sua admissão deve ser realizada sob severos limites, sob pena de ofender o conteúdo essencial do direito, a prerrogativa de estabelecer restrições concedida ao legislativo e a prevalência *a priori* dos interesses individuais.

Cabe ressaltar a pertinência do texto de Reis Novais: “*daí resulta esse atributo de entricheiramento (Nino) dos bens jusfundamentalmente protegidos contramedidas restritivas que visem o benefício de outros de entidades supra individuais ou do interesse geral. Desde que estas medidas afetem desfavoravelmente o âmbito nuclear da liberdade individual, ou seja, a área de autonomia exigida pelo princípio da dignidade da pessoa humana, o sacrifício imposto, mesmo que o seja a uma só pessoa e mesmo que tenha como contrapartida, numa perspectiva utilitarista, o incremento significativo das utilidades da sociedade no seu conjunto é inadmissível*”<sup>77</sup>

Entendemos, desse modo, que a atribuição de sacrifício aos contribuintes deva ser realizada nos limites expressos do ordenamento e somente em situações excepcionais muito claras.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente texto pretendeu demonstrar a relevância e importância da *interpretação sistemática* no Direito Tributário, bem como da prevalência de um cânone interpretativo fundado na noção de que havendo dúvida não devem ser criados sacrifícios injustificados e desnecessários ao patrimônio do contribuinte (*in dubio contra sacrificium*). Salvo em situações de clara excepcionalidade expressa é que devem se justificar novos encargos ao contribuinte, sob pena de ofensa direta ao núcleo de sua proteção em nome de um genérico direito da sociedade.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6a Edição, 2004, São Paulo: Saraiva.

---

<sup>77</sup> Cf. NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra: Coimbra, p. 604.

- BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 1953.
- BORGES, José Souto Maior. **Obrigação Tributária** (Uma introdução metodológica). São Paulo: Saraiva, 1984.
- BUJANDA, Sainz de F. **Estúdio Preliminar** In GIANNINI, A.D. *Instituciones de Derecho Tributario*. Madri: Editorial de Derecho Financero, 1957.
- CAMPOS, Antônio J. Franco. **Interpretação hermenêutica e exegese do direito tributário**. São Paulo: Bushatsky, 1977.
- \_\_\_\_\_. **Direito Tributário**. São Paulo: J. Bushatsky, 1975.
- CARVALHO, A. A. Contreiras de. **Doutrina e aplicação do Direito Tributário**. São Paulo/Rio de Janeiro: Freitas Bastos.
- CARVALHO, P. B. ; SOUSA, R. G. ; CANTO, G. U. ; JARACH, D. ; ATALIBA, G. . **Interpretação do Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva e EDUC, 1975.
- CARVALHO, Paulo de Barros. Homenagem a Alfredo Augusto Becker. In: CAMPOS, Dejalma de (Org.). **Tributo a Alfredo Augusto Becker**. São Paulo: Academia Brasileira de Direito Tributário, 1995.
- \_\_\_\_\_. Sobre o percurso de construção de sentido: modelo de interpretação do direito tributário. In: TAVARES, André Ramos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). **Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Jurista Celso Bastos**. São Paulo: Saraiva, 2005, v. , p. 09-24.
- \_\_\_\_\_. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 68-69.
- \_\_\_\_\_. **Direito Tributário – Fundamentos Jurídicos da Incidência**. São Paulo: Saraiva, 1998.
- \_\_\_\_\_. **Teoria da norma tributária**. 2ª ed.. SP: Revista dos Tribunais, 1981, p. 18.
- COELHO, Luis Fernando. **Lógica Jurídica e interpretação das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- DERZI, Misabel Abreu Machado. **Construindo o Direito Tributário na Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- \_\_\_\_\_. A melhor interpretação constitucional “versus” a única resposta correta. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.) **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- GIANNINI, A.D. **Instituciones de Derecho Tributario**. Madri: Editorial de Derecho Financero, 1957.

- GUASTINI, Ricardo. **Das fontes às normas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- IHERING, Rudolf von. **Law as a mean to an end**. New Jersey: Lawbook Exchange, 1999.
- JARACH, Dino. **Curso Superior de Derecho Tributário**. Buenos Aires: Liceo Profesional Cima, 1969.
- LOBRANO, Giovanni. **A teoria da república** (fundada sobre a ‘*sociedade*’ e não sobre a pessoa jurídica’) no Corpus Júris Civilis de Justiniano (Digesto 1.2-4). *Revista Seqüência*, n. 59, p. 13-41, dez. 2009.
- MARTÍNEZ, Pedro Soares. **Manual de Direito Fiscal**. Coimbra: Almedina, 1983.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- MELO, José Eduardo Soares de. **Interpretação e integração da norma tributária** *In* Martins, Ives Gandra da Silva. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo Saraiva, 2001.
- MERSÁN, Carlos. **Direito Tributário**. SP: RT, 1988.
- MORSELLI, Emanuele. **Corso di Scienza della Finanza Pubblica**. Padova: CEDAM, 1949.
- NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, p. 155.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Intepretação constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo, Renovar, 2006.
- POMPEO, Valeria. **La frode alla legge nel diritto interno e l’uniformazione europea della disciplina dei contratti**. Tesi di Dottorato. Scuola Dottorale Internazionale di Diritto ed Economia “Tullio Ascarelli”. Dottorato di Ricerca in “Diritto privato per l’Europa” – Diritto Civile, XXII ciclo Università degli Studi Roma.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SARTOR, Giovanni. Teleological arguments and theory-based arguments. **Artificial Intelligence and Law**, n. 10, Netherlands: Kluwer, p. 95-112, 2002, p. 103-104.
- SILVA, Virgílio Afonso da (Org.) **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TÔRRES, Ricardo Lôbo. **Normas de interpretação e integração do Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

VIGO, Rodolfo Luis. **A interpretação jurídica**. São Paulo: RT, 2005.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il diritto mite: legge, diritti, giustizia**. Torino :  
Einaudi, 1992.



# APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NA INFRAÇÃO PENAL DE ALTERAÇÃO DE EDIFICAÇÃO ESPECIALMENTE PROTEGIDA FRENTE AO PARADIGMA DA PROPORCIONALIDADE

*Pedro Arruda Junior\**

## **Resumo**

No panorama contemporâneo, o meio ambiente tem sido objeto de múltipla ação protetora do Estado. No caso do direito ambiental, ramo que busca esta proteção através de leis e princípios pode-se destacar o instituto do tombamento como meio eficaz de defesa do patrimônio de valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental. O direito penal ambiental reserva crime específico em busca da proteção ao tombamento, qual seja a infração de alteração de edificação especialmente protegida, tipificada no artigo 63 da Lei 9605/98. Logo, o instituto do tombamento deve ser analisado conjuntamente nas searas criminal e administrativa. Contudo, a morosidade do judiciário brasileiro, assim como o intenso ônus de ser proprietário de um bem tombado levanta a análise do princípio da insignificância como instrumento de proporcionalidade e concretização da justiça. O direito penal ambiental deve ser utilizado como *ultima ratio* e somente quando houver extenso dano ao patrimônio especialmente protegido.

## **Palavras-chave**

Tombamento. Crime. Insignificância. Proporcionalidade.

## **Abstract**

In the contemporary landscape, the environment has been the subject of multiple protective action of the State. In the case of environmental law, this branch seeking protection through laws and principles can highlight the institute as an effective shield means of overturning the heritage value of landscape, ecological, tourist, artistic, historical, cultural, religious, archaeological, ethnographic or monumental. The criminal law environmental reserve specific crime in search of protection tipping, which is a violation of specially protected building alteration, typified in Article 63 of Law 9605/98. Then, the institute of tipping should be analyzed jointly in cornfields criminal and administrative. However, the slowness of the Brazilian judi-

---

\* Advogado. Especialista em Ciências Penais pela UFJF – Universidade Federal de Juiz de Fora/MG. Extensão em História do Direito pela FDUL – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal). Professor de Direito Ambiental e Coordenador Pedagógico do Curso de Direito do CESA – Centro de Estudos Superiores Aprendiz (Barbacena/MG). Mestrando em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela ESDHC – Escola Superior Dom Helder Câmara (Belo Horizonte/MG).

ary, as well as the heavy burden of owning a well tumbled raises the analysis of the principle of insignificance as an instrument of proportionality, justice and achievement. The environmental criminal law should be used as a last resort and only when there is extensive damage to property specifically protected.

#### **Keywords**

Tipping. Crime. Insignificance. Proportionality.

## 1. INTRODUÇÃO

No cenário nacional moderno, o meio ambiente passou a receber uma especial atenção, com foco na Constituição da República de 1988, primeiro diploma constitucional a mencionar o meio ambiente como objeto a ser plenamente protegido.

Considerando que o meio ambiente é fonte de vida e que na sua ausência não haveria mais existência humana na Terra, vários mecanismos foram criados para sua proteção.

No caso do direito ambiental, ramo que busca esta proteção através de leis e princípios pode-se destacar o instituto do tombamento como meio eficaz de amparo ao patrimônio de valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental.

Por sua vez, o direito penal ambiental reserva crime específico em busca da proteção ao tombamento, qual seja a infração de alteração de edificação especialmente protegida, tipificada no artigo 63 da Lei 9605/98.

Além das sanções penais, imperioso ressaltar várias restrições administrativas na fruição do bem tombado. Logo, o instituto do tombamento deve ser analisado conjuntamente nas searas criminal e administrativa.

No início deste artigo será abordado o instituto do tombamento, suas características, efeitos, competência, indenização, dentre outros aspectos jurídicos do instituto.

Em continuidade, os aspectos analíticos do crime serão analisados, juntamente com as teorias da estrutura da infração penal e a legislação penal ambiental aplicada ao tombamento.

Por fim, a morosidade do judiciário brasileiro, assim como o intenso ônus de ser proprietário de um bem tombado levanta a análise do princípio da insignificância como instrumento de proporcionalidade e concretização da justiça.

Neste cenário híbrido (administrativo, ambiental e penal) busca-se a produção acadêmica dos reflexos penais do tombamento ambiental sob o enfoque do princípio da insignificância.

## 2. TOMBAMENTO: INSTRUMENTO ADMINISTRATIVO EFICAZ DE PROTEÇÃO

### 2.1. Noções Introdutórias

Antes de adentrar na temática específica do tombamento como meio de proteção ao patrimônio cultural frente ao princípio da proporcionalidade, imperioso efetivar um marco histórico-constitucional da tutela dos bens culturais.

A Constituição Brasileira de 1934, em seu artigo 10, inciso III já apresentava um caráter protetivo das belezas naturais e monumentos de valor histórico ou artístico.

Por conseguinte, as demais constituições brasileiras foram moldando preceitos e diretrizes protecionistas até culminar com a Constituição da República de 1988, a qual foi pioneira na defesa do meio ambiente como um todo, devendo ser destacado seu artigo 216:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

Atendendo o comando constitucional, analisar-se-á o instituto do tombamento, destacando-se conceitos, modalidades e características.

Tombamento é o instrumento jurídico de tutela do patrimônio histórico, artístico, cultural, arqueológico, paisagístico e natural. No entendimento de Fernanda Marinela<sup>1</sup>, entende-se por tombamento:

Forma de intervenção na propriedade que restringe a liberdade do proprietário, atingindo com isso o seu caráter absoluto, instituído com o objetivo principal de conservação. Uma vez realizado o tombamento, é como se o Poder Público determinasse o congelamento de um bem, impondo uma série de regras, atencidas as peculiaridades de cada situação. A sua preservação pode ser justificada por diversos aspectos relevantes para a história do país, pelo valor cultural, cuidados com o cenário natural, as paisagens e também por relevâncias artísticas.

---

<sup>1</sup> MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 4ª ed. Niterói: Impetus, 2011. p.806-807.

[...]

Trata-se de uma limitação perpétua ao direito de propriedade em benefício do interesse coletivo. Considerada uma restrição parcial ao direito, limita a liberdade, afetando o seu caráter absoluto, embora o proprietário continue tendo o bem em seu domínio; é forma restritiva e não supressiva de intervenção. Depende de registro em livro próprio, denominado Livro do Tombo.

Verifica-se que a intenção do Estado em intervir na propriedade para proteger o patrimônio acima mencionado se dá pela memória nacional, ou seja, busca-se preservar a história de um país.

Considerando o interesse social em proteger este patrimônio, não pode o proprietário, discricionariamente, usufruir do seu bem, sem, contudo, respeitar os limites protetivos ditados pelo Estado.

O tombamento é uma enérgica resposta estatal a fim de proteger um patrimônio de interesse geral. De outra maneira não ocorre com o meio ambiente, o qual também pode ter seus bens protegidos por este instituto conforme se verá a seguir.

## 2.2. Tombamento ambiental

O tombamento ambiental é um instrumento administrativo pelo qual se busca proteger bens com relevante valor cultural ou natural, nos termos do artigo 1º, §2º do Decreto-Lei 25/37, *in verbis*:

Art. 1º Constitue o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

§ 1º Os bens a que se refere o presente artigo só serão considerados parte integrante do patrimônio histórico o artístico nacional, depois de inscritos separada ou agrupadamente num dos quatro Livros do Tombo, de que trata o art. 4º desta lei.

§ 2º Equiparam-se aos bens a que se refere o presente artigo e são também sujeitos a tombamento os monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana.

Apesar de ser um instrumento plenamente eficaz com a proteção do patrimônio histórico, artístico, cultural, arqueológico, paisagístico e natural, muitos municípios têm se utilizado dele para desenvolvimento urbanístico ilegal.

As limitações administrativas urbanísticas são aquelas intervenções do Estado na propriedade com o escopo de proteção do patrimônio público e urbanístico. Não há um meio ambiente cultural a ser preservado e sim políticas públicas para gestão urbanística.

Este desvio de finalidade latente encontra um motivo simples, o dinheiro público. Nas limitações administrativas urbanísticas, como por exemplo limitação de quantidade de andares de um prédio a ser construído, gera indenização, visto que o proprietário é coibido de utilizar seu patrimônio na integralidade.

Por sua vez, conforme será enfrentado abaixo, o tombamento nem sempre gera indenização. A regra é sua ausência.

Assim, é mais interessante para a máquina estatal “economizar” uma verba proveniente de limitação administrativa utilizando-se do tombamento, o que de fato é completamente ilegal. Precisas são as lições de José dos Santos Carvalho Filho<sup>2</sup>:

Ultimamente, porém, têm sido tombados imóveis urbanos para o fim de impedir sua demolição e evitar novas edificações ou edificações em determinadas áreas urbanas, cuja demanda de serviços públicos e equipamentos urbanos sejam compatível com a oferta do possível no local. Com tal objetivo, certas zonas urbanas têm sido qualificadas como “áreas de proteção ao ambiente cultural”, e nelas se indicam os imóveis sujeitos àquelas limitações. É o que tem ocorrido, por exemplo, no Município do Rio de Janeiro.

Há nesses atos notório desvio de perspectiva. São eles flagrantemente ilegais e nenhuma relação têm com o real motivo do tombamento. O fundamento real deste instituto é a preservação do patrimônio público, mas naquelas áreas não há qualquer ambiente cultural a ser preservado. O que se pretende, com efeito, é instituir limitações administrativas urbanísticas, cujo fundamento inteiramente diverso, consiste na mudança de estratégia de política urbana e na necessidade de alteração de critérios para edificação, tendo em mira a preservação da ordem urbanística, e não da ordem cultural, como parece insinuar. Se a Administração quer alterar critérios de edificação, como gabaritos, natureza e objetivos dos prédios, pode fazê-lo por instrumentos urbanísticos, mas não por meio de tombamento.

---

<sup>2</sup> FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 22 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P. 760.

### 2.3. Competência

Quando se trata de tombamento a *competência material*, ou seja, aquela voltada para restrição/proteção/conservação do patrimônio do particular é comum, considerando a obrigação de todos os entes federativos em proteger o meio ambiente cultural, na forma do artigo 23, inciso III da CR/88.

Assim, se o interesse for nacional, o tombamento será efetivado pela União; caso seja regional, compete aos Estados e Distrito Federal; e, por fim, caso seja de interesse local, a competência será dos Municípios.

Por seu turno, a *competência para legislar* é aquela que determina qual ente da federação tem autonomia para criação de leis acerca do tombamento ambiental. Neste caso, o referido instituto é concorrente, sendo da União a competência para editar normas de caráter geral e aos Estados e Municípios as de caráter específico, nos termos do artigo 24, inciso VII da CR/88. Imperioso ressaltar que os Municípios não detêm este poder de criação de normas, com base no artigo 30, inciso IX da Carta Magna.

### 2.4. Bens sujeitos ao tombamento

O instituto do tombamento pode ser concretizado mediante atuação dos Entes da Federação, podendo recair sobre bens públicos ou bem privados. Importante destacar que um bem cultural especialmente protegido pode ser tombado por mais de um ente federativo.

No caso de *bem público*, o Poder Público poderá tombá-lo *ex officio*, nos termos do artigo 5º do Decreto-Lei 25/37:

Art. 5º O tombamento dos bens pertencentes à União, aos Estados e aos Municípios se fará de ofício, por ordem do diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, mas deverá ser notificado à entidade a quem pertencer, ou sob cuja guarda estiver a coisa tombada, afim de produzir os necessários efeitos.

Por seu turno, o tombamento de *bem privado* poderá ocorrer de forma voluntária ou compulsória. No primeiro caso, o proprietário aceita a inscrição do bem no Livro Tombo, assim como as demais cautelas que deverá seguir; já a compulsória, como o próprio nome já informa, o cidadão não concorda com o tombamento, mas assim o faz em virtude da supremacia do interesse público sobre o particular. Aqui, a citação dos artigos 7º e 8º do Decreto-Lei supracitado são de valor ímpar e merece destaque:

Art. 7º Proceder-se-á ao tombamento voluntário sempre que o proprietário o pedir e a coisa se revestir dos requisitos necessários para constituir parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional, a juízo do Conselho Consultivo do Serviço do

Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ou sempre que o mesmo proprietário anuir, por escrito, à notificação, que se lhe fizer, para a inscrição da coisa em qualquer dos Livros do Tombo.

Art. 8º Proceder-se-á ao tombamento compulsório quando o proprietário se recusar a anuir à inscrição da coisa.

## 2.5. Procedimento administrativo do tombamento

O procedimento administrativo do tombamento inicia-se com a delimitação do bem a ser protegido pelo instituto, devendo o Poder Público realizar um projeto de realização do tombamento, o qual poderá recair sobre um ou mais bens.

No âmbito federal, inicia-se com a proposta de inscrição no IPHAN, individualizando o bem e o motivo pelo qual se busca protegê-lo, com base no artigo 7º do Decreto-Lei 25/37.

Acerca do tombamento voluntário e compulsório, as lições de Sirvinskas<sup>3</sup> são precisas:

O tombamento administrativo voluntário ocorre se o proprietário pedir diretamente ao órgão competente que seu imóvel seja tombado e se a coisa se revestir dos requisitos necessários para constituir parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional ou estadual, a juízo do Conselho Consultivo do IPHAN, ou se o proprietário anuir, por escrito, à notificação apresentada, a que se lhe fizer, para inscrição da coisa em qualquer dos Livros do Tombo.

O tombamento administrativo compulsório ocorre quando o órgão competente notificar o proprietário dentro do prazo de quinze dias, a contar do recebimento da notificação, para anuir ou, se o quiser impugnar, oferecendo razões de sua impugnação. Não havendo impugnação dentro do prazo citado, o Diretor do IPHAN, por simples despacho, determinará a inscrição do bem no Livro do Tombo.

Ao fim, destaca-se que a decisão final no âmbito da União cabe ao Ministro da Cultura e cabe recurso para o Presidente da República nos termos do artigo único do Decreto-Lei 3866/41:

Artigo único. O Presidente da República, atendendo a motivos de interesse público, poderá determinar, de ofício ou em grau de recurso, interposto pôr qualquer legítimo interessado, seja cancelado o tombamento de bens pertencentes à União, aos Es-

---

<sup>3</sup> SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 10ª ed. Saraiva: São Paulo, 2012. P. 646-647.

tados, aos municípios ou a pessoas naturais ou jurídicas de direito privado, feito no Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, de acordo com o decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937.

Édis Milaré<sup>4</sup>, em referência a José Eduardo Ramos Rodrigues, menciona que o referido Decreto-Lei não foi recepcionado pela Constituição da República de 1988, alegando, em apertada síntese, os seguintes argumentos:

A propósito, tem razão José Eduardo Ramos Rodrigues ao sustentar que o referido Dec.-Lei 3866/1941 não teria sido acolhido pela atual ordem constitucional. Assim, seria inconstitucional porque: (i) prevê hipótese de intervenção da União nos Estados e Municípios distinta daquelas previstas no art. 34 e incs. da CF; (ii) colide com o inc. XXXVI do art. 5º da CF, ao permitir o desfazimento de ato jurídico perfeito (ato jurídico de tombamento), ferindo o direito adquirido do proprietário de se manter dono de bem cultural tombado; (iii) o cancelamento do tombamento prejudicaria o direito adquirido da sociedade brasileira à preservação do bem tombado, novamente ferindo o inc. XXXVI do art. 5º da Lei Maior.

## 2.6. Efeitos do tombamento

O tombamento, como ato jurídico perfeito, gera vários efeitos, os quais serão expostos nas linhas abaixo.

A *obrigação de transcrição no registro público competente* pode ser considerada um dos principais efeitos do tombamento definitivo de bens particulares. O próprio órgão ambiental responsável pelo ato administrativo acima mencionado informará a repartição registral necessária. Assim, caso o bem tombado seja de natureza imóvel, o mesmo deverá ser levado ao Cartório de Registro de Imóveis da circunscrição do bem. Por seu turno, se móvel a coisa, o cartório extrajudicial competente é o de Títulos e Documentos. O registro tem escopo de tornar pública a informação do gravame e, em caso de alienação, caberá ao adquirente a devida transcrição.

Por conseguinte, outra característica apresentada no tombamento é a *restrição quanto à alienabilidade*. Há duas vertentes a serem analisadas. Caso o patrimônio seja público a inalienabilidade estará presente, exceto nos casos de transferência entre a União, Estados e Municípios, ou seja, o patrimônio pode ser deslocado da esfera protetiva de um Estado para a União, mesmo sendo tombado. Por outro lado, caso seja particular, há a possibilidade de alienação onerosa, porém, com o direito de preempção da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Não havendo interesse dos entes

---

<sup>4</sup> MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. P. 326.

federativos, poderá ser alienado o bem, destacando-se o dever do adquirente em prosseguir com as normas ditadas pelo tombamento, ou seja, transmite-se a propriedade do bem juntamente com o gravame.

Outro efeito é a *restrição quanto à modificação do bem*, a qual dita que o proprietário não poderá destruir ou demolir o patrimônio tombado e, somase o fato que qualquer alteração de menor potencial como pintura, reparação ou restauração deve ocorrer sempre com a autorização prévia do órgão competente, sob pena de multa.

A *possibilidade de intervenção estatal para fiscalização e vistoria* é outro fator que merece destaque como efeito. Tal atuação denomina-se vigilância e permite que o órgão público competente realize fiscalizações nos bens culturais, podendo adentrar nos imóveis e realizar visitas pré ou pós tombamento para constatar se o bem em análise possui o efetivo valor cultural e, caso positivo, se o mesmo está sendo protegido, conforme Sirvinskas<sup>5</sup>:

*A vigilância*, como mais um instrumento de tutela do meio ambiente cultural, permite que o Poder Público competente realize inspeção e fiscalize os bens culturais em sua plenitude, podendo adentrar nos imóveis e realizar as vistorias antes ou depois do tombamento para constatar se o bem é portador de valor cultural ou se está sendo corretamente preservado. Citamos como exemplos o art. 20 do Decreto-Lei n.º 25/37, o art. 4º do Decreto n.º 99556/90 (dispõe sobre a proteção das cavidades naturais subterrâneas existentes no território nacional) e o art. 23, III, IV, V e VI da CF.

Por fim, a *sujeição da propriedade vizinha a restrições especiais* é o último efeito a ser analisado. Não só o patrimônio tombado tem uma limitação de fruição, a vizinhança também. Isto porque é relevante garantir uma boa visibilidade e circulação de ar no bem tombado. O vizinho sofre muitas limitações que o próprio detentor do bem tombado sofre, podendo se destacar a impossibilidade de construção ou modificação que impeça ou reduza a visibilidade do bem tombado. Além disso, qualquer alteração física deve ser comunicada previamente ao órgão competente, sob pena de multa. No caso do patrimônio vizinho não é hipótese de tombamento e sim de limitação administrativa na propriedade, porém, sem direito à indenização.

## 2.7. Indenização do bem tombado

A questão da indenização levanta vários posicionamentos doutrinários diversos. Podem-se destacar duas correntes que se ressaltam. Inicialmente aqueles doutrinadores que defendem que o tombamento não gera indenização. Dentre eles temos Hely Lopes Meirelles, Maria Sylvia e José Cretella

---

<sup>5</sup> Op. Cit. P. 641

Júnior; Em contrapartida, há os defensores da contraprestação pecuniária, dentre eles: Celso Antônio Bandeira de Melo e Ruy Cirna.

Marinela<sup>6</sup> faz uma análise temperada das correntes, ressaltando que a regra é a não indenização, mas há ressalvas a serem destacadas.

A primeira exceção ocorre quando o tombamento se torna extremamente oneroso para manutenção, como por exemplo, utilização de tintas especiais para conservação externa de um bem. Se o bem é tombado pelo interessa da coletividade, incongruente seria que apenas um obtivesse o ônus e o restante da população somente o bônus.

A segunda ressalva ocorre quando há o esvaziamento do valor econômico do bem, porque a intervenção que era restritiva de direito passa a ser supressiva de direito. Destaque para o REsp 220983/SP de 25/09/2000:

ADMINISTRATIVO. TOMBAMENTO. INDENIZAÇÃO. BEM GRAVADO EM CLÁUSULAS DE INALIENABILIDADE, INCOMUNICABILIDADE, IMPENHORABILIDADE, USUFRUTO E FIDEICOMISSO. 1. O proprietário de imóvel gravado com cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade, impenhorabilidade, usufruto e fideicomisso tem interesse processual para ingressar com ação de desapropriação indireta quando o referido bem é tombado. 2. O pedido só é considerado juridicamente impossível quando contém pretensão proibida por lei, ex: cobrança de dívida de jogo. 3. **O ato administrativo de tombamento de bem imóvel, com o fim de preservar a sua expressão cultural e ambiental, esvaziar-se, economicamente, de modo total, transforma-se, por si só, de simples servidão administrativa em desapropriação, pelo que a indenização deve corresponder ao valor que o imóvel tem no mercado.** Em tal caso, o Poder Público adquire o domínio sobre o bem. Imóvel situado na Av. Paulista, São Paulo. 4. Em sede de ação de desapropriação indireta não cabe solucionar-se sobre a permanência ou não dos efeitos de gravames (inalienabilidade, incomunicabilidade, impenhorabilidade, usufruto e fideicomisso) incidentes sobre o imóvel. As partes devem procurar afastar os efeitos de tais gravames em ação própria. 5. Reconhecido o direito de indenização, há, por força de lei (art. 31, do DL 3.365, de 21.6.41), ficarem sub-rogados no preço quaisquer ônus ou direitos que recaiam sobre o bem expropriado. 6. Em razão de tal dispositivo, ocorrendo o pagamento da indenização, deve o valor ficar depositado, em conta judicial, até solução da lide sobre a extensão dos gravames. 7. Recurso improvido. (Original sem grifos).

---

<sup>6</sup> Op. Cit. P. 814

### 3. ASPECTOS ANALITICOS DO CRIME E A PROTEÇÃO AO BEM TOMBADO

#### 3.1. Noções estruturais-analíticas do crime

Como é cediço, existem várias correntes que buscam classificar o crime.

Inicialmente a corrente quadripartite apresenta um conceito analítico de crime da seguinte forma: fato típico, antijurídico, culpável e punível, tendo como maiores defensores Von Liszt, Gustav Radbruch, Nelson Hungria, dentre outros.

Por seu turno, o entendimento tripartite de crime abarca o fato típico, antijurídico e culpável, sendo expoentes Hans Welzel, César Bitencourt, Rogério Greco, sendo a majoritária. Aqui importante mencionar que o termo mais adequado para a antijuridicidade é ilicitude, considerando que a ação do agente não é contra a norma e sim no mesmo sentido. Por exemplo: o tipo penal descrito no artigo 121 do Código Penal Brasileiro trata “Matar alguém”. Assim, aquele que atuar de acordo com a norma, receberá uma punição prevista no preceito secundário. Então, apesar do agente praticar uma ação prevista na lei, ela será ilícita. Daí o termo mais adequado ser ilicitude ao invés de antijuridicidade.

Por fim, a corrente bipartite menciona a existência apenas do fato típico e Antijurídico, sendo a culpabilidade ligada à pena. Como defensores temos Fernando Capez, Damásio, Mirabete, dentre outros.

Adotar-se-á a corrente majoritária, qual seja a tripartite, para análise da temática. Em regra fato típico é formado por conduta, nexa causal, resultado naturalístico e tipicidade. A análise deste último elemento se faz necessária em virtude da aplicação direta do princípio da insignificância. Em tempos mais remotos a tipicidade penal era entendida como tipicidade formal, ou seja, uma adequação perfeita da conduta humana em um tipo penal previsto em lei. Contudo, com o passar dos anos constatou-se a sua fragilidade conceitual, sendo objeto de estudos condutas mínimas que eram puníveis. Assim, em 1980 uma forte discussão surgiu entorno do instituto da tipicidade conglobante.

A tipicidade conglobante expressa que para haver um crime não basta apenas uma adequação de formas e sim a análise conjunta de outros elementos capazes de sopesar a intensidade da ação do criminoso. Então a tipicidade penal passa a ser entendida como a somatória da tipicidade formal e conglobante, onde esta pode ser entendida como soma da tipicidade material e da conduta antinormativa.

O elemento tipicidade material permite chegar ao princípio da insignificância vez que pondera o desvalor da conduta e o eventual resultado.

### 3.2. O crime de alteração de edificação especialmente protegida

Toda a análise didática e analítica do crime se faz necessária, tendo em vista a aplicação do princípio da bagatela, também conhecido por insignificância.

Em análise sistêmica do instituto do tombamento outrora analisado juntamente com os traços criminais pode-se concluir que o legislador deu grande foco na infração penal de alteração de edificação especialmente protegida com o objetivo protetivo da memória do patrimônio cultural, conforme artigo 63 da Lei 9605/98:

Art. 63. Alterar o aspecto ou estrutura de edificação ou local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida:

Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.

Da análise aparente do dispositivo alguns aspectos merecem atenção em uma cisão meramente acadêmica. Inicialmente o referido diploma legal menciona *alterar o aspecto ou estrutura de edificação ou local especialmente protegido*, ou seja, a expressão é de alta amplitude vez que proíbe qualquer alteração de aspecto que pode ser entendido como pequenas alterações na edificação, por exemplo mudança de formato de portas e janelas, cor, instalação de iluminação artificial, placas, dentre outros. Nesse sentido, o Tribunal Mineiro (1ª Câmara Criminal), na Apelação Criminal 1.0024.01.588467-9/001, proveniente da Vara de Origem de Belo Horizonte/MG, em 23/09/2011:

O réu antes do tombamento havia colocado uma placa de propaganda no imóvel, conforme laudo de fls. 17, entretanto, após o tombamento instalou mais 04 placas, conforme laudo de fls. 148/150.

Assim, não é possível dizer que as placas foram instaladas antes do tombamento, gerando assim atipicidade da conduta.

Sendo assim, apesar de já existirem placas quando do tombamento, após o tombamento e antes do oferecimento da denúncia, foram instaladas novas placas, ou seja, a atividade prevista no tipo penal foi realizada.

Por sua vez, o termo que compete à estrutura impõe uma visão mais drástica de reforma, como por exemplo, redução de andares, inclusão de garagens, dentre outras. Nesta ultima faceta imperioso destacar que proíbe-se a alteração de estrutura.

Por conseguinte, outro elemento do tipo que merece estudo é a forma que o patrimônio está protegido. Para caracterização do crime a alteração deve-se ocorrer quando o bem estiver amparado *por lei, ato administrativo ou decisão judicial*. Percebe-se uma fonte tripla de proteção. A primeira proveniente do legislativo (lei); a segunda do executivo (ato administrativo) e, por fim a judicial (decisão judicial).

Destaque-se que o tipo menciona *edificação ou local*, o que proporciona uma proteção ampla do patrimônio artificial e natural.

O próximo ponto de derivação do tipo penal é a expressão que dita a natureza da proteção, ou seja o objetivo protecionista (*bem de valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental*).

Por fim, o crime menciona que as alterações puníveis são aquelas *sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida*. Aqui imperioso ressaltar que, implicitamente, a reforma do bem tombado com autorização não é punível, conforme mencionado em linhas anteriores.

Analisado todo o preceito primário, insta salientar que o preceito secundário prevê pena de reclusão de um a três anos, assim como multa. Logo, considerando que a pena máxima ultrapassa dois anos, o agente que comete o delito previsto no artigo 63 da Lei 9605/98 não detém direito à benesse da transação penal, a qual está prevista no artigo 76 da Lei 9099/95:

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

Todavia, faz jus ao benefício da suspensão condicional do processo, previsto no artigo 89 da mesma lei:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

Considerando toda a argumentação acima, o crime de alteração de edificação especialmente protegida foi analisado nos seus termos, assim como as benesses legais. Mas, conforme explanado em linhas anteriores, a prática do referido crime deve ser analisada pormenorizadamente para constatar se a conduta do agente é reprovável na medida que merece resposta estatal através de um processo criminal. Nesse espectro, o estudo da norma consuetu-

dinária da insignificância conjuntamente com o referido crime ocorrerá no capítulo seguinte, além de destacar a importância da análise conjunta da proporcionalidade.

#### 4. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA COMO MECANISMO DE CONCRETIZAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE NAS DECISÕES JUDICIAIS

Não há como iniciar a análise do princípio da insignificância sem antes sopesar o caráter de seleção de bens jurídicos a serem tutelados pelo Direito Penal. Como é cediço, apenas aqueles bens mais relevantes para a sociedade devem ser amparados por este ramo tão enérgico do direito. Isto ocorre porque vários ilícitos podem ser resolvidos perante a esfera do direito civil, como por exemplo ações de indenização.

O órgão responsável por ditar as normas que são amparadas pelo direito penal é o próprio legislativo federal, sendo que cabe ao intérprete apenas aplicá-la. O *quantum* da pena não está diretamente ligado à importância que cada bem jurídico têm. Se há uma punição penal entende-se relevante. Contudo, a diferenciação das penas pode ocorrer em virtude da gravidade dos fatos. Assim, todos os bens jurídicos tutelados pelo direito penal são de suma importância, porém, dentre estes os que forem mais agressivos para a sociedade serão reprimidos com uma penalidade maior. Bitencourt<sup>7</sup> ensina:

Deve-se ter presente que a *seleção dos bens jurídicos* tuteláveis pelo Direito Penal e os critérios a serem utilizados nessa seleção constituem *função* do Poder Legislativo, sendo vedada aos intérpretes e aplicadores do direito essa função, privativa daquele Poder institucional. Agir diferentemente constituirá violação dos sagrados *princípios constitucionais* da reserva legal da *independência dos Poderes*. O fato de determinada conduta tipificar uma infração penal de *menor potencial ofensivo* (art. 98, I, da CF) não quer dizer que tal conduta configure, por si só, o *princípio da insignificância*. Os delitos de lesão corporal leve, de ameaça, injúria, por exemplo, já sofreram a *valoração* do legislador, que, atendendo às necessidades sociais e morais históricas dominantes, determinou as conseqüências jurídico-penais de sua violação. Os limites do desvalor da ação, do desvalor do resultado e as sanções correspondentes já foram valorados pelo legislador. As ações que lesarem tais bens, embora menos importantes se comparados a outros bens como a vida e a liberdade sexual, são social e *penalmente relevantes*.

Como marco histórico o princípio da insignificância foi relacionado na década de sessenta por Claus Roxin e revelou que a tipicidade penal exige

---

<sup>7</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Geral 1. 16<sup>ª</sup> ed.** São Paulo: Saraiva, 2011. P.51.

uma ofensa de gravidade alta aos bens jurídicos tutelados e impõe a aplicação de uma real proporcionalidade estabilizada entre a gravidade da ação do agente e a extrema e enérgica resposta estatal. Como se sabe, o judiciário brasileiro é moroso sendo que um processo criminal deflagrado pode gerar anos de represálias e transtornos para o cidadão. Por este motivo a proporcionalidade é medida que se instaura como balança: caso a conduta seja de fraca intensidade, o princípio da insignificância é a medida adequada. Por seu turno, se o agente praticar uma conduta de extensa dimensão, a resposta estatal-criminal é devida.

Com este sistema de contrapesos possibilita que o judiciário trabalhe somente naqueles casos mais relevantes e, conseqüentemente, com maior agilidade, tudo em busca da justiça. Conforme Bitencourt<sup>8</sup>

*Assim, a irrelevância ou insignificância de determinada conduta deve ser aferida não apenas em relação à importância do bem juridicamente atingido, mas especialmente em relação ao grau de sua intensidade, isto é, pela extensão da lesão produzida, como, por exemplo, nas palavras de Roxin, “mau-trato não é qualquer tipo de lesão à integridade corporal, mas somente uma lesão relevante; uma forma delitiva de injúria grave a pretensão social de respeito. Como força deve ser considerada unicamente um obstáculo de certa importância, igualmente também a ameaça deve ser sensível para ultrapassar o umbral da criminalidade”.*

Assim, a necessidade da adoção do princípio da insignificância se dá em virtude de um raciocínio equilibrado, que tem o objetivo de interpretar corretamente os textos legais. Esta interpretação não pode ocorrer de modo literal, sendo que a proporcionalidade deve estar presente para analisar a extensão do dano e a reprovabilidade social da conduta.

Rogério Greco<sup>9</sup> argumenta no sentido de um direito penal do equilíbrio, onde a lei não deve se preocupar com bagatelas:

De acordo com um Direito Penal do Equilíbrio, a resposta a essa indagação só pode ser no sentido de que a lei não pode se ocupar com bagatelas, mas sim com agressões a bens de relevo. No caso em exame, o fato deveria ser considerado atípico, por ausência da chamada tipicidade material.

Considerando que a expressão extensão do dano e reprovabilidade da conduta do agente são termos subjetivos e muito amplos, o próprio Supremo Tribunal Federal estipulou alguns requisitos para se auferir a tipicidade material e, por conseguinte, da aplicação desta norma consuetudinária:

---

<sup>8</sup> Op. Cit.p. 52.

<sup>9</sup> GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: Uma visão minimalista do direito penal.** 5ª ed. Niterói: Impetus, 2010. P. 86.

Para a incidência do princípio da insignificância, devem ser relevados o valor do objeto do crime e os aspectos objetivos do fato, tais como, a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada (HC99207/SP- São Paulo, 1ª T., Relatora Ministra Carmem Lúcia, publicado no Dje 18.12.2009)

Analisando o julgado do Supremo Tribunal Federal, pode-se indicar como requisitos para aplicabilidade do princípio da bagatela: a) valor do objeto do crime; b) mínima ofensividade da conduta do agente; c) ausência de periculosidade social da ação; d) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e) inexpressividade da lesão jurídica causada.

Desta forma, por tudo que até agora foi exposto, pode-se concluir que o princípio da insignificância possui o caráter de excludente de tipicidade.

A argumentação do presente artigo se dá entorno do crime de alteração de edificação especialmente protegida à luz da insignificância, tipificado no artigo 63 da Lei 9605/98. Logo, o julgado do TJMG (1ª CaCrim), apelação criminal n.º 1.0024.01.588467/001 de 23/09/2011, trata diretamente do caso levantado no presente estudo.

Em apertada síntese, o crime ocorreu da seguinte maneira:

O apelante foi condenado pela prática do crime de alterar fachada de imóvel tombado pelo Poder Público, por ter instalado placas publicitárias de seu consultório dentário, na fachada do imóvel em que exerce sua profissão.

Com relação ao crime narrado na denúncia, o apelante pleiteia pela absolvição tendo em vista alegar que as placas foram instaladas anteriormente ao tombamento. Sendo assim, alega a atipicidade da conduta.

Verifica-se então que o réu pede absolvição por atipicidade, vez que instalou placas em seu consultório antes do tombamento. Porém, o Município de Belo Horizonte/MG manifestou-se no seguinte sentido:

Na época em que o referido imóvel foi tombado já existiam placas que obstruíam a fachada sem, contudo, danificá-las [...]. Após 4 anos, ou seja, em 1998 foram observadas placas de maiores dimensões e grande quantidade de objetos junto a fachada dificultando a visibilidade do imóvel [...].(Grifo nosso).

O acusado já tinha instalado uma placa de propaganda em seu imóvel antes do tombamento. Contudo, após alguns anos, o réu instalou mais quatro placas. Então, não há como haver a alegação de uma conduta atípica se o preceito primário do artigo 63 da Lei 9605/98 foi violado.

Assim houve um fato típico (a ação se amoldou no tipo penal), ilícito (contra as normas legais) e culpável. Porém, a insignificância é o princípio a ser analisado.

Conforme critérios ditados pelo STF verificar-se-á que o valor do objeto do crime não houve interferência vez que o bem tombado não sofreu decréscimo econômico, pois as placas podem ser removidas; Por seu turno a conduta foi de mínima ofensividade porque não houve um dano social considerando que o imóvel não foi adulterado substancialmente; Por conseguinte não há presença de periculosidade para a sociedade; Já a reprovabilidade do comportamento é muito pequena e a lesão jurídica causada é praticamente ausente.

Assim, os requisitos ditados pelo STF foram cumpridos para aplicação da insignificância.

A proporcionalidade é medida que merece destaque. Caberia ao judiciário aplicar uma sanção penal a uma pessoa que instala um objeto removível em um imóvel tombado? A resposta é límpida em dizer não. Isto porque o proprietário do bem já sofre várias limitações: obrigação de transcrição no registro público competente, restrição quanto a alienabilidade, restrições quanto à modificação do bem e a possibilidade de intervenção estatal para vistoria. O ônus em manter um bem imóvel já é de grande espessura e proibir que se instale placas indicativas de uma atividade de sustento do réu seria retirar-lhe as condições humanas, ferindo inclusive o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Caso o proprietário do bem tombado não possa usufruir em nada do bem, incidirá inclusive a hipótese de indenização. O gravame é único e o bônus é coletivo? Não há como sustentar esta tese por ferir inclusive os ideais contemporâneos de justiça!

Como é sabido, as esferas são independentes e todos os efeitos administrativos do tombamento não interferem na seara judiciária, contudo, a proporcionalidade é medida que se impõe.

Portanto, a insignificância deve ser aplicada na referida problemática levada ao Tribunal Mineiro. Com a aplicação de tal norma, exclui-se a tipicidade material e, conseqüentemente a tipicidade delitiva, culminando com a absolvição por ausência de tipicidade da ação delitiva. Tal argumento também foi sustentado, de forma acertada, pelo referido tribunal que acolheu parcialmente a apelação criminal para absolver o réu, nos seguintes termos:

Desta forma, estando presentes os elementos para a aplicação do princípio da insignificância, a tipicidade da conduta resta afastada.

Assim, entendo que a absolvição é medida que se impõe, ante à ausência de tipicidade da conduta do réu.

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso de apelação para absolver o apelante do crime previsto artigo 63 da Lei n.º 9.605/98, pela aplicação do princípio da insignificância.

Custas recursais na forma do art. 804 do CP.

Da análise de toda a argumentação acerca do tombamento, princípio da insignificância e proporcionalidade, conclui-se que para haver o crime de alteração de edificação especialmente protegida deve haver um dano potencial ao patrimônio protegido (cultural, natural, paisagísticos, dentre outros). Inclui-se também o argumento de que a seara administrativa está apta para aplicar multas e atos inibitórios de alteração do imóvel tombado, sendo que o processo criminal deve ser aplicado como *ultima ratio* e a morosidade pode acarretar vários danos para o indivíduo. A proporcionalidade deve ser sempre levantada com a insignificância, ou seja, a conduta típica do agente deverá seguir os requisitos ditados pelo STF além de verificar se a sanção criminal é justa ao caso concreto.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista as ponderações e análise do tombamento ambiental, pode-se concluir que o meio ambiente está devidamente amparado por um forte mecanismo administrativo de conservação de bens de valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico e monumental.

Foram traçadas características acerca do tombamento ambiental, sendo salientadas noções gerais, a competência material e legislativa, os efeitos resultantes desta atividade administrativa, o procedimento administrativo do tombamento e, por fim, a análise do cabimento de indenização proveniente desta intervenção.

Posteriormente, foi delimitado o conceito de crime, o qual partiu de uma premissa analítica, sendo destacados as diversas teorias conceituais, quais sejam: bipartite, tripartite e quadripartite. Após, o crime de alteração de edificação especialmente protegida, tipificado no artigo 63 da Lei 9605/98, foi completamente analisado.

Ao fim, surgiu o princípio da insignificância para amenizar as disparidades entre a lei seca e sua aplicação no cotidiano forense, quando então a proporcionalidade surge como meio de contrapeso para concretização da justiça.

E, ao levantar o estudo de tantos institutos concomitantemente pode-se efetuar uma ponderação conclusiva simplista, porém densa, na qual para haver o crime de alteração de edificação especialmente protegida deve haver um dano potencial ao patrimônio protegido (cultural, natural, paisagísticos,

dentre outros). O direito penal ambiental deve ser acionado nos casos de superlativa gravidade, considerando a possibilidade de aplicação de sanções administrativas aos que descumprirem as normas do tombamento, ressalvada a independência dos poderes.

O processo criminal brasileiro, no geral, é moroso e acarreta vários fatos prejudiciais ao cidadão, como a dificuldade em ser contratado para um trabalho, a discriminação, dentre vários outros fatores. Por isso, o operador do direito deve se valer do princípio da insignificância para buscar uma solução racional e justa para o acusado.

O Supremo Tribunal Federal ditou algumas diretrizes para a aplicação de tal norma consuetudinária, com o escopo de retirar a subjetividade dos padrões de aplicação do princípio e indicar o caminho a ser seguido pelo operador do direito em busca dos ideais de justiça.

## REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico Augusto di Trindade. **Direito Ambiental Esquemático**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2011.

BELTRAO, Antônio F.G. **Direito Ambiental**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Geral 1**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/\\_Constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/_Constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 13/09/2012.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei 25 de 30 de novembro de 1937**. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0025.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0025.htm)> Acesso em 16/09/2012.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei n.º 3866 de 29 de novembro de 1941**. Dispõe sobre o tombamento de bens no Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/Del3866.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del3866.htm)> Acesso em 12/09/2012

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 9099 de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm)>. Acesso em 16/09/2012.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 9605 de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm)>. Acesso em 12/09/2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (1ª CaCrim). **Apelação Criminal n.º 1.0024.01.588467/001**. Apelante: Paulo Roberto Naves. Apelado: Ministério Público de Minas Gerais. Relator: Desembargador Reinaldo Portanova. Belo Horizonte, 23/09/2011.

FILHO, Roberval Rocha Ferreira. **STF Principais Julgamentos**. Salvador: Juspodivm,, 2011.

\_\_\_\_\_. **STJ Principais Julgamentos**. Salvador: Juspodivm, 2011.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: Uma visão minimalista do direito penal**. 5ª ed. Niterói: Impetus, 2010.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 19. ed. Malheiros: São Paulo, 2011.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 4ª ed. Niterói: Impetus, 2011.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado**. 2. ed. Cidade: Método, 2009.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 10ª ed. Saraiva: São Paulo, 2012.



# A CONSTRUÇÃO DO DIREITO À COMUNICAÇÃO NA AMÉRICA LATINA NA PRIMEIRA DÉCADA DO SÉCULO XXI

*Renata Ribeiro Rolim\**

## **Resumo**

Na primeira década do século XXI, a temática do direito à comunicação ganhou impulso na América Latina com a adoção de políticas públicas de comunicação e cultura tendentes a desconcentrar o espaço midiático e fomentar novas vozes. O exemplo mais emblemático ocorreu na Argentina, país pioneiro na formulação de novo marco regulatório que adotou as diretrizes do direito à comunicação como princípio organizativo de seu espaço midiático. Este trabalho analisa as alterações promovidas nessa legislação a partir do processo político que lhe deu causa com o objetivo de compreender as perspectivas, limites e desafios para a positivação do direito à comunicação.

## **Palavras-chave**

Democracia. Liberdade de imprensa. Direito à comunicação.

## **Resumen**

En la primera década del siglo XXI, el tema del derecho a la comunicación en América Latina cobró impulso con la adopción de políticas públicas de comunicación y cultura destinadas a descentralizar el espacio mediático y fomentar nuevas voces. El mejor ejemplo ocurrió en Argentina, país pionero en la formulación del nuevo marco regulador que ha adoptado las directrices del derecho a la comunicación como principio organizador de su espacio mediático. Este artículo analiza los cambios introducidos en la legislación desde el proceso político que le dio causa con el objetivo de comprender las perspectivas, desafíos y límites a la positivación del derecho a la comunicación.

## **Palabras clave**

Democracia. Libertad de la prensa. Derecho a la comunicación.

## 1. INTRODUÇÃO

Na primeira década do século XXI, a temática do direito à comunicação ganhou novo impulso na América Latina. Na Venezuela, depois do golpe

---

\* Doutora em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela Universidade Pablo de Olavide, Sevilha/Es; professora da graduação e da pós-graduação em Ciências Jurídicas da UFPB; coordenadora do grupo de pesquisa Marxismo, Direito e Lutas Sociais; colaboradora do Núcleo de Documentação dos Movimentos Sociais (NUDOC) da UFPE.

de 2002, Hugo Chávez vem implementando programas de incentivo às rádios e TVs comunitárias, que acabou se configurando no Sistema Nacional de Meios Alternativos e Comunitários. Desde seu primeiro mandato (2005/2009), Evo Morales, presidente da Bolívia, fomenta rádios comunitárias com isenção do pagamento pelo licenciamento e uso das frequências, doação de equipamentos para organizações de camponeses e povos originários e criação de rede nacional. No Uruguai, em 2007, Tabaré Vázquez conseguiu aprovar no Senado lei que retirou da definição de rádio comunitária a cobertura geográfica restrita.

Em 2005, foi criada a TELESUR, empresa pública multiestatal que conta com o apoio de Argentina, Bolívia, Cuba, Equador, Nicarágua e Venezuela, com o objetivo de contribuir com o processo de integração dos povos latino-americanos. Em 2008, o presidente do Equador, Rafael Correa, realizou auditoria das licenças de rádio e TV com o objetivo de detectar presença de oligopólios, direitos e indiretos, bem como averiguar investimentos de instituições financeiras internacionais nesse setor, práticas pela nova Constituição. Um ano antes, Correa havia implantado o canal ECUADOR TV, a primeira emissora estatal da história do país. Em 2007, Luís Inácio Lula da Silva criou a Empresa Brasileira de Comunicação (EBC), com a finalidade de fortalecer o sistema público de comunicação a partir da gestão dos canais TV Brasil, TV Brasil Internacional, Agência Brasil, Radioagência Nacional e do sistema público de rádio. Na Argentina, em 2007, Kirchner lançou o CANAL ENCUENTRO, emissora que veicula conteúdos pedagógicos e científicos feitos no país, na região e por outros canais públicos europeus.

Exemplos como esses podem ser multiplicados e não se restringem ao apoio aos meios sem fins lucrativos e à reconfiguração do serviço público de radiodifusão; abrangem também conteúdos, como o incentivo à produção cultural independente e estímulo à indústria audiovisual nacional (MORAES, 2009, p. 98/229). As mudanças convergentes nas políticas de comunicação e cultura se explicam por elemento comum que unem essas iniciativas: chegaram aos governos desses países forças políticas que propuseram agenda oposta, de muitas maneiras e em graus diferentes<sup>1</sup>, ao que vinha sendo adotado pelo menos desde meados da década de 1970 no Chile e que, posteriormente, tomou o continente.

É certo que tal oposição fez com que os governos eleitos, a partir da catalisação do descontentamento popular, entrassem em choque com os setores

---

<sup>1</sup> Autores como Michel Löwy (2007) e Boaventura de Sousa Santos (2008) identificam três blocos de governo na América Latina, que se distinguem entre si em razão da estrutura socioeconômica de cada país e das alianças políticas que interferem na prática governamental: o primeiro bloco se articula em torno da Alternativa Bolivariana das Américas (ALBA) e é formado pela Venezuela, Cuba, Bolívia e Nicarágua; o segundo compõe atualmente o MERCOSUR e conta com Brasil, Argentina e Chile e, por fim o que se perfila com a ALCA, hoje representada pela Colômbia.

beneficiados pelas políticas neoliberais que, entrincheirados nos meios de comunicação privados, passaram a invocar a liberdade de imprensa para se contrapor ao direito à comunicação enquanto princípio organizativo do espaço midiático. O caso da Argentina é o mais emblemático: ao ser o primeiro país a definir novo marco regulatório da comunicação que incorporou muitas diretrizes daquele princípio, acabou se definindo como referência para o debate teórico e para os que lutam pela democratização da comunicação na região.

Nesse sentido, este trabalho analisa as principais alterações realizadas na legislação argentina a partir de estudo da organização de seu espaço midiático e da conjuntura política que possibilitou tal aprovação. Sem deixar de considerar as profundas diferenças que existem entre os países latino-americanos no que diz respeito às estruturas socioeconômica e à articulações das forças políticas, tal abordagem pretende compreender os desafios, perspectivas e limites que se colocam para a positivação do direito à comunicação. E, para contextualizar essa discussão, parte dos contornos conceituais desse direito que, pelo menos desde a década de 1960, vêm se desenhando na América Latina e em outras partes do mundo.

## 2. CAMINHOS E ENCRUZILHADAS DA DEFINIÇÃO DO DIREITO À COMUNICAÇÃO

### 2.1. NOMIC: impasse na arena internacional

Na década de 1970, em meio à Guerra Fria, era difícil romper com a visão geopolítica que dividia o globo em duas ideologias inconciliáveis, porém o debate sobre o fluxo transfronteiras de informação conseguiu revelar a presença de um grupo de países – chamados Não Alinhados<sup>2</sup> – que, apesar de heterogêneos, tinham interesses e preocupações não redutíveis aos dos dois grandes blocos em disputa. O desenvolvimento e o controle dos satélites de difusão direta nas mãos dos Estados Unidos fizeram aumentar os temores da influência econômica, política e cultural sobre a antiga União Soviética, que passou a se apoiar no princípio da soberania nacional para tentar barrar esse processo, e sobre os Países Não Alinhados, que, na esteira da “Nova Ordem Econômica Internacional”, se apressaram em se organizar em torno da “Nova Ordem Mundial da Informação e da Comunicação” (NOMIC) (SCHMUCLER, p. 257/265).

---

<sup>2</sup> O Movimento dos Países Não Alinhados (MPNA) é uma associação de países que se originou na Conferência Ásia/África, realizada em Bandung, Indonésia, em 1955. Seus principais temas são as lutas nacionais pela independência e combate à pobreza, além de se oporem ao imperialismo e ao neocolonialismo. Entre os países da América Latina que compõem o MPNA estão Cuba e Colômbia. O Brasil não integra essa associação, mas participa como observador.

À época ficava cada vez mais claro que a *informação*<sup>3</sup> participa decisivamente do processo de produção da riqueza, cuja insuficiência poderia tanto comprometer o desenvolvimento econômico como tornar vulneráveis política e militarmente os países que se descuidassem dos investimentos nas infraestruturas de telecomunicação. De fato, Estados Unidos, Japão e Alemanha, mas sobretudo o primeiro, não só fabricavam os dispositivos técnicos como também os alimentavam e os controlavam amparados no modelo do *free flow of information*, versão informacional da livre circulação de capitais. Além disso, as estratégias de desenvolvimento estimuladas pela lógica de industrialização internacional e incorporadas por parte desses países nos anos 1950 e 1960 revelavam que a noção de *progresso* que a embasavam, asentada no binômio tradicional/moderno, negava a mudança social por meio de processo endógeno e autodependente (MATTELART, 1999, p. 170/175).

Na esteira dessas constatações e críticas, os Países Não Alinhados formularam o modelo da *self realiance* que, por definição, atribui à *informação* papel que transborda a área estritamente econômica, demonstrando a necessidade de mobilizar todos os aspectos da vida social. Diferentemente do *free flow of information*, o campo cultural não é mais considerado setor onde se aplicam técnicas para a conquista e ampliação de mercados, mas terreno de participação política. Por isso, aos meios de comunicação não caberia ser propagadores da *boa nova*, de um padrão de consumo assimilável pelas técnicas de publicidade, mas canais de expressão que favorecem a participação da população nos esforços de mudança social. E, a partir dessas diretrizes, a função do Estado é definida pela adoção e aplicação de políticas públicas de comunicação e de cultura que propiciem tal participação com ações que concretizem desde a universalização da educação e da cultura à repartição democrática das frequências radioelétricas.

Não é difícil localizar as fontes do modelo da *self realiance*. Durante as décadas de 1960 e 1970, em vários países africanos, asiáticos e latino-americanos, vicejavam experiências de comunicação popular, que tinham importante referência teórico-política nas contribuições do pedagogo brasileiro Paulo Freire. Em texto no qual contrapõe explicitamente comunicação e extensão, Freire (1992) insistia na necessidade de resgate do diálogo – relação não autoritária na qual os sujeitos intercambiam os papéis de educador e educando – para verdadeira prática social libertadora. Demais disso, a *self*

---

<sup>3</sup> A construção política da saída da crise estrutural da década de 1970 elegeu a *informação* como pivô. Considerada matéria prima essencial da indústria, deveria também preparar mentes e espíritos para a reestruturação produtiva que possibilitaria a continuidade da acumulação capitalista em escala mais ampliada. Daí que palavras como *cultura*, *educação*, *informação factual*, *conhecimento*, *saber*, *saber-fazer* etc. foram arrastadas para o domínio da *informação*, dificultando muitas vezes a identificação dos temas tratados. Rótulos, como *Sociedade da Informação* e *Sociedade do Conhecimento*, corroboram a diluição dos sentidos daquelas palavras e não contribuem para o avanço das investigações e dos debates.

*realiance* também pôde se apropriar da contribuição das rádios livres europeias que questionavam o centralismo e a ausência de pluralidade engendrados pelo então anacrônico monopólio estatal da radiodifusão.

Assim, apesar de compreender que, tanto no espaço nacional quanto no internacional, os fluxos de informação são de *mão única*, a *self realiance* não se limitou a reivindicar nova repartição da ordem estabelecida, baseada em índices quantitativos de circulação de mensagens. O conceito de *direito à comunicação* que emerge desse modelo se debruça sobre aspectos qualitativos, evidenciando a necessidade da emergência de *novos* protagonistas, cujas demandas, coletivas e individuais, foram historicamente interdidas pelos sistemas de comunicação que se orientam pelas lógicas mercantil e institucional dominantes.

Coube à UNESCO tentar dissipar os choques entre o princípio da soberania nacional, o *free flow of information* e a *self realiance*. No entanto, a Comissão MacBride, na qual foi elaborada o famoso relatório *Un sólo mundo, voces multiples: comunicaci3n e informaci3n en nuestro tiempo* (1988), não só revelou a fratura intransponível entre os Países Não Alinhados e os centrais, como deixou claro que certos países do então chamado Terceiro Mundo, como o Brasil, estavam mais interessados em proteger e garantir posição privilegiada na divisão internacional do trabalho nos mercados militar e cultural<sup>4</sup> que fundar nova ordem internacional. Diante do impasse, e com o relatório apontando a necessidade de democratização do processo comunicacional *intra* e *extra* muros, Estados Unidos e Reino Unido se retiraram da UNESCO sob protestos de desrespeito à liberdade de informação e *politizaç3o* dos debates, enquanto a União Soviética manteve-se fiel ao princípio da soberania nacional como recusa implícita para enfrentar a questão da censura política.

No entanto, a NOMIC foi mesmo gradualmente abandonada à medida que as políticas neoliberais foram ganhando espaço nas agendas políticas dos países e nos organismos internacionais *mais técnicos*, como a União Internacional das Telecomunicações (UIT) e a Organização Mundial do Comércio (OMC), principal organização internacional encarregada de concretizar o modelo do *free flow of information* ao propor e, de certa forma tentar impor aos países periféricos, a desregulação dos meios de comunicação e do mercado de bens culturais.

---

<sup>4</sup> Fazia parte das pretensões dos governos do período da ditadura brasileira (1964/1985) construir computador nacional para fins militares e, futuramente, econômicos. Demais disso, a doutrina da Segurança Nacional não só se adaptou ao regime privado de produção cultural, como também o incentivou: o *padr3o Globo* de novelas e séries televisivas também era difundido por outros meios de comunicação, periféricos e centrais, ajudando a diminuir as chances de expressão verdadeiramente autóctone.

## 2.2. Direito à comunicação e direitos à comunicação

Os resultados na adoção do modelo do *free flow of information* foram devastadores. No começo dos anos 1980, cinquenta corporações globais dominavam quase todos os meios de comunicação, mas hoje esse número foi reduzido para menos de oito que, não por causalidade, representam os principais blocos de poder no mundo<sup>5</sup>. Esse processo se iniciou com a desregulação do setor nos Estados Unidos e se expandiu via OMC, consolidando estratégia de concentração e expansão global dos grupos de mídia que, depois de sucessivas modificações nas legislações, desestatizou as telecomunicações, liberou a propriedade dos meios audiovisuais e habilitou investimento estrangeiro nessas indústrias na maioria dos países e regiões.

Nenhuma das *global players* de primeiro escalão, como News Corporation, Viacom, Sony, Time Warner, Bertelsmann e Disney, são de origem latino-americana. No entanto, a integração horizontal e vertical dos meios dentro das fronteiras nacionais gerou conglomerados regionais que trataram de estender continuamente sua presença territorial mediante relações estreitas com governos e vínculos com empresas transnacionais e grupos financeiros. Televisa do México, Globo do Brasil, Clarín da Argentina e Cisneros da Venezuela, por exemplo, não se opõem à expansão do mercado de mídia global, mas estão coordenados por intrincados acordos societários para minimizar os efeitos da concorrência que, de fato, está cada vez mais reduzida (MCCHESENEY, 2003).

A integração entre indústrias de conteúdo e de distribuição em uma economia de escala permite diminuir os custos e, assim, ultrapassar os concorrentes na programação e nos novos suportes tecnológicos de distribuição que se pretenda adquirir. Assim as empresas globais e regionais controlam boa parte da mídia do mundo desde a edição de livros, revistas e jornais; gravação de música e produção de TV; emissão de TV; canais a cabo e sistemas de televisão por satélite à produção de filmes e distribuição nas salas de cinema. Contudo, não obstante essa articulação, a maioria dos dividendos não fica na região: Estados Unidos concentra 55% dos lucros mundiais gerados pelos bens culturais e comunicacionais; União Europeia, 25%; Japão e Ásia, 15% e América Latina, apenas 5% (CANCLINI, 2004, p. 45).

A ferocidade com que as empresas transnacionais, apoiadas por seus países de origem, se lançam no mercado cultural é explicada pelas cifras envolvidas. Em 2003, esse mercado respondeu por cerca de 7% do produto interno bruto (PIB) mundial, com movimentação financeira de 1,3 trilhão de dólares (PORTA, 2008). Esse montante equipara-se às participações das indústrias bélica e petrolífera, no entanto as atividades de criação, produção,

---

<sup>5</sup> O caso mais paradigmático foi a fusão da AOL-Time Warner em 2001, negócio vinte vezes superior às maiores fusões da década de 1980.

circulação, difusão e consumo de bens culturais representam o setor mais dinâmico da economia mundial, crescendo em média, entre as décadas de 1990 e 2000, o dobro da economia geral (UNCTAD, 2004, p. 5). Daí a importância econômica desse setor, cujas estimativas de crescimento não foram abaladas pela crise financeira e recessão mundial, para países como Inglaterra e Estados Unidos. De fato, neste o mercado cultural responde por 6% do PIB e emprega 4% da força de trabalho, enquanto naquele representa 8,2% do PIB e ocupa 6,4% dos trabalhadores no país (PORTA, 2008).

O crescimento e expansão mundial do mercado cultural, além das disputas que ensejam, deram-se às custas do fechamento de espaços para produções simbólicas cuja lógica interna não se adequa ao retorno comercial mais imediato, o que acabou por imprimir novos desafios para os sujeitos que, a partir de suas práticas e lutas cotidianas, procuram influir na atualização do direito à comunicação como princípio de organização do espaço midiático.

As experiências de comunicação popular das décadas de 1960 e 1970 na América Latina colocavam como horizonte, e possibilidade, a concretização do direito à comunicação a partir da criação de dispositivos de comunicação *alternativos*, considerados como tais aqueles em que, em grandes linhas, a propriedade e o controle são coletivos, orientam-se pelo princípio da ampla participação na escolha dos temas e elaboração da programação e emitem discurso antiautoritário. É certo que tais diretrizes deveriam ser ajustadas conforme as características do veículo – imprensa, rádio, vídeo, super 8, teatro etc. – mas o *conteúdo* das mensagens era considerado o elemento comum dessas práticas (GRINBERG, 1987, p. 25/30). Não é o caso aqui de proceder ao balanço dessas *alternativas*, basta pontuar que seu objetivo primordial consistia em criar *enclaves* democráticos, lugares de certa forma *puros*, fora da história e ausentes de contradições, desprezando, assim, as relações de força e a orientação hegemônica que imprimem as práticas e as formas de organização adotadas pelos veículos *massivos*<sup>6</sup>.

Dada a dimensão que as estratégias oligopólicas e descentralizadas da empresa-rede adquiriram no contexto atual, tal perspectiva foi amplamente descartada. Para os múltiplos sujeitos que lutam pela democratização da comunicação não se trata de focalizar determinado segmento do sistema, mas reformular o conjunto do espaço midiático – sistemas privado, público e comunitário/alternativo – com a perspectiva de garantir a diversidade *qualitativa* de vozes. Em outras palavras, reivindica-se espaço para as rádios comunitárias, que em muitos países estão criminalizadas; controle do setor privado, que faz uso socialmente indevido do bem comum que é o espectro radioe-

---

<sup>6</sup> Em outro texto (ROLIM, 2011), tive oportunidade de discorrer sobre o *alternativo* em comunicação e as possibilidades de incorporação de suas demandas pelo direito positivo.

létrico, e reformulação e/ou criação do serviço público de radiodifusão, que muitas vezes é instrumentalizado pelos governos da ocasião.

Em 2001, a Plataforma pelos Direitos da Comunicação, grupo que aglutina organizações não governamentais (ONG) internacionais com atividades em meios de comunicação e que tem entre suas principais impulsoras a Associação Mundial para a Comunicação Cristã (WACC, em inglês), lançou a Campanha pelos Direitos da Comunicação na Sociedade da Informação (CRIS, sigla em inglês). Essa campanha mundial direcionou-se para influir na Cúpula da Sociedade da Informação (CSI)<sup>7</sup>, mas também colocou-se a tarefa de transbordar seus limites a partir da divulgação da temática do direito à comunicação e dos parâmetros para sua realização. Nesse sentido, CRIS lançou em 2005 o *Manual para avaliação dos direitos à comunicação*, buscando traduzir para a linguagem dos direitos humanos experiências realizadas em países como Filipinas, Colômbia, Quênia e Brasil (2005, p. 9/10).

Com a perspectiva de romper com a tradicional divisão dos direitos humanos em, por um lado, direitos civis e políticos e, por outro, direitos econômicos, sociais e culturais, o *Manual* se refere aos *direitos à comunicação*, no plural, articulando-os de forma interdependente em quatro pilares: esfera pública, conhecimento, direitos civis e direitos culturais. No pilar da esfera pública estão incluídos liberdade de expressão e diversidade e pluralidade de meios e conteúdos; no conhecimento, disponibilidade de conhecimento relevante e regime equilibrado de intercâmbio com medidas e práticas de apoio; no direito civil, direito à honra e privacidade e, por fim, no direitos culturais, a possibilidade de se comunicar na língua materna e estímulo ao intercâmbio e à identidade cultural. O *Manual* ainda ressalta o direito de participar ativamente, em nível nacional e internacional, da formulação e implementação das políticas públicas de comunicação, conhecimento e cultura como direito transversal a todos os pilares, diferenciando os direitos à comunicação do mero acesso à informação e à comunicação (CRIS, 2005, p. 45/50).

Desde 2006, o direito à comunicação ganhou espaço privilegiado no Fórum Social Mundial, no entanto as ONGs não tiveram força suficiente para inserir o termo como parâmetro da discussão na CSI, muito em razão da recordação do debate ocorrido na NOMIC e na UNESCO, que também deixou de adotá-lo. Ainda assim, a partir das diretrizes colocadas pelo *Manual* da CRIS, é possível vislumbrar os desafios que se colocam para a democratização do espaço midiático latino-americano. Historicamente, esse espaço configurou-se mediante processos de concentração econômica que resultaram na criação de um reduzido número de grupos de mídia nacionais detentores de posições de mercado privilegiadas quanto à produção e distribuição de in-

---

<sup>7</sup> A Cúpula da Sociedade da Informação foi evento internacional organizado pela UIT com o objetivo de discutir as tecnologias de informação e comunicação. Houve duas etapas: a primeira em 2003 em Genebra e a segunda em 2005 na Tunísia.

formações e conteúdos culturais. Em geral, governos autoritários, a despeito de exercerem controle político sobre os conteúdos, respaldaram a lógica do capital no desenvolvimento do rádio e da televisão criando infraestrutura adequada à sua expansão, em detrimento de investimentos no setor do serviço público e reprimindo o acesso das organizações de trabalhadores e de movimentos populares. A redemocratização do continente, sobretudo a partir da década de 1980, bem como a convergência tecnológica dos últimos anos não alteraram esse panorama; ao contrário, a adoção de políticas neoliberais no campo da comunicação social intensificou as economias de escala, a concentração horizontal e vertical e a maior integração e dependência do setor no sistema global comercial.

### 3. ESPAÇO MIDIÁTICO E CONJUNTURA POLÍTICA NA ARGENTINA

#### 3.1. Pouco regulado e fortemente controlado

Em busca por reverter o processo inflacionário, a dívida externa e o déficit fiscal que perdurava desde os anos 1980, a Argentina talvez tenha sido o país latino-americano que adotou a versão mais rígida das políticas neoliberais dirigidas à abertura da economia aos grupos transnacionais, à valorização da renda financeira, à privatização do patrimônio estatal e à remoção de direitos trabalhistas e sociais. O Plano de Convertibilidade estabeleceu a paridade um a um do dólar com o peso e o processo de privatização, cujo ápice se deu entre os anos de 1990 e 1994 e que resultou em vantagens financeiras duvidosas para o setor público, transferiu para grupos econômicos locais, bancos estrangeiros e nacionais e certas empresas transnacionais setores estratégicos da economia, como telefonia, aeroportos, eletricidade, petróleo, gás, siderurgia entre outros.

Da mesma forma, é possível que tenha sido o país da região onde, em termos relativos, mais avançaram os processos de concentração econômica e desnacionalização do espaço midiático. Tais processos são perceptíveis na trajetória recente dos dois maiores grupos de mídia do país, ADMIRA e Clarín, que na televisão aberta são responsáveis pela retransmissão de 81% dos conteúdos e programas, todos de origem estadunidense, para cerca de 60% da população nacional (ARGENTINA, 2009).

O grupo ADMIRA, controlado pela empresa espanhola Telefónica, foi constituído pela aquisição da maior parte das ações do grupo financeiro Citicorp Equity Investments (CEI)<sup>8</sup>, que na década de 1990 possuía vários canais de TV a cabo e de televisão aberta, além de emissoras de rádio e da casa edi-

---

<sup>8</sup> Boa parte dos veículos de comunicação não absorvidos pela Telefónica acabaram formando parte do Grupo Hicks, Muse, Tate & Furst Incorporated (HMT&F), de capital estadunidense (GINIGER, 2007, p. 3).

torial Atlántida (GINIGER, 2007, p. 3). Clarín, por sua vez, iniciou atividades no campo da comunicação social com a criação de jornal em 1945 e desde 1960 é sócio da Papel Prensa<sup>9</sup>, empresa que produz e distribui papel e que atualmente controla mais de 90% do mercado. Ingressou no setor de radiodifusão na década de 1980 e em 2000, quando já estava estruturado como grupo multimídia, vendeu 18% de seu capital ao grupo financeiro estadunidense Goldman Sachs<sup>10</sup>. Esse foi o início de uma série de operações que diversificou os negócios e inversões do grupo, transbordando as fronteiras do setor estritamente comunicacional mediante fusões com empresas transnacionais, entre elas montadoras de carros e empresas que exploram gás e petróleo no país (MASTRINI; BECERRA, 2007, p. 13).

Essas posições privilegiadas no mercado midiático foram conquistadas ora em desrespeito à lei ora mediante uso político do vácuo legislativo sobre a disciplina das novas tecnologias de informação e comunicação. Ainda sob o regime autoritário, a Lei n. 22.285, inspirada na doutrina da segurança nacional, estabelecia repartição equitativa de emissoras de rádio e TV entre as três Forças Armadas; proibia expressamente a presença de cooperativas ou organizações sociais sem fins lucrativos e impunha severos limites ao ingresso de capital estrangeiro nas empresas do setor. Apenas em 1999, com o Decreto n. 1005 do governo Carlos Menem, foram regularizados as inversões desse capital, bem como a ampliação da acumulação do número de licenças em radiodifusão e a permissão da atuação de cadeias, o que acabou também por legalizar a transmissão permanente de uma mesma programação para todo o país.

Estudiosos do mercado de mídia na América Latina alinham-se na conclusão de que os processos monopólicos se beneficiaram historicamente de legislações permissivas adotadas para ajustar situações de fato definidas antecipadamente pelas estratégias de mercado dos grandes grupos de mídia (MASTRINI; BECERRA, 2007, p. 2). Na Argentina, porém, desde a redemocratização em 1983 não foram poucas as tentativas que buscaram alargar as margens da diversidade no espaço midiático. No Congresso da Nação tramitaram vários projetos de lei de iniciativa pessoal ou de grupos, mas a sorte de cada um deles foi definida por relações obscuras e alianças não explicitadas entre Executivo, parlamentares e conglomerados de telefonia e mídia. Da mesma forma, com a tecnologia cada vez mais acessível, inúmeros indivíduos, grupos, movimentos sociais e populares, das mais diversas orientações

---

<sup>9</sup> A história da criação do grupo Clarín é cercada por polêmicas. Atribui-se à compra da Papel Prensa, por exemplo, à ingerência de governos da ditadura militar, após sequestro e julgamento da família Graiver que detinha 75% do capital da empresa.

<sup>10</sup> É interessante observar que o Goldman Sachs é o grupo financeiro que está por trás da falsificação da dívida externa grega que deflagrou o processo de desestabilização monetária na Europa, como recentemente revelou o EUROSTAT, instituto europeu que controla os dados financeiros de Estados membros da União Europeia.

e projetos políticos, passaram a transmitir sem autorização por emissoras que não tinham fins lucrativos – as chamadas rádios *truchas* (SEL, 2010, p. 193).

Contando com legislação benevolente e governos generosos, os interesses dos grupos de mídia estavam amplamente satisfeitos, porém no final da primeira década do século XXI essa situação se modificou. Como foi possível a aprovação de lei com clara orientação antimonopólica e que abre espaço para vozes contrárias ao neoliberalismo?

### 3.2. Contexto político: clivagens e acomodações

Essa não é uma questão fácil de ser respondida nem seria este o lugar adequado para se debruçar sobre os múltiplos fatores e contradições – muito menos o peso de cada um deles – que atuaram para essa solução. No entanto, é possível explicitar os contornos gerais da conjuntura política desse momento a partir da compreensão da ampliação do espaço de disputa pela hegemonia que foi possível graças, dentre outros, à crise econômica, à crise da política da classe dominante e à pressão, a partir de certo grau de organização e unidade política, de sindicatos, movimentos sociais, grupos culturais e diversos atores ligados direta ou indiretamente às lutas pela democratização da comunicação social. E para isso é preciso voltar à 2001.

No início da década, o fracasso das políticas neoliberais era evidente. O país havia mergulhado em profunda crise econômica que se expressou na desestruturação do mercado de trabalho e na deterioração nos padrões de distribuição renda, com mais da metade da população abaixo da linha da pobreza (CEPAL, 2006). A proximidade dos parâmetros estruturais do subdesenvolvimento latino-americano, sem precedentes em sua história, propiciou intensa crise política que culminou com a renúncia do governo de Fernando De la Rúa (1999/2001), seguida por sucessão de governos provisórios – quatro presidentes em pouco mais de uma semana –, em um contexto de saques e protestos. *¡Que se vayan todos!* Essa era a frase da *insurreição espontânea* da população, do rechaço generalizado, mas politicamente inoperante, atirada aos governantes.

Somente em 2003 começou a se definir as forças que seriam capazes de recompor, ainda que com fragilidade, a institucionalidade política. Néstor Kirchner assumiu a presidência da república com discurso que articulava recuperação da soberania e das funções do Estado ao desenvolvimento com distribuição de renda. Isso o aproximava do perfil progressista construído na época de sua militância juvenil no peronismo de esquerda, mas sua prática política não se opôs ao neoliberalismo nem rompeu com os agentes que lucraram com o governo Menem, entre eles oligopólios estrangeiros que exploraram setores estratégicos da economia e a oligarquia financeira e rentista. Kirchner manteve-se fiel ao perfil político dos mais de dez anos que ocupou o

governo de Santa Cruz, província petroleira do sul do país. É essa a avaliação de Atilio Borón (2007, p.11/17), cientista político argentino que acompanha de perto o cenário político de seu país e da América Latina, e que é compartilhada por outros cientistas políticos e sociólogos, ainda que com diferenças de enfoque (SANTOS, 2008 e LÖWY, 2007).

A retomada da direção política e a recuperação econômica da Argentina permitiram, de fato, certos avanços, como a diminuição da pobreza e do desemprego e a ampliação do sistema de proteção social e previdenciária, mas não foram suficientes para modificar de forma significativa os níveis de desigualdade social nem transformar as instituições sociais e políticas. No setor da indústria cultural, o compromisso do governo Kirchner com a estrutura herdada se evidenciou em pelo menos três medidas (MARINO, 2009, p. 58). A Lei n. 25.750, sancionada em julho de 2003, excluiu as empresas que exploram o espectro radioelétrico do mecanismo previsto na lei de falência que possibilita a apropriação da empresa devedora até o montante da dívida; essa lei também incluiu controvertido artigo que, a partir das demandas do Grupo Clarín, limitou em 30% o capital estrangeiro nas empresas de comunicação e o Decreto n. 52712, de dezembro de 2004, suspendeu o prazo de contagem da renovação das licenças, o que se deu após os canais 11 e 13 da televisão aberta (Telefónica e Clarín, respectivamente) terem suas licenças renovadas por mais dez anos.

Ainda assim, nessa conjuntura desenvolveu-se renovação parcial de algumas instituições, como a Corte Suprema e as Forças Armadas, adoção de política internacional que fortaleceu autonomia regional, além de avanço sobre algumas questões pendentes da agenda democrática, como a promoção de processos de crimes ocorridos na ditadura militar.

Uma das expressões dessa renovação institucional e do avanço da agenda democrática ocorreu em 2003 quando a Corte Suprema, com base no art. 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, declarou a inconstitucionalidade do art. 45, da Lei n. 22.285, que proibia as cooperativas sem fins lucrativos de serem concessionárias de radiodifusão. Em agosto de 2005, tal decisão consolidou-se com a alteração desse dispositivo legal graças, em parte, à pressão do campo popular e de seus aliados, que um ano antes haviam se reunido em torno da Coalizão por uma Radiodifusão Democrática (CRD), organização que congrega mais de 300 organizações sociais, entre elas sindicatos, federações e associações empresariais, cooperativas, universidades, organismos de direitos humanos, meios comunitários e comerciais e povos originários (SEL, 2010, p. 197/198).

A partir de grande esforço de mobilização nacional, a CDR elaborou os “21 Pontos Básicos para o Direito à Comunicação”<sup>11</sup>, que previa o controle dos oligopólios, a reformulação do sistema público de radiodifusão e a inclusão de setor não comercial no espaço midiático. Em 2008, essa proposta recebeu forte impulso com o novo governo de Cristina Fernández que, em conjunto com a CDR, realizou por todo país fóruns participativos de consultas públicas, além de inúmeras assembleias e atos públicos destinados a divulgar e discutir aqueles 21 pontos, posteriormente incorporados em larga medida ao projeto de lei que foi enviado ao Congresso da Nação pelo Poder Executivo em agosto de 2009.

A decisão de Cristina Fernández de apoiar essa iniciativa democrática deu-se em novo contexto de crise na política da classe dominante que, em não encontrando solução nos canais institucionais convencionais, acabou resvalando em conflito através dos meios de comunicação, sobretudo a imprensa escrita que se desvencilhou dos últimos pudores de imparcialidade.

Antônio Gramsci (2010, p. 218), ao analisar a imprensa italiana do início do século XX, referiu-se aos jornais como partidos políticos, órgãos que aliavam a função de informação à de direção política geral na falta de partidos organizados e centralizados. Fenômeno semelhante foi detectado em países da América Latina que elegeram *governos progressistas* e adotaram medidas que não eram consenso entre os setores da classe dominante (FONTES, 2008 e MORAES, 2009). Até mesmo Barak Obama, presidente dos Estados Unidos, decidiu tratar publicamente o conglomerado de comunicação FOX como extensão do partido Republicano, em razão da oposição às diversas reformas propostas no início de seu mandato.

Na Argentina, após o governo anunciar, em março de 2008, a elevação da retenção compulsória dos impostos de exportação de diversos produtos agrícolas, contrariando interesses de distintos estratos da propriedade rural e de setores urbanos das classes dominantes, a reação de certos jornais, especialmente os do Grupo Clarín, foi de confronto aberto. O *conflito do campo*, como foram chamados os três meses de protestos, bloqueios de estradas e boicotes à comercialização de certas exportações, selou o rompimento do acordo de respeito mútuo que durava desde o primeiro mandato de Kirchner em 2003, segundo o *Diario sobre Diarios* (2011), portal dedicado a observar os nove principais jornais portenhos. A cobertura midiática desse conflito chegou a receber críticas do Conselho Diretivo da Faculdade de Ciências Sociais da Universidade de Buenos Aires que, em resolução, convidou as organizações de jornalistas a chamar a atenção de seus filiados para as *faltas éticas graves* cometidas. Paralelamente, o governo partiu para o contra-ataque com o Clarín: anunciou veto à fusão de Cablevisión e Multicanal, revisou contra-

---

<sup>11</sup> Essa proposta se chamou “Iniciativa Cidadã por uma Radiodifusão Democrática: 21 Pontos Básicos para o Direito à Comunicação”, que está disponível no sítio [www.coalicion.org.ar](http://www.coalicion.org.ar).

tos de exclusividade para a transmissão de jogos de futebol e pressionou para mudança de controle acionário do Papel Prensa.

Se essas medidas serviram para os oligopólios midiáticos e para a Sociedade Interamericana de Imprensa (SIP), associação que congrega os principais grupos de mídia do continente, acusar Fernández de atentar contra a liberdade de expressão e de imprensa, para o campo popular e seus aliados foi o sinal de alerta para, na falta de força política autônoma capaz de disputar a direção do país, reforçar ações de demonstração de apoio à continuidade do governo. Assim, após descenso entre os anos de 2003 a 2007, voltaram à cena os atos públicos, passeatas e protestos, que foram também cruciais para aprovação da *Ley de Medios* tanto na Câmara dos Deputados como no Senado da Nação.

Essa foi a segunda vez na história do país que a principal instituição da democracia representativa sancionou lei sobre a organização do espaço midiático; a primeira foi aprovada pelo Congresso da Nação em 1953 e desde que a ditadura militar foi instaurada, em 1973, o setor foi regulado por atos do Poder Executivo.

#### 4. LEI DE MEIOS: “FALEMOS TODOS”<sup>12</sup>

##### 4.1. Complementariedade e disposições antimonopólicas

A amplitude do debate entre os mais variados setores da sociedade argentina acerca de nova regulamentação para os meios audiovisuais reflete-se no alcance normativo da Lei n. 26.522/2009. Sem romper com o mercado como principal eixo de direção e organização da comunicação social, essa lei disciplina o espaço midiático através de mecanismos de promoção, desconcentração e fomento da concorrência com o objetivo de democratizar e universalizar o uso e a fruição da palavra pública e dos produtos audiovisuais. Daí porque sua abrangência vai além da regulação do uso desta ou daquela tecnologia, mas adota o critério da influência<sup>13</sup> que os órgãos de produção e distribuição exercem sobre a audiência nas fronteiras do Estado Nacional.

A *Ley de Medios* é, sem sombra de dúvida, contribuição original da sociedade argentina para a democratização da comunicação social, mas ao mesmo tempo teve o cuidado de se amparar nas tendências legais e juris-

---

<sup>12</sup> *iHablemos todos* foi o mote da campanha realizada pelo governo para divulgar as audiências públicas e seminários onde se discutiam os parâmetros do novo marco regulatório.

<sup>13</sup> A nota ao art. 1º da Lei n. 26.522/2009, que trata do seu objeto, esclarece que tal critério se baseou na diretiva da Comissão Europeia para a televisão sem fronteiras (TVSF) de dezembro de 2007, para quem a regulação da TV deve depender apenas da influência que se exerce sobre a opinião pública e não da tecnologia de transmissão. A mesma orientação é repetida na nota 33 ao art. 3º, dessa vez embasado na Resolução do Parlamento Europeu 2003/2237 (INI).

prudenciais observadas em outros países e regiões, notadamente Estados Unidos e União Europeia, assim como em organismos internacionais<sup>14</sup>. E, como convém a uma regulação dessa natureza, trata de maneira detalhada – em seus 166 artigos, subdivididos em incisos, alíneas e parágrafos – das mais diversas questões que influem na configuração do espaço midiático. Não é objeto do presente estudo abordar, diretamente, os aspectos técnico-jurídicos dessa lei, mas discutir as soluções normativas encontradas para tentar compatibilizar democratização do espaço midiático com os mecanismos de produção e distribuição de informação e bens simbólicos no bojo do modo de produção capitalista, tal como se configura atualmente na Argentina.

Nesse sentido, as características técnicas da transmissão de conteúdos por meios audiovisuais, diferentemente da imprensa escrita e da internet, propiciam maior protagonismo ao Estado e exigem, por isso, regras claras que concretizem os princípios de sua atuação bem como as condições para os que pretendem ser concessionários desse serviço público. Daí que, na *Ley de Medios*, a consideração da comunicação audiovisual como atividade de interesse público fundamental para o desenvolvimento sociocultural ganha contornos precisos com a delimitação do papel do Estado na organização e fomento dessa atividade, assim como na definição dos indivíduos e grupos aptos a explorá-la.

Enfatizando o papel do Estado como garantidor da liberdade de expressão, do pluralismo informativo, da participação e do acesso universal, a lei inovou ao erigir tratamento equitativo entre os meios de gestão estatal e de gestão privada sem e com fins lucrativos (arts. 2º e 21)<sup>15</sup>, dando-lhes regras específicas conforme as características de cada regime e a capacidade de influência. Assim, pretendeu-se que o espaço para a diversidade de vozes fosse assegurado, de um lado, pelo incentivo à criação de veículos por organismos da *sociedade civil*<sup>16</sup> e pela reformulação do serviço de radiodifusão público e, de outro, pela inibição da concentração empresarial dos meios de comunicação.

---

<sup>14</sup> A Lei n. 26.522 traz, por meio de notas à maioria dos artigos, referências expressas à contribuição dos vários setores da sociedade argentina, assim como à legislação comparada, sobretudo dos Estados Unidos e da União Europeia, tratados internacionais de que o Estado é parte, declarações internacionais e decisões de várias cortes internacionais, como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

<sup>15</sup> A complementariedade entre os sistemas público, privado e estatal de radiodifusão é respaldada por vários documentos internacionais, como a Declaração Conjunta sobre a Diversidade na Radiodifusão, firmada em 2007, pelos relatores da Liberdade de Expressão da ONU, OEA, OSCE e CADPH.

<sup>16</sup> A expressão *sociedade civil* é geralmente utilizada como conjunto de instituições que se diferenciam do mercado e do Estado. Do ponto de vista teórico-político, essa posição guarda relação com as correntes liberais e marcam seu distanciamento com a tradição materialista dialética. Neste trabalho, o termo é empregado em sua forma usual, mas com a ressalva de que não compartilha a visão de que existam *setores* da sociedade que atuem politicamente desligados da base produtiva.

Na *Ley de Medios* é inegável o reconhecimento da importância das emissoras comunitárias para o conjunto do espaço midiático. Definidas como veículos independentes e não governamentais, geridos por organizações sociais sem fins lucrativos (art. 4º), não lhes é imposto restrição geográfica de alcance ou de temática; ao contrário, não só podem constituir-se em rede, respeitadas as cotas de programação própria e local (art. 64), como lhes são reservados 33% das frequências de radiodifusão sonora e televisiva terrestres (art. 89, f). Além disso, foram contempladas na incorporação de novas tecnologias e serviços, como a transição do sistema analógico para a digital (art. 92, b), e está previsto o repasse de 10% do tributo cobrado pela utilização das frequências, que deve ser dividido com outros serviços de comunicação audiovisual sem fins lucrativos, entre eles os dos Povos Originários (art. 97, f)<sup>17</sup>.

Os meios de gestão estatal podem ser titularizados pelos Estados Provinciais, Municípios, Cidade Autônoma de Buenos Aires, Universidades Nacionais, Povos Originários e Igreja Católica, sendo a todos reservadas as frequências necessárias para que cumpram com seus objetivos institucionais (arts. 89 e 121). Os veículos de radiodifusão dirigidos pelo Estado Nacional foram agrupados na *Radio y Televisión Argentina Sociedad del Estado* (RTA S.E.) que sofreu modificações estruturais inspiradas no modelo participativo das televisões públicas alemãs e francesas. A RTA passou a contar com um Diretório executivo, cujos membros são escolhidos pelo Poder Executivo Nacional e pela Comissão Bicameral da Comunicação Audiovisual do Congresso da Nação (art. 132), e com um Conselho Consultivo que, formado por pessoas indicadas pelas faculdades nacionais de jornalismo, sindicatos do setor da radiodifusão, organizações não governamentais entre outros. O Conselho Consultivo tem por competência exercer o controle social sobre o cumprimento dos objetivos e obrigações da RTA (arts. 124 a 130), dentre os quais estão o respeito e a promoção ao pluralismo político, social e cultural; a garantia do direito à informação e a difusão das atividades dos poderes do Estado a nível nacional e provincial (arts. 121 e 122)<sup>18</sup>. No entanto, em razão da saturação física do espectro radioelétrico argentino, as disposições da *Ley de Medios* favoráveis à diversidade de vozes seriam esvaziadas caso não houvesse previsão de limites à concessão de licenças a grupos empresariais, seguida da redistribuição desse direito a fim de conformá-lo aos novos parâmetros estabelecidos. É disso que tratam os arts. 45 a 48 e 161, sem dúvi-

---

<sup>17</sup> Dado o *status* constitucional do reconhecimento da personalidade jurídica das comunidades indígenas argentinas (art. 75, inciso 17, da Constituição Nacional), os Povos Originários, ao lado da Igreja Católica, Universidades Nacionais e Institutos Universitários, fazem parte dos meios audiovisuais públicos, em oposição aos meios privados e estatais. Daí receberem tratamento diferenciado pela *Ley de Medios*, especialmente nos arts. 4º, 22, 30, 64, 89 e 145 a 152.

<sup>18</sup> Observe-se que os dispositivos que fazem da RTA uma instituição de serviço público e estatal estão em discordância com o princípio 12 dos “21 Pontos Básicos para o Direito à Comunicação” proposto pela Coalizão por uma Radiodifusão Democrática.

da os mais polêmicos e que geraram as mais contundentes objeções do setor empresarial.

Para coibir práticas monopólicas e/ou oligopólicas, o art. 45, amparado no princípio 12 da Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão da CIDH, utilizou a combinação de dois critérios – o número de licenças e a cota de mercado – a serem averiguados nos níveis nacional e local. Assim, no plano nacional, um mesmo concessionário só pode ter: a) uma licença de comunicação audiovisual por satélite, excluída a possibilidade de prestar quaisquer outros serviços no setor; b) até dez licenças de radiodifusão sonora, televisão aberta e/ou por assinatura; c) até vinte quatro licenças de radiodifusão por assinatura. E, ainda que preveja multiplicidade das licenças, a lei limita a prestação do serviço a 35% da audiência nacional. Da mesma forma, na ordem local, só é possível titularizar uma licença de radiodifusão AM e FM e uma de televisão aberta e paga, não cumulativamente.

Seguindo disposições semelhantes em países como Inglaterra, França, Itália e Estados Unidos, a lei também exige como pré-requisito para adjudicação das licenças a inexistência de processos de integração vertical ou horizontal de atividades relacionadas ou não com a comunicação social (art. 48), o que não permitiria, por exemplo, a coexistência de vínculos societários entre empresas de radiodifusão, agências de publicidade e meios impressos.

Já o art. 161 prevê como regra de transição a devolução, em um prazo de um ano, de licenças radiofônicas dos grupos de mídia que não se adequam aos limites da multiplicidade de concessões (art. 45). Essa disposição, tão inédita no continente quanto necessária para a desconcentração do espaço midiático<sup>19</sup>, tem por fim compatibilizar o princípio da pluralidade de vozes – inerente a qualquer serviço de radiodifusão que se pretenda democrático – com o direito de propriedade, não mais considerado irrestrito ou intocável. No entanto, como era de se esperar de qualquer tentativa que busque reorganizar atividade concentrada e predatória, esse dispositivo transformou-se no principal campo de batalhas judiciais. Até o momento o art. 161 encontra-se com a eficácia suspensa em razão de inúmeras medidas cautelares ajuizadas na primeira instância – em um primeiro momento propostas por parlamentares da oposição que invocavam desrespeito ao trâmite legislativo e, posteriormente, por grupos de mídia que sustentam o desrespeito à propriedade privada – e confirmadas em sede recursal pela Corte Suprema que, porém, se pronunciou no sentido de que as liminares concedidas não poderiam ter efeito definitivo.

---

<sup>19</sup> Observe-se que esse dispositivo encontra-se previsto no princípio 21 dos “21 Pontos Básicos para o Direito à Comunicação” proposto pela Coalizão por uma Radiodifusão Democrática

## 4.2. Reforma institucional e controle social

Os dispositivos legais destinados a garantir o pluralismo e a diversidade de vozes estão estreitamente vinculados a um certo tipo de arranjo institucional capaz de efetivá-los. Estrutura organizacional prevista para acolher mecanismos de representação formal e de participação direta, lastreados na mais ampla transparência e pautados por critérios republicanos, respondem melhor a esses objetivos ao marcar distância tanto de processos decisórios verticais como, do ponto de vista ético-político, da apropriação privada de bens públicos. Não se pode deixar de reconhecer que em vários países da América Latina, nos quais a gênese dos espaços midiáticos se respaldaram em normas e estruturas institucionais de governos autoritários e se desenvolveram no bojo da adoção de políticas neoliberais, tal configuração representa um grande desafio que, no entanto, pode ser enfrentado pela incorporação da experiência acumulada a partir das pressões do campo popular que, desde a década de 1990, como resposta à crise da representação parlamentar, tem aberto novas vias para a participação cidadã direta e para a renovação institucional<sup>20</sup>.

Nesse aspecto particular, a ruptura que a *Ley de Medios* promoveu com relação à legislação anterior é comparável ao significado da adoção de normas antimonopólicas, com a peculiaridade de apresentar desenho institucional originário e inovador. De acordo com os arts. 10 a 20, a Autoridade Federal de Serviços de Comunicação Audiovisual, órgão que tem a função de aplicar a lei com independência orçamentária e administrativa do governo nacional (art. 13), é conformada pelo Diretório (art. 14), pelo Conselho Federal de Comunicação Audiovisual (CFCA) (art. 15) e pelo Conselho Assessor da Comunicação Audiovisual e Infância (CACAI) (art. 17), perante os quais ainda atua a Defensoria do Público de Serviços de Comunicação Audiovisual (art. 19).

O Diretório, que conduz e administra a Autoridade, é composto por sete membros designados pelo Poder Executivo Nacional, pela Comissão Bicameral de Promoção e Seguimento da Comunicação Audiovisual do Congresso Nacional (art. 18), respeitando a representatividade das maiorias e minorias parlamentares, e pelo CFCA, órgão que congrega representantes dos concessionários públicos e privados com e sem fins lucrativos, das universidades, das entidades sindicais, dos povos originários entre outros.

---

<sup>20</sup> Na década de 1990, em um contexto de crise econômica e de instabilidade política, movimentos contestatários passaram a reivindicar uma refundação do Estado democrático com vistas a garantir maior controle social e participação popular. Tais processos foram particularmente vigorosos no Equador, Bolívia e Venezuela que, mediante reformas constitucionais, incorporaram mecanismos de participação direta, tais como revogação de mandatos eletivos e leis, controle popular sobre atos e contas públicas, cogestão administrativa com organismos da sociedade civil e autonomia indígena (FLORES; CUNHA FILHO e COELHO, 2010).

Como o Diretório tem a competência de outorgar as licenças (art. 12, 6), observa-se que a previsão da participação direta do Poder Legislativo e, especialmente, de entidades da sociedade civil constitui um avanço sem precedentes no continente latino-americano. De fato, essa reformulação institucional, aliada a adoção de critérios mais democráticos para a avaliação das solicitações das frequências (art. 34) e a proibição expressa da presença de juízes, legisladores, servidores civis ou militares entre sócios de empresas concessionárias (art. 24, *h*), conferem à radiodifusão a característica de atividade de interesse público fundamental para o desenvolvimento sociocultural da população. Nesse sentido, e de acordo com os princípios 12 e 13 da Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão da CIDH, a capacidade de exploração econômica dos meios de comunicação deixa de ser o fundamento da liberdade de expressão e do direito à comunicação.

O CFCA, órgão que como vimos incorpora entidades da *sociedade civil*, está dotado de amplas funções, entre elas assessorar no desenho da política pública de radiodifusão; propor medidas à Autoridade e jurados para as licitações públicas; elaborar informe anual sobre o cumprimento da lei a ser apresentado à Comissão Bicameral do Congresso da Nação e destituir os diretores da Autoridade, mediante maioria qualificada de dois terços, assegurada a ampla defesa.

Se o Diretório e o CFCA são órgãos que zelam prioritariamente pela organização do espaço midiático argentino, o CACAI e a Defensoria do Público de Serviços de Comunicação Audiovisual exercem controle social sobre os conteúdos que vem a público. Esse tipo de controle – bastante controverso para os grupos de mídia que, ao se orientarem pela busca de margens de lucro cada vez mais ampliadas, preferem chamá-lo de censura – vincula-se ao respeito a parâmetros éticos da programação que são estabelecidos em lei e, por vezes, como no caso do Brasil, nas constituições. Nesse sentido, a *Ley de Medios*, que considera objetivo dos meios de comunicação influir na formação de sujeitos e atores sociais respeitando os diferentes modos de compreensão da vida e do mundo (art. 3, *i*), estabelece a proibição de discriminações baseadas na etnia, religião, origem nacional ou social, aspecto físico, opiniões políticas, gênero ou orientação sexual e outras (art. 70), além de ter sido especialmente cuidadosa com os programas e a publicidade e destinados às crianças por consideração a sua inexperiência e credulidade (arts. 68 e 81, *h*). Daí que entre as funções do CACAI estão a criação de critérios para conteúdos recomendados às crianças e adolescentes, sempre com o aval de argumentos teóricos e análises empíricas; a elaboração de um Programa de Formação em Recepção Crítica dos Meios e Tecnologias da Informação e Comunicação, que além de capacitar esse público na apreciação dos programas tem a missão de apoiar a criação e funcionamento de redes de informação entre crianças e adolescentes, e, ainda, monitorar o cumprimento da legislação que rege o trabalho infantil na televisão (art. 17).

Já a Defensoria do Público, por ter legitimação processual e administrativa, exerce o controle social canalizando judicialmente as reclamações e denúncias do público, em caráter de interesses coletivos e difusos, além de ter competência para propor modificações na legislação e formular recomendações às autoridades administrativas em consonância com os debates e consensos estabelecidos a partir de audiências públicas que pode convocar nas diferentes regiões do país com o objetivo de avaliar o funcionamento dos meios radiofônicos (art. 19). Seu titular é indicado pelo Congresso da Nação a partir da indicação da Comissão Bicameral de Promoção e Seguimento da Comunicação Audiovisual, devendo reunir os mesmos requisitos exigidos dos componentes da Autoridade (art. 20).

## 5. CONCLUSÕES

Liberdade de informação e direito à comunicação, enquanto princípios organizativos do espaço midiático, partem de perspectivas distintas acerca do sujeito de direito. Na liberdade de informação, tal como invocada pelos grupos de mídia na América Latina, trata-se do sujeito de direito abstrato que, a despeito das desigualdades econômicas e culturais, troca informações, *comunica-se*, de forma transparente e igual. Não importa que a realidade aponte para as profundas transformações na exploração e uso das tecnologias de informação, segue-se pleiteando o artigo 11 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1979 e apontando o Estado como principal agente a ser contido. No direito à comunicação ganha espaço o sujeito de direito concreto que, situado nas contradições que imprimem as práticas e formas de organização comunicacionais inauguradas pela sociabilidade capitalista, aponta para a necessidade de levá-las em consideração à hora de definir as normas.

Historicamente, em larga medida, vem prevalecendo o sujeito de direito abstrato pois foi sobre ele que se constituiu o monopólio da comunicação, do conhecimento e da cultura. Em certas ocasiões muito especiais, contudo, o sujeito concreto reaparece graças à intensidade e acúmulo das lutas sociais cujos resultados são impressos no direito positivo. Na Argentina isso se mostrou possível. Em julho de 2011, Bolívia também adotou novo marco regulatório cujo eixo se articula no princípio da divisão equitativa das frequências de rádio e TV, ao passo que no Equador projeto de lei no mesmo sentido, e com grandes chances de ser aprovado, está em tramitação no Poder Legislativo. No Brasil, contudo, as perspectivas não são alentadoras. Depois da I Conferência Nacional de Comunicação (CONFECOM), realizada em dezembro de 2009 com a presença de setores da *sociedade civil* e que apontou amplas diretrizes para a reformulação do nosso espaço midiático no sentido do direito à comunicação, essa pauta saiu da agenda governamental. Certamente, o descompromisso com as forças sociais que lutam pela demo-

cratização da comunicação apenas pode ser compreendido em razão das alianças políticas com setores da classe dominante. Aqui, à diferença da Argentina por exemplo, a continuidade do processo de acumulação do capital não esteve sob risco.

No entanto, como bem demonstra a experiência argentina, a adoção do direito à comunicação como princípio do marco regulatório não encerra a questão. Por trás dela encontra-se a trincheira do Poder Judiciário. Pouco antes da I CONFECOM, o Supremo Tribunal Federal julgou Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 130/DF) no qual afirma textualmente, logo na ementa, a inexistência fática de monopólios e/ou oligopólios no espaço midiático brasileiro porque a Constituição proíbe tal prática! A doutrina, por sua vez, parece não conseguir se desvencilhar da dicotomia liberdade positiva/liberdade negativa, subscrevendo a lógica do sujeito de direito abstrato. Na literatura jurídica, a discussão predominante acerca da comunicação social centra-se na definição dos limites do poder do Estado e na extensão da atuação da imprensa quanto ao respeito aos direitos à intimidade, à privacidade, à honra e, em casos mais raros, aos princípios constitucionais da programação da radiodifusão. Por mais que esses sejam temas importantes, estão longe de esgotar a discussão; ou melhor eles apenas podem ser definidos e compreendidos se contextualizados na realidade da organização do espaço midiático.

Há alguns anos o direito à comunicação vem ganhando mais espaço nos cursos de Comunicação e Ciências Sociais. O acolhimento dessa temática pelos juristas e nas faculdades de Direito caminha a passos mais lentos, mas já se demonstra algum interesse especialmente entre os que se aproximam dos múltiplos sujeitos que lutam pela democratização da comunicação social no país.

## REFERÊNCIAS

ARGENTINA. Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual. 5to. **Informe de Contenidos de la Televisión Abierta Argentina**. 2010. Disponível em <<http://www.afsca.gob.ar/web/>>. Acesso em 20, jun., 2012.

PORTA, Paula. **Economia da cultura: um setor estratégico para o país**. Disponível em <<http://www.cultura.gov.br/site/2008/04/01/economia-da-cultura-um-setor-estrategico-para-o-pais/>>. Acesso em 20.07.2012.

BORÓN, Atílio. La izquierda latino-americana a comienzos del siglo XXI. In: GRAVITO, César Rodríguez, BARRETT, Patrick e CHÁVEZ, Daniel (orgs.). **La nueva izquierda en América Latina: sus orígenes y trayectoria futura**. Buenos Aires: Norma, 2005.

CANCLINI, Nestor García. Los países latinos en la esfera pública transnacional. **Revista Observatório**. Dossier Economía y cultura. Buenos Aires: Secretaria de Cultura, n. 1, novembro, p. 44/49, 2004.

CRIS. Manual para la evaluación de los derechos a la comunicación. 2005. Disponível em <<http://centreforcommunicationrights.org>> Acesso em 22, jun., 2012.

CEPAL. **Panorama social de América Latina 2006**. Santiago, Chile: Comisión para América Latina y Caribe, 2006.

DIARIO SOBRE DIARIOS. **Ocho años de kirchnerismo**: el comportamiento de los diarios. 21 de diciembre de 2011. Disponível em <<http://www.diariosobrediaros.com.ar>> Acesso em 22, jul. 2012.

FREIRE, Paulo. **Extensão ou comunicação?** 10ª ed., Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1992.

FONTES, Virginia. “Intelectuais e mídia – quem dita a pauta?”. In: COUTINHO, Eduardo Granja (Org.). **Comunicação e contra-hegemonia**: processos culturais e comunicacionais de contestação, pressão e resistência. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2008.

FLORES, Fidel Pérez, CUNHA FILHO, Clayton Mendonça e COELHO, André Luiz. Participación ampliada y reforma del Estado. Mecanismos constitucionales de democracia participativa en Bolivia, Ecuador y Venezuela. **Revista Observatorio Social de América Latina**. Estado, cooperación e integración en América Latina. Buenos Aires: CLACSO, ano XI, n. 27, abr., 2010.

GINIGER, Luis Pablo. Legislación y concentración mediática en la Argentina. **Revista del CCC**, an. 1, n. 1, set./dez., 2007. Disponível em <<http://www.iade.org.ar/uploads/c87bbfe5-d04c-6202.pdf>>. Acesso em 20, jun., 2011.

GRAMSCI, Antônio. **Cadernos do cárcere**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010. v. 2.

GRINBERG, Máximo. **A comunicação alternativa na América Latina**. Petrópolis: Vozes, 1987.

LÖWY, Michel. A esquerda na França e na América Latina. **Esquerda.Net**, Lisboa, 20 de dezembro de 2007. Disponível em <[www.esquerda.net](http://www.esquerda.net)>. Acesso em 12, jun., 2012.

MACBRIDE, Sean. **Un sólo mundo, voces multiples**: comunicación e información en nuestro tiempo. 2. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1988.

MASTRINI, Guillermo e MARTÍN, Becerra. **50 años de concentración de medios em América Latina**: del patriarcado artesanal a la valorización en

escala. Material de la Cátedra de Políticas y Planificación de Comunicación. Universidad de Buenos Aires. Disponível em <[www.catedras.fsoc.uba.ar/mastrini/textos/](http://www.catedras.fsoc.uba.ar/mastrini/textos/)>. Acesso em 20, jun., 2012.

MATTELART, Armand. **Comunicação-mundo**: história das ideias e das estratégias. 3ª ed., Petrópolis: Vozes, 1999.

MCCHESENEY, Robert W. Mídia global, neoliberalismo e imperialismo. In: MORAES, Dênis de (org.). **Por uma outra comunicação**: mídia, mundialização cultural e poder. Rio de Janeiro: Record, 2003, p. 217-242.

MORAES, Dênis de. **A batalha da mídia**: governos progressistas e políticas de comunicação na América Latina e outros ensaios. Rio de Janeiro: Pão e Rosas, 2009.

MARINO, Santiago. Estudio de caso. Argentina. In: AMARC. **Las mordazas invisibles**. Nuevas e viejas barreras a la diversidad en la radiodifusión, 2009. Disponível em <<http://legislaciones.amarc.org/mordazas/Libro.pdf>> Acesso em 10, jun., 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Conocer desde el Sur**. Para una cultura política emancipatória. La Paz: CLACSO, 2008.

SCHMUCLER, Héctor. **Memoria de la comunicación**. Buenos Aires, Biblos, 1997.

SEL, Susana Sel. Actores sociales y espacio público. Disputas por la ley de servicios de comunicación audiovisual en Argentina In: SEL, Susana (coord.). **Políticas de comunicación en el capitalismo contemporáneo**. América Latina y sus encrucijadas. Buenos Aires: CLACSO, 2010, p. 183-210.

ROLIM, Renata Ribeiro. **Direito à comunicação**: possibilidades, limites e contradições pra a lógica dos movimentos sociais. Recife: 8 de Março, 2011.

UNCTAD. **World Investment Report 2004**. Disponível em <[http://unctad.org/en/docs/wir2004\\_en.pdf](http://unctad.org/en/docs/wir2004_en.pdf)> Acesso em 12/07/2012.





# OPERAÇÃO CONDOR: HÁ UMA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL SOLIDÁRIA DE ESTADOS CONSORCIADOS EM ATOS DE REPRESSÃO POLÍTICA?<sup>Δ</sup>

Rogério Gesta Leal\*

## Resumo

Pretende o presente ensaio perquirir sobre a possibilidade de se configurar juridicamente a responsabilidade estatal internacional solidária envolvendo atos e fatos atinentes a seqüestro, morte, tortura e desaparecimento de pessoas nos regimes militares, por agentes públicos de diversos Estados soberanos em cooperação recíproca e mesmo unidade de ação.

## Palavras-chave

Responsabilidade Estatal. Direito Internacional. Direitos Humanos.

## Abstract

This essay intend to treat about the possibility of setting up the legal international solidarity state responsibility involving actions and facts relating to kidnapping, death, torture and disappearance of people in military regimes, by public officials of various sovereign states in mutual cooperation and even drive action.

## Keywords

State Responsibility. International Law. Human Rights.

---

<sup>Δ</sup> Este texto é fruto das pesquisas que estão sendo desenvolvidos no Grupo de Pesquisa sobre Verdade, memória e justiça: análises da experiência das políticas públicas reparatórias do governo do RS envolvendo os atos de seqüestro, morte, desaparecimento e tortura de pessoas no regime militar brasileiro (1964/1985), junto ao Programa de Doutorado e Mestrado da Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC, e vinculado ao Diretório de Grupo do CNPQ intitulado *Estado, Administração Pública e Sociedade*, coordenado pelo Prof. Dr. Rogério Gesta Leal.

\* Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Doutor em Direito. Prof. Titular da UNISC. Professor da UNOESC. Professor Visitante da Università Túlio Ascarelli – Roma Trè, Universidad de La Coruña – Espanha, e Universidad de Buenos Aires. Professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura – ENFAM. Membro da Rede de Direitos Fundamentais-REDIR, do Conselho Nacional de Justiça-CNJ, Brasília. Coordenador Científico do Núcleo de Pesquisa Judiciária, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura – ENFAM, Brasília. Membro do Conselho Científico do Observatório da Justiça Brasileira. Coordenador da Rede de Observatórios do Direito à Verdade, Memória e Justiça nas Universidades brasileiras – Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República.

## 1. INTRODUÇÃO

Pretendo neste ensaio tratar de um tema que ainda se apresenta sensível no debate nacional e internacional sobre Direitos Humanos e Fundamentais, a saber, o de se é possível configurar juridicamente responsabilidades estatais internacionais e solidárias envolvendo informação, contra-informação e atos de seqüestro, morte, tortura e desaparecimento de pessoas nos regimes militares, por agentes públicos de diversos Estados soberanos em cooperação recíproca e mesmo unidade de ação.

A chamada Operação Condor, no Cone Sul, se afigura como exemplo evidenciador de ações coordenadas entre militares do Brasil, Argentina, Uruguai, Paraguai, Chile e Bolívia, destinadas a monitorar, perseguir e eliminar movimentos nominados de comunistas bem como as principais lideranças oposicionistas às ditaduras na América do Sul.

O interesse maior se dá à dimensão potencialmente jurídica que as questões decorrentes destas ações estatais geraram e geram em face dos Direitos Fundamentais das pessoas, famílias e instituições direta ou indiretamente envolvidas.

## 2. O GRANDE PÁSSARO DOS ANDES

A literatura especializada informa que os condores são aves de rapina gigantescas encontradas no hemisfério ocidental, notadamente em duas espécies reconhecidas: o condor-dos-andes (*Vultur gryphus*), na América do Sul, e o condor-californiano (*Gymnogyps californianus*), na América do Norte.<sup>1</sup>

O condor-dos-andes é o maior em tamanho, com uma envergadura de até 3,2 metros, comparado aos 2,7 metros do condor-californiano, ambos conhecidos popularmente como “urubus-do-novo-mundo”. Todos têm aparência de ave de rapina e são especializados em encontrar carne de animais mortos, construindo seus ninhos em penhascos escarpados.<sup>2</sup>

Guardadas as proporções, a Operação Condor sob comento tem muitas semelhanças com a ave de que toma emprestado o nome, pois efetivamente se constituiu como poderosa instituição que, a partir da metade da década de 1970 – em especial sob a liderança das forças de segurança de Pinochet, mais especialmente do Coronel Chileno Manuel Contreras (chefe da polícia política do Chile, a DINA) -, fez-se presente nas ações de seqüestro, morte, desaparecimento e tortura de pessoas que se opunham aos regimes militares de seus países na América Latina, sem deixar muitos rastros e pro-

---

<sup>1</sup> HOUSSE, Pedro. **Las Aves de Chile**. Santiago: Universidad de Chile, 2002, p.45.

<sup>2</sup> Idem.

vas documentais sobre sua existência, notadamente em face dos locais que ocupava nos penhascos do Poder.

Conforme Délson Plácido, em publicação eletrônica sobre o tema, o trabalho de cooperação entre as forças de segurança brasileiras e uruguaias, por exemplo, teve início já na segunda metade da década de 60, quando policiais brasileiros atuavam livremente em território uruguaio, inclusive no Aeroporto de Carrasco, em Montevidéu, com parceria direta da Agência Central de Inteligência dos Estados Unidos – CIA e do Secretário de Estado Norte-Americano Henry Kissinger<sup>3</sup>, o que evidencia forte organização e articulação internacional desde o seu início:

A determinação dos EUA em destruir a oposição ao seu domínio da América Latina tem raízes na sua derrota no Vietnã. A equipe de 1972 que ajudou Kissinger a negociar com os vietnamitas em Paris incluía o atual embaixador para as Nações Unidas, John Negroponte, e Vernon Walters, mais tarde conselheiro de Ronald Reagan, então adido militar na embaixada dos EUA em Paris. Naqueles dias, George Bush pai era embaixador nas Nações Unidas.

Em 1975 Bush pai era o chefe da CIA e trabalhava juntamente com Kissinger e Vernon Walters para desenvolver a Operação Condor – uma operação coordenada contra movimentos de oposição por toda América Latina. A Operação Condor incluía o uso de fachadas ilícitas como a equipe de assassinato coordenada entre o serviço de segurança chileno DINA e terroristas cubanos de Miami como Orlando Bosch, Guillermo Novo e Luis Posada Carriles. Também incluía o apoio a políticas brutais de repressão em massa em países de toda América do Sul.<sup>4</sup>

O pesquisador Túlio Barreto, em textos instigantes elaborados a partir de dados fornecidos por Miguel Arraes, governador de Pernambuco e exilado no período da Ditadura Militar brasileira, rememorando encontros com

---

<sup>3</sup> É preciso ter a consciência de que estas mobilizações das forças de segurança pública não nascem naquele período histórico, mas muito antes disto, levando-se em conta a hegemonia da Escola de Guerra dos EUA (*National War College*) na Guerra Fria e suas bases em toda a América Latina. Disponível em: <<http://inverta.org/jornal/edicao-imprensa/432/debate/operacao-condor-uma-articulacao-multinacional-do-terror-das-ditaduras-militares-do-cone-sul-das-americas>>. Acesso em: 19 mar. 2012.

<sup>4</sup> OSPINA, Hernando Calvo. **Pinochet, la CIA y los terroristas cubanos**. In [www.rebellion.org](http://www.rebellion.org), 23/08/2003. Revela o autor ainda que no início de 1980, oficiais do exército e da marinha argentina chegaram à Guatemala para dar treinamento de técnica contra-insurrecional ao regime de Lucas Garcia, tudo ainda coordenado pela estrutura de poder criada pela Operação Condor. Juntamente com conselheiros do Chile e de Israel deram assistência aos esquadrões da morte guatemaltecos, originalmente criados pela CIA nos anos 60, estimando-se que cerca de 200 mil pessoas tenham sido mortas pelo exército guatemalteco durante a prolongada resistência popular às ditaduras apoiadas pelos EUA naquele país. Em agosto de 1981, o vice-diretor da CIA, Vernon Walters, providenciou um encontro na Cidade da Guatemala com o objetivo de consolidar uma força anti-sandinista com treinamento na Argentina.

interlocutores do coronel argelino Sulleiman Hoffman, assessor para assuntos internacionais do presidente argelino Houari Boumediene, ocorridos no início de 1976, revelou que Arraes advertiu para o fato: “Havia uma decisão da linha dura de assassinar todos aqueles que tinham certa influência em seus países. Porque eles estariam prevenindo um recuo do processo de militarização. Mas, para recuar, precisariam aniquilar esses homens, que tinham influência, para poder ter controle sobre o processo mais aberto”.<sup>5</sup>

Sustenta o autor que Miguel Arraes foi orientado para avisar aos exilados brasileiros sobre esta situação, sendo que pouco tempo depois foram assassinados o senador Zelmar Michelini e o deputado Héctor Gutiérrez Ruiz, ambos uruguaios (maio); o presidente deposto da Bolívia, o general Juan José Torres (junho); e o ex-embaixador do Chile nos EUA, Orlando Letelier (setembro). Registra ainda o autor que:

Jango, que permaneceu no Uruguai, morreria em dezembro de 1976, apenas quatro meses depois da morte do ex-presidente JK. Já Carlos Lacerda morreria em maio de 1977, ano em que quase todo o Comitê Central do PCB foi dizimado. “Eu não posso dizer que Juscelino não morreu num acidente, que a morte de Goulart não foi natural, ou mesmo a de Carlos Lacerda. O que eu posso dizer é que eles estavam condenados à morte. A condenação estava feita e foi comunicada. Então, eu não posso entender como três homens importantes no Brasil, cada um à sua maneira, morreram numa sucessão de meses...”, concluiu Arraes.<sup>6</sup>

É interessante lembrar que Juscelino Kubitschek faleceu após um acidente de carro, em 22 de agosto de 1976, na rodovia Presidente Dutra, sendo que o carro teria desgovernado, cruzado a pista de sentido contrário e batido de frente com uma carreta Scania; o ex-presidente e seu motorista, Geraldo Ribeiro, tiveram morte instantânea. Segundo a perícia, o acidente aconteceu porque um ônibus da Viação Cometa teria encostado na traseira do Opala. O problema é que nos dois laudos do acidente os peritos não incluíram alguns detalhes, como fotos dos corpos de JK e do motorista, “por recomendação de ordem superior”, além do que a polícia ouviu apenas nove dos trinta e três passageiros do ônibus.<sup>7</sup>

Da mesma forma, o ex-presidente Jango (Jasson de Oliveira Andrade), exilado no Uruguai após o Golpe de Estado, e depois na Argentina, onde

---

<sup>5</sup> BARRETO, Túlio Velho. O golpe de 1964 e a Operação Condor. In <http://acertodecontas.blog.br/artigos/o-golpe-de-1964-e-a-operao-condor>, acessado em 19/03/2012. Ver os textos coordenados pelo autor: **A Nova República** – Visões da Redemocratização (CEPE, 2006), escrito em colaboração com os jornalistas Sérgio Montenegro Filho e Paulo Sérgio Scarpa.

<sup>6</sup> BARRETO, Túlio Velho. **O golpe de 1964 e a Operação Condor**. In <http://acertodecontas.blog.br/artigos/o-golpe-de-1964-e-a-operao-condor>, acessado em 19/03/2012.

<sup>7</sup> Idem.

morreu a 6 de dezembro de 1976, três meses depois de JK, teve sua morte com causas suspeitas (infarto ou assassinato).

Em 1977, Carlos Lacerda, após visita a uma Clínica para verificar um desconforto que sentia, de lá saiu sem vida, mesmo com diagnóstico de estar bem.

Estes três homens públicos organizaram a conhecida Frente Ampla no ano de 1966, exatamente para ofertar oposição ao regime militar, por certo reunindo várias informações e dados sobre o que ocorria naqueles tempos sombrios, inclusive com a participação de instituições estrangeiras, dentre as quais a Operação Condor.

Consta que apenas nos anos 1970 o número de mortos e "desaparecidos" políticos tenha chegado a aproximadamente 290 no Uruguai, 360 no Brasil, 3.100 no Chile, e impressionantes 30.000 na Argentina - a ditadura latino-americana que mais vítimas deixou em seu caminho. Estimativas menos conservadores dão conta de que a Operação Condor teria chegado ao saldo total de 50 mil mortos, 30 mil desaparecidos e 400 mil presos.<sup>8</sup>

As pesquisas do jornalista Aluizio Palmar<sup>9</sup> e da pesquisadora da PUC-SP e mestre em História, Jussaramar da Silva, dão conta de que no Brasil, de 1973 a 1988, a Usina de Itaipu foi um reduto de militares e policiais torturadores colaboradores da Operação Condor, isto a partir das Assessorias Especiais de Segurança e Informações - AESIs, vinculadas à Divisão de Segurança e Informações (DSI), e subordinadas ao Serviço Nacional de Informações (SNI) brasileiro, que atuavam em instituições públicas como universidades, autarquias e empresas estatais.

Estas pesquisas revelam que a AESI instalada na Usina de Itaipu manteve comunicação constante com os serviços de inteligência brasileiro, uruguaio, paraguaio e, a partir de 1976, argentino. Também trabalhou diretamente em sequestros e assassinatos, torturando e matando suspeitos de atividades "subversivas", sendo que no próprio canteiro de obras da usina operava um aparelho paralelo mantido pelo consórcio de construtoras Unicon, que realizava as ações mais secretas de tortura, assassinato e desaparecimento.<sup>10</sup>

Isto evidencia os tentáculos que se organizaram para o exercício da repressão política violenta que se criou na América Latina naqueles períodos de regimes militares, com ramificações internacionais nos organismos públi-

---

<sup>8</sup> Disponível em: <<http://noticias.terra.cl/mundo/latinoamerica/juez-abre-archivo-de-la-marina-paraguaya-a-investigadores-de-operacion-condor>>. Acesso em: 21 mar. 2012.

<sup>9</sup> Hoje radicado no Paraná e autor do livro **Onde foi que vocês enterraram nossos mortos?**. Diretor do importante site virtual <<http://www.documentosrevelados.com.br/>>.

<sup>10</sup> Disponível em: <<http://revistaforum.com.br/idelberavelar/2012/01/15/a-participacao-de-itaipu-na-operacao-condor-durante-a-ditadura/>>, acesso em: 21 mar. 2012.

cos os mais variados (sem falar junto à Sociedade Civil, como no caso da Operação Bandeirantes).

Recentemente um juiz do Paraguay, Arnaldo Fleitas, abriu os arquivos da conhecida Armada Paraguaia a pesquisadores que buscam documentos sobre a Operação Condor, assim como outros crimes da ditadura do general Alfredo Stroessner, falecido em 1989. Nesta localidade da Armada Paraguaia foram encontrados os chamados arquivos do terror da polícia paraguaia, dentre os quais documentos da Operação Condor, e agora, com auxílio financeiro das Nações Unidas, poder-se-á levar a cabo a análise e classificação dos arquivos de forma mais científica e ordenada.<sup>11</sup>

O início destas atividades contou com a presença do atual Ministro da Defesa, Catalino Royg, que ressaltou a predisposição do governo e das próprias forças armadas para abrir ao público os arquivos militares, sendo que a Comissão da Verdade e Justiça do Paraguai, em informe divulgado em agosto de 2008, deu conta de que aproximadamente 425 pessoas foram executadas ou desapareceram e quase 20.000 foram detidas nos quase 35 anos de ditadura de Stroessner.

Veja-se que, recentemente, a Procuradoria Penal de Roma enviou ao Brasil pedido para que o Judiciário brasileiro julgue 12 militares e um policial civil envolvidos no desaparecimento de dois argentinos de origem italiana, sob o argumento de que eles estavam no Rio de Janeiro e no Rio Grande do Sul, tendo desaparecido em 1980, supostamente vítimas de uma ação da Operação Condor. Na lista dos processados, estão autoridades já falecidas como o ex-presidente João Figueiredo e o general Octávio Medeiros, ex-chefe do Serviço Nacional de Informações (SNI). Há também réus ainda vivos: João Leivas Job, ex-secretário de Segurança do Rio Grande do Sul, o ex-chefe do Dops gaúcho, delegado Marco Aurélio da Silva Reis, coronel Carlos Alberto Ponzi e Átila Rohrsetzer, ex-diretor da Divisão Central de Informações.<sup>12</sup>

Há certo consenso entre historiadores de que foi de grande importância a formação de inteligência coordenada em nível internacional dos regimes de exceção – em especial no Cone Sul –, o que deu mais mobilidade e eficiência aos regimes militares do período, controlando os movimentos de agentes políticos da resistência até o ponto da extinção de vários deles. Serra Padrós chega a afirmar que:

La coordinación represiva fue más que obtener libertad de acción en territorio vecino; consistió en algo más complejo, como la definición de directrices comunes, el uso simultaneo de in-

---

<sup>11</sup> Disponível em: <<http://noticias.terra.cl/mundo/latinoamerica/juez-abre-archivo-de-la-marina-paraguaya-a-investigadores-de-operacion-condor>>, acesso em 21 mar. 2012.

<sup>12</sup> Disponível em: <<http://colunas.revistaepoca.globo.com/felipepatury/2012/03/19/italia-quer-que-brasil-julgue-acusados-por-desaparecimentos-na-ditadura/>>, acesso em 21 mar. 2012.

formación, la creación de unidades de actuación conjunta, se definieron elementos de ligación y la utilización de centros clandestinos de detención y la creación de un clima de impunidad y de miedo en toda la región.<sup>13</sup>

Recentemente, em entrevista ao jornal eletrônico Carta Maior, o compositor e cantor Toquinho lembrou o episódio ocorrido na madrugada do dia 18 de março de 1976, em Buenos Aires, quando o músico brasileiro Francisco Tenório Cerqueira Júnior saiu do Hotel Normandie, deixando um bilhete colado na porta do quarto de um dos colegas: “Vou sair pra comprar cigarro e um remédio. Volto Logo”. Não voltou mais.

Na sequência destes acontecimentos, Vinícius de Moraes, Toquinho e alguns amigos, entre eles Ferreira Gullar, exilado em Buenos Aires, se mobilizaram para procurá-lo em hospitais e delegacias, além de terem buscado ajuda na Embaixada do Brasil.

Foi preciso aguardar dez (10) anos para que, em 1986, o argentino Claudio Vallejos, ex-membro (e torturador) do Serviço de Informação Naval argentino falasse sobre o destino de Tenório em entrevista concedida à revista Senhor (nº 270). Sustentou que, abordado por agentes da repressão de uma ditadura que estava prestes a ser instaurada, o pianista foi confundido com ativista político e colocado em um Ford Falcon verde enquanto caminhava a poucos metros do hotel Normandie. Segundo Vallejos, Tenório foi levado para a ESMA (Escola de Mecânica da Armada) e apanhou tanto que, quando se deram conta de que ele não era um militante, já não havia mais jeito. Estava tão machucado, que só restou aos repressores a opção de matá-lo. Após sessões de tortura, o tiro fatal foi disparado por Alfredo Astiz, no porão da parte antiga da ESMA.<sup>14</sup>

Há versões de que este crime fora fruto já da cooperação entre a Escola Naval Argentina -ESMA e os organismos repressivos brasileiros (prolongada até o ano de 1982), coordenada pela Operação Condor, pois, conforme a historiadora Janaína Teles, há duas notas oficiais de agências de segurança argentinas, dos dias 20 e 25 de março de 1976 (teriam sido apresentadas perante a Justiça argentina), enviadas à Embaixada do Brasil, assinadas por Jorge

---

<sup>13</sup> PADRÓS, Enrique Serra. **El vuelo del Condor em la frontera uruguayo-brasileña: la conexión repressiva internacional y el operativo zapatos rotos.** In Revista Estudios Históricos – CDHRP. Nº1, mayo de 2008, p.02. Dá conta o autor de que no seqüestro de Lilián Celiberti e Universindo Rodríguez Diaz, ambos vinculados ao Partido por la Victoria del Pueblo – PVP, houve profunda cooperação entre os militares uruguaios e argentinos, eis que: “un mes antes del secuestro, el coronel Calixto de Armas, jefe del Departamento II del Estado Mayor del Ejército uruguayo, contacto el general Paulo de Campos Paiva, jefe del Estado Mayor del III Ejército brasileño, con sede en Porto Alegre, informándole de la necesidad de la acción y solicitando su colaboración. El general Paiva recibió la anuencia de la inteligencia militar, en Brasilia, para concretar la operación”. (p.06).

<sup>14</sup> Disponível em: <[http://cartamaior.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia\\_id=19897](http://cartamaior.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia_id=19897)>, acesso em 30 abr. 2012.

"Tigre" Acosta, que fazem referência à detenção e posterior morte do pianista.<sup>15</sup>

Em matéria realizada por Dario Pignotii, em 17/11/2011, este refere que nos arquivos da inteligência brasileira há relatórios sobre as atividades do escritor Juan Gelman em Roma, e sobre uma viagem que supostamente realizou à Madri – na data de 17/06/1978 - por conta de relações e auxílio direto ao movimento peronista montonero, lembrando ainda que importantes figuras deste movimento argentino, tal qual Horacio Campiglia (guerrilheiro desaparecido em março de 1980, por agentes argentinos e brasileiros, no aeroporto do Galeão, no Rio de Janeiro, posteriormente levado para o calabouço do Campo de Mayo), foram seqüestrados no Brasil com plena cooperação entre os países governados por militares.<sup>16</sup>

Refere ainda a matéria que<sup>17</sup>:

(a) É provável que algumas das primeiras ações terroristas binacionais tenham ocorrido em Buenos Aires, em 1970 e 1971, quando, em duas operações coordenadas com o Brasil, foram seqüestrados, primeiro, o ex-coronel nacionalista Jefferson Cardim e, mais tarde, o guerrilheiro Edmur Péricles Camargo, até hoje desaparecido. Segundo um telegrama de Buenos Aires em 1971, obtido pelo Página 12, no Arquivo Nacional, a captura de Péricles Camargo foi monitorada pela Embaixada brasileira, cujo titular era Antonio Francisco Azeredo da Silveira.

(b) No Arquivo do Terror paraguaio estava guardado um telegrama enviado do Brasil falando sobre a coordenação com a Argentina de seqüestros em 1980, isso foi descoberto por Stella Calloni, autora de um grande trabalho sobre a operação Condor;

(c) No dossiê do Exército brasileiro também existem detalhes sobre as tarefas dos exilados argentinos no México para conseguir o exílio do ex-presidente Héctor Cámpora, recluso em Buenos Aires, assim como dados sobre um encontro em Beirute, no dia 21 de junho de 1978, entre chefes do

---

<sup>15</sup> Idem. De forma mais explícita, o artigo de TELES, Janaína. **Operação Condor - Uma Articulação Multinacional do Terror das Ditaduras Militares do Cone Sul das Américas**, publicado em <<http://inverta.org/jornal/edicao-imprensa/432/debate/operacao-condor-uma-articulacao-multinacional-do-terror-das-ditaduras-militares-do-cone-sul-das-americas>>, acesso em 30/04/2012, revela que o sinal verde para a eliminação de Tenorinho foi dado pelo SNI, ou seja, por um oficial do Exército Brasileiro e pelo então Secretário da Embaixada do Brasil, em Buenos Aires, Sérgio Cortes, filho do general Menezes Cortes e que, logo depois, foi transferido para servir na Embaixada Brasileira na Austrália.

<sup>16</sup> In PIGNOTII, Dario. **Ditadura brasileira foi cérebro da repressão na América Latina**. Disponível em: <[http://groups.google.com/group/disciplinapppgenrique/browse\\_thread/thread/106d359e718d976a/dc501f6580b5e7ae#dc501f6580b5e7ae](http://groups.google.com/group/disciplinapppgenrique/browse_thread/thread/106d359e718d976a/dc501f6580b5e7ae#dc501f6580b5e7ae)>, acesso em 30 abr. 2012.

<sup>17</sup> Todas estas informações foram extraídas do sítio referido na nota anterior.

Exército Peronista Montoneros com os serviços especializados da resistência palestina;

(d) Outras comunicações reservadas, estas procedentes da embaixada em Roma, falam das atividades desenvolvidas por religiosos brasileiros perante organismos internacionais de direitos humanos, operações que contavam com o aval da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, no seio da qual houve cardiais como Paulo Evaristo Arns que acolheu refugiados argentinos em São Paulo<sup>18</sup>;

(e) Há ainda nota "confidencial", gerada pelo Serviço Nacional de Informações (SNI) e o Ministério do Exército brasileiros, abordando a presença "de terroristas do ERP e Montoneros no Brasil", e divagando sobre os motivos da "infiltração" argentina, ordenando, por fim, aos membros das forças armadas e da polícia, que intensificassem os esforços para capturá-los;

(f) Em outro documento de 4 de abril de 1978, o SNI brasileiro indica que os Montoneros "voltariam a intensificar suas operações (na Argentina) durante a realização da Copa do Mundo, buscando afetar entidades governamentais e interferir nas estações de rádio e televisão";

(g) O balanço provisório surgido da leitura de centenas de telegramas e informes reservados é que o aparato repressivo dos ditadores, particularmente de Ernesto Geisel (que governou entre 1974 e 1979), e João Baptista Figueiredo (1979-1985), tipificava a guerrilha argentina como uma ameaça à "segurança nacional" brasileira (tal como comparece textualmente em algumas mensagens).

As estratégias de espionar, informar, capturar e, eventualmente, eliminar estrangeiros no Brasil e compatriotas no exterior, foram aplicadas sistematicamente pelo aparato militar-diplomático montado pouco depois do golpe contra o presidente João Goulart em 1964, sustenta Martín Almada,

---

<sup>18</sup> Afirma a matéria ainda que: "se pode observar nas notas elaboradas pelos diplomatas e agentes da Operação Condor brasileira uma preocupação recorrente com os religiosos ligados à Teologia da Libertação, tanto pelas pressões que esta realizava no Vaticano quanto pelo suposto "financiamento internacional" que receberiam as comunidades eclesiais radicadas em zonas rurais onde atuava a guerrilha do Partido Comunista de Brasil. A obsessão sobre os efeitos "subversivos" dos padres "terceiro-mundistas" reaparece em uma ficha onde está escrito que os "Montoneros são a única organização guerrilheira que têm em seu seio, de forma oficial, sacerdotes com hierarquia de capelão". Mais adiante o mesmo texto, por momentos apagado, traz informações do padre argentino Jorge Adur, que ostentava "o grau de capitão do Exército Montonero... organização que em julho de 78 enviou uma notificação ao Vaticano sobre sua designação". O relatório, com carimbo do Exército brasileiro e supostamente escrito pelos serviços argentinos, está datado em setembro de 1978, quase dois anos antes da desaparecimento de Adur, ocorrida em junho de 1980, pouco depois de ter sido visto no estado do Rio Grande do Sul para onde viajara para apresentar denúncias diante da comitiva do papa João Paulo II".

descobridor dos Arquivos do Terror no Paraguai, o maior acervo de documentos da Operação Condor.<sup>19</sup>

Estes arquivos, descobertos em 22/12/2002, atualmente se encontram no Centro de Documentação dos Direitos Humanos do Poder Judicial da República Paraguaia. No sítio virtual do Almada consta que ele próprio fora vítima da Operação Condor, pois:

De 1972 a 1974, el Gobierno Argentino le otorgó una beca en la Universidad Nacional de La Plata, graduándose con el título de Doctor en Ciencias de la Educación, siendo el primer paraguayo con ese diploma. Su tesis doctoral, "Paraguay: Educación y Dependencia", fue enviada por la Policía argentina a la Policía paraguaya en el marco del Operativo Cóndor (intercambio de información y de prisioneros políticos en el Cono Sur). La Policía Política del régimen militar clasificó la obra como "subversiva" y a su autor como "terrorista intelectual", este constituyó otro factor que motivó su persecución política.<sup>20</sup>

Há registros de que outro local de grande movimentação de torturas e mortes, na Argentina, foi o de *Automotores Orletti*, situado no centro da capital Buenos Aires. Ali se realizava um trabalho de conexão entre os exércitos da Argentina, Brasil, Chile e Uruguai, conhecido como "Vesúbio", no Distrito de Matanzas, Província de Buenos Aires. Grande parte da operosidade do plano de "extermínio" efetuava-se neste centro, de onde os presos eram transportados às bases de Palomar e Morón para serem lançados no Oceano Atlântico.<sup>21</sup>

Como explica Almada, a partir dos anos 80 entrou em ação uma nova fase da Operação Condor que, entre outras tarefas, deu cobertura a várias pessoas procuradas pelos organismos de segurança pública de países latino americanos, razão pela qual muitos repressores fugiram para o Brasil e para o Paraguai no mesmo período, alguns alegando serem perseguidos políticos da democracia. A recompilação de uma dezena de comunicados secretos gerados pela Embaixada do Brasil em Buenos Aires entre 1975 e 1978, ilustra so-

---

<sup>19</sup> Idem.

<sup>20</sup> Disponível em: <<http://www.martinalmada.org/>>, acesso em 30 abr. 2012. A documentação encontrada evidencia que na vigência da Operação Condor foram cometidos os assassinatos do ex-ministro chileno Orlando Letelier, assassinado nos Estados Unidos; do ex-presidente da Bolívia, general Juan José Torres (1970-1971), assassinado na Argentina; dos políticos uruguaios Zelmar Michelini e Héctor Gutiérrez Ruiz, assim como doutor Agustín Goyburú, dirigente do Movimento Popular Colorado, do Paraguai, e de vários ativistas políticos chilenos, argentinos, paraguaios e brasileiros.

<sup>21</sup> Disponível em: <<http://inverta.org/jornal/edicao-impressa/432/debate/operacao-condor-uma-articulacao-multinacional-do-terror-das-ditaduras-militares-do-cone-sul-das-americas>>, citado. O texto lembra que, "no Brasil, o local de embarque para o lançamento ao mar de presos vindos de vários centros de tortura de São Paulo e Rio de Janeiro - os chamados vôos da morte - era Base Aérea do Galeão, situada ao lado do hoje Aeroporto Internacional Antônio Carlos Jobim, sob a chefia do brigadeiro João Paulo Moreira Burnier".

bre os contatos com os altos comandos militares em que se exibem coincidências na necessidade de atuar conjuntamente contra a *subversão*.<sup>22</sup>

Estas formas de ações repressivas tinham de ganhar uniformidade e eficiência maiores para o desiderato perseguido pelos regimes militares, razão pela qual se fazia necessária a articulação no Cone Sul da inteligência, táticas e estratégias dos regimes militares entre si – lembre-se que, em 1976, de 21 países da América Latina, 14 tinham governos militares.

Mas então, é possível estabelecer algum tipo de responsabilidade internacional do Estado – e de forma solidária com outros Estados – por atos concertados de perseguição, sequestro, tortura, desaparecimento e morte de pessoas por motivações políticas?

É o que passo a apreciar.

### 3. HÁ UMA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL E SOLIDÁRIA DOS ESTADOS ENVOLVIDOS EM ATOS DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS EM PERÍODOS DE REGIME MILITAR?

Há registros de que desde 1949 a Organização das Nações Unidas - ONU, através da sua Comissão de Direito Internacional – CDI, vem tentando regulamentar a responsabilidade internacional por fatos ilícitos dos sujeitos internacionais – Estados e Organizações.<sup>23</sup>

Consta do Informe da Comissão de Direito Internacional referente aos trabalhos realizados no 48º período de sessões, de 06 de maio a 26 de junho de 1996, Suplemento 10(A/51/10), pg.130:

51. Em su primer período de sesiones, em 1949, la Comisión eligió la responsabilidad de los Estados entre los temas que, a su juicio, eran idóneos para la codificación. Em respuesta a la resolución 799 (VIII) de la Asamblea General de 8 de diciembre de 1953, em la que se pedía a la Comisión que precediera, tan pronto como lo considerara oportuno a la codificación de los principios del derecho internacional que rigen la responsabilidad de los Estados, la Comisión, em su séptimo período de sesiones, em 1955, decidió iniciar el estudio de la responsabilidad de los Estados y nombró.

a F. V. García Amador Relator especial del tema. Em los seis períodos de sesiones siguientes de la Comisión, de 1956 a 1961, el Relator Especial presentó seis informes sucesivos que trataban em conjunto de la cuestión de la responsabilidad por daños a las personas o los bienes de los extranjeros 174.

<sup>22</sup> Disponível em: <<http://www.martinalmada.org/>>, acesso em 30 abr. 2012.

<sup>23</sup> Conforme excelente trabalho de ESPADA, Cesáreo Gutiérrez. **La responsabilidad internacional de Estados y Organizaciones**. Madrid: Diego Martins Editor, 2011.

52. La Comisión, em su 14º período de sesiones, em 1962, creó um Subcomisión encargada de preparar um informe preliminar com sugerencias sobre el ámbito y enfoque del futuro estudio 175/.

53. Em su 15º período de sesiones em 1963, La Comisión, tras Haber aprobado por unanimidad el informe de la Subcomisión nombró al Sr. Ago Relator Especial del tema.

54. La Comisión, de su 21º (1969) a su 31º (1979) períodos de sesiones recibió ocho informes del Relator Especial 176/.

Em 1996 a CDI estruturou um projeto à ONU que tratava exatamente da responsabilidade dos Estados e Organizações por fatos e atos ilícitos, da relatoria do Prof. Dr. James Crawford, resultando daí – somente em agosto de 2000 – um conjunto de normas apresentado à Sexta Comissão da Assembleia Geral da ONU, os quais foram incorporados pela Resolução/ONU nº56/83, de 28/01/2002, no seu 56º período de sessões.

Pelos termos desta Resolução, em seu art.2º, somente há fato internacionalmente ilícito do Estado quando ocorre, por parte deste e através de seus agentes, ação ou omissão atribuível segundo o Direito Internacional (e não segundo o Direito Interno de cada qual), constituindo violação de obrigação internacional correspondente.

Veja-se que se considera órgão do Estado para tal enquadramento toda a pessoa – física ou jurídica – que tenha esta condição segundo o direito interno deste Estado, não importando as funções que exerça (legislativas, judiciárias, executivas, ou de outra índole), e tampouco a sua posição na estrutura organizacional do ente público (art.4º).<sup>24</sup>

É no art.6º que se vai encontrar dispositivo que pode eventualmente configurar as responsabilidades consorciadas de Estados no âmbito do tema que proponho aqui debater: “Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de un órgano puesto a su disposición por otro Estado, siempre que ese órgano actúe en el ejercicio de atribuciones del poder público del Estado a cuya disposición se encuentra”.

O conceito de órgão aqui já fora estabelecido pelo art.4º, portanto, alcançando os agentes que desempenham funções por ordem do Estado, haja vista que são inúmeras as situações que se colocam como possíveis de tal cooperação, tanto envolvendo o exercício regular de competências e atribuições, como as condizentes com abuso de autoridade ou desvio de finalidade, como bem posto pelo art.7º: “El comportamiento de un órgano del Estado o

---

<sup>24</sup> Diz ainda o art.5º que: “Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o entidad que no sea órgano del Estado según el artículo 4, pero esté facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público, siempre que, en el caso de que se trate, la persona o entidad actúe en esa capacidad”.

de una persona o entidad facultada para ejercer atribuciones del poder público se considerará hecho del Estado según el derecho internacional si tal órgano, persona o entidad actúa en esa condición, aunque se exceda en su competencia o contravenga sus instrucciones”. Da mesma forma se reconhece o fato ilícito internacional quando o comportamento de pessoa ou grupo de pessoas, mesmo sem ter vínculos institucionais com o Estado, encontra-se de fato sob instruções, direção ou controle deste – art.8º.<sup>25</sup>

É verdade que dispôs a normativa no sentido de que um fato ilícito internacional só pode assim ser considerado se existir a obrigação internacional que vincule o Estado no momento em que se produziu o fato (art.13), todavia, a violação desta obrigação que tenha caráter contínuo (sequestro e desaparecimento de pessoas, por exemplo), estende-se durante todo o período no qual tal fato persiste, e se mantém desconforme à obrigação correspondente; da mesma forma que a violação de obrigação internacional em virtude da qual o Estado deveria prevenir tem lugar quando se produz o acontecimento e se estende durante todo o período no qual ele continua a ser desconforme à obrigação – art.14.

No caso da Operação Condor, tem-se o que se poderia nominar de ações consorciadas ou compostas de vários Estados e seus agentes, violadoras de Direitos Humanos e Fundamentais, tanto de ordem interna como internacional, enquadrando-se de igual sorte no que dispõe o art.15, desta Resolução, quando asserta que:

1. La violación por el Estado de una obligación internacional mediante una serie de acciones u omisiones, definida en su conjunto como ilícita, tiene lugar cuando se produce la acción u omisión que, tomada con las demás acciones u omisiones, es suficiente para constituir el hecho ilícito.
2. En tal caso, la violación se extiende durante todo el período que comienza con la primera de las acciones u omisiones de la serie y se prolonga mientras esas acciones u omisiones se repiten y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional.

Esta situação é tão presente na ordem internacional que o art.16, da normativa analisada, reconhece expressamente a possibilidade de existir ajuda ou assistência na realização de fato ilícito de direito internacional, justamente quando se efetiva a colaboração de um Estado com outro – sempre

---

<sup>25</sup> Ainda mais, pelos termos do art.9º: “Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o esse grupo de personas ejerce de hecho atribuciones del poder público en ausencia o em defecto de las autoridades oficiales y en circunstancias tales que requieren el ejercicio de esas atribuciones”.

através de seus agentes, devendo responder cada Estado pela dano que causou<sup>26</sup>:

1) El artículo 16 trata del caso em que um Estado presta ayuda o asistencia a outro Estado a fin de facilitar la comisión por este último de um hecho internacionalmente ilícito. Estos casos se dan cuando un Estado presta voluntariamente asistencia o ayuda a outro Estado em la comisión de um hecho que viola las obligaciones internacionales del último Estado, por ejemplo, proporcionándole a sabiendas um elemento esencial o financiando la actividad de que se trate. Otros ejemplos serían proporcionar los medios de cerrar una via navegable internacional, facilitar el secuestro de personas em territorio extranjero o ayudar em la destrucción de bienes pertenentes a nacionales de um tercer país. Em cada caso el Estado primariamente responsable es el Estado que lo comete y el Estado que presta asistencia solo tiene una función de apoyo. De ahí que em el artículo 16 se emplee la expresión “por este último”, que hace una distinción entre el caso del Estado que presta ayuda o asistencia y el de los Estados que son coautores o coparticipes em la comisión de um hecho internacionalmente ilícito. Según el artículo 16, no debe confundirse la ayuda o asistencia que presta um Estado com la responsabilidad del Estado que comete el hecho. Em tales casos el Estado que presta asistencia solo será responsable em la medida em que su propio comportamiento haya causado el hecho internacionalmente ilícito o contribuido a sua comisión. Así, cuando el hecho internacionalmente ilícito habria ocurrido manifiestamente em cualquier caso, la responsabilidad del Estado que presta asistencia no incluirá la obligación de indemnización por el hecho em si.

Mas quais são as responsabilidades do Estado ou dos Estados que atuam cooperativamente à concreção do(s) fato(s) ilícito(s) pelos termos desta Resolução?

Diz o art.30, e seguintes, que deve o Estado por fim aos fatos ilícitos cometidos, oferecer segurança e garantias adequadas de não repetição dos mesmos, reparar integralmente os prejuízos – materiais e imateriais –, pela via da restituição, indenização e satisfação<sup>27</sup>, causados pelo fato, não poden-

---

<sup>26</sup> In Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 53º Período de Sesiones, 2001, p.153, fazendo um comentário ao art.16.

<sup>27</sup> Assim dispõe a normativa: “**Artículo 35. Restitución.** El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a la restitución, es decir, a restablecer la situación que existía antes de la comisión del hecho ilícito, siempre que y em la medida em que esa restitución: a) No sea materialmente imposible; b) No entrañe una carga totalmente desproporcionada con relación al beneficio que derivaría de la restitución em vez de la indemnización. **Artículo 36 Indemnización.** 1. El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a indemnizar el daño causado por ese hecho em la medida em que dicho daño no sea reparado por la restitución. 2. La indemnización cubrirá todo daño susceptible de evaluación

do invocar as disposições de seu direito interno como justificativa de descumprimento das obrigações que lhe incumbem em face do disposto da Resolução, e mais, “Las obligaciones del Estado responsable enunciadas en la presente parte pueden existir con relación a otro Estado, a varios Estados o a la comunidad internacional en su conjunto, según sena, em particular, la naturaleza y el contenido de la obligación internacional violada y las circunstancias de la violación”.<sup>28</sup>

Mesmo os Estados não lesionados diretamente por fatos ilícitos internacionais praticados por outros Estados têm direito de invocar a responsabilidade destes – nas condições do art.48 -, podendo reclamar do(s) responsável(eis) a cessação do fato ilícito denunciado e as medidas de segurança e garantias de não repetição, bem como o cumprimento da obrigação de reparação aos atingidos por tais atos. O comentário de Edith Brown é muito interessante:

The most interesting and presumably still controversial part of Article 48 is subparagraph (1)(b), which covers breaches of obligations “owed to the international community as a whole.” Here the Commission draws upon the International Court of Justice’s famous dictum in *Barcelona Traction* that there is a distinction between obligations owed to particular states and those owed to “the international community as a whole” and that as regards the latter, “all States can be held to have a legal interest in their protection.” Although the Court referred to these as obligations *erga omnes*, the Commission eschews this term on the grounds that it has sometimes been confused with obligations owed to all parties to a treaty. Article 48 essentially reverses the Court’s position in the *South West Africa* cases, where the ICJ declined to recognize the standing of Ethiopia and Liberia to seek a declaration on the illegality of South Africa’s actions in South West Africa (now Namibia). It permits states to raise claims regarding obligations owed to the community as a whole. This category of obligations is likely to grow, especially

---

financiera, incluido el lucro cesante en la medida en que éste sea comprobado. **Artículo 37. Satisfacción.** 1. El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a dar satisfacción por el perjuicio causado por ese hecho en la medida en que ese perjuicio no pueda ser reparado mediante restitución o indemnización. 2. La satisfacción puede consistir en un reconocimiento de la violación, una expresión de pesar, una disculpa formal o cualquier otra modalidad adecuada. 3. La satisfacción no será desproporcionada con relación al perjuicio y no podrá adoptar una forma humillante para el Estado responsable”. Grifos meus.

<sup>28</sup> Art.33. Grifo meu. Ver o texto de VÁZQUEZ, Roxana de Jesús Ávalos. *Responsabilidad del Estado por hecho internacionalmente ilícito*. Coleção Breviarios jurídicos, nº46. México: Porrúa, 2007. Neste texto, a autora lembra que a Resolução nº95, da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 11/12/1946, já fazia referência no trata desta matéria aos chamados *Princípios de Nuremberg*, codificados pela Comissão de Direito Internacional, em 29/07/1950. Infelizmente, depois do final do tribunal de NUREMBERG, em outubro de 1946, até o início do processo pelos crimes de guerra da antiga Iugoslávia, em 1993, não houve mais atividades acionadas pelo D. Penal Internacional.

in human rights and environmental protection. In the Barcelona Traction case, the Court enunciated a handful of such obligations: acts of aggression, genocide, slavery, and racial discrimination.<sup>29</sup>

Resta claro, pois, que no Direito Internacional contemporâneo – no qual existem normas bilaterais, multilaterais, dispositivas e imperativas –, a obrigação de reparar nascente para um Estado ou Organização que cometeu o chamado fato ilícito internacional pode surgir da reclamação de outro sujeito internacional, assim como da comunidade internacional em seu conjunto, a despeito de que, em tese, em matéria de responsabilidade internacional, os comportamentos de particulares ou entidades não pode ser atribuível ao Estado, mas tão somente aqueles operados por seus órgãos que tenham atuado sob sua direção ou controle, ou ainda por terceiros instigados por estes órgãos.

Todavia, antes disto, é preciso que o Estado demande a resposta devida pelas vias formais, diretamente ao(s) violador(es), informando que pretende adotar as contramedidas caso restem infrutíferas as possibilidades de negociação e conciliação do ocorrido. E mais, considerando que tais medidas têm caráter temporal definido – enquanto durarem os atos internacionalmente ilícitos, ou seus efeitos, ou a ausência de reparação -, deverão ser suspensas quando seus fatos geradores não mais existirem, ou quando a controvérsia haja se submetido a um tribunal internacional.<sup>30</sup>

Há que se contar, ainda, com a tradicional posição das Cortes Internacionais sobre a compreensão de que somente pode se exercer – em regra e em tese – a proteção diplomática dos Direitos de que estou falando quando o violado (ou quem o represente) tenha esgotado todos os recursos internos do seu Estado de origem, a despeito de que tal regra possa se flexibilizar, ou até não ser aplicada nas situações, dentre outras, em que: (a) inexistam meios e

---

<sup>29</sup> BROWN, Edith Weiss. **Invoking State responsibility in the twenty-first century**. In Report of the International Law Commission on the Work of Its Fifty-third Session, 56th Sess., Sup. No. 10, at 43, UN Doc. A/56/10, 2001, p.12. Diz ainda a autora que: “The inclusion of the new Article 48(1)(b) was not accepted without controversy in the Commission. One member wanted to delete the article entirely because it was not a core issue of state responsibility. Apesar disto, o artigo 48(2) provides that any state that is entitled to invoke the responsibility of another state may ask not only for the cessation of the act and assurances that it will not recur, but also for reparation of the interest of the injured state or of the beneficiaries of the obligation that has been breached”. Ver também o texto de Ver o texto de CRAWFORD, James R. **Responsibility to the International Community as a Whole**. In Global Legal Studies Journal, vol.303, nº320/2001, p.08.

<sup>30</sup> Ver o texto de CRAWFORD, James. **Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado: Introducción, texto y comentarios**. Madrid: Dykinson, 2004. Lembra o autor que estas contramedidas não podem afetar determinadas obrigações, tais como: (a) obrigação de abster-se de recorrer à ameaça de uso da força, tal como anunciada na Carta das Nações Unidas; (b) as obrigações estabelecidas à proteção dos Direitos Humanos e Fundamentais; (c) as obrigações de caráter humanitário que proíbem represálias; (d) em caráter geral, todas as obrigações que emanam de normas do *ius cogens*.

formas razoáveis de recursos internos que prevejam uma reparação efetiva, ou que não ofereçam nenhuma opção razoável de obtê-la; (b) que o Estado demandado renuncie a este requisito de forma expressa ou tácita.<sup>31</sup>

Para além disto, há a advertência que faz:

El artículo 8 del Proyecto sobre Responsabilidad del Estado, en lo relativo al comportamiento de personas o grupos de personas que actúan bajo el “control” de un Estado, codifica una norma de atribución de carácter consuetudinario. La interpretación del alcance de la noción de “control”, en el contexto de la fragmentación del DI y las dificultades derivadas de su diversificación y expansión, generó un tipo de conflicto normativo: el de la relación entre la ley general y una interpretación particular de la normativa general (CDI, 2006, 32). El tema cuenta con una importante base de análisis a partir de los asuntos sometidos a la Corte Internacional de Justicia (CIJ, Personal Diplomático y Consular de los Estados Unidos en Teherán, 1980; las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua, 1986 y la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del crimen de Genocidio, 2007) y del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY, el asunto Prosecutor c. Tadic, de 1999). La jurisprudencia determinó como criterios de atribución de RI: orden concreta, encargo específico, control efectivo e instrucciones específicas.<sup>32</sup>

O problema é que o critério do *controle efetivo* implica a atribuição ao Estado de responsabilidade nos casos onde não há uma ordem concreta, cabendo diferentes graus de sujeição a ele, o que gera múltiplas possibilidades de atribuição de sentido a este controle, e profundas controvérsias hermenêuticas.

Veja-se que a Resolução nº2625 (XXV), da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 24/10/1970, tratando da Declaração relativa aos princípios de Direito Internacional referentes às relações de amizade e cooperação entre os Estados, conforme a Carta das Nações Unidas, em seus parágrafos 8º e 9º, estabeleceu o dever do Estado de abster-se de organizar ou fomentar a organização de forças irregulares ou de bandos armados, incluídos mercenários, para fazer incursões em território de outro Estado, bem como abster-se de

<sup>31</sup> A doutrina que trata do tema é também conservadora e deficitária. Ver o texto de KLABBERS, Jan. **An introduction to International Institutional Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. De igual sorte os textos de: CRAWFORD, James. **Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado: Introducción, texto y comentarios**. Madrid: Dykinson, 2004; AIZENSTATD Leistenschneider & NAJMAN Alexander. **La responsabilidad internacional de los Estados por actos ilícitos, crímenes internacionales y daños transfronterizos**. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Vol.12, 2012.

<sup>32</sup> MORENO FERNANDEZ, Augusto. La atribución al Estado de Responsabilidad Internacional por los hechos ilícitos de los particulares e intentos de flexibilización. In REEL, 2006. Disponível em: <<http://www.reei.org/reei%2012/articulos12.htm>>, p.08, acesso em 08 maio 2012.

organizar, instigar, ajudar ou participar em atos de guerra civil, ou em atos de terrorismo em outro Estado, ou ainda de consentir com atividades organizadas dentro de seu território, quando estes impliquem recorrer à ameaça e uso da força.

Daí que o Relator para estes assuntos das Nações Unidas, Roberto Ago, em um de seus informes atinentes à responsabilidade do Estado por atos de terceiros, teve oportunidade de registrar que, pelos termos da proposta do art.8º, acima referido, restaria configurada quando os atos de terceiros ocorressem com qualquer tipo de participação do Estado – omissivas e comissivas. No ponto, Ago lembra o caso Eichmann, que envolveu Israel e Argentina:

Después de la segunda guerra mundial, en 1960, Adolf Eichmann, súbdito alemán activamente buscado por crímenes de guerra, fue encontrado en la noche del 11 al 12 de mayo por un grupo de nacionales israelíes en un suburbio de Buenos Aires en donde Eichmann se había refugiado después de haber vivido sucesivamente en diversos países. Secuestrado por estas personas, fue transportado el 25 de mayo a Israel para ser juzgado. El Gobierno israelí, tanto em su correspondencia diplomática con el Gobierno argentino como más tarde ante el Consejo de Seguridad, ante el que había recurrido la Argentina, afirmó que el secuestro era obra de un “grupo de voluntarios” que habían actuado espontáneamente sin que el Gobierno israelí estuviese informado de ello. No obstante, expresó su pesar “en el caso de que el grupo de voluntarios hubiese infringido las leyes argentinas o atentado contra la soberanía argentina”. En cambio, el Gobierno argentino veía en esta misma expresión de pesar el reconocimiento, por parte del Gobierno israelí, de su responsabilidad. Según su tesis, la operación la habían llevado en realidad emisarios secretos del Gobierno israelí y, aun admitiendo la idea de que los voluntarios hubiesen actuado sin saberlo el Gobierno israelí, de todas formas era patente que este último había aprobado seguidamente el hecho consumado en menoscabo de la soberanía argentina y se había solidarizado con sus autores.<sup>33</sup>

Não se podem esquecer as experiências ocorridas em alguns países europeus envolvendo a internacionalização da apuração de responsabilidades pelos atos sob comento, em especial a espanhola a partir de 2005, quando processa estrangeiros por violação de Direitos Fundamentais no estrangeiro -

---

<sup>33</sup> In Anuario de Derecho Internacional, publicado pela Comisión de Derecho Internacional, 1971, V.2, A/CN.4/246, p.49. Ver nesta direção o trabalho de BARBOZA, Juan. **Temas Recientes de la Comisión de Derecho Internacional**. Buenos Aires: CARL, 2007, lembrando as atividades militares e paramilitares envolvendo Nicarágua e os EUA, conforme o CIJ, recueil 1986; e na aplicação da convenção sobre a prevenção e repressão de crimes de genocídio, envolvendo a Bósnia y Herzegovina x Servia, CIJ, recueil 2007.

caso Pinochet; na Bélgica também houve vários processos de ditadores africanos.

#### 4. CONCLUSÃO

Por tais argumentos, em tese, deduz-se que todo o Estado que tenha proporcionado instruções concretas ou haja exercido o controle sobre determinado grupo de pessoas no cometimento de atos ilícitos internacionais, deve ser responsabilizado de forma solidária com todos os envolvidos, impondo-se a análise particular das relações entre os atos levados a efeito e as instruções ou participação estatais indutoras destes, haja vista que os conceitos de instrução, direção e controle descritos no art.8º, são disjuntivos, ou seja, basta que se prove que um deles ocorreu com nexo causal do resultado ilícito. Todavia, agora em 2007, em meu juízo de forma equivocada, a Corte Internacional de Justiça, se pronunciou sobre a matéria, confirmando o entendimento de que o Estado é responsável somente pelos comportamentos que seus agentes desenvolvem, pois o comportamento de particulares será atribuído ao Estado quando se verifique o chamado *teste do controle efetivo* deste Estado sobre dito comportamento.<sup>34</sup>

Há muito ainda o que discutir.

#### REFERÊNCIAS

ANUARIO DE DERECHO INTERNACIONAL, publicado pela Comisión de Derecho Internacional, ILC, 1971 V.2, A/CN.4/246.

AIZENSTATD Leistenschneider & NAJMAN Alexander. **La responsabilidad internacional de los Estados por actos ilícitos, crímenes internacionales y daños transfronterizos**. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Vol.12, 2012.

BARBOZA, Juan. **Temas Recientes de la Comisión de Derecho Internacional**. Buenos Aires: CARI, 2007.

BARRETO, Túlio Velho. **O golpe de 1964 e a Operação Condor**. Disponível em: <<http://acertodecontas.blog.br/artigos/o-golpe-de-1964-e-a-operao-condor>>. Acesso em: 19 mar. 2012.

---

<sup>34</sup> Ver o texto Corte Internacional de Justicia, Aplicación de la Convención sobre la prevención y la represión del Crimen de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia), Recueil 2007 (disponível em [www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org)). Na mesma direção ver Corte Internacional de Justicia, Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua, (Nicaragua c. Estados Unidos), Recueil 1986, (disponível em [www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org)).

BROWN, Edith Weiss. **Invoking State responsibility in the twenty-first century.** In Report of the International Law Commission on the Work of Its Fifty-third Session, 56th Sess., Sup. No. 10, at 43, UN Doc. A/56/10, 2001.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Aplicación de la Convención sobre la prevención y la represión del Crimen de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia), Recueil 2007 (disponible em [www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org)).

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua, (Nicaragua c. Estados Unidos), Recueil 1986, (disponible em [www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org)).

CRAWFORD, James R. **Responsibility to the International Community as a Whole.** In Global Legal Studies Journal, vol.303, nº320/2001.

CRAWFORD, James. **Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado: Introducción, texto y comentarios.** Madrid: Dykinson, 2004.

ESPADA, Cesáreo Gutiérrez. **La responsabilidad internacional de Estados y Organizaciones.** Madrid: Diego Martins Editor, 2011.

HOUSSE, Pedro. **Las Aves de Chile.** Santiago: Universidad de Chile, 2002.

KLABBERS, Jan. **An introduction to International Institutional Law.** Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

LEAL, Rogério Gesta. **Verdade, Memória e Justiça no Brasil: responsabilidades compartilhadas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MORENO FERNANDEZ, Augusto. **La atribución al Estado de Responsabilidad Internacional por los hechos ilícitos de los particulares e intentos de flexibilización.** In REEL, 2006, disponible em <http://www.reei.org/reei%2012/articulos12.htm>.

OSPINA, Hernando Calvo. **Pinochet, la CIA y los terroristas cubanos.** Disponible em: <[www.rebellion.org](http://www.rebellion.org)>. Acesso em: 23 ago. 2003.

PADRÓS, Enrique Serra. **El vuelo del Condor em la frontera uruguayo-brasileña: la conexión represiva internacional y el operativo zapatos rotos.** In Revista Estudos Históricos – CDHRP. Nº1, mayo de 2008.

PIGNOTII, Dario. **Ditadura brasileira foi cérebro da repressão na América Latina.** Disponible em: <[http://groups.google.com/group/disciplinappgenrique/browse\\_thread/thread/106d359e718d976a/dc501f6580b5e7ae#dc501f6580b5e7ae](http://groups.google.com/group/disciplinappgenrique/browse_thread/thread/106d359e718d976a/dc501f6580b5e7ae#dc501f6580b5e7ae)>. Acesso em: 30 abr. 2012.

TELES, Janaína. **Operação Condor - Uma Articulação Multinacional do Terror das Ditaduras Militares do Cone Sul das Américas.** Disponible em: <<http://>

[inverta.org/jornal/edicao-impressa/432/debate/operacao-condor-uma-articulacao-multinacional-do-terror-das-ditaduras-militares-do-cone-sul-das-americas](http://inverta.org/jornal/edicao-impressa/432/debate/operacao-condor-uma-articulacao-multinacional-do-terror-das-ditaduras-militares-do-cone-sul-das-americas)>. Acesso em: 30 abr. 2012.

VÁZQUEZ, Roxana de Jesús Ávalos. **Responsabilidad del Estado por hecho internacionalmente ilícito**. Coleção Breviarios jurídicos, nº46. México: Porrúa, 2007.





# A CONTRIBUIÇÃO DO PENSAMENTO MARXISTA PARA O ENFRENTAMENTO DA CRISE SOCIOAMBIENTAL CONTEMPORÂNEA

---

*Sérgio Augustin\**

*Natacha John\*\**

*Sieli Pontalti\*\*\**

## **Resumo**

A partir das contribuições do pensamento marxista o presente trabalho busca demonstrar que a degradação dos recursos naturais (natureza), bem como a alienação do homem a partir dos tempos modernos, originam-se do somatório do modo de produção capitalista com a ideologia antropocentrista desenvolvida ao longo dos séculos. Desse modo, visa apontar que a concentração da população nos meios urbanos faz com que haja obstáculos na relação entre o homem e o meio natural, o que gera a degradação ambiental, por não haver retorno à própria natureza dos elementos naturais extraídos pelo próprio homem.

## **Palavras-chave**

Alienação. Capitalismo. Marxismo ecológico. Crise sociambiental.

## **Abstract**

From the contributions of Marxist thought this paper seeks to show that the degradation of natural resources (nature), as well as the alienation of man from modern times, originate from the sum of the capitalist mode of production with the ideology developed by anthropocentric over the centuries. Thus, aims to point out that the concentration of population in urban areas makes no obstacles in the relationship between man and the natural environment, which leads

---

\* Doutor pela Universidade Federal do Paraná, coordenador do Programa de Pós Graduação (Mestrado Acadêmico em Direito) da Universidade de Caxias do Sul. Atualmente é membro da Comissão de Minter/Dinter e da Comissão de APCNs na Área do Direito junto a atual gestão da CAPES/Ministério da Educação (desde julho 2011). É juiz de Direito no Estado do Rio Grande do Sul.

\*\* Mestranda em Direito (UCS), área de concentração em Direito Ambiental e Sociedade, na linha de pesquisa Direito Ambiental e Novos Direitos. Graduada pelo Centro Universitário Franciscano – UNIFRA. Integrante do grupo de pesquisa “Alfabetização Ecológica, Cultura e Jurisdição: uma incursão pelas teorias da decisão” na UCS. Advogada.

\*\*\* Mestranda em Direito (UCS), área de concentração em Direito Ambiental e Sociedade, na linha de pesquisa Direito Ambiental e Novos Direitos. Graduada pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Consultora e projetista ambiental.

to environmental degradation, because there is no return to the very nature of the natural elements extracted by the man

### **Keywords**

Alienation. Capitalism. Ecological Marxism. Sociambiental crisis.

## 1. INTRODUÇÃO

Os dilemas da atualidade para compreensão da crise ambiental conduzem a necessidade de uma análise histórica e filosófica da sociedade, na sua organização, bem como seu sistema político e econômico. É neste sentido que o materialismo de Marx, auxilia no entendimento de questões fundamentais como os problemas ligados ao consumismo exacerbado, a globalização, a fragilidade estatal, má distribuição da terra e também sobre o sistema capitalista.

A percepção histórico-crítica da realidade social está baseada nos pressupostos materialistas voltados para a compreensão da relação homem-natureza mediada pelo trabalho, assim quando Marx mencionou o fenômeno a alienação do trabalho humano, sem dúvida nenhuma estava referindo-se à alienação do homem com relação à natureza. Neste sentido, podemos aludir que a divisão do trabalho em conjunto com outros fatores do desenvolvimento do capitalismo acabou inserindo o homem e um contexto que não consegue mais perceber tanto as suas reais necessidades, bem como a importância da preservação do meio ambiente para conseguir esse objetivo.

Diante de tal situação, o presente trabalho tem por objetivo analisar a crise vivenciada pela modernidade, partindo da concepção de sociedade de risco, para compreensão da crise do capitalismo, uma posterior abordagem do fenômeno da alienação segundo Marx sua visão ecológica, e por fim as contribuições que o pensamento marxista pode trazer para o enfrentamento da crise ambiental.

O trabalho busca enfatizar o papel importante que a ecologia marxista desempenha ao reavivar o espírito crítico do movimento ambientalista, adormecido muitas vezes por um pragmatismo, chamando atenção para necessidade de rever padrões de consumo e de produção econômica e a perspectiva de buscar a efetiva saída para a chamada crise ambiental

## 2. A CRISE DA MODERNIDADE: UMA CONSEQUÊNCIA DA CRISE DO CAPITALISMO

A humanidade se desenvolve em um ritmo extremamente acelerado, onde a visão estritamente econômica a respeito do crescimento de nossa sociedade faz com que os riscos decorrentes deste desenvolvimento sejam, muitas vezes, esquecidos. Desde uma operação individual, até as ações em massa, todos os acontecimentos presentes na sociedade pós-moderna acarre-

tam em conseqüências globais e, junto a elas, a possibilidade de danos não previstos. São ameaças que incidirão, principalmente, no meio ambiente<sup>1</sup> que nos cerca e, por conseqüência, contra a própria existência do homem na terra. Esta inevitável relação entre desenvolvimento da sociedade, expansão tecnológica e os perigos deles decorrentes são o objeto de análise do modelo sociológico conhecido por sociedade de risco.

Os avanços econômicos que o homem fez ao longo de sua história sobre a terra são inegáveis; também é evidente, que esse desenvolvimento gerou implicações danosas ao meio ambiente. A sociedade evoluiu dentro de uma ideologia que privilegia os interesses econômicos e o Direito passou a ter um papel importante na regulação das relações sociais ante o caos que se instaurou sobre a natureza. Consequentemente surge uma sociedade capitalista, entrelaçada pela globalização como marca de uma relação diferente do homem com seu mundo e, sobretudo, com o Direito.

Ulrich Beck, ao fazer uma abordagem percussora da concepção de sociedade de risco (*Risikogesellschaft*), traça um paralelo necessariamente existente entre a crise ecológica e o atual processo de globalização, as descobertas tecnológicas, o sujeito cada vez mais individualizado e as políticas econômicas capitalistas que permeiam nosso meio. Trata-se de um momento histórico posterior à modernidade industrial, agora denominada sociedade reflexiva, onde não mais se podem prever as ameaças concomitantes ao desenvolvimento do homem<sup>2</sup>. Complementando esta idéia, afirma o autor:

Los riesgos que se generan en el nivel más avanzado des desarrollo de las fuerzas productivas (con ello me refiero sobre todo a la radiactividad, que se sustrae por completo a la percepción humana inmediata, pero también a las substancias nocivas y tóxicas presentes en el aire, en el agua y en los alimentos, con sus consecuencias a corto y largo para las plantas, los animales y los seres humanos) se diferencian esencialmente de las riquezas. Estos riesgos causan daños y a menudo irreversibles, suelen permanecer invisibles, se basan em interpretaciones causales, por que solo se establecen em el saber (científico e anticientífico) de ellos, y en saber pueden ser transformados, ampliados o reducidos, dramatizados o minimizados, por lo que están abiertos en una medida especial a los procesos sociales de definición. Con

---

<sup>1</sup> “Hoje em dia, as ações cotidianas de um indivíduo produzem conseqüências globais. Minhas decisão de comprar uma determinada peça de roupa, por exemplo, ou um tipo específico de alimento, tem múltiplas implicações globais. Não somente afeta a sobrevivência de alguém que vive do outro lado do mundo, mas pode contribuir para um processo de deterioração ecológica que em si tem conseqüências para toda a humanidade.” (GIDDENS, Anthony. “A vida de uma sociedade pós-tradicional”. In: BECK, Ulrich. GIDDENS, Anthony. LASH, Scott. Modernização Reflexiva. São Paulo: Editora Unesp, 1997, p. 75)

<sup>2</sup> BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 1998, p.199-200.

ello, los medios y las posiciones de la definición del riesgo se convierten em posiciones sociopolíticas clave.<sup>3</sup>

Frente este preocupante cenário, urge um debate sobre este atual comportamento de risco da sociedade e as ameaças ambientais dele decorrente, ameaças a um bem que pertence, justamente, a toda a coletividade. De acordo como conceito de risco, Niklas Luhmann dispõe como sendo as probabilidades e improbabilidades existentes nas tomadas de decisões dentro de um determinado sistema, cujo resultado futuro não é nem certo, e nem impossível: “*Los riesgos son una forma muy específica de disposición hacia el futuro, en la medida em que debe decidirse em ele médio de la probabilidad-improbabilidad*”<sup>4</sup>.

Numa época em que as indetermináveis conseqüências da evolução tecnológica e do desenvolvimento representam concretas ameaças à sociedade, tal constatação toma graus assustadores e preocupantes.<sup>5</sup> Assim, através desta observação, objetiva-se amparar a defesa ao meio ambiente equilibrado no presente, para que este bem reste preservado para os indivíduos no futuro:

Trata-se de desenvolver o modelo sociológico de Beck a partir daquele vínculo específico com o futuro, que se acredita passar por uma perspectiva por uma perspectiva gestão desses riscos. E não só o direito de regulação mostra suas deficiências diante do problema do risco, mas a própria organização do modelo estadual, constituída ainda debaixo dos padrões da racionalidade e segurança, pouco aptos a lidar com padrões da imprevisibilidade, deve passar pela necessária revisão, que se repete cada vez mais. Tal situação do modelo estatal tende a conduzir o atual estado de direito a formas de comunicação cada vez mais difusas e multiplicativas com os diversos sistemas de diferenciação, para que este estado possa lidar de forma mais eficiente com um problema que é duplo.<sup>6</sup>

O ser humano tem sua existência extremamente dependente do ambiente que o cerca. Suas condutas, no entanto, parecem não reconhecer tal condição, nem para nossa atual geração, muito menos para com as próximas. Deste modo, conforme evidenciado a falta de apreço dos limites naturais do planeta em prol ao crescimento econômico, insere-se a importância da gestão

---

<sup>3</sup> BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998, p. 28.

<sup>4</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia del riesgo*. Guadalajara: Universidad Iberoamericana de Guadalajara, 1992, 115.

<sup>5</sup> Nas palavras de Ilya Prigogine, “assistimos ao surgimento de uma ciência que não mais se limita a situações simplificadas, idealizadas, mas nos põe diante da complexidade do mundo real.” (PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas. Tempo, caos e as leis da natureza*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Unesp, 1996, p. 14.)

<sup>6</sup> LEITE, José Rubens Morato. AYALA, Patrick de Araújo. *Direito Ambiental na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.20.

dos recursos naturais, quais suas implicações no manejo dos riscos que os ameaçam.

Neste sentido, referindo-se sobre a crise do capitalismo<sup>7</sup> pode-se afirmar, de forma simplificada que, para Marx, o motivo está na própria irracionalidade do processo produtivo que acarreta no sistema uma crise constante, gerada por causas distintas, na eterna guerra da produção de mercadorias e acumulação do lucro. Assim, podemos compreender que o capitalismo se alimenta de crises cíclicas que acarretam mudanças na forma de exploração a partir do sacrifício da classe trabalhadora e da natureza, conforme acontece na atualidade.

Segundo Marx é através do trabalho que o homem se apropria da natureza, sendo seu principal diferencial dos animais, pois para atender suas necessidades acaba estabelecendo com a natureza uma relação de exploração:

[...] essas relações determinadas para com a natureza são condicionadas pela forma da sociedade e vice-versa. Aqui, como em toda parte, aliás, a identidade entre o homem e a natureza aparece também sob esta forma, ou seja o comportamento limitado dos homens face a natureza condiciona seu comportamento limitado ente si, e este condiciona, por sua vez, suas relações limitadas com a natureza...<sup>8</sup>

O pensamento marxista, procura explicar que a partir da exploração da natureza é que o homem a transforma em mercadoria, na medida em que ao explorá-la a converte em produto, podendo assim, ser verificado que o meio ambiente acabou se transformando na mercadoria da atualidade. Igualmente, esta é a lógica da crise conforme Marx, a velocidade de construir e destruir relações para alimentação do sistema, nos evidenciando que o mercado nunca é harmônico nas suas relações, sempre necessitando alargar seus horizontes para conseguir atingir o estado cíclico de crise.

### 3. A ALIENAÇÃO E A VISÃO ECOLÓGICA SEGUNDO MARX

Na obra *Manuscritos econômicos e filosóficos de 1844*, Marx desenvolveu o seu conceito acerca da alienação no trabalho. Inicialmente, cabe salientar que o homem começou seu processo de alienação no momento em que ocorreu o cerceamento das propriedades, passando a se concentrar nas mãos de pou-

---

<sup>7</sup> “Se o capital é valor que valoriza, os momentos em que ele desvaloriza o valor existente de maneira inevitável, comprometendo assim a base de seu crescimento, são momentos em que ele mesmo se contradiz, negando as condições de sua existência”. MARX, Karl. *O Capital*. 19<sup>o</sup> ed. São Paulo: Civilização Brasileira, 2002, p. 109.

<sup>8</sup> MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia Alemã*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 25.

cos e fazendo com que o produtor não tivesse mais acesso a terra e à natureza.

Assim, com a evolução do regime capitalista e o fortalecimento do sistema urbano-industrial, no aspecto sócio-econômico agravou-se a realidade do século XIX, com temerosos índices de pobreza e miséria, uma vez que uma grande quantidade de pessoas se concentravam nos centros urbanos, resultando em um grande número de mão de obra, que passou a ser desvalorizada.

Neste sentido, cumpre referir que a divisão do trabalho se aprofundou cada vez mais, tornando o processo produtivo cada vez mais fracionado, fazendo com que o processo de produção se tornasse estranho ao homem, o que Marx chamou de alienação. O auge dessa alienação seria a concretização do sistema capitalista, visto que a alienação se estende a todas as relações humanas, tornando o indivíduo estranho para si próprio e resultando em uma condição social de um “não ser”.<sup>9</sup> Segundo Marx, a alienação pode ser descrita da seguinte maneira:

Na medida em que o trabalho estranhado 1) estranha do homem a natureza, 2) [e o homem] de si mesmo, de sua própria função ativa, de sua atividade vital; ele estranha do homem o gênero [humano]. [...] 3) [...] (o trabalho estranhado) estranha do homem o seu próprio corpo, assim como a natureza fora dele, tal como a sua essência espiritual, sua essência humana.<sup>10</sup>

Ainda, sobre o conceito de alienação do homem a autora Marilena Chauí<sup>11</sup>, alude que na seara do trabalho a dificuldade maior de superação, reside no fato de que a efetiva situação (alienação) em que se depara o trabalhador surge como algo natural, e que deve continuar nesse status, de tal modo aduz autora:

A naturalização é a maneira pela qual as idéias produzem alienação social, isto é, a sociedade surge como uma força natural e poderosa, que faz com que tudo seja necessariamente como é. Senhores por natureza, escravos por natureza, cidadãos por natureza, proletários por natureza, assalariados por natureza, etc.

O afastamento dos produtores dos meios de produção dificultava o entendimento de qual era o objetivo de seu trabalho, uma vez que não existia qualquer tipo de identificação do trabalhador com o seu produto final<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> MARX, Karl. *Manuscritos econômicos e filosóficos*. São Paulo: Boitempo, 2008 p. 87-170.

<sup>10</sup> MARX, Karl. *Manuscritos econômicos-filosóficos*. São Paulo. Boitempo, 2008, p. 84-85.

<sup>11</sup> CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. 10ª ed. São Paulo: Ática, 1998, p. 417

<sup>12</sup> “Se o próprio produto do trabalho é estranho ao produtor, então a própria atividade laborativa em si deve causar estranhamento. No modo de produção capitalista, o trabalhador não tem identificação com o trabalho, ao passo que contrai relações involuntárias para suprir necessidades alheias ao ambiente laborativo.” BELLO, Enzo, KELLER, Rene. *A pobreza como fruto*

Por conseqüência, é válido ressaltar que o regime capitalista também afetou a qualidade de vida do trabalhador, insurgindo uma realidade que Marx designou de “poluição universal”, referindo-se às péssimas condições de higiene e segurança em que o trabalho era desenvolvido. Desse modo, “A alienação dos trabalhadores nas grandes cidades chegou assim ao ponto em que a luz, o ar, a limpeza, não eram mais parte da sua existência; em vez disso, eram a escuridão, o ar poluído e o esgoto in natura, não-tratado, que constituíram o seu ambiente natural.”<sup>13</sup>

O capitalismo e o trabalho alienado descrito Marx, dificultavam a relação entre o homem e a natureza, pois cada vez mais explorava os recursos naturais na busca desenfreada pelo desenvolvimento. Assim, importante mencionar a contribuição de Engels, sinalizando para acuidade das leis da natureza:

E assim nós somos lembrados a cada passo que, de forma alguma, dominamos a natureza como um conquistador domina um povo estrangeiro, como alguém que se encontra fora da natureza. Nós dependemos dela com carne, sangue e cérebro, estamos situados dentro dela e toda nossa dominação sobre ela, com a vantagem diante de todas outras criaturas, consiste em podermos conhecer suas leis e usá-las de forma adequada<sup>14</sup>

Contudo, para entender a complexidade da degradação ambiental é imperativo ponderar suas condições históricas e sociais. No que se refere ao modo de produção capitalista tudo tende a ser transformado em mercadoria e a produção em massa é a tendência predominante, o valor de uso do produto ou serviço não tem preferência e sim seu valor de troca. A mercadoria precisa ser negociada o mais breve possível para consolidar o processo de geração de mais-valia e lucro nela existente.

Assim, podemos mencionar que sistema capitalista caminha em sentido contrário, quando pretende gerar uma grande produção em escala, ao mesmo tempo em que não mantém preservadas as fontes naturais, das quais são retiradas as matérias-primas que sustentam materialmente o próprio sistema. Conforme Bello<sup>15</sup>, neste sentido:

O mesmo estranhamento do homem ao trabalho e ao resultado dele aparece também em relação à natureza. Embora haja a de-

---

pernicioso das relações entre o homem e a natureza do capitalismo.Estado, meio ambiente e jurisdição. Caxias do Sul, RS:Educs, 2012, p. 108.

<sup>13</sup> FOSTER, John Bellamy. A ecologia de Marx: Materialismo e natureza. Tradução de Maria Tereza Machado. Rio de Janeiro:Civilização Brasileira, 2005, p. 110.

<sup>14</sup> ENGELS, Friedrich. Quota-Parte do trabalho de hominização de macaco. In: **Marx/Engels: Obras Escolhidas**. Lisboa Moscovo, 1985, p. 71-83

<sup>15</sup> BELLO, Enzo, KELLER, Rene. A pobreza como fruto pernicioso das relações entre o homem e a natureza do capitalismo.Estado, meio ambiente e jurisdição. Caxias do Sul, RS:Educs, 2012, p. 111.

pendência necessária para subsistência, a natureza aparece como fator alheio ao indivíduo. Esse é um dos motivos pelos quais a degradação da natureza não apresenta maiores reflexos na consciência humana, pois não há uma identidade entre ambos, tampouco no ato espoliativo do meio ambiente natural.

Assim, afirma Marx<sup>16</sup> que no capitalismo não se atribui valor à natureza ou ao homem, e sim aos bens produzidos. Com isso, se faz clara uma inversão de valores, uma vez que tais produtos somente são valorados quando produzidos pelo homem, e por sua vez, o homem, para produzi-los, provocou alterações na natureza, modificando-a.

Mesmo que as questões atinentes a sociedade capitalista e seus reflexos no meio ambiente não tenham ocupado o centro dos estudos de Marx, ainda ressaltando o período em que as obras foram escritas, pois a temática ambiental não tinha visualização que se tem atualmente, não se pode afirmar que a problemática ambiental tenha sido subestimada em sua obra.

Contudo, Marx anteviu a dimensão destrutiva do capitalismo, especialmente com relação à industrialização da agricultura que, em seu tempo, avançava mais fortemente nos Estados Unidos:

Quanto mais um país como os Estados Unidos da América, por exemplo, partir da grande indústria como base para o seu desenvolvimento, tanto mais rápido será o processo de destruição. Nesse sentido, a produção capitalista somente desenvolve a técnica e a combinação do processo de produção social na mesma medida em que destrói as fontes de toda a riqueza: a terra e os trabalhadores<sup>17</sup>

Segundo Marx tanto a indústria como a grande agricultura têm as mesmas conseqüências, pois ressaltam o conceito de sustentabilidade não é compatível com a economia de mercado capitalista, onde o ser humano e a natureza estão submetidos à categoria de mercadorias. Além disso, a crítica marxista é mais forte no que diz respeito à propriedade da terra, bem como a forma como ocorre apropriação da natureza como base da opressão de seres humanos e da destruição das condições de vida das futuras gerações:

Mesmo toda uma sociedade, uma nação, todas as sociedades de uma época somadas, não são proprietárias da terra. Elas são somente posseiras da terra, as que a utilizam e como bons pais de família a devem repassar às gerações seguintes em melhores condições<sup>18</sup>

Ainda que seus escritos eram do século XIX, quando ainda subsistia o senso comum de que os recursos naturais eram ilimitados e inesgotáveis, já

---

<sup>16</sup> MARX, Karl. *O Capital*. Vol. I. Coleção Os Economistas. São Paulo: Abril Cultural, 1985, p. 112.

<sup>17</sup> MARX, Karl, apud LOWY, Michael. *Ecologia e socialismo*. São Paulo: Nova Cortez, 2005, p. 62.

<sup>18</sup> MARX, Karl, apud LOWY, Michael. *Ecologia e socialismo*. São Paulo: Nova Cortez, 2005, p. 53.

percebia uma preocupação com os efeitos ecológicos da industrialização capitalista da agricultura. Marx alertava para o perigo da redução da fertilidade dos solos com base no exemplo da utilização intensiva de adubação química:

Cada progresso da agricultura capitalista não é somente um progresso na arte de expropriar o trabalhador, mas, ao mesmo tempo, na arte de expropriar o solo; cada progresso em aumento da sua fertilidade por um determinado tempo é, ao mesmo tempo, um progresso na ruína da fonte da sua fertilidade a longo prazo.<sup>19</sup>

Diante do exposto, consegue ser percebida a preocupação de Marx com a questão ecológica, colocando como principal motivo para sua degradação a divisão entre meio urbano e rural, o qual abandona o homem da natureza, não reconhecendo assim a sua própria origem e com isso dificultando ainda mais a sua preservação.

Ao passo, que é verificado, a necessidade de uma interação entre a indústria e a agricultura, conjuntamente com mecanismos que possam fazer voltar os recursos naturais a sua fonte primária. Ainda neste sentido, Marx vai mais além, ao afirmar que o cerne do problema vai além da alienação do homem com a terra (causada pela divisão do território), mas também se localiza na propriedade privada, que veio por este a ser chamada de acumulação “primitiva”.<sup>20</sup>

Evidente que era reconhecido por Marx, a forma como o modo de produção capitalista mudava qualitativamente as relações homem-natureza, uma vez o trabalhador alienado<sup>21</sup> não tinha somente suas condições de trabalho prejudicadas, como todos os elementos essenciais da sua própria vida.

#### 4. A CONTRIBUIÇÃO DO MARXISMO ECOLÓGICO PARA O ENFRENTAMENTO DA CRISE SOCIOAMBIENTAL CONTEMPORÂNEA

Hoje vivenciamos a era do consumismo, Lipovetski destaca que é a fase marcada pela lógica da quantidade, revelando uma nova relação emocional dos indivíduos com as mercadorias, bem como um processo de consumo

---

<sup>19</sup> MARX, Karl. O capital: crítica da economia política. V. I. São Paulo: Nova Cultural, 1985, p. 100.

<sup>20</sup> FOSTER, John Bellamy. A ecologia de Marx: Materialismo e natureza. Tradução de Maria Tereza Machado. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005, p. 111

<sup>21</sup> “Ao modificar a natureza e a si próprio, o homem fica marcado pela alienação e estranhamento. A natureza, por sua vez, tem sofrido a supressão de suas características essenciais em uma velocidade jamais vista. No modo de produção capitalista, a destruição matéria da natureza corresponde à degradação material e espiritual do homem, que é levado a crer que não tem forças para romper com a lógica desigual e alienante”. BELLO, Enzo, KELLER, Rene. A pobreza como fruto pernicioso das relações entre o homem e a natureza do capitalismo. Estado, meio ambiente e jurisdição. Caxias do Sul, RS: Educs, 2012, p. 112

continuo marcado pela potencialização da produção, dos sonhos, dos desejos, dos descartes, do desapego, do lixo e da poluição.<sup>22</sup>

O mercado de bens de consumo passa ser considerado soberano, visto que influencia diretamente o contexto social, contudo, o fato da dominação do mercado acaba tendo conseqüências, socioambientais negativas, exigindo dos pensadores contemporâneos novas formas de abordagem acerca da relação homem-natureza.

Segundo o modelo cartesiano de construção de conhecimento a abordagem homem-natureza, acaba se isentando de compreender fenômenos anteriormente estudados, somente tendo interesse pela técnica para abarcar questões como a dominação e o controle. Assim, é notório o fato de que o homem se utiliza da razão, sendo que os demais seres da natureza serão considerados inferiores e destinados a submeter ao seu domínio. François Ost, expõe esta noção de ambiente:

A modernidade ocidental transformou a natureza em “ambiente”: simples cenário no centro do qual reina o homem, que se autoproclama “dono senho”. Este ambiente cedo perderá toda sua consistência ontológica, sendo desde logo reduzido a um simples reservatório de recursos, antes de se tornar em depósito de resíduos, em suma, o pátio das traseiras da nossa tecnosfera<sup>23</sup>

Como visto, no contexto atual, o homem é um ser alienado, escravizado pelo trabalho do capitalismo, esquecendo o seu papel de cidadão e apenas figurando como consumidor, assim sobre a questão da emancipação:

A emancipação humana, reclamada por Marx, é aquela que permite a absorção do cidadão abstrato pelo homem individual, que faz deste, em sua vida cotidiana, um ser genérico solidário com seus semelhantes. Isso não se consegue com a emancipação política, que mantém o homem preso à condição de indivíduo egoísta da sociedade civil, e sim com a supressão do Estado enquanto momento de expressão da alienação do homem<sup>24</sup>

Nesse cenário, o marxismo ecológico apresenta-se como uma proposta que se dispõe a demonstrar que o modelo de desenvolvimento capitalista, baseado no lucro e não no atendimento das necessidades humanas básicas, jamais será capaz de proporcionar a sustentabilidade<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> LIPOVETSKY, Gilles. A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo. Tradução de Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 46.

<sup>23</sup> OST, François. A natureza a margem da lei. Lisboa: Instituto Piaget, 1998, p. 10.

<sup>24</sup> FREDERICO, Celso. O jovem Marx: 1843-1844: as origens da ontologia do ser social. São Paulo: Expresso Popular, 2009, p. 99.

<sup>25</sup> O conceito de sustentabilidade é apropriado para o discurso ideológico capitalista: “[...] a retórica do desenvolvimento sustentável recoberteu o sentido crítico do conceito de ambiente em discurso voluntarista, proclamando que as políticas públicas neoliberais haverão de con-

Ao longo dos estudos realizados por Marx, foi realizada uma extensa análise entre a contradição das forças produtivas, bem como as condições de produção. Desta forma, os limites do desenvolvimento das forças produtivas, portanto, em função da destruição ambiental causada, também passaram a serem integrados à sua apreciação.

Contudo, na iminência de uma crise ambiental global, entretanto, que apresenta limites à continuidade do modo de produção capitalista, é integrada a dimensão ecológica, pois ao invés de dirigir ao socialismo ele pode ter como implicação a barbárie e na destruição da humanidade. Nas palavras de Harribey:

O mais verossímil é, pois, que a condição necessária do nascimento de uma ecologia política marxiana ou de um marxismo ecológico seja uma ultrapassagem completa e definitiva da forma tomada pelo marxismo tradicional enquanto movimento de pensamento e ação inscrita num período histórico dado, aquele que, esquematicamente, se resumiu e reduziu a coletivização dos meios de produção sem que as relações sociais fossem minimamente modificadas. Inversamente o pensamento da ecologia política não poderia aspirar ao título de novo paradigma se não lograsse integrar-se num conjunto mais vasto visando uma transformação social<sup>26</sup>

Assim, podemos dizer que o ecossocialismo surge em decorrência da necessidade de preservação da natureza e da possibilidade de uma garantia na chance de sobrevivência à humanidade. Desta forma, se conjectura que o movimento ambientalista se distancie de uma determinada tendência anti-humanista e que o marxismo, por sua vez, abandone o produtivismo.

Neste seguimento, os movimentos concordam que a conversão de forças produtivas em forças destrutivas configura a dificuldade central a ser solucionada para a espécie humana e para a construção de uma sociedade ecossocial. A utopia ecossocial coloca a humanidade diante do desafio de abdicar a ideologia de progresso instaurado na sociedade capitalista moderna para construir uma “nova” modernidade, na qual a racionalidade instrumental, a quantificação da produção, a ditadura do dinheiro e a diminuição do universo social ao cálculo de rentabilidade e da acumulação de capital sejam superadas<sup>27</sup>

O ecossocialismo defende uma mudança densa e radical da sociedade, colocando como a primeira questão a ser solucionada é o controle dos meios

---

duzir-nos aos objetivos do equilíbrio ecológico e justiça social pela via mais eficaz: o crescimento econômico guiado pelo mercado”. MARX, Karl. O capital: crítica da economia política. V. I. São Paulo: Nova Cultural, 1985, p. 231.

<sup>26</sup> HARRIBEY, Jean – Marie. Marxismo ecológico ou ecologia política marxiana. Disponível em: <[http://resistir.info/ambiente/ecologia\\_politica.html](http://resistir.info/ambiente/ecologia_politica.html)>. Acesso em 23.jul.2012.

<sup>27</sup> LÖWY, Michael. Ecologia e socialismo. São Paulo: Cortez, 2005. p. 49-50.

de produção, e, principalmente, das decisões de investimentos e de mutação tecnológica que devem sair do monopólio dos bancos e empresas capitalistas para virar um bem comum da sociedade. Conforme, Löwy as mudanças são embasadas em outros motivos:

As necessidades reais da população (não necessariamente “pagáveis”) e a preservação do meio ambiente. Em outras palavras, uma economia de transição para o socialismo, “re-inserida” no meio ambiente social e natural, porque fundada na escolha democrática das prioridades e dos investimentos pela própria população – e não pelas “leis do mercado” ou por um politburo onsciente. Em outras palavras, um planejamento democrático local, nacional, e, cedo ou tarde, internacional, que define: 1) quais os produtos deverão ser subvencionados ou até mesmo distribuídos gratuitamente; 2) quais opções energéticas deverão ser seguidas, ainda que não sejam, num primeiro momento, as mais “rentáveis”; 3) como reorganização o sistema de transportes, em função de critérios sociais e ecológicos; 4) quais medidas tomar para reparar, o mais rápido possível, os gigantesco estragos do meio ambiente deixados “como herança” pelo capitalismo. E assi sucessivamente...<sup>28</sup>

Por outro lado, o capital ainda possui um grande potencial de expansão, agregando territórios e formas de produção, ou melhor, submetendo-os ao seu modo de produção para converter as formas de geração de valor de troca. O desenvolvimento das forças produtivas evidencia que a sociedade industrial capitalista não tem condições de solucionar os problemas ecológicos e sociais que gera.

Especialmente nos países do assim chamado Terceiro Mundo os efeitos negativos do modelo industrial induzido ficam evidentes no aumento da desigualdade social e da destruição ambiental. A agravante degradação ambiental em nível mundial e a continua exclusão social de pessoas, entretanto, são externalizadas pelo processo de produção dominante e, em grande parte, ignorados.

Com efeito, a partir da constatação, já muito tempo verificada por Marx, de que o social e o ambiental andam juntos e que a soberania do mercado no sistema capitalista de produção é nascente de discriminação ambiental, principalmente para os pobres, um novo direito, socioambiental, surge com potencial transformador. Deste modo, o direito socioambiental, sob a influência de um marxismo ecológico, pode desempenhar o papel de ator principal no resgate da esperança de um Estado de direito que não seja vulnerável ao mercado, voltado ao atendimento das necessidades humanas básicas, bem como a defesa das condições naturais da vida.

---

<sup>28</sup> LÖWY, Michael. Ecologia e socialismo. São Paulo: Cortez, 2005. p. 53.

## 5. CONCLUSÃO

O homem, desde o início da configuração da propriedade privada, que o ponto inaugural do sistema capitalista da forma como o reconhecemos hoje, transformou-se em um ser alienado, se afastando de suas origens naturais e ambientais. A partir do momento em que deixou de ter acesso à terra, à natureza e aos produtos de seu trabalho, deixou de se compreender como um ser pertencente ao sistema natural.

Assim, transformou-se em apenas em um instrumento para produção dos bens, que representam a próprio cerne do capitalismo, os quais se tornaram, acabam se tornando portanto, mais importantes do que o próprio homem, dentro de uma visão distorcida acerca da vida e da humanidade.

Com o passar dos anos e a consolidação do sistema capitalista, este se tornou cada vez mais uma opção de modelo econômico gerador de desigualdade, motivo pelo qual houve um aumento substancial de trabalhadores miseráveis, principalmente após a Revolução Industrial. Na sequência, houve intenso êxodo rural, e grande quantidade de pessoas passou a migrar para as cidades, sem quaisquer condições que lhes garantisse uma vida digna.

Deste modo, a própria situação de miserabilidade desses trabalhadores, os quais viviam e trabalhavam sem as mínimas condições de higiene e salubridade, pode ser entendida como um meio de poluição, já chamada de “poluição universal” por Marx.

Relevante salientar, então, que Marx e Engels defendiam o fim da divisão entre o meio urbano e o rural, pois acreditavam ser esta é a causa da alienação do homem ante a natureza, tornando-o alheio à sua origem, entretanto tal situação não achou solução ativa com o passar das décadas, como podemos notar no nosso dia a dia.

Assim sendo, o alto nível de destruição no qual se encontra a natureza nos tempos atuais, depara-se como resultado do sistema capitalista, o qual sempre objetivou a produção em larga escala, sem qualquer inquietação com as fontes naturais, das quais são extraídas as matérias-primas que amparam o próprio sistema. Como Marx já observava àquela época, o capitalismo não conferiu valor ao homem ou à natureza, mas somente aos bens produzidos.

A superação desta realidade só será possível mediante uma mudança de valores na sociedade congregada a uma mudança estrutural na economia, de modo a estimar o homem e os recursos naturais e não meramente os bens produzidos. Logo, quando efetivamente o homem transcender a sua própria alienação ao ponto de não acolher mais as condições degradantes que o sistema econômico vigorante propicia, poderão insurgir efeitos significantes para uma possível saída da crise ambiental que vivemos na atualidade.

## REFERÊNCIAS

- BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**. Hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 1998
- BELLO, Enzo, KELLER, Rene. **A pobreza como fruto pernicioso das relações entre o homem e a natureza do capitalismo**. Estado, meio ambiente e jurisdição. Caxias do Sul, RS:Educs, 2012
- CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. 10<sup>o</sup> ed. São Paulo: Ática, 1998.
- ENGELS, Friedrich. Quota-Parte do trabalho de hominização de macaco. In: **Marx/Engels: Obras Escolhidas**. Lisboa Moscovo, 1985
- FOSTER, John Bellamy. **A ecologia de Marx: Materialismo e natureza**. Tradução de Maria Tereza Machado. Rio de Janeiro:Cvilização Brasileira, 2005.
- FREDERICO, Celso. **O jovem Marx: 1843-1844: as origens da ontologia do ser social**. São Paulo: Expresso Popular, 2009.
- GIDDENS, Anthony. LASH, Scott. **Modernização Reflexiva**. São Paulo: Editora Unesp, 1997.
- HARRIBEY, Jean-Marie. **Marxismo ecológico ou ecologia política marxiana**. Disponível em: <[http://resistir.info/ambiente/ecologia\\_politica.html](http://resistir.info/ambiente/ecologia_politica.html)>. Acesso em 23.jul.2012.
- LEITE, José Rubens Morato. AYALA, Patrick de Araújo. **Direito Ambiental na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo**. Tradução de Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- LÖWY, Michael. **Ecologia e socialismo**. São Paulo: Cortez, 2005.
- LUHMANN, Niklas. **Sociologia del riesgo**. Guadalajara: Universidad Iberoamericana de Guadalajara, 1992.
- MARX, Karl. **Manuscritos econômicos e filosóficos**. São Paulo: Boitempo, 2008
- \_\_\_\_\_. **O Capital**. 19<sup>o</sup> ed. São Paulo: Civilização Brasileira, 2002
- \_\_\_\_\_. **O Capital**. Vol. I. Coleção Os Economistas. São Paulo: Abril Cultural, 1985.
- \_\_\_\_\_. **O capital: crítica da economia política**. V.I. São Paulo. Nova Cultural, 1985.

\_\_\_\_\_; ENGELS, Friedrich. **A ideologia Alemã**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

PRIGOGINE, Ilya. **O fim das certezas**. Tempo, caos e as leis da natureza. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Unesp, 1996.

OST. François. **A natureza a margem da lei**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.





# O PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA À LUZ DA CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO SOCIAL E DA NOVA ORDEM ADMINISTRATIVA<sup>Δ</sup>

*Tainah Simões Sales\**

## **Resumo**

O artigo visa à análise das políticas públicas assistenciais, com ênfase no Programa Bolsa Família, criado em 2004 pelo Governo Federal, à luz dos ditames do Estado social, modelo que tenta corrigir as insuficiências do liberalismo clássico, e das características da nova era da gestão dos serviços públicos, conhecida como Nova Gestão Pública (*New Public Management*), ou Administração Pública Gerencial.

## **Palavras-chave**

Estado social. Nova Gestão Pública. Políticas públicas. Bolsa Família.

## **Abstract**

The paper aims to analyze public policies for assistance, with emphasis on the Bolsa Família Program, created in 2004 by the Federal Government, based on the precepts of the welfare state, model that tries to correct the shortcomings of classical liberalism, and on the characteristics of the new era of public services management, known as New Public Management.

## **Keywords**

Welfare state. New Public Management. Public policies. Bolsa Família.

## 1. INTRODUÇÃO

Após a Revolução Francesa de 1789, a burguesia assumiu o poder, com base em ideologia que defendia o direito natural de liberdade do indivíduo e a limitação dos poderes do governante. Trata-se da ascensão do Estado liberal, apresentando, como um dos pilares, o princípio da separação dos poderes, cuja ideia se traduz na desconcentração do exercício das funções estatais

---

<sup>Δ</sup> Este artigo apresenta os resultados iniciais da pesquisa de dissertação da autora em desenvolvimento no âmbito do Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC).

\* Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC) – Área de concentração: Ordem jurídica constitucional. Email: tainahsales@gmail.com.

nas mãos de um único titular, evitando, assim, abusos de poder, prática comum no antigo regime absolutista.

Com o passar dos anos, em razão do descontentamento da população com as opressões burguesas e as más condições de vida e de trabalho, novas revoluções e mobilizações sociais surgiram. Além do advento da teoria socialista, no século XIX, também presenciou-se, sobretudo após a Primeira e a Segunda Guerras Mundiais, em razão dos horrores vivenciados e da necessidade de maior proteção aos direitos humanos, o surgimento de um novo modelo de Estado, denominado Estado social. Caracteriza-se pelo caráter intervencionista do Estado, mais atento à realidade econômica e social, promovendo, entre outras funções, políticas públicas assistenciais de amparo à parcela da população mais vulnerável.

No Brasil, corroborando a ideia de Estado social presente na Constituição Federal de 1988, vive-se a era de uma Nova Gestão Pública (*New Public Management*), ou Administração Pública Gerencial, que busca a eficiência na prestação dos serviços públicos com base no fortalecimento das noções de controle social das finanças, transparência e democracia. Nesse regime de gestão dos recursos públicos, o papel do cidadão é acentuado e os instrumentos de participação social são potencializados. A Administração moderniza a sua estrutura interna para atender às novas demandas e as necessidades dos cidadãos passam a ser o centro das discussões, da destinação e da prestação dos serviços públicos, que devem ser realizados com maior qualidade e eficiência.

Esse regime de gestão pública, entretanto, nem sempre predominou. No Brasil, vivia-se a era de uma administração essencialmente patrimonialista, que, após, foi substituída por um modelo de administração burocrática, perdurando até o final do século XX. O advento da Lei de Responsabilidade Fiscal apresentou-se como um marco para a consolidação da terceira fase desse processo, em que a estrutura da Administração Pública adquiriu as características acima mencionadas.

Em consonância com a noção de Estado social e essa nova era na administração da gestão pública no país, verifica-se que os governos estão cada vez mais preocupados em promover políticas públicas assistenciais e compensatórias, atendendo aos cidadãos mais necessitados. Diversos programas já foram criados nesse sentido, devendo ser destacado o Programa Bolsa Família, criado em 2004 durante o governo de Luís Inácio Lula da Silva, por ser o maior programa de transferência direta de renda já existente no país.

No presente artigo, buscou-se estudar, mediante pesquisa bibliográfica, documental, pura e descritiva, a origem do Estado liberal até a consolidação do Estado social, bem como a evolução histórica das três fases da gestão

pública no país. Após, realizou-se análise das políticas públicas compensatórias, com ênfase no Programa Bolsa Família e nas suas particularidades.

Trata-se de tema de relevância não só acadêmica, mas, sobretudo, social. Deve-se fomentar discussões nesse sentido, a fim de que soluções urgentes aos problemas existentes em relação às tentativas de erradicação da pobreza e garantia do desenvolvimento social sejam encontradas. Eis a proposta do presente artigo.

## 2. DO LIBERALISMO ESTATAL AO ADVENTO DO ESTADO SOCIAL: BREVES CONSIDERAÇÕES

A doutrina do liberalismo clássico surgiu em oposição ao absolutismo monárquico. O marco do advento do Estado liberal foi a Revolução Francesa de 1789, ocasião em que a burguesia mobilizou-se contra os privilégios da nobreza e os abusos da monarquia. A ideologia defendida pelos revolucionários baseava-se, principalmente, na defesa do direito inato da liberdade e na posição do Estado como “acanhado servo do indivíduo”<sup>1</sup>.

O liberalismo estava relacionado à ideologia individualista, no sentido de que o homem possuía certos direitos subjetivos, inerentes à sua personalidade, nascendo livre e com o direito de exercer essa liberdade<sup>2</sup>.

O Estado tornou-se instrumento de proteção e defesa da liberdade dos indivíduos, assumindo uma postura negativa, onde o governante passou a estar subordinado à legislação vigente, estando impossibilitado de agir de forma ilimitada. Trata-se da ideia do Estado de Direito que, conforme ensina Paulo Bonavides, surge da oposição histórica e secular entre a liberdade do indivíduo e o absolutismo do monarca, que se completa com a filosofia de Kant<sup>3</sup>.

A Declaração dos Direitos do Homem, elaborada em 1789 a partir das proposições de Thouret, Rabaut-Saint-Étienne, Duport e Marat, refletia as novas concepções em torno da liberdade face ao poder limitado dos governantes<sup>4</sup>. Os direitos então consagrados eram individuais, absolutos e privados. Ao contrário do direito da era absolutista, que se fundava na preservação dos interesses do Estado, o direito defendido pelos revolucionários fundava-se na salvaguarda dos interesses dos indivíduos. De acordo com Edu-

---

<sup>1</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 40.

<sup>2</sup> MONREAL, Eduardo Novoa. *O direito como obstáculo à transformação social*. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 99.

<sup>3</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 41.

<sup>4</sup> CABRILLAC, Rémy; FRISON-ROCHE, Marie-Anne; REVET, Thierry. *Libertés et droits fondamentaux*. 15 ed. Paris: Dalloz, 2009, p. 14.

ardo Novoa<sup>5</sup>, o Estado não tinha outro fim “senão proteger e sancionar os direitos individuais de cada um”.

A influência do referido documento na filosofia do século XVIII pode ser verificada no culto à lei em Rosseau, à propriedade, pelos fisiocratas, à separação dos poderes em Montesquieu e à tolerância e à liberdade de consciência encontradas nos escritos de Voltaire e Diderot<sup>6</sup>.

Ademais, cumpre ressaltar que o direito natural, segundo o autor, “foi a fortaleza de ideias onde procuraram asilo tanto os doutrinários da liberdade como os do absolutismo”<sup>7</sup>. Quanto a este, o direito natural justificava o poder do monarca, pois sustentava a sua divindade. Quanto àquele, o direito natural apresentava-se na ideia de que o indivíduo possuía o direito inato e absoluto de liberdade, cuja proteção caberia ao Estado. A burguesia apropriou-se do direito natural em oposição ao absolutismo e, após a Revolução e o estabelecimento de uma nova ordem social, utilizou o direito positivo para a sua manutenção no poder<sup>8</sup>.

A liberdade, para a burguesia, era garantida a partir da teoria da separação de poderes, que teve como maior expoente Montesquieu. Trata-se da divisão efetiva e prática das funções dos detentores do poder, evitando a sua concentração nas mãos de um único titular. A decomposição do poder numa pluralidade de agentes serviria como proteção às liberdades individuais, evitando abusos e arbitrariedades, afinal, *le pouvoir arrête le pouvoir*<sup>9</sup>.

John Locke, filósofo inglês, também defendia a separação dos poderes, entretanto de forma mais abstrata e menos radical. Suas ideias estavam em consonância com a formação da monarquia constitucional na Inglaterra<sup>10</sup>. Neste país, o surgimento de uma nova ordem cujo pilar também era o liberalismo estatal decorreu do descontentamento da população com o rei em razão das opressões, das más condições de trabalho e de saúde e dos altos encargos então impostos, culminando numa série de mobilizações que tornaram-se conhecidas como as Revoluções Inglesas, no século XVII.

---

<sup>5</sup> MONREAL, Eduardo Novoa. **O direito como obstáculo à transformação social**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 99.

<sup>6</sup> CABRILLAC, Rémy; FRISON-ROCHE, Marie-Anne; REVET, Thierry. **Libertés et droits fondamentaux**. 15 ed. Paris: Dalloz, 2009, p. 15.

<sup>7</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 41.

<sup>8</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 336.

<sup>9</sup> Em tradução livre, “o poder freia o poder”. Sobre o assunto, ler BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 45.

<sup>10</sup> CABRILLAC, Rémy; FRISON-ROCHE, Marie-Anne; REVET, Thierry. **Libertés et droits fondamentaux**. 15 ed. Paris: Dalloz, 2009, p. 14-15.

Ensina Paulo Bonavides<sup>11</sup> que a doutrina lockiana seria mais favorável à monarquia ou ao “absolutismo do bom rei”, pois apesar das limitações de poder, havia a concessão de vantagens cujos franceses não toleraram. Nas palavras do autor cearense, é “um degrau intermediário na evolução para o liberalismo antes que este chegue a Montesquieu,” pois ainda permite certa esfera de competência “ao príncipe recém-saído do absolutismo”<sup>12</sup>.

Destaca-se que, além dos ensinamentos de Montesquieu, a teoria constitucional da Revolução Francesa também aderiu às ideias de Rosseau, embora, em certos pontos, não sejam compatíveis. Afirma-se que este último não se preocupou em “conter a soberania mediante a dissociação do poder decompondo-o em esferas distintas e independentes”, ao contrário de Montesquieu. Assim,

A contradição entre Rosseau e Montesquieu [...] assenta no fato de Rosseau haver erigido como dogma a doutrina absoluta da soberania popular, com as características essenciais de inalienabilidade, imprescritibilidade e indivisibilidade, que se coaduna tão bem com o pensamento monista do poder, mas que colide com o pluralismo de Montesquieu e Constant, os quais abraçavam a tese de que os poderes deveriam ser divididos<sup>13</sup>.

A teoria rosseauiana defende a transferência direta do poder do rei ao povo. De acordo com Paulo Bonavides, esse poder é fundado no consentimento e, a partir do contrato social, ocorre a “transmutação dos direitos naturais em direitos civis”<sup>14</sup>.

Apesar das contradições existentes entre os pensamentos dos dois autores, a burguesia revolucionária construiu a teoria do Estado liberal-democrático, correlacionando os principais aspectos de ambas<sup>15</sup>. Avançou-se, portanto, da ideia preponderante do liberalismo para uma visão mais democrática na construção da vontade do Estado.

Ocorre que, embora defendesse, em tese, a liberdade de todos os indivíduos, a universalidade dos princípios e direitos e a participação do povo na

---

<sup>11</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 49.

<sup>12</sup> “Em Locke, o poder se limita pelo consentimento, pelo direito natural, pela virtude dos governantes, de maneira mais ou menos utópica. Em Montesquieu, sobretudo pela técnica de sua organização, de forma menos abstrata” BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 47.

<sup>13</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 51.

<sup>14</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 52.

<sup>15</sup> “Antes da Revolução tudo se explicava pelo binômio absolutismo-feudalidade, fruto de contradição já superada. Depois da Revolução, advém outro binômio, com a seguinte versão doutrinária: democracia-burguesia ou democracia-liberalismo”. BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 55.

formação do contrato social, após a apropriação e a consolidação do poder político, a burguesia não mais se interessou em atender às necessidades da sociedade. Só de maneira formal a liberdade era sustentada pelos burgueses, “uma vez que no plano de aplicação política eles se conservam, de fato, princípios constitutivos de uma ideologia de classe. Foi essa a contradição mais profunda na dialética do Estado moderno”<sup>16</sup>.

As insatisfações populares com o governo da burguesia tornaram-se cada vez mais frequentes, em face da exploração e da supressão, na prática, da liberdade que outrora tanto fora defendida. Mobilizações ocorreram, culminando no surgimento de doutrinas contrárias ao liberalismo vigente<sup>17</sup>. O socialismo, linha de pensamento criada no século XIX cuja principal voz é de Karl Marx, propôs a eliminação das formas de produção capitalista e da exploração do homem pelo homem<sup>18</sup>. O interesse individual deixou de ser preponderante, pois a coletividade tornou-se o enfoque das ações estatais.

Ocorre que a planificação da economia e do desenvolvimento e a implantação das ideias marxistas não lograram êxito, culminando no esfacelamento do socialismo e na conseqüente consolidação do capitalismo em caráter mundial. A ineficiência, a burocracia, a marginalização social, a rigidez e a centralização dos serviços foram alguns dos fatores que contribuíram para a falência do regime socialista<sup>19</sup>.

A história, portanto, ensinou que os dois pólos, o do liberalismo e o do socialismo, eram ineficazes e não solucionaram as questões sociais. A liberdade sem a consideração dos fatores econômicos, das necessidades dos indivíduos e o desenvolvimento nas mãos do mercado, sem a interferência do Estado mostrou-se insuficiente, assim como as propostas dos chamados socialistas.

Sobretudo após a Primeira e a Segunda Guerras Mundiais, em razão das atrocidades ocorridas e da efervescência de discussões em torno da efetivação dos direitos humanos, novas demandas surgiram, de modo que tornou-se imperiosa a necessidade de intervenção estatal em prol das necessi-

---

<sup>16</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 51.

<sup>17</sup> Importa destacar o papel de John Stuart Mill na transição da Escola liberal para o Socialismo. O autor foi liberal e democrata, uma vez que considerou a democracia como o desenvolvimento natural e conseqüente dos princípios liberais. Ressaltou, ainda, a importância da doutrina utilitarista e iniciou uma nova ordem de preocupações, como a busca da “justiça social”. MILL, John Stuart. A liberdade. In: MORRIS, Clarence (Org.). **Os grandes filósofos do direito**. Tradução por Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 364-399.

<sup>18</sup> MONREAL, Eduardo Nova. **O direito como obstáculo à transformação social**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 103.

<sup>19</sup> KLIKSBERG, Bernardo. **Repensando o Estado para o desenvolvimento social: superando dogmas e convencionalismos**. Tradução por Joaquim Ozório Pires da Silva. São Paulo: Cortez, 1998, p. 38.

dades reais dos cidadãos, ainda que prevalecessem, no âmbito econômico, os ideais capitalistas. Em outras palavras,

*La critique socialiste, marxiste et non marxiste, du XIXe siècle et l'émergence de l'État providence au lendemain de la Première Guerre mondiale ont contribué à l'écllosion d'une nouvelle demande sociale. Il est apparu nécessaire de compléter les droits abstraits de 1789 par des droits tenant compte des conditions réelles d'existence de l'homme situe. Aux libertés individuelles de la Déclaration, fondées sur l'abstention de l'État, sont vênus s'ajouter des 'droits-créances' à caractère collectif qui supposent l'obtention d'interventions positives de l'État<sup>20</sup>.*

Fala-se, assim, no surgimento do chamado Estado Social que, embora apresente certas imprecisões quanto à adoção do termo, pode ser entendido, no contexto adotado no presente trabalho, como Estado intervencionista ou, ainda, Estado desenvolvimentista<sup>21</sup>.

Verifica-se que se tornou cada vez mais frequente a opção constitucional de algumas nações pela adoção do Estado social. De acordo com Paulo Bonavides, a ordem econômica e social das constituições são “se não o mais importante capítulo da Constituição, pelo menos aquele onde se escreve a verdadeira essência e finalidade de um novo modelo de Estado”<sup>22</sup>. Adiante, afirma que “o Estado social é hoje a única alternativa flexível que a democracia ocidental, a nosso ver, ainda possui; a aspiração máxima dos juristas da liberdade perante a opção negativa e fatal de uma sociedade repressiva e totalitária”<sup>23</sup>.

O Estado social parte do pressuposto de que, além de dirigir a economia do país, o Estado deve também estar atento às distribuições da produção e ao bem estar dos cidadãos, assumindo, portanto, funções que não existiam no modelo do liberalismo clássico. Trata-se do liberalismo acrescido de novos elementos e demandas, de humanismo e de dignidade<sup>24</sup>. A intervenção do

---

<sup>20</sup> A crítica socialista, marxista e não-marxista do século XIX e o surgimento do Estado do bem-estar após a Primeira Guerra Mundial contribuiu para o surgimento de novas demandas sociais. Tornou-se necessário complementar os direitos abstratos de 1789, levando em consideração as reais condições de existência humana. Às liberdades individuais da Declaração, com base na omissão do Estado, foi adicionada a natureza dos "direitos a prestações" coletivas, que envolvem intervenções estatais positivas (tradução livre). CABRILLAC, Rémy; FRISON-ROCHE, Marie-Anne; REVET, Thierry. **Libertés et droits fondamentaux**. 15 ed. Paris: Dalloz, 2009, p. 21.

<sup>21</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 54-55.

<sup>22</sup> “Assim como o Estado liberal foi a revolução da burguesia e o Estado socialista, a revolução do proletariado, o Estado social é a terceira revolução da Idade Moderna: a revolução da sociedade”. BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 335-336.

<sup>23</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 337.

<sup>24</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 62.

Estado tornou-se, pois, cada vez mais necessária, a partir da preocupação com o equilíbrio da distribuição de renda e com a efetivação da igualdade material<sup>25</sup>.

### 3. A EVOLUÇÃO DA GESTÃO ADMINISTRATIVA

Verifica-se que o Brasil se encontra na terceira fase do processo evolutivo da gestão da Administração Pública, denominada Administração Pública Gerencial ou Nova Gestão Pública (*New Public Management*). Atualmente, busca-se uma maior eficiência e transparência na gestão dos recursos públicos, garantindo-se a participação dos cidadãos nos processos decisórios e na criação e no desenvolvimento de políticas públicas, em consonância com o modelo de Estado social.

Entretanto, nem sempre ocorreu desta maneira.

Os primeiros indícios de uma concreta organização administrativa no país remontam ao início do século XIX, a partir da chegada da família real e da conseqüente transferência da corte portuguesa para o Brasil<sup>26</sup>. Iniciou-se, à época, um modelo de administração essencialmente patrimonialista: o Estado era a extensão do poder soberano. A atividade administrativa era centralizada e a estrutura era dividida em poucos órgãos, conferindo ao governante amplos poderes. Ademais, eram comuns as práticas de clientelismo e nepotismo<sup>27</sup>.

Ensina Sérgio Buarque de Holanda<sup>28</sup> que os portugueses, ao colonizarem o país, instauraram uma civilização de raízes rurais. A vida da colônia se concentrava nas propriedades rústicas e a economia dependeu, por muitos anos, da atividade agropecuária. A administração pública estava restrita, assim, à elite rural. Em suas palavras,

Eram ainda os fazendeiros escravocratas e eram filhos de fazendeiros, educados nas profissões liberais, quem monopolizava a política, elegendo-se ou fazendo eleger seus candidatos, dominando os parlamentos, os ministérios, em geral todas as posi-

---

<sup>25</sup> KLIKSBERG, Bernardo. **Repensando o Estado para o desenvolvimento social**: superando dogmas e convencionalismos. Tradução por Joaquim Ozório Pires da Silva. São Paulo: Cortez, 1998, p. 43.

<sup>26</sup> MARINI, Caio. **Gestão Pública no Brasil**: temas preservados e temas emergentes na formação da agenda. In: VII Congresso da Associação de Estudos Brasileiros BRASA – Brazilian Studies Association, 2004, Brasília. Anais do VII Congresso da Associação de Estudos Brasileiros. Brasília: 2004, p. 2.

<sup>27</sup> MARINI, Caio. **Gestão Pública no Brasil**: temas preservados e temas emergentes na formação da agenda. In: VII Congresso da Associação de Estudos Brasileiros BRASA – Brazilian Studies Association, 2004, Brasília. Anais do VII Congresso da Associação de Estudos Brasileiros. Brasília: 2004, p. 3.

<sup>28</sup> HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 73.

ções de mando, e fundando a estabilidade das instituições nesse incontestado domínio.

Por um longo período da história brasileira, a Administração foi marcada por uma gestão privatista e patrimonialista. Não havia uma noção bem definida de espaço e bens públicos e os cargos eram ocupados pelos membros integrantes da alta sociedade rural e da corte portuguesa. Mesmo após a proclamação da independência, em 1822, os traços de tal gestão patrimonialista permaneceram.

Entretanto, no século XX, sobretudo após a Primeira e a Segunda Guerras Mundiais e sob a influência europeia da transição das noções de um Estado Liberal Democrático para a formação de um Estado Social Democrático – em que o Estado passou a adotar uma postura intervencionista em prol das necessidades sociais – observou-se uma mudança na gestão pública no país.

Sustenta Luiz Carlos Bresser-Pereira<sup>29</sup> que a adoção das ideias de um Estado Social nos países desenvolvidos implicou na alteração dos objetivos a serem alcançados pelo Estado, que passaram a ser os seguintes: “segurança, liberdade, bem-estar econômico, justiça social e proteção da natureza”. O Estado Social consagrou as normas de proteção ao trabalhador e passou a ser instrumento de combate às injustiças sociais e de luta pela prestação de serviços à população<sup>30</sup>.

Nesse diapasão, evoluiu-se de uma administração patrimonialista para uma administração burocrática. Para que o Estado acompanhasse as demandas sociais, necessitava-se criar novos órgãos e reestruturar as antigas instituições públicas. Desse modo, no Brasil, buscou-se extinguir o modelo patrimonialista e instaurar um novo modelo de administração. Na Constituição de 1934, havia, por exemplo, a previsão do direito ao acesso aos cargos públicos para todos, com o estabelecimento de regras para ingresso e promoção nas carreiras públicas, e, ainda, do fim da discriminação de sexo<sup>31</sup>, o que configura um avanço em relação aos antigos ditames sob os quais se pautavam a gestão administrativa. Criaram-se órgãos para fiscalizar as atividades estatais, em todos os âmbitos federativos, e políticas visando o planejamento dos gastos públicos.

---

<sup>29</sup> BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos Gonçalves. Democracia, Estado Social e Reforma Gerencial. *Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, v.5, n.1, jan.-mar. 2010, p. 113.

<sup>30</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 66.

<sup>31</sup> MARINI, Caio. *Gestão Pública no Brasil: temas preservados e temas emergentes na formação da agenda*. In: VII Congresso da Associação de Estudos Brasileiros BRASA – Brazilian Studies Association, 2004, Brasília. Anais do VII Congresso da Associação de Estudos Brasileiros. Brasília: 2004, p. 5.

Entretanto, verificou-se um excesso de formalismo e de burocratização estatal, impossibilitando a eficiência dos serviços e a concretização de políticas públicas em prol dos cidadãos. Durante a Ditadura Militar, em 1979, criou-se o Programa Nacional de Desburocratização, objetivando solucionar os problemas ocasionados por este modelo de gestão, porém não obteve êxito<sup>32</sup>.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, apesar dos avanços significativos em relação às oportunidades de participação popular e da ideia do cidadão não só como destinatário, mas como efetivo ator das mudanças sociais, em relação à estrutura burocrática da máquina administrativa, não houve grandes alterações<sup>33</sup>.

Somente a partir da edição da Lei Complementar nº 101/00, mais conhecida como a Lei de Responsabilidade Fiscal, houve a evolução para a terceira fase da gestão pública no Brasil. Trata-se, conforme será verificado a seguir, da chamada Nova Gestão Pública ou Administração Pública Gerencial.

### 3.1. A Nova Gestão Pública

A partir do início do século XXI, o Brasil passou a adotar um novo regime de gestão dos recursos públicos, em substituição à anterior fase de uma administração burocrática, há muito em crise por não atender, satisfatoriamente, às demandas sociais<sup>34</sup>. O formalismo e a burocracia foram substituídos por um modelo de gestão que visa ao atendimento das necessidades sociais de forma rápida e prática e pautado no planejamento, controle das contas públicas (*accountability*) e transparência.<sup>35</sup>

O planejamento refere-se à necessidade do prévio conhecimento das despesas, de uma projeção das receitas e da prevenção de riscos. O controle das contas públicas, por sua vez, possui relação com a garantia da fiscalização das atividades estatais, devendo ser realizada no âmbito dos Tribunais de Contas, órgãos auxiliares do Poder Legislativo que exercem o denominado

---

<sup>32</sup> MARINI, Caio. **Gestão Pública no Brasil: temas preservados e temas emergentes na formação da agenda**. In: VII Congresso da Associação de Estudos Brasileiros BRASA – Brazilian Studies Association, 2004, Brasília. Anais do VII Congresso da Associação de Estudos Brasileiros. Brasília: 2004, p. 8.

<sup>33</sup> Nas palavras de Caio Marini, sobre a Constituição de 1988, “se por um lado, representou um avanço significativo no campo da participação popular e incorporação do valor da cidadania, por outro, representou, um importante retrocesso no capítulo da administração pública”. MARINI, Caio. **Gestão Pública no Brasil: temas preservados e temas emergentes na formação da agenda**. In: VII Congresso da Associação de Estudos Brasileiros BRASA – Brazilian Studies Association, 2004, Brasília. Anais do VII Congresso da Associação de Estudos Brasileiros. Brasília: 2004, p. 10.

<sup>34</sup> MILANI, Carlos. O princípio da participação social na gestão de políticas públicas locais. **Revista de Administração Pública**, n. 42, maio-jun. 2006, p. 553.

<sup>35</sup> FURTADO, Caldas J.R. **Elementos de direito financeiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 183.

controle externo, além da atuação do Ministério Público, do controle interno de cada um dos poderes estatais e, ainda, do controle da sociedade<sup>36</sup>.

Ressalta-se que todas as atividades financeiras do Estado devem ser controladas, sejam provenientes dos órgãos da Administração Direta, das entidades da Administração Indireta ou dos particulares que utilizam recursos públicos<sup>37</sup>. A fiscalização, ensina Ricardo Lobo Torres, deve ser contábil, operacional, orçamentária, patrimonial e financeira, nos termos do art. 70 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Ademais, no âmbito dessa nova gestão administrativa, ressalta-se a ideia da transparência, que, em verdade, de acordo com Caldas Furtado, é inerente ao ato de administrar recursos alheios<sup>38</sup>. A transparência foi consagrada pela Lei de Responsabilidade Fiscal no seu artigo 48, ao determinar a obrigatoriedade da divulgação, por meios eletrônicos, de todos os documentos e dados públicos referentes à atividade financeira estatal. O art. 1º da referida norma também contempla a transparência como um dos pressupostos da responsabilidade na gestão fiscal.

A transparência implica na necessidade de disponibilização, para o cidadão, de todas as informações referentes aos gastos e receitas públicas. Para que seja possível controlar a atividade administrativa, discutir a criação de políticas públicas, exigir o seu adimplemento e a responsabilidade nos eventuais casos de improbidade, é necessário que se conheça todas as informações e que seja possível ter acesso fácil a esses dados.

Sustenta Gilmar Ferreira Mendes<sup>39</sup> que “a ideia de transparência possui a importante função de fornecer subsídios para o debate acerca das finanças públicas, o que permite uma maior fiscalização das contas públicas por parte dos órgãos competentes e, mais amplamente, da própria sociedade.”

Verifica-se que a transparência possui ampla relação com a noção de democracia e esta parece ser a nova tendência dos regimes de gestão pública<sup>40</sup>. Sabe-se que a democracia<sup>41</sup>, na definição lincolniana, é o governo do

---

<sup>36</sup> FURTADO, Caldas J.R. **Elementos de direito financeiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 283-284.

<sup>37</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito financeiro e tributário**. 2. ed. v.5. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 331-332.

<sup>38</sup> FURTADO, Caldas J.R. **Elementos de direito financeiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 283.

<sup>39</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Arts. 48 a 59. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Vander. **Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 389.

<sup>40</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Arts. 48 a 59. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Vander. **Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 391.

<sup>41</sup> Nas palavras de Canotilho, a democracia deve ser entendida como “um processo dinâmico inerente a uma sociedade aberta e activa, oferecendo aos cidadãos a possibilidade de desenvolvimento integral, liberdade de participação crítica no processo político, condições de igual-

povo, para o povo, pelo povo<sup>42</sup> e consiste na possibilidade de participação política da sociedade, podendo ser verificada não só no momento das eleições, mas no direito de expressar opiniões, de se mobilizar em prol dos interesses da coletividade, de cobrar políticas públicas e de ser efetivo autor das mudanças sociais.

De acordo com Willis Santiago Guerra Filho<sup>43</sup>, o compromisso básico do Estado Democrático de Direito é compatibilizar os interesses das esferas pública, privada e coletiva, sendo esta última analisada sob a perspectiva de indivíduos enquanto membros de um determinado grupo. O cidadão, nessa realidade, apresenta-se não só como destinatário dos serviços públicos e espectador das mudanças sociais, mas, igualmente, como aquele que vai indicar os rumos do governo, definindo as prioridades e apontando as deficiências dos serviços públicos.

Desse modo, a transparência e a democracia estão interligadas na medida em que aquela oportuniza o acesso às informações de interesse público, possibilita maiores discussões sobre a temática e permite um efetivo controle sobre as finanças públicas, a partir da exigência de concretização de políticas públicas e da responsabilização pelo descumprimento à legislação. O cidadão somente poderá discutir e exigir quando tiver pleno conhecimento acerca de uma referida matéria<sup>44</sup>. E esse conhecimento certamente se dá a partir do acesso à informação e da iniciativa, por parte do poder público, de divulgação dos dados que são do interesse de toda a população<sup>45</sup>.

Ressalte, outrossim, que a transparência, a partir do advento das tecnologias de informação e comunicação, ganhou uma nova e mais ampla concepção. A *internet* possibilita a divulgação de informação de forma rápida e econômica, mediante a diminuição das barreiras de tempo e espaço. O cidadão pode tomar conhecimento das atividades estatais, dos gastos e das recei-

---

dade econômica, política e social." CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2010, p. 441.

<sup>42</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 267.

<sup>43</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: SRS, 2009, p. 24.

<sup>44</sup> Para Tony Judt, a partir do momento em que o cidadão compreende e sabe o que está errado, passa agir, efetivamente, a partir desse conhecimento. A informação, nesse sentido, passa a ser essencial. JUDT, Tony. **O mal ronda a terra**. Tradução de Celso Nogueira. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011, p. 212.

<sup>45</sup> Sobre transparência, participação e controle social, ler PETREI, Humberto. **Presupuesto y control**: pautas de reforma para América Latina. New York: Banco Interamericano de Desarrollo, 1997. Em suas palavras, "*es posible aumentar la participación de la ciudadanía, lo que a su vez va a ser muy saludable como elemento de control y de retroalimentación de las preferencias expresadas a través de elecciones*", p. 447.

tas públicas sem sair de casa e pode, ainda, discutir, criar, mobilizar-se e expressar-se<sup>46</sup>.

Ademais, o Estado passou a prestar diversos serviços *online*, potencializando a interação com os administrados e a modernização de sua estrutura interna. Fala-se, nesse sentido, na formação de Governos Eletrônicos ou *E-gov*. Trata-se da utilização das tecnologias de informação e comunicação na Administração Pública, da modernização com o objetivo de reverter o quadro de burocracia do Estado, fornecendo aparatos de interação com o cidadão, prestando serviços à população *online*, bem como divulgando dados e informações públicas de modo transparente. Nesse sentido, afirma-se que “o controle social e a transparência, portanto, são enfocados como construções históricas de uma sociedade pós-industrial e que tem na virtualização do Estado uma nova forma de legitimação de sua representação política”<sup>47</sup>.

A transparência tem o condão de promover a conscientização do indivíduo acerca da necessidade deste influir nos processos decisórios e da possibilidade deste fiscalizar ou participar da execução de atividades públicas. Ademais, pressupõe e possibilita o incentivo à participação da sociedade em audiências públicas e à formação de modelos de orçamentos participativos<sup>48</sup>. Na Lei de Responsabilidade Fiscal, em seu artigo 48 e seguintes, por exemplo, há a previsão da promoção de audiências públicas que visam ao debate da população acerca dos temas referentes à atividade financeira do Estado.

Além do planejamento, do controle social das finanças públicas e da transparência, a nova administração pública reflete a ampliação do significado do termo “gestão”, que passa a ser utilizado com um viés gerencial. Sustenta Luiz Carlos Bresser-Pereira<sup>49</sup> que a nova gestão “ênfatisa a ação orientada para o ‘cliente-cidadão’” e que alguns mecanismos específicos “foram emprestados da administração de empresas”. Diante do aperfeiçoamento dos

---

<sup>46</sup> SALES, Tainah Sales; FREIRE, Geovana Maria Cartaxo de Arruda. **A inclusão digital como direito fundamental e instrumento para concretização do exercício democrático**. In: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Anais do XXI Congresso Nacional do CONPEDI, 2011, Belo Horizonte. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2011, p. 4433-4450.

<sup>47</sup> OLIVO, Luis Carlos Cancellier. Controle Social em rede da Administração Pública Virtual. In: AIRES (Org.). **Direito e Informática**. São Paulo: Manole, 2004, p. 156.

<sup>48</sup> No modelo de orçamento participativo, “ocorre o incentivo à participação direta dos cidadãos, desde a formulação de escolhas de investimento público, até a aprovação de contas relativas às obras. [...] Essa metodologia tem-se revelado um instrumento de exercício da cidadania, pelos mecanismos de discussão e participação mais direta da população da definição das principais prioridades para parcela dos investimentos públicos. A participação mais direta da população é possibilitada pela escolha, em cada bairro, de representantes que ficam responsáveis por defenderem as prioridades essenciais de cada região nas discussões estabelecidas”. BUGARIN, Maurício Soares; VIEIRA, Laércio Mendes; GARCIA, Leice Maria. **Controle social dos gastos públicos no Brasil**: instituições oficiais, controle social e um mecanismo para ampliar o envolvimento da sociedade. Rio de Janeiro: Konrad-Adanauer-Stiftung, 2003, p. 150.

<sup>49</sup> BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. O modelo estrutural de gerência pública. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 42, n. 2, mar.-abr. 2008, p. 399.

serviços prestados pelas empresas privadas, a sociedade passou a buscar e exigir um serviço igualmente eficiente também no setor público. Daí a necessidade da importação de certos instrumentos e diretrizes tipicamente privados para a gestão pública e o surgimento da designação “cliente-cidadão”.

Embora críticas possam ser apontadas a esse termo, que traz a ideia de que o cidadão é apenas o destinatário do serviço (como um verdadeiro “cliente” ou “consumidor”), num posicionamento eminentemente passivo, afastando a noção de um cidadão atuante, que adota uma postura ativa frente à máquina administrativa, não se pode negar que retrata algumas ideias do novo modelo de gestão dos serviços públicos. Ademais, a adoção de certos instrumentos típicos da atividade privada, como a agilidade, a eficiência, a desburocratização e a modernização estrutural só contribuem para a concretização do conceito de *boa governança*<sup>50</sup>. Assim, ainda que a terminologia “cliente-cidadão” não seja a mais adequada, a busca pela eficiência e a qualidade na prestação dos serviços, de modo que os cidadãos estejam satisfeitos, deve ser priorizada.

Sobre a boa governança, entende-se que esta seria voltada para a efetivação de “políticas públicas de maior qualidade e dotadas de maior legitimidade”<sup>51</sup>. Em outras palavras:

O bom Estado se revela em instituições que asseguram que os objetivos políticos básicos da sociedade sejam alcançados. Revela-se também em instituições que permitam a escolha de governantes, que, do ponto de vista pessoal, tenham espírito republicano e sejam competentes, e, do ponto de vista democrático, sejam representativos e permanentemente responsabilizados (*accountable*) perante a própria sociedade. Revela-se, ainda, em uma organização ou aparelho estatal efetivo e eficiente dotado de capacidade e força para conduzir a ação coletiva.

A partir desse entendimento, verifica-se que a concepção de boa governança corrobora a noção da consolidação da Nova Gestão Pública e de seu caráter necessariamente democrático.

A democracia e a efetivação dos direitos políticos são instrumentos para a cobrança de ações públicas e para chamar a atenção dos governantes sobre os problemas e as necessidades existentes, ganhando maior importân-

---

<sup>50</sup> Não se defende, no presente trabalho, que a Administração deve prestar serviços como as empresas privadas. Entende-se que as formalidades, os ditames da legislação e os princípios constitucionais inerentes à Administração devem ser observados. A burocracia das licitações e dos concursos públicos, por exemplo, é essencial para a garantia da imparcialidade. E muitos outros exemplos poderiam ser citados. Apenas sustenta-se que certas características da atividade privada, como a busca pela agilidade e qualidade nos serviços – eficiência – também podem – e devem – ser aplicadas aos serviços públicos.

<sup>51</sup> BRESSER-PEREIRA, Luis Carlos. Instituições, bom estado, e reforma da gestão pública. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n.1, mar.-maio.2005, p. 8.

cia a partir da consolidação do Estado social. Desse modo, “a resposta do governo ao sofrimento intenso do povo frequentemente depende da pressão exercida sobre esse governo, e é nisso que o exercício dos direitos políticos podem realmente fazer a diferença.”<sup>52</sup>

Eis a importância da democracia com fundamento para o desenvolvimento, pois consiste na possibilidade de participação política e social, apresentando-se não só no momento das eleições, mas no direito de expressar opiniões, cobrar políticas públicas e ser efetivo autor das mudanças sociais.

Destaca-se, nessa perspectiva, o papel dos partidos de oposição como forma de fomentar as discussões, as cobranças e como forma de impulsionar o governo para a criação de políticas públicas eficazes para a melhoria da qualidade de vida da população.

As necessidades econômicas aumentam a necessidade de promover garantias e liberdades políticas. A democracia possibilita reivindicações, interação com o Poder Público, no sentido de que esse passa a ouvir os anseios da população, construindo a concepção do que seriam tais necessidades econômicas e possibilitando a concretização de políticas públicas satisfatórias, albergando um maior número de beneficiários e atendendo às necessidades primordiais da coletividade. É exatamente essa a ideia de um Estado social eficaz, que se relaciona diretamente com a consolidação de uma nova era na gestão pública no país.

#### 4. POLÍTICAS PÚBLICAS COMPENSATÓRIAS: ALGUNS ASPECTOS

Diante das mudanças a partir do advento do Estado social e da era da Nova Gestão Pública, em que se verifica uma maior preocupação e mobilização estatal em prol das necessidades dos cidadãos, no Brasil, adotou-se uma política de medidas compensatórias. Trata-se da adoção de diversos programas para “compensar” a miséria, o desemprego e a desigualdade social. A ideia é a urgência de se atender, inicialmente, aos mais necessitados. “A equidade aconselha a não aplicar a mesma solução a situações distintas. Em suma, deve-se ‘dar mais aos que têm menos’”.<sup>53</sup>

De acordo com Robert Castel<sup>54</sup>, duas são as características do pauperismo. “De um lado, pega a contrapé o pensamento liberal elaborado ao longo do século XVIII, segundo o qual ‘um homem não é pobre porque nada tem, mas é pobre porque não trabalha’.” Atualmente, sabe-se que existe uma

---

<sup>52</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução por Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 199.

<sup>53</sup> COHEN, Ernesto; FRANCO, Rolando. **Avaliação de projetos sociais**. Petrópolis: Vozes, 1993, p. 30.

<sup>54</sup> CASTEL, Robert. **As metamorfoses na questão social**. Tradução por Iraci Poleti. Petrópolis: Vozes, 1995, p. 284.

face da indignação que não se apresenta devido à ausência de trabalho, mas deve-se à nova organização de trabalho, a partir da industrialização e da globalização.

A outra característica da pobreza é a degradação moral, a partir da depravação dos costumes, da ausência de instrução educacional, capacitação profissional e condições básicas de saúde e higiene.

A luta contra a erradicação da pobreza é um desafio presente há muitos anos, mas, cada vez mais, as discussões e políticas públicas vêm sendo criadas nesse sentido, tendo em vista a nova perspectiva internacional de efetivação dos direitos humanos e a partir da consolidação do chamado Estado social.

De acordo com o ensinamento de Reinaldo Dias e Fernanda Matos<sup>55</sup>, políticas públicas podem ser entendidas como “um meio de concretização dos direitos que estão codificados nas leis de um país”. É o estabelecimento de metas e estratégias que visam à solução dos problemas públicos ou à “obtenção de maiores níveis de bem-estar social”<sup>56</sup>.

Sobre as políticas públicas assistenciais no país, destaca-se que as primeiras discussões sobre a renda mínima ocorreram na década de 1970, entretanto, foi somente a partir de 1991 que houve um projeto de lei, criado pelo senador Eduardo Suplicy, para efetivar política nesse sentido<sup>57</sup>. O projeto objetivava a criação de um imposto negativo, que beneficiaria pessoas acima de 25 anos que possuíam renda inferior a um determinado patamar, que, à época, correspondia a 2,5 salários mínimos<sup>58</sup>.

Outros programas foram criados, relacionando a possibilidade de percepção de renda complementar à exigência de escolarização dos dependentes, em municípios como Campinas, Santos Ribeirão Preto e Distrito Federal, em meados dos anos 1990.

Sobretudo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, os projetos assistenciais de combate à pobreza tornaram-se atribuição também dos municípios, ganhando maior visibilidade, relevância e espaço nas discussões políticas. Antes da redemocratização, verificava-se que as poucas políticas públicas nesse sentido estavam concentradas apenas no âmbito do go-

---

<sup>55</sup> DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. **Políticas Públicas: Princípios, propósitos e processos**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 15.

<sup>56</sup> DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. **Políticas Públicas: Princípios, propósitos e processos**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 15.

<sup>57</sup> BICHIR, Renata Mirandola. O Bolsa Família na berlinda? **Revista Novos Estudos**, n. 87, jul. 2010, p. 116.

<sup>58</sup> BRITTO, Tatiana; SOARES, Fabio Veras. **Bolsa família e renda básica de cidadania: um passo em falso?**. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos\\_discussao/TD75-TatianaBritto\\_FabioSoares.pdf](http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD75-TatianaBritto_FabioSoares.pdf)>. Acesso em: 17 nov. 2011.

verno federal, em processos decisórios fechados e caracterizados pela burocracia e ineficiência<sup>59</sup>.

A descentralização e o compartilhamento de competências no combate à pobreza tornou-se “instrumento de universalização do acesso e aumento do controle dos beneficiários sobre os serviços”<sup>60</sup>. Em 1997, foi aprovada a Lei nº 9.533, que determinava a concessão de benefícios financeiros, por parte do governo federal, aos municípios que implantassem programas de renda mínima, de forma a incentivar essas práticas. Essa iniciativa, entretanto, apresentou falhas de gestão e foi extinta após a criação do Programa Bolsa Escola, criado em 2001 durante o governo do presidente Fernando Henrique Cardoso<sup>61</sup>.

No âmbito nacional, houve a elaboração de diversos outros projetos, como o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil, incluindo, além do benefício monetário e a necessidade de matrícula escolar, incentivos para a retirada da criança das atividades laborais; o Bolsa Alimentação; o Benefício de Prestação Continuada, destinado a pessoas com deficiência física severa e idosos maiores de 65 anos que possuem renda familiar per capita inferior a um quarto de salário mínimo<sup>62</sup>, e a chamada Rede Social Brasileira de Proteção Social, que previa a transferência de renda direta aos cidadãos em situação de vulnerabilidade e risco<sup>63</sup>. Esta Rede era constituída por outros programas menores, cuja competência para efetivação e fiscalização espalhou-se entre os diversos ministérios, culminando na ausência de mecanismos suficientes para a sua coordenação<sup>64</sup>.

Na tentativa de facilitar o controle dos programas de combate à pobreza e de incentivo ao desenvolvimento social, ainda no governo de Fernando Henrique Cardoso, foi criado o Cadastro Único de Programas Sociais, a partir do Decreto nº 3.877 de 24 de julho de 2001. Trata-se do mecanismo de armazenamento de informações e identificação das famílias em situações vulneráveis, aplicado mediante questionários junto às prefeituras municipais. O Cadastro, que foi aperfeiçoado durante a gestão de Luís Inácio Lula da Silva, facilita pesquisas e a elaboração de diagnósticos sobre as situações das famí-

---

<sup>59</sup> BICHIR, Renata Mirandola. O Bolsa Família na berlinda? *Revista Novos Estudos*, n. 87, jul. 2010, p. 117.

<sup>60</sup> BICHIR, Renata Mirandola. O Bolsa Família na berlinda? *Revista Novos Estudos*, n. 87, jul. 2010, p. 117.

<sup>61</sup> BICHIR, Renata Mirandola. O Bolsa Família na berlinda? *Revista Novos Estudos*, n. 87, jul. 2010, p. 117-118.

<sup>62</sup> MEDEIROS, Marcelo; BRITTO, Tatiana; SOARES, Fábio. Transferência de renda no Brasil. *Revista Novos Estudos*, n. 87, jul., 2010, p. 6.

<sup>63</sup> DRAIBE, Sônia. A política social no período do FHC e o sistema de proteção social. *Tempo Social*, 2003, nov., p. 88.

<sup>64</sup> SOARES, Sergei; SÁTYRO, Natália. O Programa Bolsa Família: desenho institucional, impactos e possibilidades futuras. IPEA, Texto para Discussão, 2009, n. 1424. Disponível em: <[http://desafios.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/tds/td\\_1424.pdf](http://desafios.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/tds/td_1424.pdf)>. Acesso em: 10 jan. 2013.

lias nas diversas localidades do país, bem como as suas necessidades primordiais.

O Programa Fome Zero, criado pelo Governo Federal em 2003, durante a gestão de Lula, albergou diversas outras iniciativas, com o objetivo de efetivar o direito à alimentação, sem o foco na renda do indivíduo<sup>65</sup>. Entretanto, o modelo de transferência de renda pareceu, para os estudiosos, mais eficaz e mais econômico. O Programa Fome Zero foi, então, bastante criticado e não apresentou resultados satisfatórios.

Verifica-se que, a partir do início dos anos 2000, mais recursos vêm sendo destinados aos programas assistenciais de transferência de renda e este tema parece ser discutido com mais frequência e atenção.

Criou-se, em 2003, o Ministério de Desenvolvimento Social e combate à Fome (resultado da fusão entre os Ministérios da Segurança alimentar e da Assistência Social)<sup>66</sup>. Em 9 de janeiro de 2004 criou-se o Programa Bolsa Família, no âmbito do Governo Federal, mediante a Lei Ordinária nº 10.836/04, regulamentado pelo Decreto nº 5.209/04, estabelecendo a transferência de renda de acordo com certas condições previstas na legislação, como o número de filhos, a condição de matrícula em escolas, entre outros.

A seguir, serão discutidos os principais aspectos deste Programa que gera controvérsias e, ao mesmo tempo, muda a vida de milhões de brasileiros.

#### 4.1 O Programa Bolsa Família

De acordo com o art. 1º da Lei nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004, o Programa surgiu com a finalidade de unificar os programas de transferência de renda até então existentes, principalmente o Bolsa Escola, Bolsa Alimentação, Auxílio Gás e Cartão Alimentação<sup>67</sup>. Foi implementado pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Pobreza contando com auxílio dos municípios, que apresentam importante papel no controle do Programa e no

---

<sup>65</sup> BRASIL. **Programa Fome Zero**: O que é. Disponível em: <<http://www.fomezero.gov.br/o-que-e>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

<sup>66</sup> BICHIR, Renata Mirandola. O Bolsa Família na berlinda? **Revista Novos Estudos**, n. 87, jul. 2010, p. 120.

<sup>67</sup> "Art. 1º [...] Parágrafo único. O Programa de que trata o caput tem por finalidade a unificação dos procedimentos de gestão e execução das ações de transferência de renda do Governo Federal, especialmente as do Programa Nacional de Renda Mínima vinculado à Educação - Bolsa Escola, instituído pela Lei nº 10.219, de 11 de abril de 2001, do Programa Nacional de Acesso à Alimentação - PNAA, criado pela Lei nº 10.689, de 13 de junho de 2003, do Programa Nacional de Renda Mínima vinculada à Saúde - Bolsa Alimentação, instituído pela Medida Provisória nº 2.206-1, de 6 de setembro de 2001, do Programa Auxílio-Gás, instituído pelo Decreto nº 4.102, de 24 de janeiro de 2002, e do Cadastro Único do Governo Federal, instituído pelo Decreto nº 3.877, de 24 de julho de 2001."

repasse das verbas aos beneficiários. A descentralização da gestão e execução Bolsa Família está prevista no art. 8º da referida norma.

Atualmente, o Bolsa Família beneficia 13,53 milhões de famílias<sup>68</sup>, com renda familiar *per capita* de até R\$70,00 (sendo consideradas extremamente pobres) ou de até R\$140,00<sup>69</sup> (sendo, então, consideradas pobres)<sup>70</sup>. Trata-se do maior programa de transferência de renda do país. O conceito de transferência de renda utilizado para fins de discussão da presente pesquisa é o apresentado por Maria Ozanira Silva e Valéria Almada Lima<sup>71</sup>, qual seja:

Transferência de renda é aqui concebida como uma transferência monetária direta a indivíduos ou a famílias. No caso brasileiro e de várias experiências na América Latina, são programas focalizados em seguimentos pobres da população e têm sua prestação condicionada a determinadas exigências que devem ser cumpridas pelos indivíduos ou pela família, principalmente no campo da educação, da saúde e do trabalho.

No caso do Programa Bolsa Família, há a exigência do cumprimento de certas condicionalidades para a aquisição dos benefícios. De acordo com o art. 3º da Lei nº 10.836, são as seguintes: no caso de família com jovens em idade escolar, comprovar frequência de 85% em estabelecimento de ensino regular; em havendo crianças de 0 a 6 anos, seguir o calendário de vacinação; as gestantes devem observar os exames pré e pós-natal e comprovar acompanhamento nutricional nesta condição e em fase de amamentação; além de outras condições que podem ser criadas por regulamento<sup>72</sup>. São as exigências de contrapartidas aos beneficiários, demonstrando compromisso com o Estado e com a sociedade.

Os benefícios são concedidos mediante a seguinte forma:

---

<sup>68</sup> Dependência do Bolsa Família quase triplica no Estado. **Diário do Nordeste Online**. Disponível em: <<http://diariodonordeste.globo.com/materia.asp?codigo=1185156>>. Acesso em 10 jan. 2013.

<sup>69</sup> “Esses valores foram fixados com a criação do Bolsa Família, em 2003, em R\$50,00 e R\$100,00, respectivamente, para inclusão de famílias extremamente pobres e pobres, sendo, posteriormente, reajustados para R\$60,00 e R\$120,00”. SILVA, Maria Ozanira da Silva e; LIMA, Valéria Ferreira Santos de Almada. Caracterizando o Bolsa Família: uma aproximação ao processo de unificação dos programas de transferência de renda no Brasil. In: SILVA, Maria Ozanira da Silva e; LIMA, Valéria Ferreira Santos de Almada (Coord.). **Avaliando o Bolsa Família: unificação, focalização e impactos**. São Paulo: Cortez, 2010, p. 33.

<sup>70</sup> BRITTO, Tatiana; SOARES, Fabio Veras. **Bolsa família e renda básica de cidadania: um passo em falso?**. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos\\_discussao/TD75-TatianaBritto\\_FabioSoares.pdf](http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD75-TatianaBritto_FabioSoares.pdf)>. Acesso em: 17 nov. 2011.

<sup>71</sup> SILVA, Maria Ozanira da Silva e; LIMA, Valéria Ferreira Santos de Almada. Caracterizando o Bolsa Família: uma aproximação ao processo de unificação dos programas de transferência de renda no Brasil. In: SILVA, Maria Ozanira da Silva e; LIMA, Valéria Ferreira Santos de Almada (Coord.). **Avaliando o Bolsa Família: unificação, focalização e impactos**. São Paulo: Cortez, 2010, p. 21.

<sup>72</sup> BICHIR, Renata Mirandola. O Bolsa Família na berlinda? **Revista Novos Estudos**, n. 87, jul. 2010, p. 123.

O Benefício Básico, de R\$ 70, é pago às famílias consideradas extremamente pobres, com renda mensal de até R\$ 70 por pessoa.

O Benefício Variável, de R\$ 32, é pago às famílias pobres, com renda mensal de até R\$ 140 por pessoa, desde que tenham crianças e adolescentes de até 15 anos, gestantes e/ou nutrizes. Cada família pode receber até cinco benefícios variáveis, ou seja, até R\$ 160.

O Benefício Variável Vinculado ao Adolescente (BVJ), de R\$ 38, é pago a todas as famílias do Programa que tenham adolescentes de 16 e 17 anos frequentando a escola. Cada família pode receber até dois benefícios variáveis vinculados ao adolescente, ou seja, até R\$ 76.

O Benefício Variável de Caráter Extraordinário (BVCE) é pago às famílias nos casos em que a migração dos Programas Auxílio-Gás, Bolsa Escola, Bolsa Alimentação e Cartão Alimentação para o Bolsa Família cause perdas financeiras. O valor do benefício varia de caso a caso.

O benefício pode variar entre R\$32 e R\$306.<sup>73</sup>

Afirma-se que, atualmente, aproximadamente 55 milhões de brasileiros estão vivendo em situação de pobreza e 22 milhões são considerados indigentes<sup>74</sup>, embora avanços possam ser identificados: de acordo com estimativas do Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA), entre 2003 e 2007, cerca de 16,5 milhões de pessoas conseguiram ultrapassar a linha da pobreza<sup>75</sup>. No Ceará, de acordo com estudo realizado pelo Laboratório de Estudo da Pobreza (LEP) da Universidade Federal do Ceará, em 2012, certa de 1,44 milhão de pessoas saíram da linha de pobreza<sup>76</sup>. Os estudos afirmam que os benefícios do Programa Bolsa Família contribuíram para a melhoria nos índices referidos.

Muitos debates giram em torno de tal Programa<sup>77</sup>. Discute-se a necessidade de implementação em caráter temporário ou permanente; afirma-se

---

<sup>73</sup> BRASIL. **Valores dos benefícios**. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/bolsafamilia/valores-dos-beneficios>>. Acesso em 10 jan. 2013.

<sup>74</sup> WEISSHEMER, Aurélio. **Bolsa Família** - Avanços, limites e possibilidades do programa que está transformando a vida de milhões de famílias no Brasil. 2. ed. São Paulo: Perseu Ábramo, 2010, p. 22.

<sup>75</sup> WEISSHEMER, Aurélio. **Bolsa Família** - Avanços, limites e possibilidades do programa que está transformando a vida de milhões de famílias no Brasil. 2. ed. São Paulo: Perseu Ábramo, 2010, p. 19.

<sup>76</sup> Dependência do Bolsa Família quase triplica no Estado. **Diário do Nordeste Online**. Disponível em: <<http://diariodonordeste.globo.com/materia.asp?codigo=1185156>>. Acesso em 10 jan. 2013.

<sup>77</sup> Sobre as controvérsias, as vantagens e as desvantagens do Programa Bolsa Família, ler: BICHIR, Renata Miranda. O Bolsa Família na berlinda? **Revista Novos Estudos**, n. 87, jul. 2010; MEDEIROS, Marcelo; BRITTO, Tatiana; SOARES, Fábio. Transferência de renda no Bra-

que os valores recebidos são ínfimos e não alteram a condição de miséria do indivíduo; questionam-se os critérios para a caracterização da pobreza baseado tão somente em critérios monetários; alegam que as condicionalidades não são eficientes e não apresentam papel relevante, gerando apenas gastos excessivos para o Estado, que passa a ter que controlar e avaliar a comprovação das condições previstas pela legislação; questiona-se a situação de dependência dos beneficiários em relação valores recebidos, acarretando desestímulo para o trabalho e situação de conformação social; aborda-se a temática da corrupção e o desvio das verbas destinadas ao Programa, gerando a situação em que pessoas que necessitam não são incluídas e pessoas que não necessitam, por sua vez, recebem os valores; fomenta-se debates sobre a necessidade da implementação de outras políticas públicas mais eficazes; discute-se as consequências positivas e negativas do Programa, entre outras questões<sup>78</sup>.

Entretanto, sabe-se que, para quem não possui praticamente nada, ter algum auxílio financeiro, ainda que pequeno, gera um grande impacto na vida dessa família<sup>79</sup>. Um estudo realizado pelo Núcleo de Pesquisas Sociais da Universidade Federal Fluminense (UFF)<sup>80</sup> demonstrou que, antes da criação do Bolsa Família, “34,9% das famílias entrevistadas conseguiam comprar alimentos suficientes para apenas uma semana; 34% conseguiam para duas semanas; 20,2% para três semanas e apenas 10,9% disseram que suas famílias conseguiam comprar alimentos para todo o mês”. Após o aferição dos benefícios, os números praticamente foram invertidos: 16,1% afirmaram que conseguiram comprar alimentos apenas para uma semana; 29,4% para duas semanas; 33% para três semanas e 21,5% responderam que conseguiram comprar alimentos para todo o mês.

Desse modo, verifica-se que, embora o Programa esteja sujeito a críticas relevantes e necessite de reformas no sentido de ampliar os seus objetivos e os seus impactos sobre a vida dos brasileiros beneficiados, a contribuição do Bolsa Família é de significativa relevância para quem a recebe. Constitui, pois, “possibilidades concretas de melhoria de condições imediatas de vida

---

sil. *Revista Novos Estudos*, n. 87, jul., 2010; LIMA, Valéria Ferreira Santos de Almada (Coord.). **Avaliando o Bolsa Família**: unificação, focalização e impactos. São Paulo: Cortez, 2010.

<sup>78</sup> Debates acerca dessas questões envolvendo o Bolsa Família são relevantes e merecem ser fomentados. Entretanto, por necessidade de corte epistemológico e pela insuficiência de espaço para discutir o Programa com profundidade, optou-se por não fazê-lo neste artigo. Publicações futuras serão realizadas pela autora nesse sentido. Conforme já explanado, o presente trabalho é resultado parcial de pesquisa de dissertação em desenvolvimento no âmbito do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC).

<sup>79</sup> WEISSHEMER, Aurélio. **Bolsa Família** - Avanços, limites e possibilidades do programa que está transformando a vida de milhões de famílias no Brasil. 2. ed. São Paulo: Perseu Abramo, 2010, p. 24.

<sup>80</sup> Para mais detalhes sobre o estudo: WEISSHEMER, Aurélio. **Bolsa Família** - Avanços, limites e possibilidades do programa que está transformando a vida de milhões de famílias no Brasil. 2. ed. São Paulo: Perseu Abramo, 2010, p. 125 e seguintes.

de grande parte da população que, muitas vezes, não dispõe de qualquer renda”<sup>81</sup>.

Embora o valor recebido não seja suficiente para alterar, de forma significativa, a condição de pobreza do indivíduo, não se pode negar os programas de transferência de renda contribuem para a redução dos índices de desigualdade e de pobreza, diminuindo as limitações e as privações de inúmeras famílias<sup>82</sup>.

Constata-se que, apesar de não ser suficiente para erradicar a pobreza no país, o Programa Bolsa Família representa um avanço que merece destaque em relação às políticas públicas assistenciais no Brasil, que adotou, sobretudo após a Constituição Federal de 1988, o caráter de Estado social.

A Administração Pública inserida nesta nova ordem necessita atender aos anseios dos cidadãos e às suas necessidades, devendo preocupar-se, cada vez mais, em criar e efetivar políticas públicas que ampliam as liberdades e as oportunidades dos indivíduos, de modo que haja igual possibilidade de participação entre todas as pessoas.

Deve-se observar, entretanto, que o desenvolvimento social não decorre, a longo prazo, do desenvolvimento econômico, no sentido de que não depende somente do aumento da renda do indivíduo. Pelo contrário: “o desenvolvimento social parece, na experiência concreta, um processo vital para que possa existir um desenvolvimento econômico sustentado.”<sup>83</sup>

Desse modo, o crescimento econômico depende de investimentos para a melhoria das capacidades das pessoas, numa perspectiva de uma sociedade democrática. Aumentar a renda sem melhorar aspectos básicos de existência, como saúde, saneamento, educação e moradia pode não caracterizar, na realidade, desenvolvimento a longo prazo<sup>84</sup>.

Nesse sentido, ações governamentais que visam melhorias na educação, no sistema público de saúde e no saneamento básico, por exemplo, são

---

<sup>81</sup> SILVA, Maria Ozanira da Silva e; LIMA, Valéria Ferreira Santos de Almada. Caracterizando o Bolsa Família: uma aproximação ao processo de unificação dos programas de transferência de renda no Brasil. In: SILVA, Maria Ozanira da Silva e; LIMA, Valéria Ferreira Santos de Almada (Coord.). **Avaliando o Bolsa Família**: unificação, focalização e impactos. São Paulo: Cortez, 2010, p. 107.

<sup>82</sup> SILVA, Maria Ozanira da Silva e; LIMA, Valéria Ferreira Santos de Almada. Caracterizando o Bolsa Família: uma aproximação ao processo de unificação dos programas de transferência de renda no Brasil. In: SILVA, Maria Ozanira da Silva e; LIMA, Valéria Ferreira Santos de Almada (Coord.). **Avaliando o Bolsa Família**: unificação, focalização e impactos. São Paulo: Cortez, 2010, p. 93.

<sup>83</sup> KLIKSBURG, Bernardo. **Repensando o Estado para o desenvolvimento social**: superando dogmas e convencionalismos. Tradução por Joaquim Ozório Pires da Silva. São Paulo: Cortez, 1998.

<sup>84</sup> SEN, Amartya. Development thinking at the beginning of 21st Century. In: BID. **Development thinking and practice conference**, Washington, set. 1996.

fundamentais para a diminuição da pobreza no país – sendo essa analisada mediante concepção ampla, que alberga a privação não só de renda, mas, principalmente, de oportunidades. O Programa Bolsa Família representa uma ação importante para amenizar a situação de vulnerabilidade de milhões de famílias, entretanto, não pode ser implementado sem a efetivação de outras políticas públicas básicas e complementares.

A pobreza é fenômeno multifacetado, devendo ser analisada sob o prisma da privação de liberdades e oportunidades<sup>85</sup>. De acordo com Amartya Sen<sup>86</sup>, “a pobreza deve ser vista como privação de capacidades básicas, em vez de meramente como baixo nível de renda, que é o critério tradicional de identificação da pobreza.” A partir dessa concepção, o Governo poderá elaborar políticas públicas no sentido de, efetivamente, contribuir para a diminuição da desigualdade social e para o fortalecimento do exercício da cidadania.

Essas ações representam exemplos da consolidação do Estado social no Brasil e da adoção de um novo regime na gestão dos serviços públicos. Trata-se de uma realidade que não pode ser desprezada, devendo haver o fomento de discussões nesse sentido, a fim de que solução às problemáticas existentes sejam encontradas.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho, analisou-se a evolução do Estado liberal até o advento do Estado social, aqui entendido como Estado intervencionista ou desenvolvimentista. Verificou-se que o liberalismo clássico, assim como o socialismo do século XIX, foram insuficientes para atender aos anseios da população, surgindo a necessidade da construção de um novo modelo de Estado, mais atento à realidade econômica e social e às particularidades de cada grupo.

Ademais, estudou-se as fases da administração pública no Brasil e as características da Nova Gestão Pública. Verificou-se que a Administração modernizou-se e organizou-se no sentido de se adequar aos ditames do Estado social democrático. Eficiência, controle, transparência e participação

---

<sup>85</sup> “A pobreza é concebida para além da insuficiência de renda; é produto da exploração do trabalho; é desigualdade na distribuição da riqueza socialmente produzida; significa o não acesso a serviços sociais básicos, à informação, ao trabalho e à renda digna, é não participação social e política”. SILVA, Maria Ozanira da Silva e; LIMA, Valéria Ferreira Santos de Almada. Caracterizando o Bolsa Família: uma aproximação ao processo de unificação dos programas de transferência de renda no Brasil. In: SILVA, Maria Ozanira da Silva e; LIMA, Valéria Ferreira Santos de Almada (Coord.). **Avaliando o Bolsa Família**: unificação, focalização e impactos. São Paulo: Cortez, 2010, p. 23.

<sup>86</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução por Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 120.

cidadã são, assim, as diretrizes dessa nova era. Urge que o Estado ofereça serviços públicos de qualidade e, ao mesmo tempo, de forma prática e eficiente.

Conforme analisado, a Administração Pública está, aos poucos, adaptando-se à era da boa governança. As comprovações desta afirmação podem ser realizadas mediante a análise histórica dos diversos programas assistenciais que já foram criados no Brasil. Percebe-se maior preocupação do Estado na promoção de ações nesse sentido e aumento da destinação de gastos públicos e de espaços para discussões políticas sobre a temática, sobretudo a partir dos anos 1990, chegando ao ápice com a criação do Programa Bolsa Família, em 2004.

Trata-se do maior programa de transferência de renda já elaborado no país. O presente trabalho buscou analisar, de maneira sucinta, alguns aspectos deste Programa, que hoje beneficia mais de 13 milhões de famílias em caráter de vulnerabilidade e miséria, contribuindo para a diminuição das privações e das limitações desses indivíduos.

O avanço na gestão pública não pode ser negado. Entretanto, o certo é que muito ainda há de ser realizado. Além da necessidade da criação e aprimoramento de diversas outras políticas públicas relacionadas à educação saúde, trabalho, saneamento básico e outros, verifica-se que o próprio Programa Bolsa Família apresenta diversos obstáculos, que não foram minuciosamente analisados no presente artigo por necessidade de corte epistemológico, mas que são igualmente relevantes para que se possa avançar nesta matéria.

As discussões e as controvérsias sobre o tema são inevitáveis. Por isso o debate mostra-se relevante e deve ser estimulado. As soluções para os problemas e para as insuficiências do Estado devem ser discutidas não só pelos gestores, mas também pela academia e pelos destinatários dos serviços. A pobreza deve ser erradicada, o desenvolvimento social deve ser prioridade. Embora a caminhada seja longa, a chegada nunca se torna possível sem os primeiros passos.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BICHIR, Renata Mirandola. O Bolsa Família na berlinda? **Revista Novos Estudos**, n. 87, p. 115-129, jul. 2010.

- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Do Estado liberal ao Estado social**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Teoria do Estado**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.
- \_\_\_\_\_. **Lei ordinária nº 10.836 de 9 de janeiro de 2004**. Cria o Programa Bolsa Família e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/110.836.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.836.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2011.
- \_\_\_\_\_. **Programa Fome Zero: O que é**. Disponível em: <<http://www.fomezero.gov.br/o-que-e>>. Acesso em: 10 jan. 2013.
- \_\_\_\_\_. **Valores dos benefícios**. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/bolsafamilia/valores-dos-beneficios>>. Acesso em 10 jan. 2013.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos Gonçalves. Democracia, Estado Social e Reforma Gerencial. **Revista de Administração de Empresas**, São Paulo, v.5, n.1, p. 112-116, jan.-mar. 2010.
- \_\_\_\_\_. O modelo estrutural de gerência pública. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 42, n. 2, p. 391-410, mar.-abr. 2008.
- \_\_\_\_\_. Instituições, bom estado, e reforma da gestão pública. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n.1, p. 1-17, mar.-maio. 2005.
- BRITTO, Tatiana; SOARES, Fabio Veras. **Bolsa família e renda básica de cidadania: um passo em falso?**. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos\\_discussao/TD75-TatianaBritto\\_FabioSoares.pdf](http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD75-TatianaBritto_FabioSoares.pdf)>. Acesso em: 17 nov. 2011.
- BUGARIN, Maurício Soares e VIEIRA, Laércio Mendes; GARCIA, Leice Maria. **Controle social dos gastos públicos no Brasil: instituições oficiais, controle social e um mecanismo para ampliar o envolvimento da sociedade**. Rio de Janeiro: Konrad-Adanauer-Stiftung, 2003.
- CABRILLAC, Rémy; FRISON-ROCHE, Marie-Anne; REVET, Thierry. **Libertés et droits fondamentaux**. 15 ed. Paris: Dalloz, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2010.
- CASTEL, Robert. **As metamorfoses na questão social**. Tradução por Iraci Poleti. Petrópolis: Vozes, 1995.

COHEN, Ernesto; FRANCO, Rolando. **Avaliação de projetos sociais**. Petrópolis: Vozes, 1993.

Dependência do Bolsa Família quase triplica no Estado. **Diário do Nordeste Online**. Disponível em: <<http://diariodonordeste.globo.com/materia.asp?codigo=1185156>>. Acesso em 10 jan. 2013.

DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. **Políticas Públicas: Princípios, propósitos e processos**. São Paulo: Atlas, 2011.

DRAIBE, Sônia. A política social no período do FHC e o sistema de proteção social. **Tempo Social**, p. 63-101, nov. 2003.

FURTADO, Caldas. **Elementos de direito financeiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: SRS, 2009.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JUDT, Tony. **O mal ronda a terra**. Tradução de Celso Nogueira. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.

KLIKSBERG, Bernardo. **Repensando o Estado para o desenvolvimento social: superando dogmas e convencionalismos**. Tradução por Joaquim Ozório Pires da Silva. São Paulo: Corteza, 1998.

MARINI, Caio. **Gestão Pública no Brasil: temas preservados e temas emergentes na formação da agenda**. In: VII Congresso da Associação de Estudos Brasileiros BRASA – Brazilian Studies Association, 2004, Brasília. Anais do VII Congresso da Associação de Estudos Brasileiros. Brasília: 2004, p. 1-25.

MENDES, Gilmar Ferreira. Arts. 48 a 59. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Vander (Org.). **Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MILANI, Carlos. O princípio da participação social na gestão de políticas públicas locais. **Revista de Administração Pública**, n. 42 (maio-jun.2006), p. 551-579.

MILL, John Stuart. A liberdade. In: MORRIS, Clarence (Org.). **Os grandes filósofos do direito**. Tradução por Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MONREAL, Eduardo Novoa. **O direito como obstáculo à transformação social**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

OLIVO, Luis Carlos Cancellier. Controle Social em rede da Administração Pública Virtual. In: AIRES (Org.). **Direito e Informática**. São Paulo: Manole, 2004, p. 155-189.

PETREI, Humberto. **Presupuesto y control**: pautas de reforma para América Latina. New York: Banco Interamericano de Desarrollo, 1997.

SALES, Tainah; FREIRE, Geovana Maria Cartaxo de Arruda. **A inclusão digital como direito fundamental e instrumento para concretização do exercício democrático**. In: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Anais do XXI Congresso Nacional do CONPEDI, 2011, Belo Horizonte. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2011, p. 4433-4450.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução por Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Maria Ozanira da Silva e; LIMA, Valéria Ferreira Santos de Almada. Caracterizando o Bolsa Família: uma aproximação ao processo de unificação dos programas de transferência de renda no Brasil. In: SILVA, Maria Ozanira da Silva e; LIMA, Valéria Ferreira Santos de Almada (Coord.). **Avaliando o Bolsa Família**: unificação, focalização e impactos. São Paulo: Cortez, 2010.

SOARES, Sergei; SÁTYRO, Natália. O Programa Bolsa Família: desenho institucional, impactos e possibilidades futuras. **IPEA**, Texto para Discussão, 2009, n. 1424. Disponível em: <[http://desafios.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/tds/td\\_1424.pdf](http://desafios.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/tds/td_1424.pdf)>. Acesso em: 10 jan. 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito financeiro e tributário**. 2. ed. v.5. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

WEISSHEMER, Aurélio. **Bolsa Família - Avanços, limites e possibilidades do programa que está transformando a vida de milhões de famílias no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Perseu Abramo, 2010.





# A EVOLUÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PENAL E O TRIBUNAL ESPECIAL PARA SERRA LEOA: ANÁLISE DA NATUREZA JURÍDICA E CONSIDERAÇÕES SOBRE SUA JURISPRUDÊNCIA

---

*Thais Leo N. de Paula\**  
*Tarin Cristino Frota Mont'Alverne\*\**

## **Resumo**

O artigo expõe a construção do direito internacional penal através da atuação das jurisdições internacionais penais, para então contrastar o Tribunal Especial para Serra Leoa, uma das mais recentes experiências em jurisdição internacional penal, com os tribunais *ad hoc* prévios, além de levantar questões sobre sua natureza jurídica. Tece ainda considerações sobre algumas contribuições da jurisprudência deste tribunal para o desenvolvimento e aprimoramento do direito internacional penal.

## **Palavras-chave**

Direito Internacional Penal. Tribunais Internacionais. Serra Leoa. Tribunal Especial para Serra Leoa. Crianças-soldado. Crimes Sexuais Contra a Humanidade.

## **Abstract**

This article exposes the international criminal law construction process through the work of the international criminal jurisdictions in order to contrast the Special Court for Sierra Leone, one of the most recent experiences within the international criminal jurisdictions, to the previous *ad hoc* tribunals, as well as raise questions about its legal nature. This article also presents comments regarding some of the contributions brought forward by the jurisprudence of this tribunal to the development and improvement of the international criminal law.

## **Keywords**

International Criminal Law. International Courts. Sierra Leone. Special Court for Sierra Leone. Child-soldiers. Crimes of Sexual Violence Against Humanity.

---

\* Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará - UFC. Membro pesquisador do Grupo de Estudos em Direito e Assuntos Internacionais – GEDAI, projeto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Foi bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação à Docência – PIBID.

\*\* Pós-Doutora pela Universidade Federal do Ceará - UFC. Doutora em Direito Internacional Público pela Université Paris Descartes -Paris 5, França, com período de co-tutela na Universidade de São Paulo - USP. Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará - UFC.

## 1. INTRODUÇÃO

Até o século XIX, o direito internacional, e consequentemente a jurisdição internacional, ocupava-se de regular apenas as relações entre Estados. As grandes guerras no decorrer da primeira metade do século XX, entretanto, trouxeram um novo tipo de sujeito ao cenário internacional: as organizações internacionais.<sup>1</sup> Grande avanço, pela primeira vez reconhecia-se o status de sujeito internacional à entidade não estatal.

Os indivíduos, até então vistos como meros *objetos* do direito internacional, passaram a figurar como sujeitos<sup>2</sup> de direitos e de deveres no âmbito internacional graças ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, sistema de proteção desenvolvido no âmbito da Organização das Nações Unidas (doravante, “ONU” ou “Nações Unidas”). A premente preocupação com os direitos humanos no pós-1945 tem duas consequências principais: em primeiro lugar, a afirmação desses direitos em âmbito internacional e a implementação de jurisdições regionais de direitos humanos, acessíveis diretamente pelos indivíduos, capazes de responsabilizar os Estados por violações aos direitos humanos e conceder reparações às vítimas. Em segundo, constrói-se a responsabilidade dos indivíduos no âmbito internacional por violações aos direitos humanos e ao direito internacional humanitário, no âmbito dos tribunais ditos internacionais penais. Nasce, deste segundo aspecto, o chamado direito internacional penal.

Tais tribunais internacionais penais, que tem início com o Tribunal de Nuremberg pós-Segunda Guerra Mundial, modelaram e desenvolveram o direito internacional penal através de sua *case law*.

Os tribunais *híbridos*, que unem lei doméstica e direito internacional, são uma recente experiência em jurisdição internacional penal. Estes surgem em contextos pós- crise ou conflito armado caracterizado por amplas e sistematizadas violações ao direito humanitário dentro de um Estado. A década de guerra civil que assolou Serra Leoa nos anos 90 e início dos anos 2000 é um exemplo deste tipo de conflito.

O Tribunal Especial para Serra Leoa, jurisdição chamada híbrida e instituída por acordo entre o governo de Serra Leoa e a Organização das Nações Unidas, foi encarregada de investigar e julgar os maiores responsáveis por

---

<sup>1</sup> Como a Organização Mundial do Trabalho (1919), a Liga das Nações (1919) e, finalmente, a Organização das Nações Unidas (1945).

<sup>2</sup> Vale ressaltar que tal visão não é pacífica. Autores como J. F. Rezek discordam de tal teoria, adotando visão mais clássica, afirmando que apenas os Estados soberanos e as organizações internacionais possuiriam personalidade jurídica de direito internacional público. Tal autor faz ainda a diferenciação entre a personalidade jurídica de direito internacional dos Estados, a qual chama de “originária”, e das organizações, a qual qualifica como “derivada”. Cf. REZEK, J. F. **Direito internacional público**: curso elementar. 10 ed., rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 151.

violações ao direito internacional e a certos diplomas domésticos serra-leoneses. O presente trabalho tem por escopo apresentar o Tribunal Especial para Serra Leoa, analisar sua natureza jurídica e compará-la às prévias experiências de tribunais internacionais penais, e, por último, tecer comentários sobre os avanços de sua jurisprudência, ressaltando as contribuições originais daquele.

Inicia-se o presente trabalho com a análise da construção do direito internacional penal e alguns de seus mais importantes princípios do período do pós-Primeira Guerra até culminar com o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg No pós-Segunda Guerra Mundial, o primeiro a efetivar responsabilizações de indivíduos por violações ao direito internacional.

Em seguida, tratar-se-á do modelo *ad hoc* de tribunais instituídos pela Organização das Nações Unidas na década de 90, os quais em muito influenciaram o direito internacional penal e a jurisdição do Tribunal Especial para Serra Leoa. Por último, analisa-se a natureza jurídica do Tribunal Especial para Serra Leoa, explicitando as implicações de tal natureza para as atividades do Tribunal, e comenta-se as inovações desenvolvidas no âmbito da jurisprudência desta corte, como a expansão do rol de crimes sexuais consideradas como crimes contra a humanidade e a polêmica questão das crianças-soldado.

## 2. AS GUERRAS MUNDIAIS E A CONSTRUÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PENAL

Considerados como os antecedentes do direito internacional penal, a partir do século XIX são firmados os primeiros tratados internacionais multilaterais em matéria de limitação da guerra. Os chamados “crimes de guerra” foram os primeiros considerados como crimes internacionais.<sup>3</sup> Não há, entretanto, em nenhuma destas, previsão expressa de punição individual, constando apenas a hipótese de responsabilidade estatal por violações.<sup>4</sup> Havia, entretanto, normas e processos de responsabilização individual por crimes de guerra em âmbito doméstico.

O advento da Primeira Guerra Mundial trouxe a oportunidade de mudança. Ricardo J. Alfaro, relator especial da Comissão de Direito Internacional da ONU, em 1950, relembra: “After the termination of the First World War, the conviction crystallized in the minds of thinking people that the horrors of war must be spared to men, that war is a crime against human-

---

<sup>3</sup> JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **O direito penal internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 3.

<sup>4</sup> CRYER, Robert. **Prosecuting international crimes: selectivity and the international criminal law regime**. Cambridge: Cambridge University, 2005, p. 30.

kind and that such a crime must be prevented and punished”.<sup>5</sup> Os países Aliados pronunciaram-se energicamente em relação não só à existência de crimes diretamente provenientes de violações às leis e costumes da guerra internacionais, como também acerca da necessidade de responsabilização individual. Quando do massacre de 600.000 armênios pelo Império Turco-Otomano em 1915<sup>6</sup>, França, Reino Unido e Rússia classificaram tal evento como “crimes contra a humanidade e civilização”.<sup>7</sup>

Em janeiro de 1919, durante a Conferência de Paz de Paris, foi estabelecida uma Comissão sobre a Responsabilidade dos Autores da Guerra e sobre o Cumprimento de Penalidades por Violações das Leis e Costumes de Guerra (doravante, “Comissão”), dotada de competência investigativa. A Comissão dividiu os supostos crimes cometidos durante a Primeira Guerra em duas categorias: atos que provocaram a guerra mundial e ocasionaram seu princípio; e violações das leis e costumes de guerra e das leis da humanidade. O primeiro bloco, relativo à “guerra de agressão” foi alvo de intensas críticas dentro da Comissão, pois não havia precedentes ou mesmo uma norma internacional criminalizando o recurso à guerra. Nas palavras de Sellars:

The use of the word “aggression” introduced a new perspective on warfare. It signalled that a nation was not being punished for *losing* a war, as had traditionally been the case, but for *starting* one. While there had previously been no legal stigma attached to the initiation of conflict, this article [231, do Tratado de Versalhes] suggested that the war Germany had “imposed” on the *entente* powers was not only morally reprehensible, but also unlawful (grifo no original).<sup>8</sup>

Concluiu a Comissão que, apesar de reprovável, a “guerra de agressão” não poderia ser considerada como violação do direito internacional,

---

<sup>5</sup> ALFARO, Ricardo J. Report on the question of international criminal jurisdiction. **International law commission yearbook**, New York, v. II, 1950, p. 2. Disponível em: <[http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a\\_cn4\\_15.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_15.pdf)>. Acesso em: 1 maio 2013. “Após o fim da Primeira Guerra Mundial, a convicção se cristalizou na mente das pessoas inteligentes que os horrores da guerra deviam ser poupados aos homens, que a guerra é um crime contra a espécie humana e que tais crimes devem ser evitados e punidos”. Tradução livre.

<sup>6</sup> JAPIASSÚ, *op. cit.*, p. 66.

<sup>7</sup> CRYER, *op. cit.*, p. 31.

<sup>8</sup> SELLARS, Kirsten. Delegitimizing aggression: first steps and false starts after the first world war. **Journal of international criminal justice**, v. 10, 2012, p. 7-40. P. 14. “O uso da palavra ‘agressão’ introduziu uma nova perspectiva sobre a guerra. Sinalizava que uma nação não estava sendo punida por *perder* a guerra, como havia sido tradicionalmente o caso, mas por *começar* uma. Embora não houvesse previamente nenhum estigma legal ligado a começar-se um conflito, esse artigo [231 do tratado de Versalhes] sugeria que a guerra que a Alemanha havia ‘imposto’ nos poderes *entente* não havia sido apenas moralmente reprovável, mas também ilícita (grifo no original)”. Tradução livre.

posto não estar assentada no direito positivo até então.<sup>9</sup> Quanto à segunda classe de violações, relativa às leis e costumes da guerra, considerou a Comissão já assentada suficiente na prática dos Estados, com a diferença de que até então eram processadas em cortes domésticas.<sup>10</sup> Acerca dos “crimes contra a humanidade”, apesar de inéditos, o relatório os incluía à jurisdição da corte a ser estabelecida pelos Aliados. Ademais, a Comissão foi responsável pela elaboração de princípios que norteiam até hoje o direito internacional penal, como a inaplicabilidade da imunidade de oficiais à jurisdição internacional e o conceito da responsabilidade de comando<sup>11</sup>, por exemplo.

Em junho de 1919 foi firmado o Tratado de Versalhes, cujo texto seguia amplamente as recomendações da Comissão. Um tribunal internacional<sup>12</sup>, composto por juízes originários dos cinco países Aliados, seria encarregado de julgar e punir o antigo imperador alemão, Wilhelm II, ao passo que outros acusados seriam processados frente a tribunais militares estabelecidos pelos países vencedores. Além de tais disposições, o tratado delineou a responsabilidade do Estado alemão e seus consortes pelos danos causados às forças aliadas e também estabeleceu a obrigação de reparação a qual aqueles seriam submetidos.

Não obstante a valiosa contribuição da Comissão sobre Responsabilidade de 1919 para a teoria do direito internacional penal, o julgamento do ex-kaiser Wilhelm II nunca chegou a ser realizado, pois os Países Baixos, para onde aquele fugira, recusaram sua entrega aos Aliados e o segundo mecanismo, relativo aos outros infratores, também nunca entrou em ação. Tal mecanismo foi substituído por julgamentos domésticos realizados pela Suprema Corte alemã em Leipzig, marcados por vasta impunidade.

Determinados a não repetir os erros do pós-Primeira Guerra, os Aliados se comprometeram a levar a cabo os processos de responsabilização através de um tribunal internacional no pós-Segunda Guerra Mundial.

O Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (doravante, “Tribunal de Nuremberg” ou “TMI”) pôs em prática tal responsabilização. Ao contrário dos julgamentos de Leipzig, o Estatuto do TMI posicionou-se contrariamente

---

<sup>9</sup> COMMISSION ON THE RESPONSIBILITY OF THE AUTHORS OF WAR AND ON ENFORCEMENT OF PENALTIES. Report presented to the preliminary peace conference. *American journal of international law*, v. 14, n. 1/2, 1920, p. 95-154. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2187841>>. Acesso em: 3 maio 2013, p. 120.

<sup>10</sup> SELLARS, *op. cit.*, p. 11.

<sup>11</sup> CRYER, *op. cit.*, p. 32.

<sup>12</sup> O tratado não utiliza propriamente tal nomenclatura, fala de um “tribunal especial” composto por juízes das nacionalidades dos países vencedores, incumbidos de aplicar o direito internacional. Tal nomenclatura será retomada para designar certos tribunais pós-conflito ou pós- crise do século XXI, como o Tribunal Especial para Serra Leoa e o Tribunal Especial para o Líbano.

à escusa de responsabilidade por ordens superiores<sup>13</sup> e à imunidade de oficiais a jurisdições internacionais, iniciando uma prática repetida nos instrumentos constitutivos de tribunais internacionais penais até hoje.<sup>14</sup>

Ademais, os Aliados perceberam que o tipo “crimes de guerra” não abrangeria uma das maiores atrocidades da guerra: a perseguição e extermínio da população civil alemã, notadamente os judeus, cometidos por oficiais e civis de nacionalidade alemã. Os crimes de guerra de então englobavam apenas atos perpetrados contra nacionais estrangeiros (inimigos) e não contra indivíduos da própria nacionalidade do comitente<sup>15</sup>, logo a categoria de *crimes contra a humanidade* assumiria suma importância.

Assinada em 8 de agosto de 1945, a Carta do Tribunal de Nuremberg, em seu artigo 6º, delimitou a competência da corte: crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade. Havia ainda a previsão de incriminação da *conspiração*, figura típica da *common law* anglo-americana. Todavia, tal tipo não encontrava equivalente na *civil law* francesa ou russa, logo restou prejudicado e obteve pouca atenção nos julgamentos.<sup>16</sup>

Deu-se início, dessa maneira, ao que hoje é conhecido como direito internacional penal. Richard Overly, com extrema lucidez, afirma: “for the first time the leaders of a major state were to be arraigned by the international community for conspiring to perpetrate, or causing to be perpetrated, a whole series of crimes against peace and against humanity”.<sup>17</sup>

Graças ao desenvolvimento da lei da guerra até a Segunda Guerra, a competência do TMI sobre crimes de guerra não apresentou grandes controvérsias.

---

<sup>13</sup> CARTA DO TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL DE NUREMBERG (1945). Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp>>. Acesso em: 10 maio 2013. Artigo 8: “o fato de que o Réu tenha agido segundo ordens de seu Governo ou de um superior não deverá livrá-lo de responsabilidade, mas poderá ser considerado para mitigar a pena se o Tribunal determinar que a justiça assim o exige”. Tradução livre.

<sup>14</sup> CARTA DE NUREMBERG, artigo 7: “A posição oficial dos réus, seja como chefes de Estado ou oficiais responsáveis em Departamentos do Governo, não deverá ser considerada como isenção de responsabilidade ou mitigação de punição”. Tradução livre.

<sup>15</sup> ACQUAVIA, Guido. At the origins of crimes against humanity: clues to a proper understanding of the *nullum crimen* principle in the Nuremberg judgment. *Journal of international criminal justice*, vº9, 2011, p. 881-903.

<sup>16</sup> BASSIOUNI, M. Chérif. *Crimes against humanity: historical evolution and contemporary application*. Cambridge: Cambridge University, 2011, p. 118-119.

<sup>17</sup> OVERLY, Richard. The Nuremberg trials: international law in the making. In: SANDS, Philippe (ed.). *From Nuremberg to the Hague: the future of international criminal justice*. Cambridge: Cambridge University, 2003, p. 1-29. “Pela primeira, vez os líderes de um país importante deveriam ser indiciados pela comunidade internacional por conspirar para perpetrar, ou dar causa para que seja perpetrada, uma série de crimes contra a paz e contra a humanidade”. Tradução livre.

Quanto aos crimes contra a paz, no período entre guerras, alguns documentos foram desenvolvidos de modo a recusar a guerra como instrumento válido de política nacional<sup>18</sup>, mas nenhum dotado de poder vinculativo. O pacto Briand-Kellogg, citado pelo Tribunal de Nuremberg em seu julgamento<sup>19</sup>, não previa a criminalização da guerra de agressão, nem um mecanismo de punição individual; apenas declarava a intenção dos Estados signatários em recusar a guerra como recurso válido de política nacional.<sup>20</sup> A tal argumento, o Tribunal respondeu que as leis da guerra não se encontravam apenas nos acordos internacionais, mas também na prática dos Estados e nos princípios gerais do direito, aceitando o tipo “crimes contra a paz”, previsto no Estatuto.<sup>21</sup> Não obstante o valor de tal construção para o direito internacional penal hodierno, a doutrina critica o julgamento, consoante o posicionamento da defesa, afirmando a inexistência à época não só dos crimes contra a paz no âmbito internacional, mas também a inexistência de previsão de um tribunal internacional para exercício da punição.<sup>22</sup>

Os crimes contra a humanidade são também uma inovação do Tribunal de Nuremberg, com base em uma construção histórica iniciada pelas Convenções de Haia de 1899 e 1907. Pela primeira vez, condutas consideradas crimes domésticos - assassinato, por exemplo - foram alavancadas para o âmbito internacional devido ao seu cometimento em larga escala e em conexão com crimes de guerra.<sup>23</sup>

Não obstante a polêmica acerca da sua criação, o Tribunal de Nuremberg foi fruto de uma construção difícil e demorada, cujo início em muito o precede. A concretização da responsabilidade individual por violações do direito internacional simboliza o reconhecimento do indivíduo como membro ativo do cenário internacional, além de ser uma contrapartida à ascensão da proteção dos direitos humanos. Nas palavras do Tribunal: “Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by

---

<sup>18</sup> Por exemplo: projeto de Tratado de Assistência Mútua, no bojo da Liga das Nações, de 1923; Protocolo de Genebra de 1924, nunca ratificado; Resolução unânime da Assembleia Geral da Liga das Nações de 24 de setembro de 1927, sem poder vinculativo. Cf. CRYER, 2005, p. 241.

<sup>19</sup> “Após a assinatura do pacto [Briand-Kellogg], qualquer nação que recorrer à guerra como um instrumento de política nacional quebra o pacto. Na opinião do Tribunal, a solene renúncia à guerra como um instrumento de política nacional envolve necessariamente a proposição de que tal guerra seja ilegal no direito internacional; e que aqueles que planejam e conduzem tal guerra, com suas inevitáveis e terríveis consequências, estejam cometendo crimes ao fazê-lo”. Tradução livre. Cf. INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **The Charter and judgment of the Nürnberg tribunal – history and analysis**: memorandum submitted by the Secretary-General (1949). Disponível em: <[http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a\\_cn4\\_5.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_5.pdf)>. Acesso em: 11 maio 2013, p. 44

<sup>20</sup> CRYER, *op. cit.*, p. 242.

<sup>21</sup> INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *op. cit.*, p. 45.

<sup>22</sup> BASSIOUNI, 1981, p.59.

<sup>23</sup> ACQUAVIA, *op. cit.*, p. 885.

punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced".<sup>24</sup>

Não obstante os esforços de positivação de direito material internacional penal<sup>25</sup>, o estabelecimento de uma jurisdição internacional penal permanentemente apresentava grande dificuldade, pois a Guerra Fria polarizava as opiniões da comunidade internacional e não foi possível atingir o consenso necessário para a criação de tal jurisdição. Somente em 1989, com o desmembramento da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) e os conflitos os quais este ensejara, o cenário internacional tornou a ser propício ao estabelecimento de uma jurisdição internacional penal.

### 3. O MODELO ONU DE TRIBUNAIS INTERNACIONAIS PENAIS *AD HOC*

Após o estabelecimento de uma Comissão de Especialistas, em 1992, para analisar as violações ao direito internacional humanitário no território da ex-Iugoslávia, o Conselho de Segurança da ONU requereu ao então Secretário Geral das Nações Unidas que preparasse relatório sobre a forma de estabelecer uma jurisdição internacional competente para apreciar tais violações, o qual respondeu com o Relatório S/25704 de 1993.<sup>26</sup> Tal relatório afirmara que o método ideal seria através de tratado amplamente ratificado, porém, frente à urgência do caso sob análise, o Conselho estaria autorizado pela Carta da ONU em seu Capítulo VII a tomar quaisquer medidas necessárias à manutenção da paz e segurança, inclusive o estabelecimento de um tribunal.<sup>27</sup>

O Conselho acatou, de forma unânime, tal relatório através da resolução 827 (1993), criando o Tribunal para a Acusação de Pessoas Responsáveis por Sérias Violações do Direito Internacional Humanitário Cometidas no Território da Antiga Iugoslávia, ou Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (doravante, "TPII").

---

<sup>24</sup> INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *op. cit.*, p. 41. "Crimes contra a humanidade são cometidos por homens, não por entidades abstratas, e é apenas através da punição de indivíduos que cometeram tais crimes que podem as provisões do direito internacional se fazer cumprir". Tradução livre.

<sup>25</sup> No ano de 1948 foi assinada a Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, em 1949 foram firmadas as quatro novas Convenções de Genebra e seus Protocolos Adicionais (núcleo do Direito Internacional Humanitário atual) e, no ano seguinte, a Assembleia Geral da ONU reconheceu os Princípios de Nuremberg, propostos pela Comissão de Direito Internacional, através da Resolução 488(V) de 12 de dezembro de 1950, de modo a levá-los ao conhecimento de toda a comunidade internacional.

<sup>26</sup> CRYER, 2005, p. 52-53.

<sup>27</sup> SECRETÁRIO GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Relatório S/25704 (1993)**, p. 6-7. Disponível em: <[http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute\\_re808\\_1993\\_en.pdf](http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_re808_1993_en.pdf)>. Acesso em: 20 maio 2013.

Nos mesmos moldes do TPII, o Conselho de Segurança, em 1994, estabeleceu um tribunal internacional penal em decorrência às patentes violações ao direito humanitário no território de Ruanda, onde um conflito civil tirou a vida de centenas de milhares de indivíduos da etnia tutsi, de inúmeros hutus moderados e também de dez *peacekeepers* das Nações Unidas.<sup>28</sup> O Conselho de Segurança estabeleceu o Tribunal Penal Internacional para a Acusação de Pessoas Responsáveis por Genocídio e Outras Sérias Violações ao Direito Humanitário Internacional Cometidos no Território de Ruanda e por Cidadãos Ruandeses Responsáveis por Sérias Violações em Territórios Vizinhos, ou Tribunal Penal Internacional para Ruanda (doravante, “TPIR”), através da Resolução 955, de 1994, também sob o argumento dos poderes do Capítulo VII.

A legalidade do estabelecimento de tais jurisdições foi questionada em várias oportunidades. O TPII tratou de tal tema em outubro de 1995, no caso *Tadic*. A decisão<sup>29</sup> do TPII defendeu os amplos poderes concedidos ao Conselho de Segurança pelo artigo 41 e pelo Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, além de ressaltar a inexistência de qualquer impedimento expresso ao Conselho para o estabelecimento de um tribunal como órgão subsidiário.<sup>30</sup> Ademais, a decisão fundamentou a legalidade do Tribunal no artigo 29 da Carta, segundo o qual “o Conselho de Segurança poderá estabelecer órgãos subsidiários que julgar necessários para o desempenho de suas funções”, combinado com uma opinião consultiva da Corte Internacional de Justiça de 1954, na qual esta reconhece a capacidade da Assembleia Geral de criar órgãos judiciais.<sup>31</sup> O professor Schabas questiona o último argumento apresentado, lembrando que seus juízes são eleitos pela Assembleia Geral e a Promotoria é escolhida pelo Secretário-Geral das Nações Unidas, não sendo, dessa forma, órgãos subsidiários do Conselho de Segurança.<sup>32</sup>

O enquadramento do TPII e TPIR como medidas coercitivas determinadas pelo Conselho de Segurança, sob a égide do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, possui importantes implicações. Em primeiro lugar, o artigo 25 da Carta afirma que “os Membros das Nações Unidas concordam em aceitar e executar as decisões do Conselho de Segurança, de acordo com a pre-

---

<sup>28</sup> CRYER, 2005, p. 55. Tal fato levou a ONU a retirar boa parte de suas forças do território de Ruanda, demonstrando em certa medida a inércia e inabilidade das Nações Unidas para conter o genocídio.

<sup>29</sup> TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA EX-IUGOSLÁVIA, **Decisão da moção de defesa sobre jurisdição** (1995). Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tdec/en/100895.htm>>. Acesso em 20 maio 2013.

<sup>30</sup> PARLETT, *op. cit.*, p. 264.

<sup>31</sup> TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA EX-IUGOSLÁVIA, **Decisão da moção de defesa sobre jurisdição** (1995), 195, A(35).

<sup>32</sup> SCHABAS, W. A. **The UN international criminal tribunals: the former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone**. Cambridge: Cambridge University, 2006, p. 22.

sente Carta”, logo há uma obrigação universal de cooperar com os trabalhos dos tribunais *ad hoc*.<sup>33</sup>

A definição do artigo 3 do Estatuto do TPIR, seguindo exemplo do TPII, inovou em sua definição de crimes contra a humanidade, se comparada com a da Carta de Nuremberg, pois incluiu o estupro ao rol de crimes internacionais, em resposta ao uso deste em larga escala como instrumento de terror e limpeza étnica.<sup>34</sup> Ademais, no julgamento do caso *Akayesu*, o TPIR lançou mão de uma de suas mais importantes construções teóricas: a violência sexual como crime de genocídio. Sobre tal ponto, Costa e Damasceno:

A Câmara de Julgamento decidiu finalmente que os estupros haviam resultado em destruição física e psicológica das mulheres *tutsi*, de suas famílias e de suas comunidades. A violência sexual foi parte de um processo de destruição que tinha como alvo específico as mulheres *tutsi* e cujo intuito era destruir o grupo *tutsi* como um todo (grifos no original).<sup>35</sup>

Quanto ao TPII, na decisão supracitada do caso *Tadic*, o Tribunal declarou que crimes de guerra poderiam ser cometidos no contexto de guerras civis, além de afirmar que crimes contra a humanidade poderiam ser cometidos em tempo de paz. Tais interpretações progressistas do Tribunal moldaram o direito internacional penal que o precedeu.<sup>36</sup> Ademais, o TPII elaborou o conceito de *joint criminal enterprise*, formulação facilitadora ao indiciamento de indivíduos provenientes de grupos formados com o intuito de realizar crimes sob competência do Tribunal.<sup>37</sup>

Não obstante as construções positivas e inovadoras dos tribunais *ad hoc*, estes são alvo de críticas em relação a sua duração, aos seus custos e, também, a sua efetividade.

Estes tribunais deram um passo adiante em relação aos predecessores, pois não limitaram as investigações das violações aos “perdedores” do conflito. Porém, percebe-se ainda certa seletividade nas escolhas da promotoria. No caso da antiga Iugoslávia, a procuradora Carla del Ponte tomou a polêmica decisão de não investigar uma campanha aérea perpetrada pela OTAN em 1999, apesar da pressão da opinião pública.<sup>38</sup>

---

<sup>33</sup> CRYER, *op. cit.*, p. 128.

<sup>34</sup> COSTA, Rafael P.; DAMASCENO, Aline. O tribunal penal internacional para Ruanda: considerações sobre jurisdição e jurisprudência. In: OLIVEIRA, B. da C. P.; SILVA, R. L. (Org.). **Manual de direito processual internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 559-574.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 572.

<sup>36</sup> SCHABAS, *op. cit.*, p. 23.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>38</sup> OLIVEIRA, Thiago B. J. O tribunal penal internacional para a ex-Iugoslávia. In: OLIVEIRA, B. da C. P.; SILVA, R. L. (Org.). **Manual de direito processual internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 535-557.

Em 2004, o montante destinado ao financiamento dos tribunais *ad hoc* totalizava 15% do orçamento total da ONU.<sup>39</sup> Os processos seguem a passo lento e, não obstante a adoção de estratégias de conclusão para ambos os tribunais em 2003, além do estabelecimento de um mecanismo internacional residual em 2010<sup>40</sup>, o TPII prevê encerrar suas atividades em 2016, 23 anos depois de sua criação, e o TPIR em 2014, 20 anos após sua criação.

Assemelhados aos tribunais *ad hoc* da ONU, porém dotados de características próprias, surgem, no final da década de 90 e início dos anos 2000, os tribunais híbridos inseridos em contextos de *healing process* após crise interna ou conflito armado, em que o Estado não pode proceder às responsabilizações por violações ao direito humanitário e internacional por conta própria.<sup>41</sup> São caracterizados por aplicar a lei doméstica do Estado afetado e o direito internacional, e seu grande mérito seria a proximidade com a população afetada, de modo que cumprem um papel importante no processo de paz e reconciliação. Contabiliza-se, pelo menos, cinco: Câmaras Extraordinárias das Cortes do Camboja, Câmaras Especiais do Timor Leste, Câmaras Especiais do Kosovo, Tribunal Especial para Serra Leoa, e o mais recente Tribunal Especial para o Líbano.

Entre os supracitados, o Tribunal Especial para Serra Leoa se mostra a experiência mais rica para estudo, visto que os outros exemplos se encontram inseridos dentro da jurisdição doméstica dos Estados envolvidos e sua jurisprudência é limitada e de difícil acesso.

#### 4. TRIBUNAL ESPECIAL PARA SERRA LEOA: JURISDIÇÃO PÓS-CONFLITO HÍBRIDA?

Uma das primeiras colônias britânicas na região oeste da África, Serra Leoa fora um lugar de refúgio para os escravos recém libertos da Grã-Bretanha. A história de Serra Leoa é permeada por instabilidades políticas, golpes militares e disputas pelo controle das ricas minas de diamantes existentes no país. O conflito civil que antecede a instituição do Tribunal Especial para Serra Leoa teve início em março de 1991 quando Foday Sankoh liderou um ataque da Frente Revolucionária Unida (doravante, "FRU"), grupo rebelde, contra o governo serra-leonês.

Após inúmeras tentativas de conversas de paz, eleições foram realizadas em 1996 e o poder passou para as mãos de Ahmed Kabbah, antigo funci-

---

<sup>39</sup> SCHABAS, *op. cit.*, p. 6.

<sup>40</sup> ACQUAVIA, Guido. Was a residual mechanism for international criminal tribunals really necessary? *Journal of international criminal justice*, v. 9, 2011, p. 789-796.

<sup>41</sup> SOREL, J-M. Introduction. In: ASCENSIO, H; LAMBERT-ABDELGAWAD, E; SOREL, J-M. *Les juridictions pénales internationalisées*. Paris: Société de législation comparée, 2006, p. 11-25. p. 15.

onário das Nações Unidas.<sup>42</sup> Já em maio do ano seguinte, o presidente Kabbah foi deposto por uma coalizão armada entre o Conselho Revolucionário das Forças Armadas (doravante, “CRFA”), facção do exército serra-leonês, e a FRU.

A vitória das tropas partidárias do presidente Kabbah foi garantida pela resposta militar truculenta. O Human Rights Watch denunciou violações do direito humanitário por todos os lados combatentes, inclusive de *peace-keepers* da Missão das Nações Unidas em Serra Leoa, *in loco* de outubro de 1999 a dezembro de 2005.<sup>43</sup>

Assinou-se o Acordo de Paz Lomé em julho de 1999, que previa anistia geral a todos os combatentes, disposição não isenta de críticas.<sup>44</sup> Ademais, estabelecia uma Comissão de Verdade e Reconciliação (doravante, “CVR”) em uma tentativa de contrabalançar a polêmica da anistia geral, para investigar e documentar os eventos da guerra civil.

O presidente Kabbah, diante da total destruição do sistema judiciário de Serra Leoa, enviou uma carta em junho de 2000 ao Secretário-Geral da ONU requerendo ajuda da Organização para a instituição de um tribunal de caráter especial, dotado de mandato para julgar os maiores responsáveis por graves violações ao direito humanitário no território serra-leonês. Em agosto de 2000, o Conselho de Segurança aprovou a Resolução 1.315, em que autorizava a criação de um “tribunal independente e de caráter especial” e recomendava que a jurisdição de tal corte incluísse crimes contra a humanidade, crimes de guerra e outras sérias violações ao direito humanitário internacional, além de crimes relevantes sob a legislação serra-leonesa, concedendo ao Tribunal seu caráter híbrido.<sup>45</sup>

Seria sediado em Freetown, capital de Serra Leoa, de modo a facilitar os procedimentos. A sede do Tribunal no próprio país devastado pela guerra civil em conjunto com os esforços encabeçados pela Promotoria para divulgar as atividades do Tribunal auxiliaram na busca de maior legitimidade para

---

<sup>42</sup> DINIZ, M. G. A; NUNES, R. P. O Tribunal Especial para Serra Leoa. *In*: OLIVEIRA, B. da C. P.; SILVA, R. L. (Org.). **Manual de direito processual internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 575-597, p. 576.

<sup>43</sup> HUMAN RIGHTS WATCH. “We’ll kill you if you cry” – sexual violence in the Sierra Leone conflict, v. 15, n. 1(A), 2003, p. 4.

<sup>44</sup> Impende ressaltar que o Representante Especial do Secretário-Geral das Nações Unidas Envoy Okelo fez constar ressalva ao dispositivo que concedia a anistia, afirmando que esta não contemplava crimes contra o direito internacional como, por exemplo, genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e outras graves violações ao direito internacional humanitário.

<sup>45</sup> UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. **Press Release SC/6910 (2000)**. Disponível em: <<http://www.un.org/News/Press/docs/2000/20000814.sc6910.doc.html>>. Acesso em 4 jun. 2013.

a Corte.<sup>46</sup> As Nações Unidas demonstraram seu aprendizado com as experiências anteriores de tribunais *ad hoc* e os prejuízos provenientes do distanciamento, não apenas físico, de tais jurisdições do lugar onde as violações foram perpetradas. Porém, o julgamento mais importante do Tribunal Especial para Serra Leoa, notadamente o de Charles Taylor, foi transferido para Haia, supostamente por motivos de segurança, fato que enfraqueceu os importantes pilares de legitimidade do Tribunal Especial para Serra Leoa (doravante, “TESL”).

Diferente das experiências de tribunais *ad hoc* anteriores, o TESL foi estabelecido por um acordo entre o governo de Serra Leoa e a Organização das Nações Unidas e não por resolução do Conselho de Segurança.<sup>47</sup> O instrumento utilizado para a criação de um órgão tem forte influência em seu status e poderes<sup>48</sup>, logo a discussão inicial sobre o Tribunal Especial orbitou em redor de sua natureza jurídica.

O TESL não está inserido no sistema ONU, visto que não fora criado como um órgão subsidiário, afastando-se do modelo *ad hoc*, apresentado na seção anterior do presente artigo, e aproximando-se do exemplo do Tribunal Nuremberg, o qual fora instituído por acordo entre os Aliados e assentido pela derrotada Alemanha. Distancia-se deste exemplo, porém, no que tange a incidência da jurisdição do Tribunal sobre todos os lados envolvidos no conflito que houvessem violado o direito internacional, aproximando-se do modelo *ad hoc* neste quesito. Percebe-se, dessa maneira, que a criação do TESL foi informada pelos erros e acertos das experiências anteriores, caracterizando uma evolução na jurisdição internacional.

À efetiva implementação do TESL era imprescindível a ratificação do acordo internacional pelo poder legislativo nacional serra-leonês, conforme preceitos constitucionais domésticos<sup>49</sup>, o que se deu em março de 2002. Não obstante a disposição expressa do art. 11(2) da lei de ratificação, “The Special

---

<sup>46</sup> SRIRAM, C. L. Wrong-sizing international justice? The hybrid tribunal in Sierra Leone. **Fordham international law journal**, v. 29, n. 3, 2005, p. 472-506.

<sup>47</sup> UNITED NATIONS and SIERRA LEONE. **Agreement on the establishment of a Special Court for Sierra Leone**, 2002. Disponível em: < <http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=CLK1rMQtCHg%3d&tabid=176>>. Acesso em: 5 jun. 2013.

<sup>48</sup> KERBRAT, Yann. Les conflits entre les tribunaux pénaux hybrides et les autres juridictions répressives (nationales et internationales). In: ASCENSIO, H; LAMBERT-ABDELGAWAD, E; SOREL, J-M. **Les juridictions pénales internationalisées**. Paris: Société de législation comparée, 2006. p. 189-208.

<sup>49</sup> SERRA LEOA. **Constituição (1991)**, art. 40(4). Disponível em: <<http://www.sierra-leone.org/Laws/constitution1991.pdf>>. Acesso em: 5 jun. 2013.

Court shall not form part of the Judiciary of Sierra Leone”<sup>50</sup>, a natureza do Tribunal Especial foi questionada em várias oportunidades.<sup>51</sup>

Nas decisões preliminares do TESL de março de 2004 (sobre constitucionalidade e ausência de jurisdição), e de maio de 2004 (sobre imunidade à jurisdição), a Corte teve a oportunidade de se pronunciar sobre sua natureza. Segundo o julgamento da constitucionalidade, o Tribunal tem por base um tratado internacional e é dotado de natureza *sui generis*, visto que misto em composição e competência.<sup>52</sup> Relembrou também a disposição do artigo 13 do ato nacional de ratificação, segundo a qual os crimes sob jurisdição do Tribunal Especial não são processados em nome de Serra Leoa, mas de maneira autônoma. Tal constatação fere de morte a alegação de que a Corte não poderia exercer sua jurisdição porque seria um órgão da jurisdição interna de Serra Leoa criado de forma inconstitucional.

Superada tal discussão, surgem questionamentos acerca das implicações do status jurídico do Tribunal. Primeiramente, o instrumento instituidor do TESL, como citado anteriormente, fora um acordo entre um Estado e uma Organização Internacional. Dessa forma, é regido pela Convenção de Viena sobre o direito dos tratados (1986), incidindo a regra do *pacta sunt servanda*, presente no artigo 26 desta, segundo a qual o tratado vincula as partes que a ele aderiram expressamente; e a do artigo 34 sobre a impossibilidade de tratado criar obrigações ou direitos a terceiros não-signatários.

Tal enquadramento tem conseqüências jurídicas importantes. Primeiramente, quanto ao seu orçamento, o TESL não faz parte do sistema ONU, visto que não fora criado como um órgão subsidiário, implicando que o financiamento do Tribunal não é retirado diretamente do orçamento geral das Nações Unidas e deveria ser levantado através de doações voluntárias. Por óbvio, isto limita imensamente o orçamento e, conseqüentemente, as atividades do Tribunal: de julho de 2002 até fevereiro de 2011, o TESL havia recebido US\$ 240.261,862<sup>53</sup>, apenas uma fração do orçamento do TPII, por exemplo, que recebeu US\$250.814,00 apenas para o biênio 2012-2013.<sup>54</sup>

A segunda e mais importante conseqüência é a ausência dos poderes conferidos pelo Capítulo VII da Carta da ONU, concedido pelo Conselho de Segurança aos outros tribunais *ad hoc*, o que implica severas limitações à habi-

---

<sup>50</sup> SERRA LEOA. **Special Court Agreement** – Ratification Act (2002), artigo 11(2). “A Corte Especial não deverá fazer parte do Judiciário de Serra Leoa”. Tradução livre. Disponível em: <<http://www.sierra-leone.org/Laws/2002-9.pdf>>. Acesso em: 5 jun. 2013.

<sup>51</sup> Cf. SCHABAS, *op. cit.*, p.57-58.

<sup>52</sup> TRIBUNAL ESPECIAL PARA SERRA LEOA. **Decision on constitutionality and lack of jurisdiction**, 2004. Vide parágrafo 42.

<sup>53</sup> GLASIUS, M; MEIJERS, T. Constructions of legitimacy: the Charles Taylor trial. **International Journal of Transitional Justice**, v. 6, 2012, p. 229-252. p. 235.

<sup>54</sup> Informação retirada do sítio eletrônico do Tribunal Penal Internacional para ex-Iugoslávia. Disponível em: <<http://www.icty.org/sid/325>>. Acesso em: 5 jun. 2013.

lidade do Tribunal em fazer cumprir suas decisões. Em junho de 2003, a Corte emitiu um mandado de prisão contra Charles Taylor quando este viajara à Gana.<sup>55</sup> O governo de Gana respondeu negativamente ao mandado, pois não estaria submetido ao tratado constitutivo do Tribunal. A inaplicabilidade do artigo 25 da Carta das Nações Unidas, em decorrência da inexistência dos poderes do Capítulo VII, acarreta a inexistência de obrigação universal de cooperação dos Estados membros da ONU com as atividades do TESL. Assim, encontrar-se-iam vinculadas apenas o governo de Serra Leoa e a *organização internacional* das Nações Unidas, não os membros desta.

Tal ausência de poderes não prejudica, todavia, a habilidade da Corte de negociar acordos bilaterais de cumprimento de suas decisões. De fato, a Corte possui acordos com Finlândia, Reino Unido, Ruanda e Suécia.<sup>56 57</sup>

O instituto da responsabilidade de comando<sup>58</sup>, ventilado desde 1919 pela Comissão sobre a Responsabilidade dos Autores da Guerra, a inaplicabilidade da escusa de responsabilidade em virtude de hierarquia e também inaplicabilidade de imunidade à jurisdição de oficiais, inclusive de Chefes de Estado estão previstos no Estatuto.<sup>59</sup> A competência do TESL, de acordo com o artigo 1 do Estatuto, pode ser fracionada em *ratione loci, personae, temporis e materiae*.

Quanto à *ratione loci*, a incidência da jurisdição é limitada ao território de Serra Leoa. Tal dispositivo foi largamente criticado, visto que o conflito em Serra Leoa tinha características regionais envolvendo Estados limítrofes, notadamente a Libéria.<sup>60</sup>

No que tange a *ratione personae*, o Estatuto usa a expressão “pessoas com a maior responsabilidade”, criticada por parte da doutrina.<sup>61</sup> Tal dispositivo serviu como fator limitador, relegando aqueles que não se enquadram ao perfil de “maiores responsáveis” à ação de mecanismos residuais. Desta forma, compatibilizou-se o Estatuto com a – precária - realidade orçamentária do Tribunal. Os casos foram sistematizados segundo o grupo ao qual pertencem

---

<sup>55</sup> ROMANO, C. P. R.; NOLLKAEMPER, A. The arrest warrant against the liberian president, Charles Taylor. **American society of international law insights**, 2003. Disponível em: <<http://www.asil.org/insigh110.cfm>>. Acesso em: 5 jun. 2013.

<sup>56</sup> MULGREW, Roisin. On the enforcement of sentenced imposed by international courts: challenges faced by the Special Court for Sierra Leone. **Journal of international criminal justice**, v. 7, 2009, p. 373-396. p. 479.

<sup>57</sup> TRIBUNAL ESPECIAL PARA SERRA LEOA. **Press release**: Special Court concludes enforcement agreement with Rwanda, 2009.

<sup>58</sup> Cf. Artigo 6(3) do Estatuto.

<sup>59</sup> Cf. Artigo 6(2) do Estatuto.

<sup>60</sup> SRIRAM, *op. cit.*, p. 482.

<sup>61</sup> FRITZ, Nicole; SMITH, Alison. Current apathy for coming anarchy: building the Special Court for Sierra Leone. **Fordham international law journal**, v. 25, n. 2, 2001, p. 391-430. p. 413.

ciam os acusados. Dessarte, os julgamentos foram divididos em grupos denominados *RUF Case*<sup>62</sup>, *AFRC Case*<sup>63</sup> e *CDF Case*<sup>64</sup>.

O marco temporal lógico para o início da jurisdição do TESL seria aquele do começo das hostilidades, qual seja 23 de março de 1999. Todavia, o Secretário-Geral da Nações Unidas, desde os projetos de estatuto e de acordo, sugerira a data de assinatura do Acordo de Paz de Abidjean, 30 de novembro de 1996, como marco inicial, de modo a não sobrecarregar a Corte.<sup>65</sup> Tal decisão impõe tratamento distinto indevido entre os nacionais de Serra Leoa, notadamente entre habitantes de zonas rurais, vítimas majoritariamente durante os primeiros anos de conflito, e habitantes das zonas urbanas, maiores vítimas pós-1996, exacerbando tensões domésticas já existentes entre estes dois grupos.<sup>66</sup>

Ademais, como consequência da anistia concedida pelo Acordo de Lomé de 1999, haveria um duplo marco inicial para os crimes sob jurisdição do Tribunal. Para os crimes internacionais, tendo em vista a inaplicabilidade da anistia à jurisdições internaconais, o marco temporal seria efetivamente 1996. Entretanto, quanto aos crimes nacionais, a incidência da jurisdição teria início na data do Acordo de Lomé, isto é, a partir de 1999, complicando as atividades do Tribunal quanto à qualificação de provas.<sup>67</sup>

Quanto à matéria, se comparado às definições de crimes internacionais utilizadas nas jurisdições mencionadas anteriormente, o Estatuto do TESL apresenta inovações salutares no que tange crimes sexuais e de gênero em âmbito internacional, o recrutamento de crianças pelos beligerantes e a proteção de patrimônio das missões internacionais.

A proteção aos bens de missões humanitárias, inscrita no artigo 4(b), é uma das poucas criminalizações de ataque a objetos de civis no contexto de um conflito armado não-internacional, configurando uma inovação presente apenas no Estatuto do TESL e do TPI. Não obstante o valor de tal previsão, a Promotoria não incluiu o ataque a objetos das missões nas acusações oficiais.<sup>68</sup>

---

<sup>62</sup> Ou “Caso FRU”. Os *leaders* indiciados foram: Foday Sankoh, Sam Bockarie, Issa Sesay, Morris Kallon e Augustine Gbao. Sankoh e Bockarie faleceram antes do início do julgamento.

<sup>63</sup> “Caso CFRA”. Indiciados: Alex Brima, Ibrahim Kamara e Satingie Kanu.

<sup>64</sup> “Caso FDC”. Indiciados: Sam Hinga Norman, Moinina Fofana e Allieu Kondewa. Sam Hinga Norman faleceu, de causas naturais, enquanto sob custódia da Corte.

<sup>65</sup> SCHABAS, *op. cit.*, p. 135.

<sup>66</sup> DINIZ, M. G. A.; NUNES, R. P., *op. cit.*, p. 583.

<sup>67</sup> SCHOKEN, Celina. The Special Court for Sierra Leone: overview and recommendations. *Berkeley journal of international law*, v. 20, n. 2, 2002, p. 436-461. p. 443.

<sup>68</sup> SIVAKUMARAN, Sandesh. War crimes before the Special Court for Sierra Leone: child soldiers, hostages, peacekeepers and collective punishment. *Journal of international criminal justice*, v. 8, 2010, p. 1009-1034. p. 1024.

Quanto à acusação de ataque a *peacekeepers*, e pessoal relacionado, o julgamento do caso FRU foi de grande valia a sua interpretação e definição. Por exemplo, afirma a prescindibilidade de dano efetivo para a configuração do crime, bastando a comprovação de um “ato de violência”.<sup>69</sup>

Já no artigo 5, o Estatuto apresenta os crimes domésticos de Serra Leoa sob jurisdição do Tribunal. O Secretário-Geral, no relatório S/2000/915, explicou que a aplicação da lei doméstica colmataria certas características específicas ao conflito de Serra Leoa não tuteladas, ou não tuteladas a contento, pelo direito internacional penal.<sup>70</sup>

Não obstante a declaração do Presidente Kabbah frente à Comissão de Verdade e Reconciliação sobre a intenção de relegar a uma jurisdição internacional a prerrogativa de investigar e processar os crimes anistiados pelo Acordo de Lomé<sup>71</sup>, nenhuma acusação com base nos crimes domésticos serra-leoneses foi proposta pela Promotoria do Tribunal.

O Tribunal Especial, apesar de possuir extensas limitações, caracterizou uma evolução da jurisdição internacional penal. Comparado ao modelo permanente de vocação universal do Tribunal Penal Internacional, demonstra maior capacidade se moldar à realidade específica de cada caso sob sua análise, além de estar apto a possuir maior legitimidade junto às vítimas.

Graças a tais características, o TESL, juntamente com a CVR, pode enfrentar questões até então inéditas ou pouco analisadas em âmbito internacional. Por exemplo, o Estatuto, em seu artigo 7, concede ao Tribunal jurisdição sobre indivíduos maiores de 15 anos que tenham tomado parte nas hostilidades, graças a pressões da população de Serra Leoa sobre o Secretário-Geral das Nações Unidas quando das negociações para o estabelecimento da Corte.<sup>72</sup>

---

<sup>69</sup> SIVAKUMARAN, 2010, p. 1024-1025.

<sup>70</sup> UNITED NATIONS SECRETARY-GENERAL. **Report on the establishment of a Special Court for Sierra Leone (S/2000/915)**, 2000, parágrafo 19. “[...] Embora a maioria dos crimes cometidos no conflito serra-leonês durante o período relevante sejam governados pelas provisões do direito internacional estabelecidas nos artigos 2 a 4 do Estatuto, o recurso à lei serra-leonesa tem ocorrido nos casos em que uma situação específica, ou um aspecto desta, foi considerado como não regulado, ou regulado inadequadamente, pelo direito internacional. Os crimes considerados relevantes para tal propósito e incluídos no Estatuto são: ofensas em relação ao abuso de garotas, pelo o Ato de Prevenção à Crueldade com Crianças de 1926, e ofensas relacionadas à destruição arbitrária de propriedade, particularmente incêndio culposo, pelo Ato sobre Danos Maliciosos de 1861”. Tradução livre.

<sup>71</sup> TESL. **Decision on lack of jurisdiction/abuse of process [SCSL-2004-14-AR72(E)]**: amnesty provided by the Lomé Accord, 2004, p. 6-7.

<sup>72</sup> U.N SECRETARY-GENERAL. **Report S/2000/915**, parágrafo 35. “O Governo de Serra Leoa e representantes da sociedade civil de Serra Leoa claramente desejam ver um processo judicial de responsabilização para crianças combatentes presumidamente responsáveis pelos crimes sob a jurisdição da Corte. Foi dito que o povo de Serra Leoa não veria com bons olhos para

A decisão de incluir no Estatuto a prerrogativa de processar crianças envolvidas em conflitos armados está na contramão da moderna doutrina internacional e da prática dos Estados no âmbito internacional. A Assembleia Geral da ONU reconhece que uma das maiores obrigações morais do Estado é proteger as crianças e colocar o bem-estar destas acima de outros interesses<sup>73</sup>. De fato, a Assembleia Geral adotou, em novembro de 1989, a Convenção sobre os Direitos da Criança, da qual Serra Leoa é parte desde junho de 1999. Ademais, adotou o Protocolo opcional sobre o Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados, em maio de 2000, do qual Serra Leoa é signatário desde maio de 2002.

Inseridos em um cenário de extrema pobreza, dentro de um Estado devastado por crises políticas e econômicas, tais jovens são verdadeiras vítimas da guerra civil, visto que muitos foram forçados a servir nas forças armadas beligerantes, ou mesmo raptados<sup>74</sup>, e muitas vezes obrigados a tomar parte nos conflitos sob o efeito de entorpecentes.<sup>75</sup> Esclarecida é a colocação de Tasneem Deo:

[...] It is this current generation that we have lost to wars not merely as victims, but worse yet, as forced perpetrators; and it is upon them that we now wish to impose responsibility for our failures as an international community.

It is essential when we discuss these mutual responsibilities of children and their States that we draw attention to the correct moral question: whether children will be treated like people, not whether they will be treated like adults, the usual benchmark. Even in the area of child protection, research has often focused on credibility of child victims and the reliability of professional reporting, to the neglect of more fundamental policy issues; those of responsibilities of the State to provide for children; not by virtue of their age, but by virtue of their citizenry. For only if they were treated as the latter does the State gain the privilege to hold them reliable as the same.<sup>76</sup>

---

uma corte que deixasse de trazer à justiça crianças que tenham cometido crimes desta natureza e os poupasse de um processo judicial de responsabilização. [...]”. Tradução livre.

<sup>73</sup> U.N. GENERAL ASSEMBLY. **Convention on the rights of the child**, 1989. Artigo 3. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/crc.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2013.

<sup>74</sup> SRIRAM, *op. cit.*, p. 484-485.

<sup>75</sup> SCHOCKEN, *op. cit.*, p. 449.

<sup>76</sup> DEO, Tasneem. **Restorative juvenile justice and the child soldier: protection of the perpetrator?**, 2009, p. 9. Disponível em: <<http://www.unicef.org/tdad/2tasneemdeo.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2013 “[...] É a atual geração que perdemos para as guerras não só como vítimas, mas, pior ainda, como perpetradores forçados, e é sobre eles que agora queremos impor a responsabilidade por nossas falhas como comunidade internacional. É essencial que quando discutimos as mútuas responsabilidades de crianças e seus Estados, que voltemos nossa atenção para a questão moral correta: se as crianças serão tratadas como pessoas, não se serão tratadas

Acertada, então, a decisão da Promotoria do TESL em não indiciar menores perante o Tribunal.<sup>77</sup> Em verdade, David Crane, então Promotor, planejava estabelecer “crimes contra crianças” como um crime contra a humanidade.<sup>78</sup>

Quanto a crimes sexuais no contexto de conflitos armados, a previsão do estupro como crime contra a humanidade surgiu no estatuto do TPII e foi reproduzido no TPIR.<sup>79</sup>

Já nos estatutos do Tribunal Especial para Serra Leoa e do Tribunal Penal Internacional, este bastante influenciado pelo conflito em Serra Leoa, é possível perceber o reconhecimento de outros crimes sexuais. Há, inclusive, autores que preferem adotar a expressão “crimes de gênero”, tendo em vista a construção do tipo de “casamento forçado” pelos julgamentos do TESL, o qual abrangia outras violações que não apenas de teor sexual.<sup>80</sup>

A especial atenção concedida a crimes sexuais no âmbito do Tribunal Especial é uma resposta à negligência em âmbito internacional, e também nacional de Serra Leoa, em relação a tais violações, comparativamente aos outros crimes internacionais. A violência sexual no contexto de hostilidades armadas foi comumente encarada como uma conseqüência inevitável dos conflitos<sup>81</sup>, diminuindo assim sua gravidade aos olhos da comunidade internacional, embora hoje seja reconhecida como uma estratégia e arma de guerra.<sup>82</sup>

Não obstante ser o crime sexual mais assentado no âmbito internacional, o estupro está dentre os crimes internacionais com menor número de condenações, tendo em vista os baixos níveis de denúncias, seja por vergonha das vítimas ou desconsideração de sua importância.<sup>83</sup>

---

como adultos, o ponto de referência habitual. Mesmo na área de proteção às crianças, as pesquisas tem frequentemente sido focadas na credibilidade de vítimas jovens e na fiabilidade de relatórios profissionais, em detrimento de questões fundamentais; as da responsabilidade do Estado prover para as crianças; não por conta de sua idade, mas por conta de sua cidadania. Pois, somente se forem tratadas como tais, ganha o Estado o privilégio de responsabilizá-las como tais”. Tradução livre.

<sup>77</sup> TRIBUNAL ESPECIAL PARA SERRA LEOA. **Press release: Special Court prosecutor says he will not prosecute children**, 2002. Disponível em: <<http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=XRwCUe%2baVhw%3d&tabid=196>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

<sup>78</sup> TRIBUNAL ESPECIAL PARA SERRA LEOA. **Press release: Special Court prosecutor says he will not prosecute children**, 2002.

<sup>79</sup> OSTERVELD, Valerie. The Special Court of Sierra Leone’s consideration of gender-based violence: contributing to transitional justice? **Human rights review**, v. 10, n. 1, 2009, p.73-98. p. 78.

<sup>80</sup> *Ibid.*, p. 74.

<sup>81</sup> HUMAN RIGHTS WATCH, *op. cit.*, p. 53.

<sup>82</sup> *Ibid.*, p.53

<sup>83</sup> *Ibid.*, p. 54.

Tal desconsideração costuma ter raízes também no direito interno. Apesar de, em tese, a constituição de Serra Leoa conceder status igualitário a homens e mulheres<sup>84</sup>, estas são vítimas de discriminação de maneira institucionalizada através das leis, dos costumes e das práticas da sociedade serra-leonesa.

O TESL, no julgamento de primeira instância do caso CRFA, adotou descrição detalhada do crime de estupro.<sup>85</sup> Afirmou também a desnecessidade de comprovar uso efetivo da força para a configuração da coerção, visto que em conflitos armados esta é quase universalizada, e declarou categoricamente que jovens menores de 14 anos não podem emitir consentimento válido.<sup>86</sup> Dos nove indivíduos envolvidos no conflito indiciados pela Corte, sete foram condenados pelo crime contra a humanidade de estupro.

O Estatuto do TESL reconhece ainda outros crimes sexuais, como a escravidão sexual, a gravidez forçada e o casamento forçado, por exemplo. O caso CRFA foi o primeiro a apresentar acusações dos crimes de casamento forçado e escravidão sexual como crimes contra humanidade independentes.<sup>87</sup> Não obstante contribuir com o desenvolvimento do direito internacional penal ao estabelecer os elementos do crime de escravidão sexual<sup>88</sup>, o Tribunal acabou por inocentar os acusados nestes pontos, pois considerou que o crime de casamento forçado seria englobado pelo de “escravidão sexual e outras violações sexuais” e este, por sua vez, seria demasiadamente amplo e eivado de dubiedade, não devendo ser, então, aplicado.<sup>89</sup> Já no caso FRU, a Promotoria corrigiu a acusação, retirando a expressão “outras violações sexuais”, inserindo o crime de casamento forçado sob a égide de “outros atos desumanos”, artigo 2(i) do Estatuto. A Câmara julgadora do caso FRU aceitou as acusações autônomas de estupro, escravidão sexual e outros atos desumanos (casamento forçado), condenando todos os indiciados por tais crimes.<sup>90</sup>

---

<sup>84</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>85</sup> TRIBUNAL ESPECIAL PARA SERRA LEOA. **Judgement AFRC case (SCSL-04-16-T)**, 2007. Parágrafo 693. “963. [...] 1. A penetração não-consensual, mesmo que ligeira, da vagina ou do anus da vítima pelo pênis do agente ou por qualquer outro objeto usado pelo agente, ou da boca da vítima pelo pênis do agente; e 2. A intenção de efetuar tal penetração sexual, e o conhecimento de que esta ocorre sem o consentimento da vítima”. Tradução livre.

<sup>86</sup> *Ibid.*, parágrafo 694.

<sup>87</sup> OOSTERVELD, *op. cit.*, p. 75.

<sup>88</sup> Cf. TRIBUNAL ESPECIAL PARA SERRA LEOA. **Judgment AFRC case**, 2007, parágrafo 708.

<sup>89</sup> TRIBUNAL ESPECIAL PARA SERRA LEOA. **Judgment AFRC case**, 2007, parágrafos 95, 713 e 714.

<sup>90</sup> TRIBUNAL ESPECIAL PARA SERRA LEOA. **Judgment RUF case (SCSL-04-15-T)**, 2009, p. 677-687.

## 5. CONCLUSÃO

O direito internacional penal, um dos mais recentes temas sob o escopo do direito internacional, ganha força e forma no pós-Segunda Guerra ao coroar a responsabilização do indivíduo perante cortes internacionais por violações do direito internacional. Este campo do direito internacional, não obstante a tentativa de codificação dos princípios de Nuremberg pela ONU, é construído majoritariamente pela *case law*, ou seja, a jurisprudência, das diferentes jurisdições internacionais penais, ao decorrer dos anos.

Conclui-se que o Tribunal Especial para Serra Leoa é um tribunal internacional *ad hoc* criado por tratado internacional firmado entre o governo de Serra Leoa e as Nações Unidas apesar de não pertencer ao sistema ONU como os tribunais *ad hoc* anteriores, os quais foram criados por Resoluções do Conselho de Segurança. Ademais, o fato de ter sido estabelecido através de tratado bilateral, e não por Resolução do Conselho, furta ao Tribunal Especial os poderes do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, fato que limitou a eficiência do TESL em fazer cumprir determinadas ordens.

Conclui-se ainda que, apesar de ser denominado *híbrido*, o TESL, em concreto, não efetuou condenações com base na legislação doméstica serra-leonesa, sendo melhor caracterizado como um tribunal *ad hoc especial*, visto que constituído por tratado entre governo e Nações Unidas após um conflito armado.

Apesar de não haver aplicado a lei doméstica, o Tribunal Especial para Serra Leoa foi inegavelmente influenciado por esta quando, de maneira inovadora, definiu os crimes de escravidão sexual e de casamento forçado.

## REFERÊNCIAS

ACQUAVIA, Guido. At the origins of crimes against humanity: clues to a proper understanding of the *nullum crimen* principle in the Nuremberg judgment. **Journal of international criminal justice**, v. 9, 2011, p. 881-903.

\_\_\_\_\_. Was a residual mechanism for international criminal tribunals really necessary? **Journal of international criminal justice**, v. 9, 2011, p. 789-796.

ALFARO, Ricardo J. Report on the question of international criminal jurisdiction. **International law commission yearbook**, Nova Iorque, v. II, 1950. Disponível em: <[http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a\\_cn4\\_15.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_15.pdf)>. Acesso em: 1 maio 2013.

ASCENSIO, H; LAMBERT-ABDELGAWAD,E; SOREL, J-M. **Les juridictions pénales internationalisées**. Paris: Societé de législation comparée, 2006. p. 189-208.

BASSIOUNI, M. Chérif. **Crimes against humanity: historical evolution and contemporary application**. Cambridge: Cambridge University, 2011

\_\_\_\_\_. Le droit pénal international: son histoire, son objet, son contenu. **Révue internationale de droit pénal**, v. 52, p. 41-82, 1981.

COMMISSION ON THE RESPONSIBILITY OF THE AUTHORS OF WAR AND ON ENFORCEMENT OF PENALTIES. Report presented to the preliminary peace conference. **American journal of international law**, v. 14, n. 1/2, 1920, p. 95-154. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2187841>>. Acesso em: 3 maio 2013.

CRYER, Robert. **Prosecuting international crimes: selectivity and the international criminal law regime**. Cambridge: Cambridge University, 2005.

DEO, Tasneem. **Restorative juvenile justice and the child soldier: protection of the perpetrator?**, 2009. Disponível em: <<http://www.unicef.org/tdad/2tasneemdeo.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2013.

FASANO, Renata Rossini. **A competência repressiva universal no direito internacional penal**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

FRITZ, Nicole. SMITH, Alison. Current apathy for coming anarchy: building the Special Court for Sierra Leone. **Fordham international law journal**, v. 25, n.2, 2001, p. 391-430.

HUMAN RIGHTS WATCH. **“We’ll kill you if you cry”**: sexual violence in the Sierra Leone conflict, v. 15, n. 1(A), 2003.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **The Charter and judgment of the Nürnberg tribunal – history and analysis**: memorandum submitted by the Secretary-General (1949). Disponível em: <[http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a\\_cn4\\_5.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_5.pdf)>. Acesso em: 11 maio 2013.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **O direito penal internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tribunal penal internacional e o direito brasileiro**. 3 ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MULGREW, Roisin. On the enforcement of sentenced imposed by international courts: challenges faced by the Special Court for Sierra Leone. **Journal of international criminal justice**, v. 7, 2009, p. 373-396.

OLIVEIRA, B. da C. P.; SILVA, R. L. (Org.). **Manual de direito processual internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

OSTERVELD, Valerie. The Special Court of Sierra Leone's consideration of gender-based violence: contributing to transitional justice? **Human rights review**, v. 10, n. 1, 2009, p.73-98.

PARLETT, Kate. **The individual in the international legal system: continuity and change in international law**. Cambridge: Cambridge University, 2011

REZEK, J. F. **Direito internacional público: curso elementar**. 10 ed., rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROMANO, C. P R; NOLLKAEMPER, A. The arrest warrant against the liberian president, Charles Taylor. **American society of international law insights**, 2003. Disponível em: <<http://www.asil.org/insigh110.cfm>>. Acesso em: 5 jun. 2013.

SANDS, Philippe (ed.). **From Nuremberg to the Hague: the future of international criminal justice**. Cambridge: Cambridge University, 2003.

SCHABAS, W. A. **The UN international criminal tribunals: the former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone**. Cambridge: Cambridge University, 2006.

SCHOKEN, Celina. The Special Court for Sierra Leone: overview and recommendations. **Berkeley journal of international law**, v. 20, n. 2, 2002, p. 436-461.

SELLARS, Kirsten. Delegitimizing aggression: first steps and false starts after the first world war. **Journal of international criminal justice**, v. 10, 2012, p. 7-40.

SERRA LEOA. **Constitution (1991)**. Disponível em: <<http://www.sierra-leone.org/Laws/constitution1991.pdf>>. Acesso em: 5 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. **Special Court Agreement – Ratification Act (2002)**. Disponível em: <<http://www.sierra-leone.org/Laws/2002-9.pdf>>. Acesso em: 5 jun. 2013.

SHAW, Malcom N. **Direito internacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SIVAKUMARAN, Sandesh. War crimes before the Special Court for Sierra Leone: child soldiers, hostages, peacekeepers and collective punishment. **Journal of international criminal justice**, v. 8, 2010, p. 1009-1034.

SRIRAM, C. L. Wrong-sizing international justice? The hybrid tribunal in Sierra Leone. **Fordham international law journal**, v. 29, n. 3, 2005, p. 472-506.

TRIBUNAL ESPECIAL PARA SERRA LEOA. **Decision on challenge to jurisdiction (SCSL-04-16-PT-033): Lomé Accord Amnesty**, 2004.

\_\_\_\_\_. **Decision on lack of jurisdiction/abuse of process [SCSL-2004-14-AR72(E)]: amnesty provided by the Lomé Accord**, 2004

\_\_\_\_\_. **Judgement AFRC case (SCSL-04-16-T)**, 2007.

\_\_\_\_\_. **Judgment RUF case (SCSL-04-15-T)**, 2009

\_\_\_\_\_. **Press release: Special Court concludes enforcement agreement with Rwanda**, 2009.

\_\_\_\_\_. **Press release: Special Court prosecutor says he will not prosecute children**, 2002. Disponível em: <<http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=XRwCUe%2baVhw%3d&tabid=196>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. **Special Court Statute**, 2002.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA EX-IUGOSLÁVIA. **Decisão da moção de defesa sobre jurisdição**, 1995. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tdec/en/100895.htm>>. Acesso em: 20 maio 2013.

UNITED NATIONS. **Carta das Nações Unidas (1945)**. Rio de Janeiro: UNIC-Rio.

UNITED NATIONS and SIERRA LEONE. **Agreement on the establishment of a Special Court for Sierra Leone**, 2002. Disponível em: <<http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=CLK1rMQtCHg%3d&tabid=176>>. Acesso em: 5 jun. 2013.

U.N. GENERAL ASSEMBLY. **Convention on the rights of the child**, 1989. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/crc.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2013.

U.N. SECRETARY-GENERAL. **Report S/25704 (1993)**. Disponível em: <[http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute\\_re808\\_1993\\_en.pdf](http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_re808_1993_en.pdf)>. Acesso em: 20 maio 2013.

\_\_\_\_\_. **Report S/2000/915 (2000)**. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6afbf4.html>>. Acesso em 4 jun. 2013.

U.N. SECURITY COUNCIL. **Press Release SC/6910 (2000)**. Disponível em: <<http://www.un.org/News/Press/docs/2000/20000814.sc6910.doc.html>>. Acesso em 4 jun. 2013.

---

## DOUTRINA ESTRANGEIRA





# LA COMPLEXE ARTICULATION ENTRE LES ACCORDS COMMERCIAUX REGIONAUX ET LE DROIT DE L'OMC

---

*Alice Rocha da Silva\**

## **Resumé**

La complexe articulation entre les Accords Commerciaux Régionaux et le droit de l'OMC peut être facilité a partir des outils juridique présents dans la théorie du Droit International Public. La pratique actuelle démontre la possibilité d'une réussite dans l'utilisation de ces outils. Toutefois, même si cette utilisation se révèle faible ou inefficace, ce travail cherche à apporter des pistes de réflexion pour des solutions par rapport a l'interaction entre le régionalisme et le multilatéralisme. L'action sur deux fronts (normatif et juridictionnel) semble permettre de faire une analyse de l'ensemble qui peut résulter dans une meilleure interaction entre eux. Dans ce sens, on démarre notre travail par l'analyse du renforcement du régionalisme commercial pour ensuite vérifier les effets de ce phénomène sur le multilatéralisme de l'OMC. A partir de l'analyse proposé on constate que actuellement les accords commerciaux régionaux constituent un élément indispensable à la vie commerciale des États dans le monde entier et ils vont continuer a exister a coté du système de l'OMC. Ainsi, la meilleure solution serait de les accepter non comme un obstacle aux objectifs de l'OMC, mais comme une alternative donnée aux États pour renforcer encore plus la libéralisation commerciale et chercher la meilleure façon d'articuler les relations entre eux dans le contexte international.

## **Mot-clés**

Articulation. Accords commerciaux régionaux. Droit de l'omc.

## **Resumo**

A complexa articulação entre os acordos comerciais regionais e o direito da OMC pode ser facilitada a partir de instrumentos jurídicos presentes na teoria do Direito Internacional Público. A prática corrente demonstra a possibilidade de sucesso na utilização destas ferramen-

---

\* Professora da Graduação e Pós-graduação em Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) e da Faculdade Processus. Doutora em Direito Internacional Econômico pela Aix-Marseille Université, França, (revalidado pela Universidade Federal do Ceará – UFC). Mestrado em Direito das Relações Internacionais pelo UniCEUB. Graduação em Direito pelo UniCEUB e Graduação em Relações Internacionais e Ciência Política pela Universidade de Brasília-UnB. Editora da Revista de Direito Internacional e da Revista Brasileira de Políticas Públicas do UniCEUB.

tas. No entanto, mesmo que tal utilização se revele fraca ou ineficaz, este trabalho visa proporcionar pistas de reflexão para a solução da interação entre regionalismo e multilateralismo. A ação em duas frentes (normativa e jurisdicional) parece permitir uma análise do conjunto que pode resultar em uma melhor interação entre eles. Neste sentido, começamos nosso trabalho, analisando o fortalecimento do regionalismo comercial e, em seguida, verificar os efeitos desse fenômeno sobre o multilateralismo da OMC. A partir da análise proposta, podemos constatar que atualmente os acordos comerciais regionais constituem um elemento essencial na vida comercial dos Estados em todo o mundo e continuarão a coexistir com o sistema da OMC. Assim, a melhor solução seria a de aceitá-los não como um obstáculo aos objetivos da OMC, mas como uma alternativa dada aos Estados para fortalecer ainda mais a liberalização do comércio e encontrar a melhor maneira de articular as relações entre eles no contexto internacional.

#### **Palavras-chave**

Articulação. Acordos comerciais regionais. Direito da OMC.

## 1. INTRODUCTION

"[...] le véritable objectif du GATT était de contrôler et limiter la discrimination, non de l'éliminer."

Robert E. Hudec<sup>1</sup>

Ayant comme prémisses que le droit de l'OMC autorise et limite la formation des Accords commerciaux régionaux (ACR), on constate que, malgré ces contraintes, depuis ces deux dernières décennies, le système juridique international a connu une véritable prolifération des ACR. Des rapports de plus en plus complexes entre régionalisme et multilatéralisme se sont donc établis et de plus en plus c'est nécessaire le développement des outils juridiques capables de contribuer à la compréhension de l'articulation entre les ACR et le droit de l'OMC.

Le droit de l'OMC offre à ses Membres le droit de conclure des ACR, c'est-à-dire qu'il permet la formation de ces accords, mais à condition qu'ils remplissent les critères déterminés par le droit de l'OMC. Ces critères servent à limiter les effets de détournement des échanges qui pourraient être causés par la formation d'accords régionaux.

Ainsi, la formation d'ACR entre les Membres de l'OMC est possible, mais limitée par des critères et des procédures spécialement conçues à cette fin. Ces critères figurent essentiellement à l'article XXIV du GATT, mais aussi à l'article V de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) pour traiter les ACR qui touchent le

---

<sup>1</sup> Hudec (R. E.), *The GATT Legal System and World Trade Diplomacy*, Salem, Butterworth Legal Publishers, 1990, p.18.

commerce de services et dans la Clause d'habilitation<sup>2</sup> pour les ACR composés par les pays en développement, qui ont droit à un traitement différencié et plus favorable.

Toutefois, les limites imposées par l'OMC à la formation de ces ACR ne sont pas effectives et les tentatives d'analyse de la compatibilité des ACR avec ces critères ont été abandonnées par le Comité des Accords Commerciaux Régionaux (CACR) qui a préféré adopter une stratégie privilégiant le renforcement de la transparence à ce sujet.<sup>3</sup> Par ailleurs, si la compatibilité des ACR pourrait éventuellement être examinée par l'Organe de règlement de différends (ORD) de l'OMC<sup>4</sup>, en pratique, cet examen n'a jamais eu lieu et a peu de chances de se produire, parce que les États craignent que ces pratiques discriminatoires dans le cadre des ACR soient remises en question par les autres Membres de l'OMC. Ainsi, les difficultés d'application de ces limites imposées par l'OMC, associées à l'évolution pleine d'embûches des négociations menées dans le domaine multilatéral, ont conduit les États à prendre un raccourci en utilisant la voie régionale pour défendre leurs intérêts.

## 2. PRECISION PAR RAPPORT AUX DEFINITION

Toute d'abord, il faut présenter quelques définitions utilisées dans notre analyse. Cette étude définit le "droit de l'OMC" comme étant, d'une part, l'ensemble des règles comprises dans l'Accord instituant l'OMC et ses annexes 1, 2 et 3 - lesquelles sont contraignants pour tous les Membres de l'organisation, ainsi que l'annexe 4 (Accords commerciaux plurilatéraux) qui est contraignante uniquement à l'égard des Membres qui l'ont acceptée. L'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994, tel qu'il est spécifié à l'Annexe 1A (GATT de 1994), est un accord juridiquement distinct de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1947 (GATT de 1947), qui doit être aussi considéré comme partie de cet ensemble de règles qualifié de "droit de l'OMC". Le "droit de l'OMC" doit être néanmoins

---

<sup>2</sup> GATT, *Traitement Différencié et Plus Favorable Réciprocité et Participation Plus Complète des Pays en Voie de Développement: Décision du 28 novembre 1979* (Clause d'habilitation), L/4903, 03 décembre 1979.

<sup>3</sup> OMC, *Mécanisme pour la transparence des accords commerciaux régionaux. Décision du 14 décembre 2006*, WT/L/671, 18 décembre 2006.

<sup>4</sup> La compétence de l'ORD pour appliquer des dispositions liées au régionalisme a été établie par l'article 3 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends (MARD) et par le paragraphe 12 du Mémoire d'accord sur l'article XXIV, qui énonce que les dispositions des règlements des litiges sont susceptibles d'être utilisées dans la contestation des questions liées à l'application des règles de l'OMC relatives au traitement du régionalisme.

distinguée des "accords visés"<sup>5</sup>, et ce notamment parce que ces derniers restreignent le champ d'application du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends (MARD).<sup>6</sup>

De la même manière, dans le cadre de cette analyse, les ACR, doivent être compris comme étant des accords internationaux conclus par écrit entre des sujets de droit international et destinés à produire des effets juridiques en droit international. Dans ce sens, les ACR se incluent dans la catégorie de traités régi par la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 qui dispose dans son art. 2, par. 1er que "L'expression « traité » s'entend d'un accord international conclu par écrit entre États et régi par le droit international, qu'il soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments."<sup>7</sup>

Ces accords internationaux ont cependant deux spécificités. D'une part, ce sont des accords commerciaux, dans le sens où ils sont conclus dans le contexte des échanges commerciaux entre les États, dans le domaine des marchandises, services et propriété intellectuelle. A cette spécificité matérielle s'ajoute une spécificité spatiale: ces accords s'opposent aux accords commerciaux conclus dans le cadre de l'OMC puisqu'ils ont un caractère régional, dans le sens où ces accords peuvent lier deux (majorité des ACR) ou quelques États.

Ce caractère régional, au sens strict du terme, est devenu inadapté pour définir les ACR. En effet, nombreux ACR ont été conclus entre États d'une même région ou continent, mais la participation des membres qui ne sont pas des voisins immédiats a augmenté considérablement. Les ACR "trans-Atlantiques" et "trans-Pacifiques" sont de plus en plus fréquents, tels

---

<sup>5</sup> Les "accords visés" sont énumérés à l'Appendice 1 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends qui prévoit explicitement ou implicitement les accords suivants: Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, les accords de l'Annexe 1A de l'Accord créant l'OMC (GATT de 1994, l'Accord sur l'agriculture, l'Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires, l'Accord sur les textiles et vêtements, l'Accord sur les obstacles techniques au commerce, l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce, l'Accord sur le dumping, l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires, l'Accord sur l'inspection avant expédition, l'Accord sur les règles d'origine, l'Accords sur les licences d'importation, l'Accord sur la valeur en douane et l'Accord sur les sauvegardes), de l'Annexe 1B de l'Accord OMC (l'Accord général sur le commerce de services), de l'Annexe 1C de l'Accord OMC (l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce), l'Annexe 2 (Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends) et enfin l'Accord sur les marchés publics, seul accord plurilatéral à relever du mécanisme contentieux de l'OMC<sup>5</sup> (Annexe 4 de l'Accord de l'OMC).

<sup>6</sup> "Les règles et procédures du présent mémorandum d'accord s'appliqueront aux différends soumis en vertu des dispositions relatives aux consultations et au règlement des différends des accords énumérés à l'Appendice 1 du présent mémorandum d'accord (dénommés dans le présent mémorandum d'accord les "accords visés")."

<sup>7</sup> *Convention de Vienne sur le droit des traités*, faite à Vienne, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 331, 8 International Legal Materials 679.

les accords de libre-échange entre l'Association européenne de libre-échange (AELE)-Chili ou Corée-États-Unis.<sup>8</sup>

Dans ce sens, bien que l'expression "Accord commercial régional" ne soit pas la plus adaptée pour traiter de nombreux accords qui ne sont plus limités aux États d'une même région, elle reste pertinente dans le cadre de notre étude, et ce non seulement parce qu'elle reste la plus largement utilisée par l'OMC et par la doctrine, mais aussi parce qu'à l'heure actuelle il n'est pas possible d'examiner les enjeux entre le bilatéralisme et le multilatéralisme en laissant de côté ces accords dépassant le cadre régional. Mais plus précisément, la qualification de ces accords en ACR est justifiée par le fait que ces derniers gardent la caractéristique principale des ACR, à savoir l'aspect discriminatoire par rapport aux autres Membres de l'OMC: ces accords composent des exceptions au principe de la nation plus favorisée. Il convient de préciser par ailleurs que cette étude porte uniquement sur les accords préférentiels réciproques – régionaux, bilatéraux ou plurilatéraux<sup>9</sup>, car ils représentent majorité des ACR, vu que près de 90 pour cent de la marge de préférence globale correspondent aux droits préférentiels appliqués dans le cadre d'accords réciproques.<sup>10</sup>

Il faut encore définir la notion de "juridiction" ou de "mécanisme juridictionnel" que dans le cadre de cette étude sera comprise de manière large, englobant les tribunaux permanents, mais aussi les tribunaux arbitraux

---

<sup>8</sup> "Traditionally, RTA formation occurred between so-called "natural" trading partners, geographically contiguous countries with already well-established trading patterns. [...] Indeed, most countries sign their first RTA with one or several neighbouring or regional partners. [...] However, once a country has exhausted its strictly regional prospects, it may begin to look further afield for preferential partners." FIORENTINO (R.V.), VERDEJA (L.), TOQUEBOEUF (C.), *Discussion Paper n° 12. The Changing Landscape of Regional Trade Agreements: 2006 Update*. p. 12. Disponible sur: <[http://www.wto.org/english/res\\_e/publications\\_e/disc\\_paper12\\_e.htm](http://www.wto.org/english/res_e/publications_e/disc_paper12_e.htm)>. Consulté le 14 avril 2010.

<sup>9</sup> En résumé, la différence entre les accords bilatéraux et plurilatéraux repose sur le nombre de participants: les accords bilatéraux comportent deux parties et les plurilatéraux plus de deux. Toutefois, les accords bilatéraux peuvent être constitués par plusieurs pays regroupés en regroupements, ce qui est le cas des ACR bilatéraux entre deux ACR préexistants. Cette situation apparaît comme la nouvelle tendance qui prévaut au sein du régionalisme, car les ACR tentent actuellement de s'unir à l'intérieur d'accords bilatéraux mais sont encore entravés par la complexité des négociations, dans la mesure où subsiste la problématique du grand nombre de pays et le fait que certains font déjà partie d'une union douanière comportant une liberté d'association plus restreinte. Des exemples de tels accords déjà conclus ou en cours de négociation sont donnés par UE-MERCOSUR, UE-CCG, Union douanière d'Afrique australe (SACU), Communauté de développement de l'Afrique Australe (CDAA, SADC en anglais). GONCALVES (J. B.), "Livro-comércio ou comércio mais livre? Alternativas ao multilateralismo" in LUZ (M.) (coord), *Comércio e negociações internacionais para jornalistas*, Centro Brasileiro de Relações Internacionais, 2009, p. 43-47.

<sup>10</sup> Voy. OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2011. L'OMC et les accords commerciaux préférentiels: de la coexistence à la cohérence*, p. 72-85. Disponible sur: <[http://www.wto.org/french/res\\_f/publications\\_f/wtr11\\_f.htm](http://www.wto.org/french/res_f/publications_f/wtr11_f.htm)>. Consulté le 27 nov. 2011.

ad hoc, prévus dans la majorité des ACR. Aussi, cette notion de juridiction comprend aussi celles qui proposent des solutions négociées avec une valorisation des aspects politiques de l'affaire.<sup>11</sup>

Cette définition flexible de la notion de juridiction internationale est essentielle parce que si le caractère juridictionnel de l'ORD de l'OMC peut être remis en question, le caractère juridictionnel des mécanismes des ACR serait encore plus questionnable. Toutefois, même si l'on considère que les Groupes spéciaux de l'OMC seraient une représentation du Conseil Général, qui doit représenter les Membres de l'OMC<sup>12</sup> et non un vrai organe juridictionnel, il faut considérer que l'Organe d'appel comporte plusieurs éléments qui le rapprochent de la notion de juridiction internationale: il est composé par des membres permanents, il apporte des considérations sur un fondement juridique et est limité aux points de droits couverts par le rapport du Groupe spécial. Toutefois, il faut considérer que les rapports rendus par les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel ne sont pas contraignants. L'acquisition de leur force obligatoire est soumise à une adoption du rapport par l'ORD. Si cette caractéristique du système de règlement des différends de l'OMC pourrait être un élément décisif dans le rejet de sa qualification en juridiction internationale, il est néanmoins indispensable de souligner que l'adoption du rapport se fait par consensus négatif.<sup>13</sup> La possibilité de ne pas adopter un rapport des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel est ainsi en pratique presque nulle, et pour cette raison il est possible de considérer que l'adoption de ces rapports est quasi- automatique.<sup>14</sup>

### 3. LE RENFORCEMENT DU REGIONALISME COMMERCIAL

Le phénomène du régionalisme a pris de l'importance à travers le monde, non seulement quantitativement, mais aussi qualitativement. Des motivations politiques sont sous-jacentes à la formation de ces accords. Depuis longtemps, la réduction tarifaire liée à des arrangements préférentiels a été considérée comme la motivation principale de leur

---

<sup>11</sup> Il existe plusieurs façon de définir une juridiction ou corps juridictionnel international. Par exemple, pour Cesare Romano, il faut cinq critères de base pour qu'une instance soit considérée comme un corps juridictionnel international: être permanent, être établie à partir d'un instrument légal international, doit décider les affaires à partir des règles du droit international, avoir des décisions sur des règles de procédures pré-établis et présenter des décisions obligatoires. ROMANO (C.P.R.), "The proliferation of international judicial bodies: the pieces of the puzzle", *N.Y.U. Journal of International Law and Politics*, vol. 31, n. 4, 1999, p. 709 – 751, spéc. p. 713 et 714.

<sup>12</sup> "Le Conseil général se réunira, selon qu'il sera approprié, pour s'acquitter des fonctions de l'Organe de règlement des différends prévu dans le Mémorandum d'accord sur le règlement des différends.[...]" *Accord de Marrakech instituant l'OMC*, art. IV: 3.

<sup>13</sup> Art. 16 et 17:14 du MARD.

<sup>14</sup> Dans ce même sens: ROMANO (C.P.R.), "The proliferation of international judicial bodies: the pieces of the puzzle", *N.Y.U. Journal of International Law and Politics*, vol. 31, n. 4, 1999, p. 709 – 751, spéc. p. 719.

formation. On a même pensé que, avec les réductions offertes par la fin du Cycle d'Uruguay, la tendance à la participation aux ACR serait affaiblie, ce qui n'a pas eu lieu. Au contraire, les ACR ont proliféré encore plus vigoureusement. On peut, à cet égard, vérifier la complexité des raisons pour lesquelles les États optent pour l'un ou l'autre des systèmes, régional ou multilatéral. Car il faut considérer des éléments d'ordre politique et stratégique, ce qui montre que les ACR vont bien au-delà de la simple libéralisation tarifaire.<sup>15</sup>

La formation des ACR a été la stratégie utilisée par les États-Unis pour établir de bonnes relations avec le Moyen-Orient après les attentats terroristes du 11 Septembre 2001. Ce pays a cherché à associer, dans la formation d'accords préférentiels, des intérêts politico-stratégiques et commerciaux, et à en faire un moyen de promouvoir des intérêts et des partenariats stratégiques partout dans le monde. Lorsque l'accord entre les États-Unis et le Maroc a été signé, le Représentant du commerce nord-américain, Robert Zoellick a déclaré: "[s]tep by step, the Administration is working to build bridges of free trade with economic and social reformers in the Middle East. Our plans offer trade and openness as vital tools for leaders striving to build more open, optimistic and tolerant Islamic societies."<sup>16</sup>

Le nombre des ACR a augmenté et le taux du commerce mondial régit par ces accords est de plus en plus important. Or, à l'heure actuelle, les États sont plus intéressés par l'expansion du commerce que par le nombre d'accords régionaux en vigueur. Dans ce sens, ce qui importe dans l'analyse du régionalisme, ce n'est pas seulement le nombre d'ACR établis, mais également le volume des échanges qu'ils représentent.

En ce qui concerne le volume des échanges représenté par les ACR, l'OMC ne recense pas de telles données et il y a une certaine divergence entre les données fournies par différentes sources extérieures à l'OMC, telles que des rapports et recherches d'autres organisations internationales. Pascal Lamy, Directeur général de l'OMC, a déclaré en 2006 que les statistiques ont conclu à un pourcentage supérieur à 50% du commerce mondial.<sup>17</sup> Cette prévision a été présentée aussi par une étude de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) datant de 2003.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> Dans le même sens: van den BOSSCHE (P.), *The law and policy of the World Trade Organization: text, cases and materials*, 2<sup>ème</sup> ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 697.

<sup>16</sup> United States. United States Trade Representative, Press Release, 15 June 2004. *United States and Marocco sign historic free trade agreement*. Disponible sur: <www.ustr.gov>. Consulté le 03 fév. 2007.

<sup>17</sup> OMC, Nouvelles 2006, M. Lamy salue l'accord de l'OMC sur les accords commerciaux régionaux, 1<sup>er</sup> juillet 2006.

<sup>18</sup> Organisation for Economic Co-operation and Development, *Regionalism and the Multilateral Trading System*, Paris, OECD, 2003, p. 12.

Toutefois, il s'agit d'un pourcentage qui représente le volume des échanges au sein des ACR en général, ce qui ne signifie pas qu'ils ont été élaborés en vertu des règles préférentielles par rapport aux taux établis dans le cadre de l'OMC. En outre, il faut considérer que plusieurs tarifs appliqués dans les ACR sont déjà consolidés à zéro à l'OMC. Cela signifie que le commerce réalisé sur la base de ces tarifs ne crée pas de préférences pour les partenaires régionaux et perd donc tout caractère discriminatoire au regard du commerce mondial.<sup>19</sup> La Banque mondiale a ainsi conduit une étude qui a estimé que, en 2004/2005, 30 à 35% du commerce international était pratiqué effectivement au sein des ACR. Si l'on enlève le commerce reposant sur des tarifs consolidés à zéro dans le système de l'OMC, le pourcentage du commerce réellement discriminatoire descend à une valeur de 21% du commerce mondial.<sup>20</sup> Par ailleurs, le dernier rapport de l'OMC confirme ces données, en apportant des informations qui démontrent que la part du commerce intra-ACR dans le commerce mondial est passée de 18 % en 1990 à 35 % en 2008.<sup>21</sup> Les données sur le commerce de services intra-ACR sont par ailleurs limitées puisque peu d'États communiquent aux organisations internationales des statistiques à propos de cette catégorie de commerce et il n'existe pas, à l'heure actuelle, de base de données détaillée et uniformisée à ce sujet.<sup>22</sup>

Si l'on s'appuie sur les données de l'OMC, en particulier sur la notification des nouveaux ACR et sur les adhésions aux ACR existants<sup>23</sup>, on constate qu'au 15 janvier 2013, 546 ACR (en séparant les notifications concernant les marchandises et les notifications concernant les services) ont été notifiés au GATT/ OMC. Sur ce total, 373 ACR sont actuellement en

---

<sup>19</sup> Cette constatation est confirmée par le rapport 2011 de l'OMC: "si le nombre d'ACR a augmenté, l'importance du commerce préférentiel n'a pas suivi. Cette évolution résulte d'une forte réduction des droits NPF au cours des deux dernières décennies, soit dans le cadre de négociations commerciales multilatérales soit sur une base unilatérale." OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2011. L'OMC et les accords commerciaux préférentiels: de la coexistence à la cohérence*, p. 72. Disponible sur: <[http://www.wto.org/french/res\\_f/publications\\_f/wtr11\\_f.htm](http://www.wto.org/french/res_f/publications_f/wtr11_f.htm)>. Consulté le 27 nov. 2011.

<sup>20</sup> WORLD Bank, *Global economic prospects*, Washington, World Bank, 2005, p. 40-41.

<sup>21</sup> OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2011. L'OMC et les accords commerciaux préférentiels: de la coexistence à la cohérence*, p. 64. Disponible sur: <[http://www.wto.org/french/res\\_f/publications\\_f/wtr11\\_f.htm](http://www.wto.org/french/res_f/publications_f/wtr11_f.htm)>. Consulté le 27 nov. 2011.

<sup>22</sup> Pour plus d'informations sur les données concernant les principaux exportateurs et importateurs de services (l'UE et les États-Unis) voy. OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2011. L'OMC et les accords commerciaux préférentiels: de la coexistence à la cohérence*, p. 67-69. Disponible sur: <[http://www.wto.org/french/res\\_f/publications\\_f/wtr11\\_f.htm](http://www.wto.org/french/res_f/publications_f/wtr11_f.htm)>. Consulté le 27 nov. 2011.

<sup>23</sup> Les données présentées ici sont basées sur des notifications des membres de l'OMC (comme, antérieurement, les parties contractantes au GATT) concernant tous les ACR auxquels ils participent. Ces notifications peuvent également être liées à l'adhésion de nouvelles parties à un accord préexistant; l'adhésion de nouveaux membres à l'Union européenne en est un exemple.

vigueur, 222 ont été notifiés au titre de l'article XXIV du GATT, 36 au titre de la Clause d'habilitation et 115 au titre de l'article V de l'AGCS.<sup>24</sup>

Or, plus de 90% des ACR notifiés et en vigueur sont composés de zones de libre échange (ZLE) ou d'accords de portée partielle (du terme anglo-saxon, 'partial scope'), alors que moins de 10% des ACR notifiés sont représentés par des unions douanières (UD). En ce qui concerne les ACR qui n'ont pas encore été notifiés ou qui sont en cours de négociation ou de proposition, la préférence pour les ZLE et les accords partiels est confirmée.<sup>25</sup>

Si l'on compare les notifications effectuées dans le cadre du GATT avec les notifications faites dans le cadre de l'OMC, nous pouvons remarquer une augmentation considérable des secondes par rapport aux premières.<sup>26</sup> Cette augmentation peut être expliquée par l'entrée de nouveaux Membres à l'OMC et par le renforcement de l'obligation de notification dans le cas du commerce des services. Cependant, la méthodologie adoptée par l'OMC a des défauts et ne produit pas toujours des données reflétant la réalité elle-même.

La méthodologie utilisée par l'OMC ne reflète pas le nombre réel des ACR en vigueur, et ce parce que les ACR couvrant les services et les marchandises sont notifiés de manière indépendante et les uns et les autres correspondent souvent aux mêmes ACR. En outre, l'adhésion de nouveaux membres à des ACR existants est comptabilisée comme représentant un nouvel ACR, pratique qui peut être largement remise en question. D'autre part, la comptabilité du nombre "réel" des ACR peut également être remise en question, étant donné qu'il n'y a aucun moyen de vérifier les données des ACR qui n'ont pas encore été notifiés ou qui se situent dans des étapes de

---

<sup>24</sup> Base de données sur les ACR disponible sur: <<http://rtais.wto.org/UI/publicsummarytable.aspx>>. Consulté le 10 mai 2013.

<sup>25</sup> L'une des raisons indiquées pour ce choix est que *a principe* un pays ne peut participer à deux unions douanières de façon concomitante, car ce sont des modèles d'intégration plus approfondie qui requièrent l'adoption d'un tarif extérieur commun. En outre, les zones de libre-échange sont préférées aux unions douanières, vu l'intérêt, pour les pays, de préserver leur liberté de choisir leurs partenaires. C'a été le cas du Chili qui a refusé de participer au MERCOSUR, car il ne souhaitait pas que sa politique de commerce extérieur et sa capacité de participer à d'autres zones de libre-échange soient conditionnées par les lignes directrices d'autres pays, et en particulier de pays affichant des buts divergents en termes de structure de production et d'intérêts offensifs et défensifs, comme le Brésil. De cette façon, le Chili a gardé une position plus agressive et a déjà signé seize ACR, dont un avec la Chine. (Base de données sur les ACR disponible sur: <<http://rtais.wto.org/UI/PublicMaintainRTAHome.aspx>> )

<sup>26</sup> Le taux annuel de notifications à l'OMC est de 20, alors que dans le cadre du GATT, il a été de 3. En près de 50 ans d'existence du GATT 1947, 124 notifications concernant les ACR ont été reçues, alors que, en moins de 15 ans, l'OMC a déjà reçu près de 300 notifications d'ACR couvrant le commerce des marchandises et des services. Voy. GHÉRARI (H.), "Le bilatéralisme conquérant ou le nouveau visage du commerce international", *RGDIP*, n. 2, 2008, p. 255 – 293.

mise en œuvre différentes. Malgré ces limitations, la méthodologie adoptée par l'OMC est encore considérée comme la plus adaptée pour démontrer un phénomène sans précédent: la prolifération des Accords commerciaux régionaux.

Actuellement, seulement 3 de 159 États Membres de l'OMC, la Mongolie, le Djibouti et la République démocratique du Congo, ne font pas partie d'un ACR. Les données présentées par le Comité des accords commerciaux régionaux (CACR) en 2000 montrent qu'en moyenne, chaque membre du régime commercial multilatéral est lié à cinq accords préférentiels et certains participent à plus de dix accords.<sup>27</sup> Dans le cas de l'Union européenne, il semblerait que le tarif consolidé à l'OMC à partir du traitement de nation la plus favorisée s'applique de façon intégrale à seulement six membres du système multilatéral. Pour les autres partenaires, qui dépassent d'ailleurs la centaine, l'Union européenne offre un traitement plus favorable que celui prévu par l'OMC.<sup>28</sup>

A partir de ces données quantitatives et qualitatives, on constate l'émergence d'une nouvelle vague de régionalisme qui s'oppose à celle qui s'était produite tout d'abord dans les années 60.<sup>29</sup> Le "nouveau régionalisme" se caractérise non seulement par la forte augmentation du nombre des ACR, mais aussi par une nouvelle dimension spatiale, laquelle comprend des nouveaux partenaires, y inclus des ACR déjà existants, et de nouveaux domaines matériels.<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> OMC, Comité des accords commerciaux régionaux, *Synopsis des "questions systémiques" relatives aux accords commerciaux régionaux*, WT/REG/W/37, 2 mars 2000, p. 4. Le Chili est l'un des membres les plus actifs de l'OMC dans la promotion des ACR. vu qu'il est lié par seize accords en même temps. (Base de données sur les ACR disponible sur: <<http://rtais.wto.org/UI/PublicMaintainRTAHome.aspx>>) Les États-Unis ont aussi beaucoup utilisé la voie bilatérale, car ils ont actuellement des zones de libre-échange en vigueur avec 17 pays. Pour plus de détails sur les accords conclus ou négociés par les États-Unis, voy. le site officiel de l'*United States Trade Representative* (USTR): <<http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements>>. Consulté le 04 fev. 2010.

<sup>28</sup> Des commentaries a propos de ces données sont présentés par: BHAGWATI (J.N.), *Termites in the trading system: how preferential agreements undermine free trade*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 14. SAPIR (A.), "The political economy of EC regionalism", *European Economic Review*, vol. 42, 1998, p. 717-732. WTO, CONSULTATIVE Board to the WTO Director-General, *The future of the WTO: advancing institutional challenges in the new Millenium*. Geneva, WTO, 2004, p. 21.

<sup>29</sup> Pour un aperçu général de cette nouvelle réalité voy.: WHALLEY (J.), "Recent regional agreements: why so many, why so much variance in form, why coming so fast, and where are they headed?", *The World Economy*, vol. 31, n. 4, 2008, p. 517-532. Pour une analyse de l'implication des États-Unis dans le nouveau régionalisme voy.: HILAIRE (A.); YANG (Y.), "The United States and the new regionalism/bilateralism", *IMF Working Paper*, WP/03/206, 2003, 25 p.

<sup>30</sup> La formation des ACR entre groupes déjà existants est en soi un élément très important à prendre en considération, car l'association d'ACR pré-existants permet la création de groupes de pays encore plus grands et de nouveaux défis, comme l'harmonisation des traités et des normes préexistants, sont aussi associés à ce phénomène.

En effet, les nouveaux ACR comportent des dispositions qui englobent d'autres domaines. Au-delà du commerce des biens et des services, les ACR comportent des dispositions relatives à l'investissement, aux critères techniques, à la propriété intellectuelle, aux règles de la concurrence, du travail et de l'environnement, souvent en vue de leur inclusion à l'OMC. Même les ACR considérés comme peu approfondis au niveau de la coopération, telles les zones de libre-échange, commencent à aborder des questions telles que les marchés publics, l'investissement, la défense commerciale, entre autres. Cette nouvelle tendance d'inclure des mesures qui ne sont généralement pas couvertes par l'OMC est appelée "régionalisme agressif", et l'accord de libre-échange entre la Corée et les États-Unis en offre un bon exemple.<sup>31</sup>

Enfin, au-delà de la prolifération quantitative des ACR, l'observation empirique du régionalisme moderne permet de constater que les Membres de l'OMC préfèrent les intégrations économiques moins approfondies. C'est dans ce sens que des nouvelles formes d'intégration hybrides ont vu le jour, de nouveaux domaines ont été inclus dans les ACR, le nombre des accords Nord-Sud a augmenté, ainsi que le chevauchement des ACR et la conclusion d'accords entre deux ACR préexistants ou entre des pays géographiquement éloignés.

#### 4. LA PROLIFERATION DES MECANISMES REGIONAUX DE REGLEMENT DES DIFFERENDS PREVUS PAR LES ACR

A côté de cette prolifération substantielle des ACR, on constate également que l'ORD est de plus en plus confronté à la prolifération des mécanismes régionaux de règlement des différends prévus par les ACR. La multiplication des fora internationaux pour le règlement des différends part d'une attribution progressive des capacités et contribue à la croissance de la complexité à l'intérieur du système juridique international et au risque qu'un tel système devienne de plus en plus fragmenté, incohérent et non-systémique.<sup>32</sup> Ainsi, la prolifération des fora régionaux, en concurrence ou non avec le droit de l'OMC, a attiré l'attention sur les dangers de

---

<sup>31</sup> Cet accord a été signé par les États-Unis et la Corée le 30 juin 2007, mais le 3 décembre 2010 ils ont conclu des nouveaux accords avec des lettres signés le 10 février 2011. Cet accord n'est pas encore en vigueur, mais si ratifié par ces parties, il ira changer les relations entre les deux États, avec l'augmentation de l'accès au marché des deux États et des nouvelles dispositions concernant le travail, l'environnement, la transparence et le processus nécessaire de régulation des services. Pour une analyse de cette nouvelle tendance voy. CHOI (W.-M.), "Aggressive regionalism in Korea-US FTA: the present and future of Korea's FTA policy", *Journal of international economic law*, vol. 12, n. 3, 2009, p. 595-615.

<sup>32</sup> VARELLA (M.D.), "A crescente complexidade do sistema jurídico internacional. Alguns problemas de coerência sistêmica", *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 42, n. 167, jul/sep. 2005, p. 163.

fragmentation du système juridique international et sur le besoin d'outils à même de prévenir et de traiter les possibles conflits résultant de l'action parallèle de ces fora internationaux. Les États Membres des ACR et de l'OMC ont l'obligation de respecter les deux accords et le fait de déclencher un forum régional peut entraîner des violations des règles de l'OMC et vice-versa.

Des décisions contradictoires naissent du fait que plusieurs accords sont applicables sans être exclusifs l'un par rapport à l'autre. En effet, il n'existe pas une règle de droit international qui définisse une interdiction des ressources parallèles aux deux systèmes, en accumulant des procédures et en formant des situations de litispendance, dans lesquelles un unique différend est soumis à deux juridictions. L'examen des dispositions de l'OMC montre que ses Membres n'ont pas perçu le potentiel de conflits susceptibles de surgir entre les juridictions régionales et l'ORD de l'OMC. A titre illustratif, l'article XXIV du GATT, l'article V de l'AGCS et la Clause d'habilitation ne contiennent aucune disposition ou limite à l'incorporation de dispositions régionales concernant les mécanismes de règlement des différends.

La motivation pour la création des fora régionaux peut être expliquée par les lacunes des fora universels, dans le traitement des questions précises et spécifiques du contexte régional. Dans le cas du droit international économique, la création des fora régionaux est centrale puisque certains ACR portent sur des questions que l'OMC ne traite pas, ce qui entraîne des répercussions au niveau du règlement des différends. En ce sens, les systèmes de règlement des différends régionaux sont nécessaires, puisqu'ils sont les seules juridictions compétentes pour le traitement de certains sujets.

Certains mécanismes régionaux de règlement des différends sont similaires à l'ORD<sup>33</sup>, tel que le mécanisme prévu dans le cadre de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA). Parmi ces similitudes, on note la pertinence donnée à l'inclusion de clauses d'élection du for à appliquer dans le cas de "forum shopping". La pratique du forum shopping a lieu lorsque plus d'une juridiction aura la compétence pour traiter l'affaire et les parties peuvent choisir le forum pour traiter l'affaire.<sup>34</sup> Toutefois, même avec ces

---

<sup>33</sup> Dans le même sens GHÉRARI (H.), "La concurrence des procédures dans le contentieux de l'OMC" in KERBRAT (Y.), *Forum Shopping et concurrence des procédures contentieuses internationales*, Bruxelles, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 77 – 102, spéc. p. 82.

<sup>34</sup> Il existe plusieurs définitions pour le terme dont voici quelques unes: "Forum-shopping: the practice of introducing a proposal or pursuing a dispute in one forum after another until a favourable outcome has been achieved. Sometimes also called forum-shopping." GOODE (W.), *Dictionary of trade policy terms*, 5<sup>ème</sup> éd., WTO, Cambridge, 2007, p. 179 "Forum-shopping: (terme anglais, sans équivalent en français – Voy. cependant le français québécois "magasiner": choisir un tribunal comme on choisit d'entrer dans une boutique pour faire ses emplettes): possibilité qu'offre à un demandeur la diversité des règles de compétence internationale de saisir les tribunaux du pays appelé à rendre la décision la plus favorable à

clauses, les parties ont toujours la possibilité d'un éventuel forum shopping et un parallélisme des procédures qui peut résulter dans des décisions différentes dans plusieurs fora. Dans cette situation, il faut vérifier l'importance plus ou moins grande donnée aux aspects politiques dans la résolution des affaires, car ils seront liés au choix de la décision qui sera appliquée: les recours parallèles et les décisions contradictoires peuvent exister et sont admis par le droit international.<sup>35</sup>

## 5. LES EFFETS POSITIFS DE LA PROLIFÉRATION DES ACR

C'est à partir de ce contexte que l'on peut constater que la complexification du système international est due à trois facteurs différents: l'expansion normative et l'accumulation de normes; l'accroissement des régimes spéciaux et la diversification conséquente du droit international et la juridictionnalisation de ce droit.<sup>36</sup> Ainsi, on vérifie l'importance de l'analyse des rapports entre le système multilatéral de l'OMC avec les ACR, dans le sens où la création des ACR constitue bien une atteinte aux principes fondamentaux de l'OMC, surtout le principe de la nation la plus favorisée. La prolifération inattendue de ces accords peut porter atteinte à la légitimité de l'OMC dans le leadership de la libéralisation du commerce mondial.<sup>37</sup>

De fait, les ACR se multiplient à une vitesse inattendue, et, dans certains cas, ils sont considérés comme une menace pour le multilatéralisme institué par l'OMC. Le rapprochement entre les États-Unis et l'Union européenne dans la construction d'un partenariat transatlantique a été présentée comme un risque potentiel pour le système de l'OMC. Bien qu'il n'existe pas encore d'accord préférentiel entre eux, depuis les années 1990, des initiatives ont été prises pour favoriser la croissance du commerce et des investissements entre ces deux entités. En 2004, a été adopté un document appelé 'EU-US Initiative to Enhance Trans-Atlantic Economic Integration

---

ses intérêts." CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*. 8<sup>ème</sup> éd. Paris, PUF, 2004, p. 397. "Forum-shopping: the practice of choosing the most favorable jurisdiction or court in which a claim might be heard." BLACK (H.C.), *Black's law dictionary: definitions of the terms and phrases of American and English jurisprudence, ancient and modern*, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1990, p. 666.

<sup>35</sup> SANTULLI (C.), *Droit du contentieux international*, Paris, Montchrestien, 2005, p. 91.

<sup>36</sup> GHÉRARI (H.), "La concurrence des procédures dans le contentieux de l'OMC" in KERBRAT (Y.), *Forum Shopping et concurrence des procédures contentieuses internationales*, Bruxelles, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 77 – 102, spéc. p. 78 et 79.

<sup>37</sup> Une étude a propos des risques de cette interaction entre les ACR et le système multilatéral de commerce de l'OMC et des possibles solutions pour les relations établies entre eux a été développé in: TRAN (T.T.P.), *Les accords régionaux dans le système de l'Organisation mondiale du commerce*, Thèse de doctorat en droit international économique, Université Panthéon-Assas (Paris 2), 2007, 534 f.

and Growth', lequel indiquait clairement leur intention de renforcer la libéralisation des échanges commerciaux entre leurs régions.<sup>38</sup>

Au cas où un accord de libre-échange entre eux se concrétiserait, il y aurait un impact important sur le multilatéralisme, puisque ensemble, ils représentent 40% du volume du commerce mondial et environ 60% du PIB mondial. La formation d'un accord de libre-échange entre les États-Unis et l'UE comporte, en effet, des risques pour le système multilatéral de l'OMC, car s'il aboutissait, l'OMC ne serait plus qu'un jouet entre les mains des États-Unis et de l'Union européenne, OMC ne servirait qu'à donner une légitimité à des décisions prises dans le contexte bilatéral. Toutefois, il est de notoriété publique que le système multilatéral ne peut être remplacé par de tels accords; c'est pourquoi un équilibre entre les deux pôles doit être cherché.<sup>39</sup>

Néanmoins, il faut également prendre en compte le fait que lors de la négociation des ACR, certains thèmes peuvent être mieux traités et cette réflexion approfondie sur certains sujets peut être introduite par la suite dans les règles multilatérales. Les résistances à l'égard de l'approfondissement, dans le système de l'OMC, du traitement de certains sujets peuvent être annulées au niveau régional. En outre, l'ouverture des marchés par le biais des ACR se révèle moins traumatisante pour les pays les moins avancés, vu la possibilité d'une exposition graduelle de l'économie nationale à la concurrence extérieure.<sup>40</sup>

Des thèmes traités superficiellement ou tout simplement ignorés par le système multilatéral de l'OMC sont présents dans les accords régionaux. Cela peut s'expliquer par la difficulté des négociations au niveau multilatéral, difficulté qui s'explique par le nombre des Membres et des intérêts en cause. La preuve en est que, dans le Cycle actuel de négociations - le Cycle de Doha, les questions qui ne figurent pas dans le mandat d'origine sont éliminées. En effet, la conclusion de ce Cycle est devenue une priorité pour

---

<sup>38</sup> Sur le sujet, voy.: <<http://www.eu2005.lu/en/actualites/communiqués/2005/06/20ue-us03/index.html>>. Consulté le 24 juillet 2009

<sup>39</sup> Pour plus d'informations, voy.: HINDLEY (B.), "New institutions for Transatlantic Trade?", *International Affairs*, vol. 75, n. 01, 1999, p. 45-60, spéc. p. 49.

<sup>40</sup> Des situations opposées doivent être aussi considérées, étant donné que, parfois, l'acceptation des États qui, à propos de certaines questions, se fait au niveau régional, sous peine d'infirmier la conclusion de l'accord, n'implique pas l'acceptation de ces questions dans le système multilatéral. C'est le cas de l'Australie qui a négocié des disciplines sur l'environnement avec les États-Unis dans un accord bilatéral, mais n'est pas en faveur de l'inclusion de ces disciplines dans le système de l'OMC (Voy. chapitre 19 de *l'Accord de libre-échange entre les États-Unis et l'Australie*, signé le 18 mai 2004, date d'entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2005. Disponible sur: <<http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/australian-fta/final-text>>. Consulté le 08 févr. 2011). Dans d'autres situations, l'expérience acquise dans l'ACR à propos d'une certaine discipline n'est pas positive, ce qui implique une résistance à son adoption au niveau multilatéral.

l'Organisation et le traitement de ces questions pourrait encore allonger la période de négociations pour la conclusion du Cycle qui doit se traduire par un engagement unique.<sup>41</sup>

Lors de l'établissement du mandat pour le Cycle de Doha, il y a eu une tentative d'inclusion de sujets tels que les investissements et les marchés publics, mais, par la suite, ceux-ci ont été explicitement exclus de l'agenda des négociations. Celui-ci a englobé la question de la facilitation du commerce, qui reste en cours de négociation.<sup>42</sup> D'autres sujets intéressant les entreprises multinationales telles que les règles concernant la gouvernance, la corruption, la responsabilité sociale et l'immigration ne sont même pas mentionnées dans le système multilatéral. Cela incite les opérateurs gouvernementaux et privés à trouver dans d'autres instances le lieu où traiter ces questions. C'est ainsi que les questions non traitées par l'OMC sont de plus en plus intégrées à l'échelon régional. On pourrait dans ce sens envisager l'intention d'aborder ces différents sujets dans le cadre multilatéral dans l'avenir.

Plus particulièrement, des sujets sensibles tels que les normes du travail, de l'environnement et de la propriété intellectuelle sont actuellement traités principalement dans les ACR formés par les principaux acteurs à l'intérieur du système, compte tenu du plus grand pouvoir de négociation qu'ils possèdent dans cet univers plus restreint.<sup>43</sup> Ainsi, certains sujets seraient en train d'entrer par la "porte latérale" dans le système de l'OMC.<sup>44</sup>

Si les ACR peuvent être considérés comme une menace pour le système de l'OMC, ils peuvent aussi contribuer à renforcer le multilatéralisme sur lequel ce système est fondé. Une véritable synergie entre les deux approches peut se produire, comme dans le cas du Mémorandum

---

<sup>41</sup> Plusieurs suggestions de réforme concernant le processus négociateur de l'OMC ont été présentées, parmi lesquelles existe une réévaluation de l' "engagement unique" ("single undertaking") qui peut bloquer les négociations. Pour une analyse de quelques propositions de réforme voy.: ROLLAND (S.E.), "Redesigning the negotiation process at the WTO", *Journal of International Economic Law*, vol. 13, n. 1, 2010, p. 65-110.

<sup>42</sup> OMC, Programme de travail de Doha, *Décision adoptée par le Conseil général le 1er août 2004*. WT/L/579. 02 août 2004.

<sup>43</sup> Le déséquilibre de pouvoir entre les partenaires de certaines ACR peut être désigné comme faisant office de catalyseur pour le processus de négociation, dans la mesure où la partie la plus forte aura tendance à fixer les règles et les conditions que la partie la plus faible va accepter, même au prix de certains de ses intérêts, le résultat final étant plus positif qu'avant la formation des ACR. Celle-ci suit généralement le modèle "hub-and-spokes" utilisé par les États-Unis et l'Union Européenne, qui consiste à se tenir au centre, en plaçant les pays les moins développés à l'extrémité, modèle caractérisé par un aspect fortement contraignant qui laisse peu de place à la discussion.

<sup>44</sup> SUTHERLAND (P.), *L'avenir de l'OMC: relever les défis institutionnels du nouveau millénaire.*, Rapport du Conseil consultatif à M. Supachai Panitchpakdi, Directeur Général, OMC, Genève, 2004, p. 23.

d'accord AGCS sur les engagements relatifs aux services financiers, établi à l'aide de l'expérience acquise dans le cadre de l'ouverture des marchés financiers au niveau régional. Toutefois, cette interaction n'est pas toujours facile, puisque l'OMC et les ACR ne sont pas des éléments statiques. Il faut tenir compte du fait que les ACR se développent et évoluent, non seulement sur la base de règles multilatérales, mais aussi sur la base des autres ACR créés. En outre, les motivations pour la création d'engagements ne sont pas les mêmes au niveau régional et dans le système multilatéral, alors que dans le premier, le degré d'affinité entre un plus petit nombre de partenaires est plus élevé.

Les ACR peuvent aider à la libéralisation du commerce, puisque les nouveaux engagements pris en leur sein peuvent étendre l'ouverture des marchés au niveau multilatéral. A cet argument on ajoute la "théorie de la libéralisation compétitive", liée à l'interaction positive entre les deux dynamiques, régionale et multilatérale, déclenchée par les négociations simultanées. La libéralisation des échanges dans les deux sphères établit une concurrence entre elles, ce qui favorise le multilatéralisme commercial, dans la mesure où il va tenter d'élargir au niveau multilatéral la libéralisation réalisée au niveau régional. Historiquement, la formation des ACR et la libéralisation réalisée en leur sein a poussé les États à lancer de nouveaux cycles de négociations au niveau multilatéral.<sup>45</sup>

Associée à cette théorie de la libéralisation compétitive, la "théorie des dominos" cherche également à expliquer l'interaction entre les négociations sur les deux niveaux. Dans un premier temps, cette théorie a été utilisée pour expliquer comment l'expérience régionale réussie incitait à la formation de nouveaux ACR ou à l'extension des ACR existants. Dans un second temps, cette théorie a été utilisée pour démontrer l'interaction positive qui se crée entre le régionalisme et le système de l'OMC, et on est même allé jusqu'à prétendre que, même si la relation se déroule de façon pas très ordonnée et en dehors du contrôle de l'OMC, la formation des ACR contribue à l'évolution du système multilatéral dans son ensemble.<sup>46</sup>

Cet effet domino joue dans les deux directions, allant soit du multilatéralisme vers le régionalisme, soit du régionalisme vers le multilatéralisme. C'est-à-dire que, de la même manière que les disciplines négociées dans le contexte multilatéral influencent les négociations régionales, ces dernières influencent les négociations multilatérales. Ce

---

<sup>45</sup> BERGSTEN (C.F.), "Fifty years of the GATT/WTO: lessons from the past for strategies for the future." in WTO Secretariat, *From the GATT to the WTO: the multilateral trading system in the new millennium*, The Hague, Kluwer/WTO, 2000, p. 50-51.

<sup>46</sup> Pour une analyse de cette théorie du point de vue économique voy. BALDWIN (R.), *Multilateralising regionalism: spaghetti bowls as building blocs on the path to global free trade*, Geneva, Institute for International Studies, July 2006, p. 15 et ss.

phénomène a été facilement perçu dans le secteur des services, car les négociations effectuées par le biais des listes positives de services, ainsi que la définition des modes d'obligations par des modes de prestations ont été les leçons tirées de l'accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis (en anglais Canada-United States Free Trade Agreement - CUSFTA) et se sont reflétées dans la rédaction de l'AGCS. Ensuite, l'ALENA est partie de l'expérience de l'AGCS et est même allée au-delà en remplaçant les listes positives par des listes négatives, ce qui a accentué la libéralisation.<sup>47</sup>

Une telle théorie doit être appliquée avec prudence et sans généralisation quant à l'automatisme des événements. De nouvelles études empiriques doivent être faites à ce sujet, car la pratique des négociations sur les services du Cycle de Doha a montré le contraire: les pays les plus audacieux dans le traitement de cette discipline au niveau régional, comme les États-Unis, sont les plus timides dans les négociations multilatérales, ce qui semble contredire la théorie des dominos.<sup>48</sup> Il semblerait ainsi que le jeu des dominos soit plus accessible aux principaux acteurs qui ont la capacité de faire en sorte que la dynamique régionale influence positivement le multilatéralisme mais, dans ce contexte, on se demande si ces acteurs sont prêts à payer le prix pour soutenir le système de l'OMC, au détriment des gains régionaux.

On a pu se prévaloir des expériences régionales pour le traitement de plusieurs thèmes à l'OMC, mais il faut souligner que le processus n'est ni automatique ni linéaire, étant donné que de nombreux autres éléments sont essentiels aux négociations au niveau multilatéral. Il suffit de garder à l'esprit que les États peuvent accepter de participer aux ACR qui traitent de questions délaissées par l'OMC et refuser de les inclure dans l'ordre du jour des négociations multilatérales.

Enfin, le régionalisme doit être considéré comme un outil et non comme une fin en soi même s'il doit être utilisé pour le développement des échanges entre partenaires régionaux.<sup>49</sup> Un facteur positif est le caractère inclusif de certains ACR, qui ont cherché à s'étendre, grâce à l'adhésion de

---

<sup>47</sup> Pour une analyse plus approfondie de cet exemple voy. OSTRY (S.), *Regional dominoes and the WTO: building blocks or boomerang?*, Fraser Institute Conference, Toronto, [s.l.], Nov. 1999, p.05.

<sup>48</sup> ROY (M.); MARCHETTI (J.); LIM (H.), "Services liberalization in the new generation of preferential trade agreements (PTAs): how much further than the GATS?", *WTO Staff Working Paper*. Geneva, WTO, September 2006, p.58.

<sup>49</sup> Pour une analyse de ce point de vue dans le contexte du Mercosul voy. KLOR (A.D.), "O jogo de luzes e sombras do Mercosul", *Pontes*, vol. 5, n. 3, août 2009. Disponible sur: <<http://ictsd.net/i/news/pontes/53552/>>. Consulté le 28 août 2009.

nouveaux membres et l'inclusion de nouveaux objets, au lieu de se fermer sur eux-mêmes.<sup>50</sup>

## 6. CONCLUSION

A partir de cette constatation d'une pluralité de sources et des systèmes de règlement des différends, il faut chercher des moyens capables d'"ordonner le multiple", permettant d'"assurer la compatibilité des normes de provenances diverses".<sup>51</sup> Pour certains, il faut reconnaître le pluralisme du droit international en faisant appel aux "forces imaginantes du droit"<sup>52</sup> qui n'implique pas forcément la "description vraie et complète du réel" car ne se limite pas à la mise en œuvre des techniques juridiques et principes communs déjà existants dans le droit international.<sup>53</sup> Ceci n'empêche pas une recherche pragmatique pour trouver des règles et principes juridiques qui puissent servir de référentiel pour le processus d'intégration normative.

Dans cette perspective de "pluralisme ordonné"<sup>54</sup>, on propose l'articulation entre les ACR et le droit de l'OMC qui ne se limite pas à la recherche de compatibilité normative entre eux, mais aussi à l'analyse des interactions de ces accords, de la procédure de création de leurs dispositions et des mécanismes de contrôle capables de rendre prévisibles les variations découlant de l'application de la norme. En plus, cette notion de pluralisme ordonné renvoie à une idée de coordination, et non de subordination, qui est compatible avec le scénario d'interdépendance entre ces accords.<sup>55</sup>

Pour cela, l'articulation des ACR avec le droit de l'OMC peut être réalisée par l'utilisation croisée et réciproque de leurs dispositions dans leurs

---

<sup>50</sup> Voy. par exemple les bonnes pratiques développées dans le cadre de l'APEC: MARCEAU (G.) "The adoption of the 'best practice' for regional and free trade agreements in APEC: a road towards more WTO-consistent regional trade agreements." in: TANIGUCHI (Y.); YANOVICH (A.); BOHANES (J.) (eds.) *The WTO in the Twenty-first Century: Dispute Settlement, Negotiations, and Regionalism in Asia*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, 507 p., at p. 409-422.

<sup>51</sup> CHEVALLIER (J.), "Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation", in MORAND (C.-A.) (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant 2001, p.135.

<sup>52</sup> Expression employée par Mireille Delmas-Marty in DELMAS-MARTY (M.), *Les forces imaginantes du droit (II) - Le pluralisme ordonné*. Paris, Editions du Seuil, 2006.

<sup>53</sup> JOUANNET (E.) "A quoi sert le droit international ? Le droit international providence du XXIème siècle" In RUIZ FABRI (H.), JOUANNET (E.), TOMKIEWICZ (V.) (dir.) *Select proceedings of the european society of international law*, vol. I , Portland Oregon, Hart Publishing, 2008, p. 4.

<sup>54</sup> Une étude approfondie sur l'idée de pluralisme ordonné est développé par Mireille Delmas-Marty. DELMAS-MARTY (M.), *Les forces imaginantes du droit (II) - Le pluralisme ordonné*. Paris, Editions du Seuil, 2006.

<sup>55</sup> « [...] le pluralisme n'est que la suite logique de l'histoire du droit international si l'on admet que ce mouvement signifie non seulement admettre les différences, mais aussi les concilier, voire les ordonner, sans les "écraser" " SOREL (J.-M.), "Le rôle du droit international dans le développement du pluralisme (et vice versa): une liaison moins naturelle qu'il n'y paraît", in Lauréline Fontaine (dir), *Droit et pluralisme*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 78.

processus d'interprétation respectifs, ainsi que par l'utilisation des remèdes généraux relevant du droit procédural. Les dispositions établies dans la Convention de Vienne de 1969<sup>56</sup> peuvent servir de base à l'établissement de certains outils proposés pour l'articulation normative entre les ACR et le droit de l'OMC.

Toutefois, au-delà des hypothèses de concurrence et de conflit normatif, il faut également considérer, pour l'analyse de l'articulation entre les ACR et le droit de l'OMC, les situations de concurrence entre procédures contentieuses internationales qui sont le produit de stratégies élaborées par les parties. Ces dernières préfèrent en effet les procédures conduites en parallèle pour augmenter leurs chances de succès et en même temps pour contraindre le défendeur à se désister. A son tour, le défendeur saisit également un autre tribunal pour essayer d'obtenir une décision qui lui est favorable. Ces chevauchements de procédures peuvent créer un risque d'insécurité juridique au cas où des décisions irréconciliables sont rendues à propos d'une même mesure, fondée sur des règles très semblables.

Les remèdes processuels tels que l'incompétence, la coordination normative et la consolidation des procédures sont importants car à partir d'eux, l'un des juges tient compte de la décision de l'autre en plus de contribuer à la coordination entre les fora.<sup>57</sup>

L' "articulation" doit être comprise à partir d'une perspective d'harmonisation du droit international, où il n'est plus possible de traiter les ensembles normatifs dans un aspect unique, et ce parce que chacun de ces ensembles comporte ses spécificités. Ainsi, le plus important serait de chercher à établir un cadre normatif international où ces différents systèmes normatifs puissent coexister de façon cohérente. Et ce parce que, dans le contexte où le droit international contemporain se développe, le processus d'intégration normative doit être aperçu comme le résultat de plusieurs forces, "entre unité et pluralité, entre universalisme et culture, entre mondialisation et régionalisation, constitutionalisation et fragmentation,

---

<sup>56</sup> La Convention de Vienne de 1969 constitue le résultat d'années de travail sur la codification du droit des traités. Elle est considérée comme "le traité des traités", car elle est le principal guide en matière de pratiques des États, spécifiquement en ce qui concerne la conclusion des traités, et elle apporte une réelle codification du droit coutumier qui existait au moment où elle a été établie. Cette Convention est largement applaudie car elle a réussi à établir de l'harmonie à l'intérieur du formalisme d'une codification pure et simple des coutumes préexistantes et en même temps à couvrir le développement progressif des pratiques des États. La Convention de Vienne est la principale source pour l'étude du droit des traités et, dans l'ensemble de ses dispositions, ont été incorporés presque tous les éléments à prendre en considération au moment de la mise en place des traités au plan international.

<sup>57</sup> Dans ce sens voy. RÉMY (B.) "La concurrence des procédures États-investisseurs." in KERBRAT (Y.), *Forum Shopping et concurrence des procédures contentieuses internationales*, Bruxelles, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 15 à 76, spéc. p. 76.

entre droit des États et droit des individus, entre droit des acteurs publics et droit des acteurs privés.<sup>58</sup> Aussi, il faut reconnaître que le droit international en tant qu'ordre juridique se réalise par "accumulation".<sup>59</sup>

Actuellement les ACR constituent un élément indispensable à la vie commerciale des États dans le monde entier et ils ne sont pas en voie de disparaître. Ainsi, la meilleure solution serait de les accepter non comme un obstacle aux objectifs de l'OMC, mais comme une alternative donnée aux États pour renforcer encore plus la libéralisation commerciale et chercher la meilleure façon d'articuler les relations entre eux dans le contexte international.

## RÉFÉRENCES

**Accord de libre-échange entre les États-Unis et l'Australie**, signé le 18 mai 2004, date d'entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2005. Disponible sur: <<http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/australian-fta/final-text>>. Consulté le 08 févr. 2011.

BALDWIN (R.), **Multilateralising regionalism: spaghetti bowls as building blocs on the path to global free trade**, Geneva, Institute for International Studies, July 2006.

Base de données sur les ACR disponible sur: <<http://rtais.wto.org/UI/publicsummarytable.aspx>>. Consulté le 10 mai 2013.

BERGSTEN (C.F.), "Fifty years of the GATT/WTO: lessons from the past for strategies for the future." in WTO Secretariat, **From the GATT to the WTO: the multilateral trading system in the new millennium**, The Hague, Kluwer/WTO, 2000.

BHAGWATI (J.N.), **Termites in the trading system: how preferential agreements undermine free trade**, Oxford, Oxford University Press, 2008.

BLACK (H.C.), **Black's law dictionary: definitions of the terms and phrases of American and English jurisprudence, ancient and modern**, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1990.

CHEVALLIER (J.), "Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation", in MORAND (C.-A.) (dir.), **Le droit saisi par la mondialisation**, Bruxelles, Bruylant 2001.

---

<sup>58</sup> E. JOUANNET. « Le même et l'autre » in Hélène Ruiz Fabri, Jean-Marc Sorel et Emmanuelle Jouannet (dir) *Regards d'une génération sur le droit international*, Paris, Pedone, 2008, p. 223.

<sup>59</sup> Dans ce sens: REUTER (P.), *Introduction au droit des traités*, Paris: PUF, Publications de l'IUHEI, 1985, p. 110.

CHOI (W.-M.), "Aggressive regionalism in Korea-US FTA: the present and future of Korea's FTA policy", **Journal of international economic law**, vol. 12, n. 3, 2009.

**Convention de Vienne sur le droit des traités**, faite à Vienne, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 331, 8 International Legal Materials 679.

CORNU (G.), **Vocabulaire juridique**. 8<sup>ème</sup> éd. Paris, PUF, 2004.

DELMAS-MARTY (M.), **Les forces imaginantes du droit (II) - Le pluralisme ordonné**. Paris, Editions du Seuil, 2006.

FIorentino (R.V.), VERDEJA (L.), TOQUEBOEUF (C.), **Discussion Paper n° 12. The Changing Landscape of Regional Trade Agreements: 2006 Update**. p. 12. Disponible sur: <[http://www.wto.org/english/res\\_e/publications\\_e/disc\\_paper12\\_e.htm](http://www.wto.org/english/res_e/publications_e/disc_paper12_e.htm)>. Consulté le 14 avril 2013.

GATT, **Traitement Différence et Plus Favorable Reciprocité et Participation Plus Complète des Pays en Voie de Développement: Décision du 28 novembre 1979** (Clause d'habilitation), L/4903, 03 décembre 1979.

GHÉRARI (H.), "La concurrence des procédures dans le contentieux de l'OMC" in KERBRAT (Y.), **Forum Shopping et concurrence des procédures contentieuses internationales**, Bruxelles, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 77 – 102.

GHÉRARI (H.), "Le bilatéralisme conquérant ou le nouveau visage du commerce international", **RGDIP**, n. 2, 2008, p. 255 – 293.

GONCALVES (J. B.), "Livres-comércio ou comércio mais livre? Alternativas ao multilateralismo" in LUZ (M.) (coord), **Comércio e negociações internacionais para jornalistas**, Centro Brasileiro de Relações Internacionais, 2009.

GOODE (W.), **Dictionary of trade policy terms**, 5<sup>ème</sup> éd., WTO, Cambridge, 2007.

HILAIRE (A.); YANG (Y.), "The United States and the new regionalism/bilateralism", **IMF Working Paper**, WP/03/206, 2003.

HINDLEY (B.), "New institutions for Transatlantic Trade?", **International Affairs**, vol. 75, n. 01, 1999, p. 45-60.

Hudec (R. E.), **The GATT Legal System and World Trade Diplomacy**, Salem, Butterworth Legal Publishers, 1990.

JOUANNET (E.) "A quoi sert le droit international ? Le droit international providence du XXI<sup>ème</sup> siècle" In RUIZ FABRI (H.), JOUANNET (E.),

TOMKIEWICZ (V.) (dir). **Select proceedings of the european society of international law**, vol. I , Portland Oregon, Hart Publishing, 2008.

JOUANNET (E.). « Le même et l'autre » in Hélène Ruiz Fabri, Jean-Marc Sorel et Emmanuelle Jouannet (dir) **Regards d'une génération sur le droit international**, Paris, Pedone, 2008.

KLOR (A.D.), "O jogo de luzes e sombras do Mercosul", **Pontes**, vol. 5, n. 3, août 2009. Disponible sur: <<http://ictsd.net/i/news/pontes/53552/>>. Consulté le 28 août 2009.

MARCEAU (G.) "The adoption of the 'best practice' for regional and free trade agreements in APEC: a road towards more WTO-consistent regional trade agreements." in: TANIGUCHI (Y.); YANOVICH (A.). BOHANES (J.) (eds.) **The WTO in the Twenty-first Century: Dispute Settlement, Negotiations, and Regionalism in Asia**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, 507 p., at p. 409-422.

OMC, Comité des accords commerciaux régionaux, **Synopsis des "questions systémiques" relatives aux accords commerciaux régionaux**, WT/REG/W/37, 2 mars 2000.

\_\_\_\_\_, **Mécanisme pour la transparence des accords commerciaux régionaux**. *Décision du 14 décembre 2006*, WT/L/671, 18 décembre 2006.

\_\_\_\_\_, Nouvelles 2006, **M. Lamy salue l'accord de l'OMC sur les accords commerciaux régionaux**, 1<sup>er</sup> juillet 2006.

\_\_\_\_\_, Programme de travail de Doha, **Décision adoptée par le Conseil général le 1er août 2004**. WT/L/579. 02 août 2004.

\_\_\_\_\_, **Rapport sur le commerce mondial 2011. L'OMC et les accords commerciaux préférentiels: de la coexistence à la cohérence**, p. 72-85. Disponible sur: <[http://www.wto.org/french/res\\_f/publications\\_f/wtr11\\_f.htm](http://www.wto.org/french/res_f/publications_f/wtr11_f.htm)> Consulté le 27 nov. 2013.

\_\_\_\_\_, **Rapport sur le commerce mondial 2011. L'OMC et les accords commerciaux préférentiels: de la coexistence à la cohérence**, p. 72. Disponible sur: <[http://www.wto.org/french/res\\_f/publications\\_f/wtr11\\_f.htm](http://www.wto.org/french/res_f/publications_f/wtr11_f.htm)> Consulté le 27 nov. 2011.

\_\_\_\_\_, **Rapport sur le commerce mondial 2011. L'OMC et les accords commerciaux préférentiels: de la coexistence à la cohérence**, p. 64. Disponible sur: <[http://www.wto.org/french/res\\_f/publications\\_f/wtr11\\_f.htm](http://www.wto.org/french/res_f/publications_f/wtr11_f.htm)>. Consulté le 27 nov. 2011.

Organisation for Economic Co-operation and Development, **Regionalism and the Multilateral Trading System**, Paris, OECD, 2003.

OSTRY (S.), **Regional dominoes and the WTO: building blocks or boomerang?**, Fraser Institute Conference, Toronto, [s.l.], Nov. 1999.

RÉMY (B.) "La concurrence des procédures États-investisseurs." in KERBRAT (Y.), **Forum Shopping et concurrence des procédures contentieuses internationales**, Bruxelles, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 15 a 76.

REUTER (P.), **Introduction au droit des traités**, Paris: PUF, Publications de l'IUHEI, 1985.

ROLLAND (S.E.), "Redesigning the negotiation process at the WTO", **Journal of International economic Law**, vol. 13, n. 1, 2010, p. 65-110.

ROMANO (C.P.R.), "The proliferation of international judicial bodies: the pieces of the puzzle", **N.Y.U. Journal of International Law and Politics**, vol. 31, n. 4, 1999.

ROMANO (C.P.R.), "The proliferation of international judicial bodies: the pieces of the puzzle", **N.Y.U. Journal of International Law and Politics**, vol. 31, n. 4, 1999.

ROY (M.); MARCHETTI (J.); LIM (H.), "Services liberalization in the new generation of preferential trade agreements (PTAs): how much further than the GATS?", **WTO Staff Working Paper**. Geneva, WTO, September 2006.

SANTULLI (C.), **Droit du contentieux international**, Paris, Montchrestien, 2005.

SAPIR (A), "The political economy of EC regionalism", **European Economic Review**, vol. 42, 1998.

Site officiel de l'**United States Trade Representative (USTR)**: <<http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements>>. Consulté le 04 fev. 2010.

SOREL (J.-M.), "Le rôle du droit international dans le développement du pluralisme (et vice versa): une liaison moins naturelle qu'il n'y paraît", in Lauréline Fontaine (dir), **Droit et pluralisme**, Bruxelles, Bruylant, 2007.

SUTHERLAND (P.), **L'avenir de l'OMC: relever les défis institutionnels du nouveau millénaire.**, Rapport du Conseil consultatif à M. Supachai Panitchpakdi, Directeur Général, OMC, Genève, 2004.

TRAN (T.T.P.), **Les accords régionaux dans le système de l'Organisation mondiale du commerce**, Thèse de doctorat en droit international économique, Université Panthéon-Assas (Paris 2), 2007, 534 f.

United States. United States Trade Representative, Press Release, 15 June 2004. **United States and Marocco sign historic free trade agreement.** Disponible sur: <www.ustr.gov>. Consulté le 03 fév. 2007.

van den BOSSCHE (P.), **The law and policy of the World Trade Organization: text, cases and materials**, 2<sup>ème</sup> ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

VARELLA (M.D.), "A crescente complexidade do sistema juridico internacional. Alguns problemas de coerência sistêmica", **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 42, n. 167, jul/sep. 2005.

WHALLEY (J.), "Recent regional agreements: why so many, why so much variance in form, why coming so fast, and where are they headed?", **The World Economy**, vol. 31, n. 4, 2008.

WORLD Bank, **Global economic prospects**, Washington, World Bank, 2005.

WTO, CONSULTATIVE Board to the WTO Director-General, **The future of the WTO: advancing institutional challenges in the new Millenium.** Geneva, WTO, 2004.



# PARIDAD Y CUOTAS ELECTORALES EN EUROPA

*Cristiane Aquino de Souza\**

## **Resumo**

Este trabalho analisa o processo de adoção, mediante lei, de cotas eleitorais de gênero em alguns países da Europa. O objetivo da investigação foi compreender o contexto no qual se desenvolveram as modificações legais, constitucionais ou jurisprudenciais que favoreceram a adoção e aplicação das cotas e da paridade. Por outro lado, analisou-se a eficácia destas medidas nos países estudados.

## **Palavras-chave**

Cotas eleitorais. Paridade. Gênero. Europa

## **Resumen**

Este trabajo realiza un análisis del proceso de adopción de cuotas electorales legales de género en algunos países de Europa. El objetivo de la investigación ha sido comprender el contexto en el cual se han desarrollado las modificaciones legales, constitucionales o jurisprudenciales que han favorecido la adopción y aplicación de las cuotas y de la paridad. Por otro lado, se ha analizado la eficacia de estas medidas en los países europeos estudiados.

## **Palabras clave**

Cuotas electorales. Paridad. Género. Europa.

## 1. INTRODUCCIÓN

En Europa las cuotas electorales legales de género han sido establecidas por diversos países, en las décadas de 1990 y 2000<sup>1</sup>. En todos los casos se ha previsto una cuota para cada sexo o para el sexo infrarrepresentado en el ámbito de las candidaturas de los partidos. En este trabajo se realiza un análisis del proceso de adopción de cuotas electorales legales en los siguientes países: Bélgica, Francia, Italia, Portugal y España. El objetivo de la investiga-

---

\* Doutora em Direitos Fundamentais pela Universidade Autônoma de Madri, graduada e mestra em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará. Atualmente é professora da Pós-Graduação da Universidade de Fortaleza.

<sup>1</sup> En Europa, las cuotas electorales legales han sido adoptadas en Albania, Bélgica, Bosnia-Herzegovina, Eslovenia, España, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Macedonia, Polonia, Portugal y Serbia. (International Institute for Democracy And Electoral Assistance (IDEA) en cooperación con la Universidad de Estocolmo. Disponible en <http://www.quotaproject.org/about.cfm>. [consultado 3/05/2012].

ción ha sido comprender el contexto en el cual se han desarrollado las modificaciones legales, constitucionales o jurisprudenciales que han favorecido la adopción y aplicación de las cuotas y de la paridad. Por otro lado, se ha analizado la eficacia de estas medidas en los países europeos estudiados.

## 2. BÉLGICA

Bélgica fue el primer país europeo que estableció tal tipo de cuotas<sup>2</sup>. La Ley Smet-Tobback, de 24 de mayo de 1994, estableció que las listas deben incluir un máximo de 75% de candidatos del mismo sexo (es decir, un mínimo de 25%) para las elecciones locales y provinciales de 1994. La Ley previó un aumento de la cuota para un mínimo del 33% a partir de las elecciones de 1999, año en el cual la reserva mínima se aplicó por primera vez en el ámbito de las elecciones generales. El número de diputadas elegidas pasó del 12%, en 1995, al 23% en 1999. No obstante, la mudanza más destacable ocurrió tras la puesta en marcha de una reforma constitucional y de otras alteraciones legislativas.

En febrero de 2002 se añadió un párrafo al artículo 10 de la Constitución que garantiza la igualdad entre mujeres y hombres. Por otro lado, se insertó el artículo 11 bis que establecía que la ley debe garantizar la igualdad entre hombres y mujeres en el acceso a los mandatos electivos y públicos. Este artículo también indicaba que los dos sexos deben estar representados en todos los órganos ejecutivos.

En el plano legal, en julio del mismo año 2002 se presentó un Proyecto de Ley que pretendía aprobar dos mecanismos: por un lado, la diferencia entre el número de candidatos(as) hombres y mujeres no debería ser superior a uno, es decir, se debería respetar la proporción del 50% de los puestos para cada sexo; por otro lado, las dos primeras posiciones de cada lista electoral deberían estar ocupadas por un hombre y una mujer. Los miembros de la Cámara de los representantes favorables a estas medidas intentaron, sin logro, aprobar el principio de alternancia hombre-mujer para toda la lista, lo que ellos denominan *principe de la tirette*. La Ley aprobada en julio de 2002<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Sobre la experiencia de Bélgica, véase, entre otros, MEIER, Petra. Experiencias de reformas electorales en algunos países de la Unión Europea: iniciativas en Bélgica y Portugal. In: SAAVEDRA RUIZ, Paloma (org.). **Hacia una democracia paritaria: Análisis y revisión de las leyes electorales vigentes**. Madrid: Coordinadora Española para el Lobby Europeo de Mujeres (CELEM), 1999, p. 201-223 y MATEO DÍAZ, Mercedes. Les quotas sont-ils utiles? L'efficacité imparfaite des mesures de discrimination positive dans les lois électorales belges. *Revue Française de Science Politique*, vol. 53, n. 5, 2003.

<sup>3</sup> Ley Especial de 18 de julio de 2002, de garantía de igual representación de hombres y mujeres en las listas electorales al Consejo de la Región Valona, al Consejo Flamenco y al Consejo de la Región de Bruselas-Capital. Por otro lado, también se puede destacar la aprobación de la Ley de 17 de junio de 2002, de garantía de igual representación de hombres y mujeres en las listas electorales al Parlamento Europeo.

establece una disposición transitoria para ser aplicada en las elecciones de 2003: una mujer y un hombre deben estar presentes en las tres primeras posiciones de las listas. Se dispone que en las elecciones posteriores se deba aplicar esta regla para las dos primeras posiciones de las candidaturas. Se aprueba también la cuota del 50% y se prevé que su incumplimiento ocasiona el rechazo de la lista por las autoridades<sup>4</sup>. Aunque no se hubiera aprobado la alternancia entre los sexos en toda la lista, la norma transitoria que ha garantizado la presencia de un hombre y de una mujer en los tres primeros puestos de las listas parece haber ocasionado resultados eficaces<sup>5</sup>, pues el porcentaje de mujeres en la Cámara de Representantes ascendió del 23,3% en 1999, al 35% en 2003, en las elecciones de 2007 ha sido del 36,67%, y en las de 2010, del 39,33%. En el Senado el ascenso ha sido del 28% en 1999 al 30% en 2003, un 32% en 2007 y un 42,5% en 2010<sup>6</sup>. En las diferentes legislaturas regionales, entre 1999 y 2004 el porcentaje de candidatas elegidas aumentó del 11% al 19% en el Parlamento valón, del 20% al 31%, en el flamenco y del 35% al 46% en el de la Región de Bruselas-Capital, mientras que se mantuvo en el 24% en el de la Comunidad germanófoba<sup>7</sup>.

En Bélgica se adopta el sistema de listas cerradas y no bloqueadas (de voto preferencial múltiple opcional). Sin embargo, los votos preferenciales se aplican únicamente para el 50% de los escaños asignados, ya que el otro 50% se distribuye de acuerdo con el voto de lista. Así, la ubicación del candidato interviene en sus posibilidades de ser elegido, toda vez que los ocupantes de las posiciones más altas se benefician de los votos de lista. Por esta razón se caracteriza la importancia de la exigencia de mandato de posición en la legislación sobre cuotas en el país, aunque el impacto de esta disposición esté limitado por el hecho de que la mitad de los escaños sean asignados en función de los votos preferenciales.

Es siempre difícil medir exactamente la influencia que las cuotas electorales ejercieron para el aumento del número de mujeres elegidas al Parlamento, ya que siempre existen otras variables y en el caso de Bélgica se pue-

---

<sup>4</sup> MEIER, Petra. Bélgica: una buena práctica en perspectiva. In: DAHLERUP, Drude, FREIDENVALL, Lenita, **Sistemas electorales de cuotas de género y su aplicación en Europa**. Bruselas: Parlamento europeo, 2008, p. 46.

<sup>5</sup> Esta es la concepción de MATEO DÍAZ, Mercedes. Les quotas sont-ils utiles? L'efficacité imparfaite des mesures de discrimination positive dans les lois électorales belges. **Revue Française de Science Politique**, vol. 53, n. 5, 2003, p. 814.

<sup>6</sup> UNIÓN INTERPARLAMENTARIA. <http://www.ipu.org/parline-e/parlinesearch.asp>.

<sup>7</sup> MEIER, Petra. Bélgica: una buena práctica en perspectiva. In: DAHLERUP, Drude, FREIDENVALL, Lenita. **Sistemas electorales de cuotas de género y su aplicación en Europa**. Bruselas: Parlamento europeo, 2008, p. 47.

de citar, por ejemplo, la ampliación del tamaño de las circunscripciones<sup>8</sup>. No obstante, los números indican que estas medidas tuvieron éxito y contribuyeron para la ampliación de la proporción de parlamentares mujeres. Algunos factores que pueden ser destacados como positivos para eso son el alto porcentaje de la cuota (50%), la exigencia de un sistema de alternancia entre los sexos en los dos primeros lugares de las listas y la sanción por incumplimiento consistente en el rechazo de la lista electoral. El sistema de listas cerradas y no bloqueadas con voto preferencial múltiple opcional aplicable para 50% de los escaños asignados al partido puede también haber contribuido, aunque en este caso dependa también de factores como la tendencia o no de los electores en optar por el voto preferencial y el atractivo electoral de las mujeres en el país.

### 3. FRANCIA

En Francia se ha intentado introducir una Ley que estableciera cuotas electorales por razón de sexo desde 1979. En enero de ese año la Ministra de la Familia y de la Condición Femenina, Monique Pelletier, propuso que se estableciera una reserva de un mínimo de 20% de los puestos de las candidaturas para las mujeres en el ámbito de las elecciones municipales de ciudades con más de 2.500 habitantes. En 1980 el primer ministro francés sometió al Parlamento un proyecto de ley que acogía la mencionada propuesta, pero con la adopción de la fórmula neutra, que se refería a la reserva para cada sexo y no expresamente para las mujeres. Aunque el proyecto hubiera sido aprobado por la Asamblea Nacional, no llegó a ser examinado por el Senado, debido a la clausura del período de sesiones por la convocatoria electoral.

Tras las elecciones de 1982 el ministro del Interior preparó un proyecto de ley de reforma de las elecciones municipales, que inicialmente no contemplaba las cuotas. No obstante, la diputada socialista Gisèle Halimi propuso una enmienda que pretendía establecer una cuota del 30%, porcentaje que fue rebajado para el 25%, mediante modificación gubernamental. Este Proyecto de Ley fue aprobado por la Asamblea Nacional, pero fue impugnado ante el Consejo Constitucional por los diputados de la oposición que, no obstante, no cuestionaron la disposición que establecía las cuotas, sino otras disposiciones de la Ley. Es destacable el hecho de que el Consejo Constitucional planteó de oficio la inconstitucionalidad de las cuotas<sup>9</sup>, invalidando tal

---

<sup>8</sup> MEIER, Petra. Bélgica: una buena práctica en perspectiva. In: DAHLERUP, Drude, FREIDENVALL, Lenita. **Sistemas electorales de cuotas de género y su aplicación en Europa**. Bruselas: Parlamento europeo, 2008, p. 49 e 50.

<sup>9</sup> Según Noëlle Lenoir el Consejo Constitucional francés no solía plantear de oficio cuestiones de inconstitucionalidad, lo que hacía en general para censurar restricciones abusivas a las libertades. (LENOIR, Noëlle. The Representation of women in politics: From quotas to parity in elections. **International and Comparative Law Quarterly**, vol. 10-15, mayo-diciembre, 2003, p. 217-247).

disposición (Decisión n.82-146 DC, de 18 de noviembre de 1982). En razón de este fallo cesaron las propuestas de cuotas por un período.

En la década de los 1990 creció en Francia una movilización a favor de la paridad, es decir, de un número igual o aproximadamente igual de mujeres y hombres en las instituciones. Las elecciones legislativas de 1993 demostraron que no se había conseguido disminuir el carácter preponderantemente masculino del Parlamento (el porcentaje de diputadas era del 13,2%), situación descrita como vergonzosa, ya que situaba al país en los últimos lugares de los Estados occidentales en términos de representación política femenina. Se solía comparar Francia con otros países y en este contexto la periodista Christine Leclerc, por ejemplo, escribió que “pese a su machismo y su condición de democracia emergente, España tiene tres veces más mujeres parlamentarias” (*Le Monde*, 19 de febrero de 1993)<sup>10</sup>. En 1993 se publicó en el periódico *Le Monde* el “Manifiesto de las 577 personas a favor de la paridad”, cuyo grupo de signatarios estaba formado por 289 mujeres y 288 hombres pertenecientes a diversos ámbitos políticos. En 1995 el Primer ministro francés Juppé fundó el Observatorio de la Paridad, como órgano de investigación y consulta. En 1996 diez ex ministras publicaron el “Manifiesto de las diez en pro de la paridad” (*L'Express*, 6 de junio de 1996), en el que se proponía, entre otras medidas, la institución de cuotas con el propósito de alcanzar el mínimo de un tercio de mujeres en las Asambleas y en el que se hacía una declaración favorable a la alteración de la Constitución, si fuera necesaria para la introducción de las medidas requeridas. En 1997 había en torno a setenta y dos asociaciones en Francia trabajando a favor de la mayor presencia de las mujeres en el ámbito político.

Pese a la situación descrita, el Consejo Constitucional francés se basó en la anterior decisión de 1982 y declaró inconstitucional una disposición de un Proyecto de Ley que aseguraba la composición numérica igualitaria de hombres y mujeres en las listas para las elecciones de los consejeros regionales y de los consejeros de la Asamblea de Córcega (Decisión n. 98-407 DC, de 14 de enero de 1999). En época contemporánea a esta decisión, se intentó el cambio de situación a través de una reforma constitucional. El Primer ministro francés Lionel Jospin (de un partido de izquierda) consiguió, no sin relucancia, el acuerdo del presidente francés Jaques Chirac (de un partido de derecha) en el sentido de proponer una enmienda a la Constitución para garantizar la paridad. La reforma constitucional, aprobada en marzo de 1999, añade un nuevo apartado en el artículo 3 de la Constitución, relativo a la

---

<sup>10</sup> Estas cuestiones están mencionadas en JANSÓN, Jane y VALIENTE FERNÁNDEZ, Celia. El movimiento a favor de la democracia paritaria en Francia y España. *Revista Española de Ciencia Política*, n. 5, octubre 2001.

soberanía, en el que se dispone que “la ley favorece el igual acceso de las mujeres y los hombres a los mandatos electorales y las funciones electivas”. Se introduce también un nuevo apartado en el artículo 4, sobre los partidos políticos, que establece que ellos “contribuyen a la aplicación del principio enunciado en el último apartado del artículo 3 en las condiciones determinadas por la ley”. Estas modificaciones pasaron a constituir la Ley Constitucional 99-59, de 8 de julio.

Tras la mencionada reforma constitucional el Parlamento francés aprobó la Ley 2000-493, de 6 de junio, tendente a favorecer el igual acceso a mujeres y hombres a los mandatos electorales y funciones electivas. Esta norma establece una paridad entre hombres y mujeres del 50% en las listas electorales para las elecciones municipales (en los municipios con 3.500 habitantes o más), senatoriales (para la mitad del Senado, pues sólo se aplica en los departamentos que eligen senadores por el sistema proporcional), regionales y europeas.

La lista debe ser invalidada en el caso de inobservancia de la comentada norma. Por otro lado, se establece la estricta alternancia de mujeres y hombres en toda la lista. En un primer momento, la Ley previa una estricta alternancia para el sistema de una sola ronda y una alternancia por bloques de seis candidatos cuando se trataba del sistema de dos rondas. Posteriormente, por medio de las reformas de 2003 y 2007<sup>11</sup>, se exige la alternancia estricta para todas las elecciones proporcionales. En las elecciones para los miembros de la Asamblea Nacional, que se celebran en consonancia con un sistema mayoritario de distritos uninominales, la no observancia de la paridad implica sanciones económicas.

La Ley 2000-493, de 6 de junio, fue sometida a un recurso ante el Consejo Constitucional francés que, finalmente, dadas las alteraciones constitucionales, consideró legítimas las medidas adoptadas por la legislación, con excepción de aspectos puntuales (Decisión n. 2000-429 DC, de 30 de mayo de 2000)<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> La Ley de 11 de abril de 2003 prevé la estricta alternancia para las listas regionales. La Ley de 31 de enero de 2007 introduce varias mudanzas: Para las próximas elecciones legislativas, aumenta las sanciones económicas para los partidos que no presenten el 50% de candidaturas de cada sexo, con la posibilidad de un error del 2%. Tales sanciones consisten en el 75% de la diferencia entre en porcentaje de candidatos masculinos y femeninos. La Ley posibilita sustituciones para las asambleas departamentales y establece que suplente y suplido deben ser de sexos opuestos. La Ley pasa a exigir la alternancia estricta para las elecciones municipales con poblaciones de 3 500 habitantes o más. Por fin, la Ley prevé la paridad para los comités ejecutivos de las regiones y de los municipios de 3 500 habitantes o más.

<sup>12</sup> No se considera constitucional, por ejemplo, que la norma extienda su aplicación a los entes locales de 2500 a 3499 habitantes. (MARTÍNEZ ALARCÓN. **Cuota electoral de mujeres y derecho constitucional**. Madrid: Congreso de los Diputados, 2007).

La Ley de paridad francesa ha tenido impacto positivo en ciertas elecciones. En los comicios municipales, aunque la aplicación de la paridad esté restringida a los municipios con 3 500 habitantes o más (que representan sólo el 7,7%), se ha observado un incremento significativo de mujeres elegidas, que pasó del 27,5% en 1998 al 47,6% en 2004. En el caso del Parlamento Europeo, el porcentaje de mujeres en 1999 ya era alto (40,2%) y creció al 43,6% en 2004. Para los Consejos Regionales hubo un crecimiento notorio, de 27,5% en 1998 al 47,6% en 2004<sup>13</sup>.

Sin embargo, en las elecciones a las asambleas departamentales, al Senado y a la Asamblea Nacional los números de mujeres elegidas permanecieron bajos. En el caso de las asambleas departamentales, la justificación es sencilla pues la Ley no obliga a la paridad, lo que caracteriza uno de sus puntos débiles. En relación con el Senado, la Ley sólo se aplica para elegir la mitad de los escaños senatoriales (en los distritos con representación proporcional), ésta es una posible razón por la que sólo se pudo observar una limitada penetración femenina, mediante el incremento de 5,9% en 1998 al 10,9% en 2001, 16,9% en 2004 y un 21,9% en 2008<sup>14</sup>.

En las elecciones a la Asamblea Nacional la Ley tampoco ha logrado aumentar el número de diputadas elegidas de forma considerable. Aunque el porcentaje de candidatas haya aumentado de menos de 25% en 1997 hasta el 38,9% en 2002 y un 41,6% en 2007, la proporción de mujeres elegidas pasó del 10,9% en 1997 al 12,3% en 2002 y un 18,9% en 2007. Esto sucede, entre otras razones, porque para las elecciones a la Asamblea Nacional se aplica el sistema mayoritario de distritos uninominales, el cual perjudica la eficacia de estas medidas. Por otro lado, los grandes partidos, por tener buenas condiciones financieras, prefieren pagar las multas recibidas en lugar de cumplir la paridad. En 2002, la sanción anual ocasionada por este incumplimiento ha sido de más de 4 millones de euros para la UMP, 1,3 millones de euros para el Partido Socialista, 582 000 euros para la Unión para la Democracia Francesa y 119 000 para el Partido Comunista<sup>15</sup>.

Otro factor destacable es que los partidos tienden a presentar más mujeres en los distritos electorales donde tenían menos probabilidades de ganar, ya que los datos indican que la influencia de un partido en un distrito electoral es inversamente proporcional al porcentaje de candidatas femeninas. Por eso, en 2007 aunque el 26,6% de los candidatos de la UMP eran mujeres, sólo

---

<sup>13</sup> SINEAU, Mariette. Francia: Parité ante la ley. In: DAHLERUP, Drude, FREIDENVALL, Lenita. **Sistemas electorales de cuotas de género y su aplicación en Europa**. Bruselas: Parlamento europeo, 2008, p. 60.

<sup>14</sup> UNIÓN INTERPARLAMENTARIA. <http://www.ipu.org/parline-e/parlinesearch.asp>.

<sup>15</sup> SINEAU, Mariette. Francia: Parité ante la ley. In: DAHLERUP, Drude, FREIDENVALL, Lenita. **Sistemas electorales de cuotas de género y su aplicación en Europa**. Bruselas: Parlamento europeo, 2008, p. 60 e 61.

el 14,3% resultaron elegidas y para el Partido Socialista los porcentajes fueron del 46,5 y del 25,9%<sup>16</sup>.

En razón de las mencionadas circunstancias, la ley de paridad francesa no ha tenido éxito en el sentido de aumentar de forma significativa el número de mujeres elegidas para la Asamblea Nacional y para el Senado.

#### 4. ITALIA

Al igual que en Francia, en Italia los intentos de imposición de cuotas electorales por medio de ley en la década de 1990 vieron denegada su constitucionalidad por parte de la Corte Costituzionale. En este período fueron aprobadas varias normas que preveían reservas electorales por razón de sexo. La Ley n. 81/1993, de 25 de marzo de 1993, estableció un sistema de cuotas en las elecciones para el Consejo Municipal en el sentido de asegurar la presencia de al menos un tercio (33%) de candidatos del mismo sexo en las listas electorales<sup>17</sup>. La Ley 227, de 4 de agosto de 1993, relativa a la elección a la Cámara de los Diputados, dispuso que las listas presentadas en el ámbito regional para la atribución del 25% de los escaños con sistema proporcional deberían presentar mujeres y hombres en alternancia. La Ley n. 43, de 28 de febrero de 1995, referida a la elección de los consejeros de las regiones, estableció la presencia de un mínimo de 33% de candidatas del mismo sexo en las listas. Por otra parte, había normas análogas aprobadas en las leyes de algunas regiones con estatuto especial<sup>18</sup>.

El tema de las cuotas fue elevado a la Corte Costituzionale cuando se planteó una cuestión de constitucionalidad del artículo 5.2 de la Ley n. 81/1993, que establecía cuotas de un tercio para candidatas del mismo sexo en las listas de candidaturas a la elección del alcalde y del consejo municipal en las ciudades con población de hasta 15.000 habitantes. La Corte Costituzionale consideró esta norma inconstitucional, por medio de la Sentencia n. 422, de 12 de septiembre de 1995 y extendió la declaración de inconstitucionalidad a todas las demás disposiciones legales mencionadas que establecían cuotas por razón de sexo en las listas de candidaturas.

---

<sup>16</sup> SINEAU, Mariette. Francia: Parité ante la ley. In: DAHLERUP, Drude, FREIDENVALL, Lenita. **Sistemas electorales de cuotas de género y su aplicación en Europa**. Bruselas: Parlamento europeo, 2008, p. 61.

<sup>17</sup> Artículos 5.2 y 7.1 de la Ley 81/1993: "En las listas de los candidatos, ninguno de los sexos podrá estar por norma representado en medida superior a dos tercios". Parte de la jurisprudencia ha comprendido que la expresión por norma (di norma) confería un carácter programático a la medida. Por esto, el legislador ha suprimido esta locución a través de la Ley 415/1993.

<sup>18</sup> Ley n.3/1994 del Trentino-Alto Adigio, Ley n.14/1995 de Friuli-Venezia Giulia y Ley n.4/1995 de Valle de Aosta.

Posteriormente, en la década de 2000, se aprobaron en Italia algunas reformas constitucionales que pretendían posibilitar que futuras medidas legales sobre cuotas electorales en razón de sexo se consideraran legítimas por parte de la Corte Costituzionale. La Ley constitucional n. 2, de 31 de enero de 2001, relativa a la elección de los presidentes de las regiones con estatutos especiales<sup>19</sup> y de la provincia autónoma de Trento y de Bolzano, estableció que “al fin de conseguir el equilibrio de la representación de los sexos, la ley promoverá condiciones de paridad para el acceso a las consultas electorales”<sup>20</sup>. Por otra parte, la Ley constitucional n.3, de 18 de octubre de 2001, alteró el artículo 117 de la Constitución italiana, para establecer, entre otras disposiciones, que “las leyes regionales removerán cualquier obstáculo que impida la plena paridad de hombres y mujeres en la vida social, cultural y económica y promoverán la paridad de acceso entre mujeres y hombres a los cargos electivos”.

En razón de estas normas, algunas regiones aprobaron leyes para favorecer el equilibrio en la representación de los sexos. En la norma que regula la elección del Consejo Regional del Valle de Aosta, por ejemplo, se insertaron dos disposiciones. Una de ellas dispone que “la Región debe promover el equilibrio de la representación de los sexos y las condiciones de paridad para el acceso a las consultas electorales”. La otra establece que “cada lista a la elección del Consejo Regional debe prever la presencia de candidatos de ambos sexos”<sup>21</sup>.

Pese a la “timidez” de esta norma, que se sitúa lejos de establecer un equilibrio entre los sexos en las candidaturas, su contenido fue impugnado ante la Corte Costituzionale por el Gobierno en septiembre de 2002. En este caso la Corte italiana ha declarado infundada la cuestión de legitimidad constitucional planteada (Sentencia n. 49, de febrero de 2003). En esta sentencia el Alto Tribunal italiano ha modificado de forma sustancial sus criterios interpretativos, y en este sentido ha afirmado que la normativa impugnada debería ser evaluada a la luz de un cuadro constitucional que ha evolucionado respecto al que estaba en vigor en la época de la anterior decisión de 1995 (FJ4).

Hay que resaltar que, mientras esta cuestión de constitucionalidad estaba pendiente de decisión, estaba en proceso de deliberación un Proyecto de Ley de reforma del artículo 51.1 de la Constitución italiana, que fue aprobado

---

<sup>19</sup> Sicilia, Valle de Aosta, Cerdeña, Trentino-Alto Adige y Friuli-Venezia Giulia.

<sup>20</sup> Esta norma queda insertada en cada uno de los estatutos especiales regionales, de conformidad con lo que dispone la Ley constitucional n. 2, de 31 de enero de 2001.

<sup>21</sup> Se trata del artículo 3-bis, párrafos 1 y 2, respectivamente, de la Ley Regional n. 3, de 12 de enero de 1993, insertados por Ley Regional n. 21, de 13 de noviembre de 2002 (aprobada por el Consejo Regional el 25 de julio de 2002).

en mayo de 2003, tres meses después de dictarse la referida sentencia. El artículo 51.1 ya establecía, y todavía establece, que “todos los ciudadanos de uno y otro sexo podrán acceder a los cargos públicos y puestos electivos en condiciones de igualdad, según los requisitos establecidos por la ley”. Con la reforma, se ha añadido lo siguiente: “A tal fin la República promueve con apropiadas disposiciones la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres”<sup>22</sup>. Teniendo en cuenta la importancia conferida por la doctrina y la jurisprudencia italianas al artículo 51 como criterio interpretativo en materia de igualdad, esta modificación, o mejor, esta adición a la Constitución presenta una significativa trascendencia para legitimar las cuotas electorales legales por razón de sexo.

En efecto, después de las mencionadas mudanzas constitucionales, entre las cuales se destaca la alteración del art. 51, varias regiones italianas han introducido cuotas electorales de género. Se pueden citar como ejemplos el art. 3.3 de la Ley Regional n. 2 de 2005 de Puglia, el art. 3.2 de la Ley Regional n. 2 de 2005 de Lacio, el art. 8.4 de la Ley Regional n. 25 de 2004 de Toscana y el art. 10.2 de la Ley Regional n. 4 de 2009 de Campania. Estas disposiciones prevén que en la lista electoral ninguno de los dos sexos pueden estar representados en medida superior a dos tercios (66%) de los candidatos. La Ley regional n. 7 de 2005 de Sicilia establece que después del cabeza de lista, todos los candidatos deben seguir un orden de acuerdo con un criterio de alternancia entre hombres y mujeres (art. 2.8).

En lo que respecta la previsión de sanciones por incumplimiento de las cuotas, algunas leyes, como la de Puglia y la de Lacio, disponen que si el partido viola estas reglas deberá devolver los gastos electorales reembolsados, hasta un máximo de la mitad, en una medida directamente proporcional al número de candidatos excedentes en relación con el mínimo permitido para cada sexo. La Ley de Campania, por otra parte, impone la no admisión de la lista que no respeta el porcentaje establecido (art. 10.3).

La mencionada legislación de Campania (Ley Regional n. 4 de 2009) tiene una disposición sobre el sistema electoral que establece que en la votación el elector puede expresar uno o dos votos de preferencia y que en el caso de optar por emitir dos votos preferenciales, uno debe ser destinado a un candidato del género masculino y el otro a una candidata del género femenino de la misma lista, so pena de anulación de la segunda preferencia (art. 4.3). Este artículo ha tenido su legitimidad cuestionada ante la Corte Costituzionale, que en la sentencia n. 4, de 14 de enero de 2010 ha considerado infundada esta cuestión de constitucionalidad. Como argumento, el Tribunal ha subrayado que la finalidad de la regla es alcanzar el equilibrio de

---

<sup>22</sup> Esta reforma se estableció por medio del artículo 1 de la Ley constitucional n. 1, de 30 de mayo de 2003.

la representación política de los dos sexos en conformidad con lo que dispone el art. 51.1 de la Constitución y el art. 5.3 del nuevo Estatuto de la región de Campania. Además, considera que la norma no viola la libertad electoral porque la expresión de la doble preferencia es facultativa para el elector, que puede emitir solamente una destinada a un candidato de cualquiera de los dos sexos y añade que la regla no pre configura un resultado electoral ni altera de forma artificial la composición de la representación (FJ 3.3).

De conformidad con lo observado anteriormente, las cuotas electorales de género parecen estar consolidadas en varias Regiones de Italia, incluso con disposiciones que incluyen otras medidas, como la que se acaba de mencionar. Sin embargo, y aunque exista un cuadro constitucional favorable, todavía no se han adoptado cuotas a nivel estatal, pese a haber existido intentos en este sentido<sup>23</sup>.

## 5. PORTUGAL

En Portugal la revisión constitucional de 1997 añadió a la Constitución del país dos normas relevantes para el tema de las cuotas por razón de sexo. Una de estas disposiciones establece que constituye una de las tareas fundamentales del Estado “[...] promover la igualdad entre hombres y mujeres” (párrafo ‘h’ del artículo 9). La otra norma dispone que

La participación directa y activa de hombres y mujeres en la vida política constituye condición e instrumento fundamental en la consolidación del sistema democrático, debiendo la ley promover la igualdad en el ejercicio de los derechos cívicos y políticos y la no discriminación en función del sexo en el acceso a los cargos públicos (artículo 109)<sup>24</sup>

Tras estas modificaciones, en el año de 1999 el Partido Socialista presentó dos proyectos de ley que establecían cuotas por razón de sexo en las listas electorales. No obstante, tales propuestas no obtuvieron la aprobación del Parlamento.

En abril de 2006 la Asamblea de la República portuguesa aprobó una ley que establece una cuota mínima del 33,3% para cada sexo en las listas de candidatura a la Asamblea de la República, al Parlamento Europeo y a las

---

<sup>23</sup> CECCHERINI, Eleonora. La igualdad de los sexos en la representación política: la experiencia italiana. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 6, 2006, p. 350.

<sup>24</sup> Anteriormente este artículo disponía que “La participación directa y activa de los ciudadanos en la vida política constituye instrumento fundamental de consolidación del sistema democrático”. (AMARAL, Maria Lúcia. Las mujeres en el derecho constitucional: El caso portugués”. In: *Mujer y Constitución en España*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 172).).

autarquías locales. Esta ley fue vetada por el presidente de la República Cavaco Silva, por entender que la posibilidad prevista por la norma de no admisión de las listas no conformes con la mencionada disposición constituía una sanción excesiva y desproporcionada. En razón de esto, se alteró el texto de la normativa para establecer como sanción al partido incumplidor la reducción del montante de subvenciones públicas para las campañas electorales<sup>25</sup>. Tras la aprobación de esta segunda versión en el Parlamento, en julio fue promulgada la Ley Orgánica 3/2006, conocida en el país como *Lei da Paridade*<sup>26</sup>.

Esta Ley obliga a la alternancia entre mujeres y hombres en las listas plurinominales, al establecer que éstas no pueden contener más de dos candidatos del mismo sexo colocados de forma consecutiva en la ordenación de la lista (art. 2.3). Una disposición de esta legislación excluye de la exigencia de cumplir las cuotas las listas a los órganos con *freguesias* con un número igual o inferior a 750 electores y a los órganos de los municipios con 7.500 o un número menor de electores<sup>27</sup>. Hay que resaltar también que la norma en cuestión prevé una futura revisión de sus disposiciones, al disponer que, tras cinco años del inicio de su vigencia, la Asamblea de la República deberá evaluar su impacto en la promoción de la paridad entre hombres y mujeres y proceder a su revisión de acuerdo con esta evaluación<sup>28</sup>.

Las elecciones de 2009 indican que las cuotas tienen un impacto positivo en Portugal, pues el porcentaje de mujeres ha aumentado del 21,30% (en las elecciones de 2005) al 27,83%. Sin embargo, como se ha observado que la eficacia de estas medidas puede variar en función del tiempo y de varios otros factores, habrá que esperar la evaluación de la Ley para que se verifique su impacto y los eventuales problemas relacionados con su aplicación y eficacia. Pese a ello, desde luego es posible subrayar que el sistema electoral portugués de listas cerradas y bloqueadas y la previsión de alternancia entre mujeres y hombres en las listas se pueden considerar factores favorables para la eficacia de estas medidas; por otro lado, la sanción limitada a la reducción del montante de subvenciones públicas para las campañas electorales constituye un elemento perjudicial a esta eficacia.

---

<sup>25</sup> De conformidad con el art. 7.1 de la Ley Orgánica 3/2006 la subvención pública es reducida en el montante del 50%, si uno de los sexos estuviera representando en porcentaje inferior al 20%, o en el montante del 25%, si la representación de uno de los sexos fuera superior al 20% e inferior al 33,3%.

<sup>26</sup> El art. 2.1 de esta Ley dispone que "se entiende por paridad, para los efectos de aplicación de la presente Ley, la representación mínima del 33,3% de cada sexo en las listas".

<sup>27</sup> Art. 2.4 de la Ley Orgánica 3/2006.

<sup>28</sup> Art. 8 de la Ley Orgánica 3/2006.

## 6. ESPAÑA

En España las primeras legislaciones que adoptaron cuotas electorales en función del sexo se introdujeron en el ámbito de las comunidades autónomas. En las Islas Baleares se aprobó la Ley 6/2002, de 21 de junio, que estableció la siguiente redacción al artículo 16.4 de la Ley Electoral de la Comunidad Balear (Ley 8/1986, de 26 de noviembre):

Con la finalidad de hacer efectivo el principio de igualdad en la participación política, las candidaturas electorales deberán contener una presencia equilibrada de hombres y mujeres. Las listas se integrarán por candidatos de uno y otro sexo ordenados de forma alternativa.

Así pues, esta norma prevé el “sistema cremallera”, es decir, la alternancia entre los sexos en las listas. La Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha adoptó una norma similar por medio de la aprobación de la Ley 11/2002, de 27 de junio, que añadió el apartado 1 bis al artículo 23 de la Ley electoral castellano-manchega<sup>29</sup>, estableciendo que

Para garantizar el principio de igualdad en la representación política, las candidaturas que presenten los partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores, alternarán hombres y mujeres, ocupando los de un sexo los puestos pares y los del otro los impares. La Junta Electoral sólo aceptará aquellas candidaturas que cumplan este precepto tanto para los candidatos como para los suplentes.

Aunque estas dos legislaciones se apliquen en la actualidad, han tenido anteriormente su vigencia suspensa, como consecuencia de la interposición de recursos de inconstitucionalidad<sup>30</sup>. Éstos se interpusieron por parte del presidente del Gobierno, en la época representado por el Partido Popular, contrario a este tipo de medidas, como se ha mencionado anteriormente.

Tras el cambio de Ejecutivo en España en 2004, mediante la victoria del Partido Socialista Obrero Español, se aprobaron otras dos leyes autonómicas

---

<sup>29</sup> Ley 5/1986, de 23 de diciembre.

<sup>30</sup> Recursos de inconstitucionalidad n. 5536/2002 contra la Ley 6/2002, de 21 de junio, de las Islas Baleares, y n. 5537/2002, contra la Ley 11/2002, de 27 de junio, de Castilla-La Mancha. El 15 de octubre de 2002 en Tribunal Constitucional admitió a trámite los dos mencionados recursos de inconstitucionalidad y suspendió la vigencia y aplicación de los preceptos impugnados, de conformidad con lo que establece el artículo 161.2 de la Constitución Española: “El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses”. El Tribunal ratificó la suspensión de estas leyes autonómicas; en el caso de la ley balear, mediante el Auto de 14 de enero de 2003 (BOE n. 24, de 28 de enero de 2003), y en el caso de la ley castellano-manchega, mediante el Auto de 26 de febrero de 2003 (BOE n. 67, de 19 de marzo de 2003).

que adoptaron cuotas electorales. El País Vasco aprobó la Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres que, entre un amplio conjunto de medidas, prevé la paridad en las candidaturas al Parlamento y a las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Araba, Bizkaia y Gipuzkoa, al establecer que

las candidaturas que presenten los partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de personas electoras estarán integradas por al menos un 50% de mujeres. Se mantendrá esa proporción en el conjunto de la lista de candidatos y candidatas y en cada tramo de seis nombres. Las juntas electorales de zona competentes sólo admitirán aquellas candidaturas que cumplan lo señalado en este artículo, tanto para las personas candidatas, como para las suplentes<sup>31</sup>.

Aunque esta Ley fue sometida a recurso de inconstitucionalidad por sesenta y dos diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, tal recurso no lleva aparejada la suspensión de la aplicación de la norma impugnada. De ahí que las elecciones al Parlamento Vasco, celebradas en 2005, pudieran realizarse bajo la vigencia de esta normativa<sup>32</sup>.

Andalucía también ha establecido la paridad en las candidaturas electorales por medio de la Ley 5/2005, de 8 de abril. Ésta modifica el artículo 23 de la Ley electoral andaluza, disponiendo que

La presentación de candidaturas, en la que se alternarán hombres y mujeres, habrá de realizarse entre el decimoquinto y el vigésimo días posteriores a la convocatoria, mediante listas que deben incluir tantos candidatos como escaños a elegir por cada circunscripción y, además, cuatro candidatos suplentes, expresándose el orden de colocación de todos ellos, ocupando los de un sexo los puestos impares y los del otro los pares.

En el marco nacional, entre los años 2001 y 2004 se presentaron varias propuestas de alteración de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG) con el fin de garantizar una presencia equilibrada de mujeres y hombres en las listas electorales. Plantearon tales propuestas el Grupo Parlamentario Socialista, el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida, el Grupo Parlamentario Mixto y el Grupo Parlamentario Izquierda Verde/Izquierda Unida/Iniciativa per Catalunya-Verds. No obstante, tales propo-

---

<sup>31</sup> La Ley 4/2005 prevé esta norma en las disposiciones finales cuarta y quinta, que modifican la Ley 5/1990, de 15 de junio (de elecciones al Parlamento Vasco) y la Ley 1/1987, de 27 de marzo (de Elecciones para las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Araba, Bizkaia y Guipúzcoa), respectivamente.

<sup>32</sup> MARTÍNEZ ALARCÓN. **Cuota electoral de mujeres y derecho constitucional**. Madrid: Congreso de los Diputados, 2007, p. 90.

ciones de ley no tuvieron éxito en el Parlamento, principalmente por el desacuerdo del Grupo Popular.

Durante el nuevo Gobierno Socialista, éste presentó en julio de 2006 un Proyecto de Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres que fue aprobado el año siguiente y constituye la actual Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo. Como se ha observado anteriormente, entre varias otras medidas esta norma estableció cuotas electorales por razón de sexo del 40%, por medio de una disposición que añade el artículo 44 bis a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG). El apartado uno de este artículo dispone que

las candidaturas que se presenten para las elecciones de diputados al Congreso, municipales y de miembros de los consejos insulares y de los cabildos insulares canarios en los términos previstos en esta Ley, diputados al Parlamento Europeo y miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas deberán tener una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que en el conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los sexos supongan como mínimo el cuarenta por ciento. Cuando el número de puestos a cubrir sea inferior a cinco, la proporción de mujeres y hombres será lo más cercana posible al equilibrio numérico.

Por otro lado, se establece la posibilidad de que las leyes autonómicas reguladoras de los regímenes electorales introduzcan medidas para favorecer una mayor presencia de mujeres en las candidaturas a las Asambleas Legislativas. Esta disposición legitima las mencionadas normas de las Comunidades Autónomas que han previsto un porcentaje mínimo de mujeres del 50%, así como el "sistema cremallera"<sup>33</sup>. Como se dijo cuando se consideró la infrarrepresentación de la mujer en España, la Ley de Igualdad no obliga a la alternancia entre los sexos en las candidaturas, sino que impone la proporción mínima del 40% en cada tramo de cinco puestos, es decir, en cada grupo de cinco candidatos se debe incluir al menos dos personas del mismo sexo (mujeres u hombres). Para el caso del Senado se prevé que cuando las candidaturas se agrupen en listas, estas deberán tener una composición de mujeres y hombres lo más cercana posible al equilibrio numérico.

La norma añade una disposición transitoria a la LOREG para las convocatorias a elecciones municipales que se produjeran antes de 2011. En este período, es decir, hasta el 2010, la cuota electoral no se exigió en los municipios con un número de habitantes igual o inferior a 5.000. Por otro lado, se prevé una norma de carácter permanente que exime de la exigencia de cum-

---

<sup>33</sup> En lo que respecta al sistema cremallera, hay que exceptuar el País Vasco que no lo ha adoptado.

plir la cuota las candidaturas que se presenten en los municipios con un número de residentes igual o inferior a 3.000 y en las islas con un número de residentes igual o inferior a 5.000.

En mayo de 2007 el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n. 1 de Santa Cruz de Tenerife planteó cuestión de constitucionalidad en relación con la introducción del artículo 44 bis a la LOREG por la Ley de Igualdad. Tal cuestión se derivó de un recurso contencioso-electoral interpuesto por el Partido Popular, por el rechazo de una candidatura compuesta exclusivamente por mujeres presentada por dicha formación política a las elecciones municipales de Garachico. En junio de este mismo año más de cincuenta Diputados del Grupo Popular han provocado la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra la disposición adicional segunda da la citada Ley. El Tribunal Constitucional, por medio de la Sentencia 12/2008, de 29 de enero, ha decidido desestimar las dos demandas<sup>34</sup>.

En marzo de 2008 se han realizado las primeras elecciones generales durante la vigencia de las modificaciones a la LOREG introducidas por la Ley de Igualdad. Como se ha observado, el hecho de que los partidos políticos hubieran situado a las mujeres mayoritariamente en los puestos de difícil salida ha impedido que la norma produjera una mayor eficacia en el sentido de aumentar el porcentaje de participación de mujeres en el parlamento. Es oportuno subrayar también que la proporción de mujeres en el Congreso antes de las cuotas ya era próxima al 40%, por lo que no hay como verificar un impacto tan significativo a no ser que el porcentaje sea ampliado.

No obstante, es necesario analizar los datos para que no se haga un juicio incorrecto de los mismos. El Partido Socialista ha elegido, en el año

---

<sup>34</sup> En sentencias anteriores, el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre algunos problemas prácticos relacionados con la aplicación del art. 44 bis de la LOREG. Se trata de decisiones proferidas en razón de la interposición de recursos de amparo por parte de partidos políticos y agrupaciones de electores que incumplieron, por error, el porcentaje mínimo de candidaturas para cada sexo. En estos casos, el Tribunal Constitucional ordenó que se retrotrajeran las actuaciones de la Junta Electoral al momento anterior a la proclamación de candidatos, de forma que los partidos y agrupaciones pudieran subsanar los defectos señalados. No obstante, como en el caso de Garachico, en otra ocasión la lista presentada incumplía de forma explícita la legislación electoral. Se trata de la candidatura presentada por Falange Española de las JONS en la localidad de Brunete, que incluía diez mujeres y tres varones. En este asunto el Tribunal Constitucional también ordenó retrotraer las actuaciones de la Junta Electoral para posibilitar la subsanación de los defectos apreciados (STC 108/2007, de 10 de mayo). Sin embargo, alegando imposibilidad material para corregir la candidatura, el partido agotó la vía contenciosa e interpuso otro recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. En la Sentencia 127/2007, de 22 de mayo, este órgano deniega el amparo por entender que resulta posible cumplir la exigencia de la ley, y considerar que lo que pretende el partido es únicamente cuestionar la legitimidad de los preceptos del art. 44 bis de la LOREG. (Sobre eso, véase BIGLINO CAMPOS, Paloma. La composición equilibrada de las candidaturas electorales: primeras experiencias. In: AA.VV. **Entre la ética, la política y el derecho: Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba**. Madrid: Dykinson etc., 2008, vol.1, p. 167-169).

2008, 73 diputadas, es decir, un 43,20% del total de los candidatos socialistas elegidos (169) eran mujeres, lo que refleja un razonable equilibrio entre los sexos. No obstante, hay que reconocer que este partido ha elegido tres diputadas menos que en la legislatura anterior. Por el Partido Popular han sido elegidas, en el año 2008, 46 diputadas, lo que representa un 29,87% del total de los elegidos por este agrupamiento político (154). En el caso del partido popular han sido elegidas cuatro mujeres más que en 2004, cuando este grupo político ha logrado obtener 42 escaños para diputadas. Convergència i Unió (CIU), que en la legislatura de 2004 sólo había elegido una mujer de un total de 10 personas elegidas, eligió en el año 2008 cuatro mujeres, también de un conjunto de 10 elegidos, lo que forma un 40% de mujeres y representa un significativo aumento.

Para el Partido Nacionalista Vasco (PNV), la pérdida de un escaño en las elecciones de 2008 (en las que han elegido 6 diputadas) representó también la pérdida de la única diputada que tenía. Izquierda Unida, a su vez, ha perdido tres escaños en 2008 (se han elegido dos diputados), así como a las dos únicas diputadas que tenía. Cada uno de los demás partidos eligieron una mujer, lo que representa al menos el 50% del total de elegidos por partido, que constituye uno o dos candidatos, de acuerdo con el caso<sup>35</sup> (lo que no supone una baja en relación con las elecciones de 2004).

Así pues, los partidos que obtuvieron menos escaños para las mujeres en 2008, en relación con el 2004, fueron el PSOE, PNV e IU. Por otro lado, los partidos que en 2008 no lograron elegir al menos a un 40% de mujeres fueron el PP, PNV y IU. Así pues, para aumentar el total de mujeres en el Congreso de los Diputados es necesario que estos tres partidos, principalmente, pasen a ampliar el número de candidatas en los puestos de salida. Se puede constatar, por lo tanto, la importancia de la adopción del “sistema cremallera” para el incremento de la cifra de diputadas.

Hay que resaltar que no es exacta la afirmación divulgada por algunos medios de comunicación de que la Ley de Igualdad ha “restado” una mujer del Congreso en el año 2008. Por el contrario, este año han sido elegidas 127 candidatas, una más que en 2004, cuando han resultado elegidas 126 candidatas (36%)<sup>36</sup>. Sin embargo, tras las elecciones, tanto mujeres como hombres pueden desistir de acceder al puesto o causar baja, por diversos motivos, lo que posibilita la alteración de la composición de la Cámara en relación con el

---

<sup>35</sup> El Bloque Nacionalista Gallego (BNG) y Coalición Canaria (CC) han elegido 2 diputados cada uno. Unión Progreso y Democracia (UPyD) y Nafarroa Bai (Na-Bai) han elegido 1 diputada cada uno.

<sup>36</sup> Se afirma que en 2004 se sentaron en los escaños del hemiciclo 127 diputadas. No obstante, esto no significa que hubieran sido electas 127 parlamentarias. Los datos presentados en este trabajo (127 mujeres electas en 2007 y 126 en 2004) fueron proporcionados por el propio Congreso Nacional y confirman los porcentajes divulgados por el Instituto de la Mujer.

sexo. En el presente año, por ejemplo, algunas mujeres que han causado baja después de su elección han sido sustituidas por hombres (la afirmación contraria también es verdadera, pero en menor medida), lo que conlleva que en la actualidad sólo 124 diputadas ocupen un escaño en la Cámara Baja (35,42%).

Por otro lado es oportuno observar que en el ámbito municipal el número de mujeres elegidas ha aumentado de forma significativa tras la aplicación de las cuotas, ya que en las elecciones municipales de 2003 este porcentaje fue de 32,20%. En las elecciones de 2007, las primeras realizadas después de la Ley de Igualdad, este porcentaje se incrementó al 39,40%. No obstante, también en este ámbito se observa que las mujeres ocupan mayoritariamente las peores posiciones de las listas. Los datos de investigaciones realizadas<sup>37</sup> demuestran que en las elecciones de 2007 las candidatas femeninas sólo ocuparon la primera posición en el 20% de las listas electorales presentadas. Sin embargo, en la segunda y tercera posición el porcentaje aumenta para una media del 40% y en la cuarta y quinta representan el 50% o más. Así, se verifica que a pesar del evidente “techo de cristal” localizado en la primera posición de la lista, en las demás posiciones la proporción de las mujeres tiende al equilibrio, lo que contribuye para una mayor eficacia de las cuotas.

En lo que concierne a los parlamentos autonómicos también se ha observado un aumento de mujeres elegidas después de la Ley de Igualdad de 2007. En el año 2006 el porcentaje medio de representantes femeninas en los parlamentos autonómicos españoles era del 37,77%, y en 2007 creció al 41,11%<sup>38</sup>. Es importante observar que las Comunidades Autónomas que han aprobado leyes estableciendo la alternancia entre mujeres y hombres en las listas electorales son algunas de las que presentan el mayor número de mujeres en sus parlamentos: Castilla-La-Mancha (53,19%), Baleares (49,15%) y Andalucía (45,87%)<sup>39</sup>.

## 7. CONCLUSIÓN

Bélgica fue el primer país en adoptar las cuotas electorales legales, lo que hizo en 1994 sin reforma constitucional previa, y sin que fuera discutida su constitucionalidad ante la Corte de Arbitraje. No obstante, posteriormente se reformó la Constitución y se aprobó una nueva ley. En Francia e Italia en la década de 1990 algunas iniciativas de adopción de cuotas electorales llegaron a convertirse en ley. No obstante, tales iniciativas resultaron frustradas en razón de la declaración de inconstitucionalidad por parte de los Tribuna-

---

<sup>37</sup> Véase VENTURA FRANCH, Asunción e ROMANÍ SANCHO, Lucía. Ley de igualdad y elecciones municipales: un análisis de la provincia de Castellón. *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, n. 21, 2009, p. 198.

<sup>38</sup> INSTITUTO DE LA MUJER. <http://www.inmujer.es>.

<sup>39</sup> INSTITUTO DE LA MUJER. <http://www.inmujer.es>.

les Constitucionales respectivos. De esta forma, estos países reformaron su Constitución para favorecer la cobertura constitucional de las cuotas electorales legales. De hecho, después de tales reformas, en estos países se han aprobado leyes con previsión de cuotas que han sido consideradas legítimas por parte de sus Tribunales Constitucionales. La reciente ley de paridad portuguesa (Ley Orgánica 3/2006) también ha sido precedida de una reforma constitucional. En España la ley que estableció cuotas electorales (Ley Orgánica 3/2007) fue considerada legítima por parte del Tribunal Constitucional sin que se hubiera realizado reforma constitucional alguna. Además, entre los países estudiados, España es el único que no ha modificado su Constitución para insertar una disposición específica relativa a la igualdad entre mujeres y hombres en el acceso al poder político.

Sobre la eficacia de estas medidas en los países europeos estudiados, se observan situaciones diversas. En Bélgica los números indican que estas medidas tuvieron éxito y contribuyeron a la ampliación de la proporción de mujeres parlamentarias. En Francia se ha observado un impacto positivo en las elecciones municipales y para los Consejos Regionales. Sin embargo, en las elecciones a las Asambleas departamentales, al Senado y a la Asamblea Nacional los números de mujeres elegidas permanecieron bajos. En Portugal, las elecciones de 2009 indican que las cuotas tienen un impacto positivo. Sin embargo, como se ha observado, la eficacia de estas medidas puede variar en función del tiempo y de otros varios factores, razón por la cual habrá que esperar a la evaluación de la Ley para que se pueda verificar su impacto y los eventuales problemas relacionados con su aplicación y eficacia.

En España no se ha constatado una diferencia en el número de mujeres elegidas al Congreso después de la aplicación de las cuotas. El hecho de que los partidos políticos hubieran situado a las mujeres mayoritariamente en los puestos de difícil salida ha impedido que la norma produjera una mayor eficacia en el sentido de aumentar el porcentaje de participación de mujeres en el parlamento. Es oportuno subrayar también que la proporción de mujeres en el Congreso antes de las cuotas ya era próxima al 40%, por lo que no hay manera de verificar un impacto significativo a no ser que el porcentaje resulte ampliado. Por otro lado, se ha observado que en el ámbito municipal el número de mujeres elegidas ha aumentado de forma significativa tras la aplicación de las cuotas. En lo que concierne a los parlamentos autonómicos también se ha constatado un aumento de mujeres elegidas después de la Ley de Igualdad de 2007. Es importante subrayar que las Comunidades Autónomas que han aprobado leyes estableciendo la alternancia entre mujeres y hombres en las listas electorales son algunas de las que tienen un mayor número de mujeres en sus parlamentos.

## REFERENCIAS

- AMARAL, Maria Lúcia. Las mujeres en el derecho constitucional: El caso portugués. In: **Mujer y Constitución en España**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 155-174.
- BIGLINO CAMPOS, Paloma. La composición equilibrada de las candidaturas electorales: primeras experiencias. In: AA.VV. **Entre la ética, la política y el derecho: Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba**, Madrid: Dykinson etc., 2008, vol.1, p. 167-169.
- CECCHERINI, Eleonora. La igualdad de los sexos en la representación política: la experiencia italiana. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, n. 6, 2006, p. 325-353.
- JANSON, Jane y VALIENTE FERNÁNDEZ, Celia. El movimiento a favor de la democracia paritaria en Francia y España. **Revista Española de Ciencia Política**, n. 5, octubre 2001, 79-110.
- LENOIR, Noëlle. The Representation of women in politics: From quotas to parity in elections. **International and Comparative Law Quarterly**, vol. 10-15, mayo-diciembre, 2003, p. 217-247.
- MATEO DÍAZ, Mercedes. Les quotas sont-ils utiles? L'efficacité imparfaite des mesures de discrimination positive dans les lois électorales belges. **Revue Française de Science Politique**, vol. 53, n. 5, 2003, p. 791-815.
- MARTÍNEZ ALARCÓN. **Cuota electoral de mujeres y derecho constitucional**. Madrid: Congreso de los Diputados, 2007.
- MATEO DÍAZ, Mercedes. Les quotas sont-ils utiles? L'efficacité imparfaite des mesures de discrimination positive dans les lois électorales belges. **Revue Française de Science Politique**, vol. 53, n. 5, 2003.
- MEIER, Petra. Experiencias de reformas electorales en algunos países de la Unión Europea: iniciativas en Bélgica y Portugal. In: SAAVEDRA RUIZ, Paloma (org.). **Hacia una democracia paritaria: Análisis y revisión de las leyes electorales vigentes**. Madrid: Coordinadora Española para el Lobby Europeo de Mujeres (CELEM), 1999, p. 201-223.
- \_\_\_\_\_. Bélgica: una buena práctica en perspectiva. In: DAHLERUP, Drude, FREIDENVALL, Lenita, **Sistemas electorales de cuotas de género y su aplicación en Europa**. Bruselas: Parlamento europeo, 2008, p. 45-54.
- SINEAU, Mariette. Francia: Parité ante la ley. In: DAHLERUP, Drude, FREIDENVALL, Lenita. **Sistemas electorales de cuotas de género y su aplicación en Europa**. Bruselas: Parlamento europeo, 2008, p. 55-64.

VENTURA FRANCH, Asunción e ROMANÍ SANCHO, Lucía. Ley de igualdad y elecciones municipales: un análisis de la provincia de Castellón.  
**Corts: Anuario de derecho parlamentario**, n. 21, 2009, p. 187-211.





# CLAUSE D'EXCEPTION ENVIRONNEMENTALE ET LE MERCOSUR

---

*Liziane Paixão Silva Oliveira\**

## **Resumé**

Face a l'intensification du rapport entre la protection de l'environnement et la libre circulation des marchandises, cet article propose d'analyser l'application de la "clause d'exception environnementale" au sein du Mercosur. Afin d'approfondir cette étude, il revient sur les exceptions au libre-échange dans l'article XX du GATT et l'article 36 du Traité de l'Union Européenne, ainsi que les principales décisions rendues sur application de la clause d'exception environnementale.

## **Mots-clés**

Mercosud. Environnement. Libre échange.

## **Resumo**

Face a intensificação da relação entre a proteção do meio ambiente e a livre circulação de mercadorias, o presente artigo tem por objetivo refletir sobre a aplicação da "cláusula de exceção ambiental" no âmbito do Mercosul. Com o fito de aprofundar esse debate, discorre-se sobre as exceções ao livre comércio do artigo XX do GATT e do artigo 36 do Tratado da União Européia, bem como das principais decisões emitidas sobre a aplicação da cláusula de exceção.

## **Palavras-chave**

Mercosul. Meio Ambiente. Livre comércio.

## 1. CONSIDERATIONS INICIALES

Parmi les dérogations possibles au libre-échange dans le Mercosur<sup>1</sup>, figurent certaines mesures de protection de la santé, de la vie des personnes et des animaux, ou visant à la préservation des végétaux, nonobstant le fait que l'application de telles mesures exige de remplir certains prérequis.

Les États parties au Mercosur, comme ceux des autres accords régionaux, sont conscients qu'il existe des situations dans lesquelles la protection de certaines valeurs non commerciales doit primer sur l'objectif de

---

\* Professora do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Tiradentes. Doutora em Direito pela Universidade Aix-Marseille III. Mestre em Direito pela UnB.

<sup>1</sup> Article 50. du Traité de Montevideo, référence de l'article 2 du Annexe I du TA.

libéralisation des échanges commerciaux. Ils ont donc institué des exceptions au principe du libre commerce . mais si des exceptions sont admises, elles sont interprétées de façon restrictive.

## 2. LES CLAUSES D'EXCEPTIONS

On peut identifier principalement trois modèles de clauses d'exceptions générales : celles qui s'inspirent de l'Article XX du GATT de 1994<sup>2</sup>, celles qui s'appuient sur l'article 30 du TCE (actuellement article 36 du TFUE) et enfin celles qui sont structurées de manière différente.<sup>3</sup> S'agissant des exceptions applicables dans le cadre du Mercosur, elles se rapprochent, à certains égards, des modèles du GATT et de la UE, mais s'en distinguent à d'autres égards.

La clause d'exception générale du GATT permet aux États membres de l'OMC d'appliquer des mesures contraires aux règles définies dans l'Accord général lorsque de telles mesures visent la protection de valeurs non-économiques.

Le traité de création du Mercosur ne contient pas de clause spécifique d'exception générale qui pourrait peser notablement sur la libre circulation des marchandises comme l'ont fait l'OMC (article XX du GATT), l'UE (article 36 du TFUE)<sup>4</sup> ou l'ALENA (article 2101 de l'Accord de Libre Échange Nord-Américain)<sup>5</sup>. Il renvoie seulement aux exceptions présentes dans le Traité de

---

<sup>2</sup> « Interpretation of Article XX by the Appellate Body indicates that the World Trade Organization ("WTO") has taken the policies and interests that are outside the realm of trade liberalization, such as the environment, much more seriously than its GATT predecessor. In its decisions, the Appellate Body has recognized that it is no longer possible for the WTO to uphold the free trade goals of the GATT 1994, such as promoting market access, above all other goals and concerns-e.g., health, the environment, and the objectives of sustainable development» (ALA1, Padideh. «Free Trade or sustainable development? An Analysis of the WTO Appellate Body's Shift to a More Balanced Approach to Trade Liberalization», *Review American University International Law*, 1999, n° 14, p. 1131. Disponible sur : <http://www.auilr.org/pdf/14/14-4-5.pdf>).

<sup>3</sup> OCDE. *L'environnement et les accords commerciaux régionaux*, OCDE, 2007, p. 148.

<sup>4</sup> L'article 36 du Traité UE, admet certains obstacles au principe de libre circulation. Dans certains cas, le droit de l'union européenne laisse la possibilité aux Etats d'établir des règles internes de production ou de commerce, limitant les échanges intracommunautaires, si les hypothèses énumérées sont observées. Les exceptions permises visent à sauver les intérêts considérés comme entièrement nationaux, et sont justifiées par des « raisons de moralité publique, d'ordre public, et de sécurité publique ; de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale ».

<sup>5</sup> L'ALENA possède deux caractéristiques importantes : il s'agit d'un accord qui se limite à libéraliser les échanges et à protéger les investissements, et qui inclut des thèmes nouveaux comme les marchés publics et la propriété intellectuelle, voire très nouveaux comme le droit du travail et l'environnement.

Montevideo (TM)<sup>6</sup>, en précisant que « *les mesures prises dans les cas prévus à l'article 50 du Traité de Montevideo de 1980* »<sup>7</sup> ne sont pas considérées comme des restrictions. L'accord se réfère directement à des règles du droit de l'ALADI qui, pour sa part, renvoie à une disposition du droit du GATT, lesquelles s'insèrent de cette manière dans le droit du Mercosur.

Lorsque les négociateurs du Mercosur ont établi les restrictions, ils ont exclu de cet ensemble de barrières celles destinées à garantir les intérêts non-économiques énoncés à l'article 50 du TM de 1980. Ce dispositif établit que : « No provision of this Treaty shall be construed as an impediment to the adoption and execution of measures relating to: (a) Protection of public morality; (b) Application of security laws and regulations; (c) Control of imports or exports of arms, ammunition and other war material and, in exceptional circumstances, of all other military items; (d) Protection of human, animal and plant life and health; (e) Imports and exports of gold and silver bullion; (f) Protection of national resources of artistic, historical and archaeological value; and (g) Exportation, utilization and consumption of nuclear materials, radioactive products and any other material which may be used in the development or exploitation of nuclear energy »<sup>8</sup>.

Ces motivations, justifiées par le régime d'exception, énumérées aux différents paragraphes de l'article 50 du TM, abordent des aspects importants ayant trait à l'administration d'un pays. C'est, par exemple, le cas des « importations ou exportations d'armes, de munitions et autres matériels de guerre ». Considérant le caractère primordial des sujets abordés, les États parties préfèrent conserver une marge plus ample d'autonomie lorsqu'il s'agit de la réglementation interne de ces questions, mais tentent aussi de préserver la possibilité de s'opposer à la libéralisation du commerce quand celle-ci peut nuire à l'une des valeurs qu'ils souhaitent protéger.

Une première lecture permet d'observer que les États parties au Mercosur souhaitaient une harmonisation avec les principes définis par

---

<sup>6</sup> Le Traité de Montevideo de 1980 (ALADI) prévoit dans son article 49 que: « Los países miembros podrán establecer normas complementarias de política comercial que regulen, entre otras materias, la aplicación de restricciones no arancelarias, el régimen de origen, la adopción de cláusulas de salvaguardia, los regímenes de fomento a las exportaciones y el tráfico fronterizo. » (Texte original du Traité de Montevideo de 1980. Disponible sur : <http://www.aladi.org/nsfaladi/juridica.nsf/vtratadoweb/tm80>).

<sup>7</sup> Traité d'Asunción, article 2. de l'Annexe 1.

<sup>8</sup> ALADI. Traité de Montevideo, 1980, Texte original en anglais tiré du Recueil des traités, vol. 1329, I-22309, Nations Unies, p. 269. La rédaction de cet article s'est inspirée de l'article 42 de l'Accord de Carthagène qui a constitué le Pacte Andin et qui a été signé à Bogota le 26 mai 1969 entre les gouvernements de Colombie, Bolivie, Chili, Équateur et Pérou. Cet accord a été modifié par le Protocole de Quito le 12 mai 1987. Il convient de souligner que la rédaction de l'Accord de Carthagène s'est fondée sur l'article XX du GATT de 1947.

l'ALADI qui font directement référence à l'article 50 du TM. Toutefois, les accords plus récents, passés entre le Mercosur et les autres blocs ou pays, font directement référence à l'article XX du GATT<sup>9</sup>. On peut en conclure que la tendance actuelle du bloc est de suivre le système multilatéral des exceptions générales.

Compte tenu du fait qu'au sein du Mercosur les exceptions générales à l'article 50 du TM ne sont pas considérées comme des restrictions, c'est-à-dire que les mesures imposées aux États-parties dans l'intention de protéger la santé et la vie des personnes et des animaux, ou d'assurer la préservation des végétaux, entre autres, sont légitimes<sup>10</sup>, il convient de rechercher si les exceptions énoncées à l'article 50 doivent être interprétées de façon large ou restrictive, et si telle liste est ouverte ou fermée.

### 3. LE CHAMP D'APPLICATION DE L'ARTICLE 50 DU TRAITÉ DE MONTEVIDEO EST-IL RESTRICTIF ?

L'article 50 du TM fournit une liste de motifs pouvant justifier une limitation du libre commerce. L'étude minutieuse de cet article permet de déterminer si cette énumération des motifs est exhaustive ou illustrative. Une liste est illustrative, ouverte, lorsque le législateur fournit des paramètres, des repères, des exemples et permet l'adéquation, l'inclusion d'autres aspects. En revanche, dans le cas d'une liste exhaustive, le législateur précise dans le texte de la loi toutes les possibilités n'en permettant pas une éventuelle extension. L'utilisation de l'expression « entre autres » fera clairement considérer une disposition comme ouverte. À cet égard, la liste contenue à l'article 50 du TM ne peut pas être considérée comme ouverte ; elle est exhaustive. En ce sens, le Tribunal d'arbitrage ad hoc du Mercosur a conclu que son interprétation devait être limitée.<sup>11</sup> Toutefois, l'interprétation peut évoluer et les États membres du Mercosur, tout comme leurs institutions, peuvent établir de nouveaux droits, ceux-ci devant être protégés sur la base des objectifs assignés au bloc.

Avant la décision du Tribunal du Mercosur, au niveau multilatéral, le Groupe spécial chargé de l'affaire États Unis – Article 337 de la Loi douanière de 1930, a admis : « l'article XX d) prévoit ainsi une exception limitée et

---

<sup>9</sup> Article 1. du Chapitre XII, d'Accord sur libre échange entre le Mercosur et l'État d'Israël, MERCOSUR / CMC / Déc. 050/2007. Suscripción del Tratado de Libre Comercio entre el MERCOSUR y el Estado de Israel.

<sup>10</sup> TAHM. Sentence arbitrale du 28 avril 1999, affaire relative aux Comunicados n° 37 du 17 décembre 1999 et n° 7 du 20 février 1998 du Département des Opérations du commerce extérieur (DECEX) et du Secrétariat du commerce extérieur (SECEX). Application de mesures restrictives au commerce réciproque, Argentine c. Brésil, Para VII P.33.

<sup>11</sup> TAHM. Sentence arbitrale du 19 avril 2002, affaire relative aux Obstacles à l'entrée de produits phytosanitaires argentins dans le marché brésilien, Argentine c. Brésil, para. 9.4.

conditionnelle aux obligations découlant des autres dispositions »<sup>12</sup>. L'Organe d'appel de l'OMC a également dit :

il ressort clairement du texte introductif que chacune des exceptions prévues aux paragraphes a) à j) de l'article XX constitue une exception limitée et conditionnelle aux obligations de fond contenues dans les autres dispositions du GATT de 1994<sup>13</sup>.

Par ailleurs, il y a un large consensus en faveur d'une interprétation stricte de l'article XX<sup>14</sup>. Dans la mesure où il constitue une exception à des obligations fondamentales de l'OMC, une interprétation large serait contraire à l'objet et au but de l'organisation.

Dans le contexte européen, les États membres sont enclins à revendiquer la dérogation au principe du libre commerce sur la base de l'intérêt général. Les restrictions nationales d'importation (ou d'exportation) échappent à l'interdiction de l'article 34 (ex-article 28 du TCE) ou de l'article 35 (ex-article 29 du TCE) lorsqu'elles sont justifiées, aux termes de l'article 36 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. La CJCE a reconnu à plusieurs reprises que les exceptions prévues à l'article 36 (ex-article 30 TCE) devaient être interprétées strictement, en tant que dérogation au principe fondamental du libre commerce<sup>15</sup>. Ainsi, aucun autre justificatif ne peut être ajouté à la liste limitative<sup>16</sup>. Dans cet ordre d'idées, C. Blumann rappelle que « les atteintes à ce principe ne peuvent résulter que de la lettre des traités (art. 30 pour la libre circulation des marchandises) ou des exigences impératives (ou impérieuses, s'agissant des personnes) d'intérêt général, sous la triple réserve de l'interprétation stricte et du respect des critères de nécessité et de proportionnalité »<sup>17</sup>.

En accord avec l'adage *exceptio est strictissima interpretationis*<sup>18</sup>, associé au principe selon lequel il n'est pas admis qu'une norme dérogoire

---

<sup>12</sup> GATT. Groupe spécial, Rapport, *États-Unis - L'article 337 de la Loi douanière de 1930 (L/6439) du 7 novembre 1989*, paragraphe 5.9.

<sup>13</sup> OMC. Organe d'appel, Rapport. *États-Unis – Prohibitions à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (WT / DS58 / AB / R) du 12 octobre 1998*, para. 157.

<sup>14</sup> KLABBERS, Jan. «Jurisprudence in International Trade Law: Article XX of GATT», *Journal of World Trade*, 1992, vol. 26, n° 2, p. 63, 88.

<sup>15</sup> CJCE. 10 janvier 1985, *Association des Centres Distributeurs Édouard Leclerc c. Sté. Thouars distribution*, Affaire 229/83, Rec. p.1. CJCE, 19 mars 1991, *Commission c Grèce*, aff. C-205 – 89, Rec. 1991, p. I-1361, pt.9.

<sup>16</sup> CJCE. Arrêt du 17 juin 1981, *Commission c. Irlande (Souvenirs d'Irlande)*, Aff. 113/80, Rec. p. 1625. CJCE. Arrêt du 9 juin 1982, *Commission c. Italie*, aff. 95/81, Rec., p. 2187. CJCE. Arrêt du 7 févr. 1984, *Duphar BV et autres c. Etat néerlandais*, aff. 238/82, Rec., p. 523.

<sup>17</sup> BLUMANN, Claude. « Objectifs et principes en droit communautaire », in *Le droit de l'Union européenne en principes*, Paris, Apogée, 2006, p. 64.

<sup>18</sup> L'existence de l'adage latin *Exceptiones strictissimae interpretationis sunt* montre que ce principe est traditionnellement établi dans la pensée juridique.

soit étendue à des situations qu'elle n'a pas elle-même expressément prévues, et au regard des décisions énoncées supra, l'article 50 doit incontestablement faire l'objet d'une interprétation restrictive.<sup>19</sup>

#### 4. L'ÉTUDE COMPARÉE DES EXCEPTIONS GÉNÉRALES ENVIRONNEMENTALES DES ACCORDS COMMERCIAUX

L'article XX du GATT établit que

rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante des mesures : b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux; g) se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables, si de telles mesures sont appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales<sup>20</sup>.

Cette disposition « précise[nt] à quelles conditions et dans quel cadre les États peuvent adopter des mesures qui contreviennent à leurs obligations en matière de non-discrimination »<sup>21</sup>. Il est toutefois incontestable que les ACR ont suivi l'exemple du GATT en incluant dans leurs traités constitutifs originaux la possibilité de déroger aux dispositions de libéralisation commerciale<sup>22</sup>.

Par-delà leur parenté, les textes présentent des différences. Tandis que l'OMC stipule que des mesures visant à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux sont nécessaires, l'UE exige que les mesures soient justifiées. Toutefois, certains auteurs concluent que, dans le même cas concret, les procédures énoncées à l'article XX b) du GATT et 36 du TFUE conduiraient à des résultats analogues.<sup>23</sup> On note ensuite que le Traité de l'UE ne fait pas référence à la conservation des ressources naturelles épuisables, prévue à l'article XX g) du GATT. Un tel dispositif est importante car il permet aux États sur un autre support pour « justifying certain environmental measures and is all the more important since measures falling under Article XX(g) of the GATT do not

---

<sup>19</sup> Cf. MAURITIUS, SUPREME COURT. *The Mauritius reports: being judgments of the Supreme Court of Mauritius, of the judges and master thereof*. Government Printer, 1942, p. 178. MAYRAND, Albert. *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit québécois*, Montréal, Guérin 1972, p. 56).

<sup>20</sup> Article XX du GATT.

<sup>21</sup> BÉGUIN Jacques ; MENJUCQ, Michael (dir.). *Droit du commerce international*, Paris, Litec, 2005, p. 101.

<sup>22</sup> KAZEKI, Jun. « Les restrictions à l'exportation in OCDE » (org.), *Au-delà des tarifs : le rôle des obstacles non tarifaires dans le commerce mondial*, OCDE, 2005, p.226- 254, p. 231.

<sup>23</sup> OCDE. *L'environnement et les accords commerciaux régionaux*, OCDE, 2007, p.156, note.5.

need to pass the ‘necessity’ test (on the interpretation of this requirement, see further below) »<sup>24</sup> . .

Les clauses d’exception prévues par le Mercosur se distinguent de ce qui existe dans les autres accords examinés. Tout d’abord, ils ne prévoient ni la conservation des ressources naturelles, ni la protection de l’environnement comme une exception ou une dérogation au libre-échange. De ce fait, on constate sur ce point que la préservation de l’environnement figure de façon restreinte au nombre des intérêts légitimes énoncés à l’article 50 du TM. Ensuite, le texte du Mercosur ne fait pas état du critère de nécessité ; il n’exige pas non plus de justification pour l’application de mesures exceptionnelles. Ceci devrait faciliter l’application des exceptions par les États parties du Mercosur, du fait que ceux-ci ne sont pas contraints de se plier aux mêmes conditions que celles définies par l’OMC. Toutefois, en pratique, « l’exigence de protection de l’environnement peut justifier, voire masquer purement et simplement, de nouvelles restrictions commerciales et de nouveaux protectionnismes »<sup>25</sup>.

L’UE et le Mercosur ont prévu, pour justifier les exceptions, les seules raisons de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux et de préservation des végétaux, alors que le GATT a inclus la conservation des ressources naturelles épuisables et que l’ALENA a prévu la protection de l’environnement et des ressources naturelles épuisables et renouvelables. Ainsi, on peut conclure que, parmi les articles analysés, l’ALENA attribue la plus large marge de manœuvre aux États puisqu’il fait figurer la protection de l’environnement au rang des exceptions générales au libre commerce.

Si, au vu de la lecture comparative des articles afférents aux exceptions, il apparaît que les règles de l’OMC et de l’ALENA accordent une place plus importante à la protection de l’environnement, cette réalité se trouve altérée lorsqu’on étudie, dans le droit de UE, les possibilités de recours aux mesures de protection environnementale qui se trouvent fondées sur des motifs d’intérêt général<sup>26</sup> ou des exigences impératives<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> NEUMAYRER, Eric. « Greening the WTO agreements can the treaty establishing the European Community be of guidance ? », *Journal of world trade*, vol. 35, p.145-166, 2001, p. 149.

<sup>25</sup> MALJEAN-DUBOIS, Sandrine. « L’OMC et la protection de l’environnement international », in MICHELOT, Agnès. (coord) *Environnement et commerce*, Suisse, UNITAR, 2006, p. 109.

<sup>26</sup> « La notion de «raisons impérieuses d’intérêt général» à laquelle se réfèrent certaines dispositions de la présente directive a été élaborée par la Cour de justice dans sa jurisprudence relative aux articles 43 et 49 du traité et est susceptible d’évoluer encore. Cette notion, au sens que lui donne la jurisprudence de la Cour, couvre au moins les justifications suivantes: l’ordre public, la sécurité publique et les anti publiques au sens des articles 46 et 55 du traité, le maintien de l’ordre social, des objectifs de politique sociale, la protection des destinataires des services, la protection des consommateurs, la protection des travailleurs, y compris la protection sociale des travailleurs, le bien-être des animaux, la préservation de

S'appuyant sur l'affaire *Cassis de Dijon*<sup>28</sup>, la CJCE a ajouté à la liste d'exceptions de l'actuel article 36 TFUE une nouvelle possibilité, pour les États, d'établir des restrictions à la liberté de circulation des marchandises, justifiée par la protection de motifs supérieurs d'intérêt général. La protection de l'environnement est reconnue comme une exigence impérative d'intérêt général dans le célèbre arrêt *Brûleurs d'huiles usagées*<sup>29</sup>. Mais c'est dans l'affaire *Bouteilles danoises* que la Cour considère pour la première fois que « la protection de l'environnement constitue une exigence impérative pouvant limiter l'application de l'article 30 du Traité (actuellement article 36 du TFUE) »<sup>30</sup>. Autrement dit,

dès 1985, la protection de l'environnement a été admise comme une exigence impérative en matière de libre circulation des marchandises, solution confirmée en 1988, puis en 1992. Le principe en a encore été rappelé en 2001 dans l'affaire *Preussen-Elektra* dans la partie de l'argumentation relative à l'article 28 CE<sup>31</sup>.

En outre, la Cour reconnaît, dans l'arrêt *Konsumentombudsmannen*, qu'une mesure restrictive peut être considérée comme nécessaire « pour satisfaire à des exigences impératives tenant à l'intérêt général ou à l'un des objectifs énumérés à l'article 30 du TCE (actuellement article 36 du TFUE) »<sup>32</sup>.

---

l'équilibre financier du système de sécurité sociale, la lutte contre la fraude, la lutte contre la concurrence déloyale, la protection de l'environnement et de l'environnement urbain y compris l'aménagement du territoire, la protection des créanciers, la protection de la bonne administration de la justice, la sécurité routière, la protection de la propriété intellectuelle, des objectifs de politique culturelle, y compris la sauvegarde de la liberté d'expression de différentes composantes, notamment les valeurs sociales, culturelles, religieuses et philosophiques de la société, la nécessité de garantir un niveau élevé d'éducation, le maintien du pluralisme de la presse et la promotion de la langue nationale, la préservation du patrimoine historique et artistique national, et la politique vétérinaire » (CJCE. Arrêt du 14 juillet 1998, *Aher Waggon GmbH*, Aff. 389/96, Rec. p. 4473).

DIRECTIVE 2006/123/CE du Parlement Européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur.

<sup>27</sup> CJCE. Arrêt du 12 octobre 2000, *Snellers Auto's BV*, Aff. 314/98, Europe, décembre 2000, comm. n° 381.

<sup>28</sup> CJCE. Arrêt de la Cour du 20 février 1979, *Rewe-Zentral, Cassis de Dijon*, C-120/78, Rec. 1979, p. 644.

<sup>29</sup> CJCE. Arrêt du 7 février 1985, *Procurateur de la République c. Association de défense de brûleurs d'huiles usagées (ADBHU)*, aff. 240/83, Rec. 1985, p. 531, 549, n° 15.

<sup>30</sup> CJCE. Arrêt du 7 février 1985, *Procurateur de la République c. Association de défense de brûleurs d'huiles usagées (ADBHU)*, aff. 240/83, Rec. 1985, p. 4607, 4632, n° 20-22, points 8 et 9. L'affaire dispose qu'un système de consigne et de reprise d'emballage, mis en place bien qu'il entrave le commerce et qu'il soit contraire à l'article 28 du CE, peut ainsi être maintenu. L'importance de cette décision est considérable, même si la réglementation est finalement jugée disproportionnée puisqu'elle exige un agrément préalable des emballages.

<sup>31</sup> IDOT, Laurence. *Protection de l'environnement, libre circulation, libre concurrence : bilan de la jurisprudence de la Cour de Justice*. Disponible sur : [http://www.minefe.gouv.fr/fonds\\_documentaire/dgccrf/02\\_actualite/ateliers\\_concu/environnement7.pdf](http://www.minefe.gouv.fr/fonds_documentaire/dgccrf/02_actualite/ateliers_concu/environnement7.pdf)

<sup>32</sup> CJCE. Arrêt du 9 juillet 1997. *Konsumentombudsmannen (KO) contre De Agostini (Svenska) Förlag AB (C-34/95) et TV-Shop i Sverige AB*, Aff. C-35/95 et C-36/95, Rec. I-03843.

Ainsi, la différence entre le régime d'exigences impératives et celui des exceptions de l'article 36 réside en la flexibilité des justifications possibles. De fait, les raisons impératives « constituent une liste ouverte et donc évolutive, tandis que celles de l'article 30 relèvent d'une énumération limitative »<sup>33</sup>.

D'après le droit européen, les États qui désirent mettre en place des mesures en faveur de la protection de l'environnement risquant d'entraver le libre échange et de violer l'article 34 du TFUE bénéficient donc de deux échappatoires possibles : l'exception de l'article 36 ou les exigences impératives. Le recours à la première s'avère cependant plutôt limité en raison de l'interprétation stricte qu'en fait la CJUE. C'est par conséquent en vertu de la jurisprudence sur les exigences impératives d'intérêt général que les mesures étatiques à but environnemental ont généralement plus de chances d'être reconnues conformes au droit européen.

La politique de protection de l'environnement qui, dans le Mercosur, passe par l'application de clauses d'exceptions au libre commerce pourrait être mieux formulée. La référence au développement durable, dès le préambule du TA, aurait pu laisser envisager que soient expressément légitimées les mesures de conservation des ressources naturelles, ainsi que les mesures de protection environnementale.

#### 4.1 La protection de l'environnement est-elle une exception générale dans le Cône Sud ?

Nous avons vu supra que l'expression « protection de l'environnement » ne figure pas explicitement parmi les motifs d'exceptions énumérés par le traité du Mercosur. Une telle omission peut résulter de l'intention délibérée de ne pas mentionner la protection de l'environnement ou encore de la volonté de s'inspirer des clauses d'exception du GATT et de l'UE, ces deux institutions n'ayant pas non plus fait figurer dans leur rédaction la protection de l'environnement en tant que telle. En réalité, le souci de la protection de l'environnement tout comme la définition du concept d'environnement<sup>34</sup> est récent, au regard des débuts du GATT ou de

---

<sup>33</sup> MOLINIER, Joel; GROVE-VELDEYRON, Nathalie de. *Droit du marché intérieur européen*, 2ème éd., Paris, LGDJ, 2008, p. 74.

<sup>34</sup> L'article 2 de la La Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement définit l'environnement comme comprenant : « les ressources naturelles abiotiques et biotiques, telles que l'air, l'eau, le sol, la faune et la flore, et l'interaction entre les mêmes facteurs; les biens qui composent l'héritage culturel; et les aspects caractéristiques du paysage » (Lugano, 21.VI.1993).

« L'environnement n'est pas une abstraction, mais bien l'espace où vivent les êtres humains et dont dépendent la qualité de leur vie et leur santé, y compris pour les générations à venir. L'obligation qu'ont les États de veiller à ce que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle respectent l'environnement dans d'autres États ou dans des

l'UE. De fait, cette absence découle « plutôt d'un manque de reconnaissance de tels intérêts au moment de la rédaction du traité »<sup>35</sup> que d'une volonté délibérée de nier l'importance de la protection de l'environnement.

À la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, les États ont commencé à adopter des réglementations sanitaires et phytosanitaires. Il est donc compréhensible que le GATT, la CE, l'ALENA et le Mercosur conservent parmi leurs exceptions générales une disposition relative aux mesures sanitaires et phytosanitaires. Instituée plus récemment, après la prise de conscience de l'importance du développement durable et de la protection de l'environnement, l'ALENA rend explicite la possibilité de l'exception au principe de libre commerce, pour autant qu'elle est la conséquence de l'application des mesures de protection environnementale nécessaires pour la protection de la santé et de la vie. Le Mercosur, fondé presque à la même période que l'ALENA, ne contient pas de dispositions sur les exceptions générales mais se réfère seulement au dispositif obsolète du TM, institué au cours des années 80.

Alors que, initialement, on utilisait, pour l'interprétation de l'article XX b) du GATT, le terme sanitaire, favorisant ainsi une interprétation restrictive de cet alinéa<sup>36</sup>, actuellement on estime que les actions visant à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux, de même qu'à la préservation des végétaux peuvent autant faire l'objet de mesures sanitaires que de mesures environnementales,<sup>37</sup> comme, par exemple, celles prévoyant l'élimination des déchets dangereux ou encore la réduction de la pollution sonore. Dans ses grandes lignes, « le contenu de l'Accord général, adopté en 1947, ne fait pas une place très importante à la protection de l'environnement, qu'il fait tout de même entrer au rang des 'exceptions générales' que les États peuvent invoquer pour déroger à ses dispositions »<sup>38</sup>.

Dans le même ordre d'idée, le Rapport de l'Organe d'appel, dans l'affaire de l'Essence, a établi, qu'

il est spécifiquement reconnu qu'il importe de coordonner les politiques relatives au commerce et à l'environnement. Les Membres de l'OMC disposent d'une large autonomie pour

---

zones ne relevant d'aucune juridiction nationale fait maintenant partie du corps de règles du droit international de l'environnement » (CIJ, Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, Avis consultatif du 8 juillet 1996, Recueil 1996, p.241-242, § 29).

<sup>35</sup> PICOD, Fabrice. « Protection de l'environnement et libre circulation des marchandises », in *La Communauté européenne et l'environnement*, Travaux du Colloque d'Angers de la CEDECE, 1997, p. 405-423, p. 413.

<sup>36</sup> Document des Nations Unies, NU E/CONF2/C3/SR35, p. 10 et NU EPCT/A/PV/30, p. 7-13.

<sup>37</sup> Pour S. Charnovitz, « la protection sanitaire et phytosanitaire ne peut être séparée de la protection écologique » (CHARNOVITZ, Steve. « Exploring the Environmental Exceptions in GATT Article XX », *Journal of World Trade*, n° 25, 1991, p. 39).

<sup>38</sup> MALJEAN-DUBOIS, Sandrine. « L'OMC et la protection de l'environnement international », in MICHELOT, A. (coord) *Environnement et commerce*. Suisse, UNITAR, 2006, p. 99-113, p. 101. Cf. FLORY, Thiebaut, *L'OMC, droit institutionnel et substantiel*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 55.

déterminer leurs propres politiques en matière d'environnement (y compris la relation entre l'environnement et le commerce), leurs objectifs environnementaux et la législation environnementale qu'ils adoptent et mettent en œuvre. En ce qui concerne l'OMC, cette autonomie n'est limitée que par la nécessité de respecter les prescriptions de l'Accord général et des autres accords visés.<sup>39</sup>

Plus tard, statuant sur l'importation de pneumatiques rechapés, le rapport de l'Organe d'appel Brésil-Mesures a conclu que la protection de la santé et de l'environnement ne correspondent pas à des protections similaires compte tenu du fait que le premier aspect a été déclaré « vital et important au plus haut point » tandis que le second a seulement été qualifié d'« important »<sup>40</sup>. En somme, l'Organe d'appel a établi une hiérarchie entre ces deux droits fondamentaux en classant la protection de la santé à un degré plus élevé que la protection environnementale.

Les politiques environnementales contribuent de manière directe ou indirecte à la protection de la vie et de la santé, en d'autres termes ces politiques y contribuent indirectement, dans les cas des mesures destinées à mesurer l'impact sur l'environnement ou encore des mesures relatives à la responsabilité pour les dommages occasionnés à l'environnement, elles ne peuvent être considérées comme des exceptions au libre commerce<sup>41</sup>. Toutefois, lorsque les normes environnementales ont pour finalité la conservation des espèces de la faune et de la flore sauvage<sup>42</sup>, elles peuvent être considérées comme des exceptions légitimes au principe du libre commerce. Le critère utilisé afin de différencier un ensemble de mesures d'un autre serait donc le résultat lui-même de la restriction ou de l'interdiction. Une telle distinction peut être illustrée de la façon suivante sur la base du droit européen: l'interdiction de la commercialisation de boucles d'oreilles fabriquées en nickel afin de prévenir les allergies serait une mesure relevant de l'article 36 du TFUE. Toutefois, les mesures prévoyant des restrictions pour les produits qui contiennent des CFC, et visant ainsi à contribuer à la protection de la couche d'ozone de la haute atmosphère et, en conséquence, à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux et de la vie végétale ne figureraient pas parmi les hypothèses

---

<sup>39</sup> OMC. Affaire États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules, WT/DS2/AB/R, Rapport de l'Organe d'Appel du 26 avril 1996, p. 34.

<sup>40</sup> OMC, Affaire Brésil-Mesures visant l'importation de pneumatiques réchapés, WT/DS332/AB/R, Rapport de l'Organe d'appel, 3 décembre 2007, para. 179.

<sup>41</sup> KRAMER, Ludwig. «Environmental protection and article 30 EEC Treaty», *Common Market Law Review*, n° 30, 1993, pp 111-143.

<sup>42</sup> CJCE. 13 juil. 1994, Commission c/ RFA, aff., C-131/93: Rec. CJCE 1994, I, p. 3303, pt 17.

énumérées à l'article 36.<sup>43</sup> En outre, selon l'analyse de Claire Vial, le recours à la technique d'exception en matière de protection de l'environnement est limité également « dans le domaine des déchets »<sup>44</sup>.

Même si, à première vue, on est amené à conclure à l'impossibilité de l'application de l'article 36 pour légitimer une mesure adoptée dans un but de préserver l'environnement, il semble que cette utilisation ne soit viable que dans des circonstances particulières.<sup>45</sup> Les décisions de la CJUE semblent flexibles en ce qui concerne l'acceptation de mesures de préservation de l'environnement au titre d'exceptions au principe de libre circulation. Dans l'affaire *Commission contre Danemark*, la CJUE a reconnu le droit de tout État membre de fixer des règles de protection de l'environnement, même si de telles mesures s'avèrent restrictives pour la libre circulation des biens<sup>46</sup>.

## 4.2 L'application de l'article 50 et la protection de l'environnement

Les règles prévues dans les paragraphes de l'article 50 du TM visent à protéger les intérêts publics communs des conséquences de la libéralisation du commerce. Comme il a été indiqué supra, parmi ces paragraphes figure celui qui a trait à « la protection de la santé et de la vie des personnes, des animaux et des végétaux (article 50 d)) lequel 'peut résumer globalement le concept d'exception environnementale' ». <sup>47</sup> Il convient de souligner que de telles mesures, destinées à protéger un intérêt général, sont situées au même niveau juridique que les principes du libre commerce auxquels elles se réfèrent<sup>48</sup>.

En ce sens, tout obstacle non tarifaire de nature sanitaire, phytosanitaire ou autre, ayant pour but de protéger la santé et la vie est a priori légitime. Pour que les mesures environnementales puissent faire partie des possibilités autorisées à l'article 50 d) du TM, il est nécessaire qu'il y ait des risques véritables pour la santé et la vie.

Récemment, le Tribunal ad hoc du Mercosur a eu l'occasion de statuer dans le cadre d'un conflit entre le principe du libre échange et celui de la

---

<sup>43</sup> KRAMER, Ludwig. «Environmental protection and article 30 EEC Treaty», *Common Market Law Review*, n° 30, 1993, p. 118.

<sup>44</sup> VIAL, Claire. *Protection de l'environnement et libre circulation des marchandises*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 173.

<sup>45</sup> LAVRYSEN, Luc. «The European Court of Justice and the implementation of environmental law», in MACRORY, Richard (ed.) *Reflections on 30 years of EU environment law : a high level of protection?*, 2006, p. 422.

<sup>46</sup> CJCE. Case 302-86, *Commission V. Dinamarca*, 20.09.1988, Rec. 1988,4607.

<sup>47</sup> TPR. Sentence arbitrale (révision) du 20 décembre 2005 relative à la sentence en révision présentée par la République de l'Uruguay contre la sentence du TAHM du 25 octobre 2005 dans le différend relatif à la Prohibition d'importation de pneumatiques rechapés en provenance de l'Uruguay, *Uruguay c. Argentine*. Notre traduction du para 8.

<sup>48</sup> FLORY, Thiebaut. *L'OMC, droit institutionnel et substantiel*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 55.

protection de l'environnement. La contestation a été présentée par l'Uruguay, à l'encontre de l'Argentine, au sujet de l'interdiction d'importation, en Argentine, de pneus rechapés en provenance d'Uruguay. L'Argentine a fait valoir que l'adoption de la loi argentine n°25.626 (2002) interdisant l'importation de pneus rechapés était fondée sur l'article 50 d) du TM, celle-ci cherchant à éviter, à titre préventif, les dommages causés à l'environnement, ainsi qu'à la santé et à la vie des personnes, des animaux et des végétaux. Dans son argumentation, l'Argentine a souligné son engagement vis-à-vis des règles qui garantissent la libre circulation des marchandises dans le Mercosur mais allégué que la limitation de cette liberté en faveur de la préservation de l'environnement est légitime<sup>49</sup>. L'Uruguay, à son tour, a reconnu, dans ses allégations, l'importance du principe de protection de l'environnement ; il a toutefois fait valoir que, dans le cas des pneus rechapés, il existait un abus dans l'application des exceptions de l'article 50 sur la protection de l'environnement. L'Uruguay a ainsi mis en évidence, de manière opportune, les entraves commerciales déguisées fondées sur ces arguments<sup>50</sup>. Le Tribunal a reconnu que « la défense de l'environnement, dès que fondée sur des raisons justes, peut être utilisée comme exceptions aux normes générales d'intégration régionale, et particulièrement celles qui régissent le libre commerce dans le Mercosur »<sup>51</sup>.

Le Tribunal arbitral du Mercosur a fait un premier pas en évoquant l'utilisation des normes qui garantissent la préservation environnementale et la santé des personnes, des animaux et des végétaux dans le bloc, en accord avec l'article 50 du TM. Il reste toutefois une lacune : toutes les mesures environnementales, nécessaires et non discriminatoires, sont-elles susceptibles de limiter le principe de libre circulation, ou seules les normes environnementales destinées à protéger directement la santé et la vie peuvent-elles entrer dans les exceptions ? De l'étude précédente, nous avons conclu que seules les règles de l'environnement visant à protéger la vie et la santé des personnes, des animaux et des végétaux peuvent être considérées comme des exceptions valables au libre-échange, toutefois d'autres règlements de protection environnementale, qui ne touchent pas directement la protection de la vie et la santé, ne constituent pas une exception.

---

<sup>49</sup> TAHM. Sentence arbitrale du 25 octobre 2005, affaire relative à l'Interdiction d'importation de pneumatiques rechapés, Uruguay c. Argentine, para. 53.

<sup>50</sup> Ibidem, para 54.

<sup>51</sup> Ibidem, Notre traduction du texte original : « a defesa do meio ambiente, desde que fundada em justas razões, pode ser usada como exceções às normas gerais da integração regional, e particularmente aquelas que regulam o livre comércio entre os países do Mercosur ».

## 5. LES LIMITES POSÉES À L'APPLICATION DES EXCEPTIONS ENVIRONNEMENTALES

### 5.1 La nécessité

À la lecture du TA, on constate immédiatement l'absence de conditions générales<sup>52</sup> relatives à l'utilisation des exceptions au libre commerce. Cette omission nous conduit à penser que l'utilisation des mesures d'exception dans le Mercosur serait plus facile que dans le cadre de l'OMC ou de l'UE, puisque ces institutions ont instauré des critères spécifiques. Cette lacune permet de conclure qu'il suffirait qu'un État membre invoque, par exemple, la protection de la santé et de la vie pour que l'exception soit légitime. Cette interprétation simpliste mènerait à l'abus dans l'usage de cette dérogation et au non-respect de l'une des finalités du bloc : la libre circulation des biens, des services et des facteurs productifs. Néanmoins, cette lacune du traité constitutif a été comblée par le droit dérivé et la jurisprudence. Ainsi, le Mercosur a introduit le texte même de l'article XX du GATT dans les accords ratifiés ultérieurement<sup>53</sup>.

Enfin, les clauses d'exception au principe du libre-échange sont encadrées. Conformément à ce qui a été vu auparavant, la mesure dérogatoire doit correspondre aux exceptions générales définies par l'accord. Ensuite, une mesure de protection de la santé et de la vie doit être nécessaire et proportionnelle. Enfin, elle doit satisfaire à certaines conditions générales comme le fait de ne pas être un moyen de discrimination arbitraire ou non justifiable, ni une restriction déguisée au commerce.

Après avoir constaté que la mesure environnementale qui fait entrave au libre-échange a pour objet la protection de la santé et de la vie, on en vient à l'examen de sa nécessité<sup>54</sup>. Cette condition de nécessité n'a pas été fixée par le TA, mais ressort du droit dérivé et de la jurisprudence des tribunaux, Arbitral et Permanent, de Révision du Mercosur.

La décision du CMC relative à l'Accès aux Marchés établit que le libre commerce de marchandises constitue un élément essentiel pour la configuration du marché commun annoncé par le Traité d'Asunción A et poursuit en affirmant que le besoin impérieux de garantir les principes fondamentaux de la protection de la vie et de la santé publique ne doit pas générer d'obstacles inutiles au commerce. Ensuite, l'article 4 de la même

---

<sup>52</sup> Nous nous référons à les exigences générales énoncées dans le texte introductif de l'article XX du GATT.

<sup>53</sup> MERCOSUR/CMC/Dec. n° 50/2007. Acordo de livre comércio entre o Mercosur e o Estado de Israel, «Artigo 1 – Exceções Gerais Nada neste Acordo impedirá qualquer Parte Signatária de adotar ações ou medidas consistentes com os Artigos XX e XXI do GATT 1994, incluindo medidas que afetem re-exportações para não-partes ou re-importações de não-partes».

<sup>54</sup> MERCOSUR/CMC/Dec. N° 58/00.

décision souligne l'importance « de réglementer l'application, dans le Mercosur, des mesures adoptées sous le couvert de l'article 50 du Traité de Montevideo de 1980 »<sup>55</sup>. Le Tribunal Permanent de Révision (TPR) reconnaît ainsi qu'afin d'invoquer les exceptions de l'article 50, les États parties du bloc doivent déterminer leur nécessité et leur proportionnalité<sup>56</sup>, outre le fait de fixer, dans la même décision, que l'onus probandi appartiendra à l'État imposant la mesure d'exception<sup>57</sup>. On en conclut que, si d'un côté la condition de nécessité a été exigée, de l'autre, on n'en a pas établi la signification. Dans le cadre de l'OMC, les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont eu à plusieurs reprises l'occasion de préciser cette notion.

Le mot « nécessaire » doit être examiné dans le contexte dans lequel il est employé, car il peut avoir des sens divers. Il peut impliquer un sentiment de nécessité matérielle absolue ou d'inévitabilité, ou il peut qualifier ce qui n'est que commode, utile, approprié, convenable, propice ou propre à favoriser la réalisation de l'objectif recherché. C'est un adjectif qui exprime des ordres de grandeur. Il peut signifier la simple commodité ou désigner ce qui est indispensable ou une nécessité matérielle absolue.<sup>58</sup> De ce point de vue, s'il est relativement facile de constater qu'une mesure vise à protéger la santé et la vie, déterminer la nécessité ou non de cette mesure est une tâche plus complexe. Pour éclairer son sens au sein du Mercosur, il est intéressant d'observer l'interprétation qui en est donnée dans le droit international. En effet, ce sujet n'a pas été amplement discuté dans le cadre du cône sud. Mais reconnaissant que le régime du bloc n'était pas conçu comme un système juridique autosuffisant, le Tribunal Arbitral du Mercosur s'est référé en plusieurs occasions au droit international, ainsi qu'aux rapports de l'OMC, afin de combler ses lacunes.

Le premier à traiter du caractère nécessaire de l'article XX b) a été le rapport du Groupe spécial du GATT dans le cas des cigarettes.<sup>59</sup> La Thaïlande avait interdit l'importation de cigarettes nord-américaines pour

---

<sup>55</sup> MERCOSUR/CMC/Dec. N° 57/00. Article 4.: « de regulamentar la aplicación en el MERCOSUR de medidas adoptadas al amparo del Artículo 50 del Tratado de Montevideo de 1980 » (notre traduction).

<sup>56</sup> TPR. Sentence arbitrale (révision) du 20 décembre 2005 relative à la sentence en révision présentée par la République de l'Uruguay contre la sentence du TAHM du 25 octobre 2005 dans le différend relatif à la Prohibition d'importation de pneumatiques rechapés en provenance de l'Uruguay, Uruguay c. Argentine, p. 5.

<sup>57</sup> En ce qui concerne ce point, l'Organe d'appel a déclaré : « il appartient au Membre qui invoque l'article XX d) comme justification de démontrer que ces deux conditions sont remplies » (OMC, Rapport de l'Organe d'appel, Corée, Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée, rapport de l'Organe d'appel adopté le 10 janvier 2001, WT/DS169/AB/R, para. 157).

<sup>58</sup> BLAC, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*, 6ème ed., 1991, p. 714.

<sup>59</sup> BASSO, Maristela. « Livre circulação de mercadorias e proteção ambiental no Mercosur », in BASSO, Maristela. *Mercosur*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997, p. 399.

des raisons de santé publique, en affirmant que celles-ci contenaient certaines substances chimiques plus nocives à la santé que les cigarettes thaïlandaises. Le Groupe spécial a d'abord constaté que la mesure destinée à réduire la consommation de cigarettes était en adéquation avec l'exigence contenue à l'article XX b). Il s'est ensuite interrogé sur la nécessité de la mesure et a jugé que

«les restrictions à l'importation imposées par la Thaïlande ne pouvaient être considérées comme 'nécessaires' au sens de l'article XX b) que s'il n'y avait pas d'autres mesures compatibles ou moins incompatibles avec l'accord général qu'elle pouvait raisonnablement être censée employer pour atteindre les objectifs de sa politique de santé <sup>60</sup>.

Ensuite, le Groupe spécial, dans le rapport Amiante, a rappelé le test établi dans le rapport Cigarettes. Se référant au rapport « États-Unis - Article 337 de la Loi douanière de 1930 », il constate que, « pour déterminer si une mesure est nécessaire, il importe d'apprécier si des mesures compatibles ou moins incompatibles sont raisonnablement disponibles »<sup>61</sup>. Ainsi, l'expression « mesure nécessaire » signifie qu'il n'existe pas d'autre solution possible (principe d'impossibilité de substitution)<sup>62</sup> et que la solution employée s'avère la plus compatible avec les normes du GATT. En doctrine, l'expression 'mesure la moins incompatible' semble être interprétée comme « mesure la moins restrictive ». L'imposition de ces conditions pour la caractérisation de la nécessité a reçu diverses critiques puisqu'elle peut conduire à la non-application de l'exception.<sup>63</sup>

Force est de constater que le test de nécessité a été assoupli dans le rapport Corée, viande de bœuf. L'Organe d'appel précisait alors que

pour qu'une mesure, au demeurant incompatible avec le GATT de 1994, soit justifiée provisoirement au titre du paragraphe d) de l'article XX, deux éléments doivent être réunis. Premièrement, la mesure doit avoir pour objet d'assurer le respect' de lois ou de règlements qui ne sont pas eux-mêmes incompatibles avec l'une ou l'autre des dispositions du GATT de

---

<sup>60</sup> OMC. Groupe spécial, Affaire Thaïlande – restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes, adopté le 7 novembre 1990, para. 73.

<sup>61</sup> OMC. Groupe spécial, Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant (WT/DS135/R) du 18 septembre 2000, note 487, para. 8.206.

<sup>62</sup> OMC. Rapport États Unis – L'article 337 de la loi douanière de 1930, para. 81. Cf. « Division du commerce et de l'environnement », OMC, *Le commerce et l'environnement*, OMC, p.57.

<sup>63</sup> Dans l'affaire CE - Amiante, pour la première fois l'article XX b) a satisfait au critère de nécessité. L'Organe d'appel a noté que « plus l'intérêt commun ou les valeurs communes (poursuivies) sont vitaux ou importants », plus il sera facile d'admettre la « nécessité » de mesures conçues pour atteindre ces objectifs (« Division du commerce et de l'environnement », OMC, *Le commerce et l'environnement*, OMC, p.57).

1994. Deuxièmement, la mesure doit être ‘nécessaire’ pour assurer ce respect<sup>64</sup>.

L’analyse de cette question passe par l’interprétation « du mot ‘nécessaire’ dans son contexte et à la lumière de l’objet et du but de l’article XX »<sup>65</sup>. Ceci étant, la portée du mot peut tout autant caractériser quelque chose d’indispensable qu’être utilisé au sens de favoriser quelque chose<sup>66</sup>, ce qui fait qu’une mesure nécessaire n’est pas forcément une mesure indispensable<sup>67</sup>.

En guise de conclusion, l’Organe d’appel souligne : « il nous semble que l’interprète d’un traité qui apprécie une mesure dont on prétend qu’elle est nécessaire pour assurer le respect d’une loi ou d’un règlement compatible avec l’Accord sur l’OMC peut, s’il y a lieu, tenir compte de l’importance relative de l’intérêt commun ou des valeurs communes que la loi ou le règlement que l’on veut faire respecter est censé protéger. Plus cet intérêt commun ou ces valeurs communes sont vitaux ou importants, plus il sera facile d’admettre la ‘nécessité’ d’une mesure conçue comme un instrument d’application ». <sup>68</sup> Donc, le teste de nécessité est lié aux valeurs communes que la loi essaye de protéger, plus les intérêts commun sont vitaux plus les mesures sont nécessaires.

Pour revenir à l’interprétation du caractère nécessaire dans le cadre du Mercosur, il convient d’observer que les mesures visant à la protection de la vie et de la santé ne doivent pas servir d’excuse à l’imposition d’entraves inutiles au commerce.<sup>69</sup> En outre, bien que le caractère nécessaire de la mesure ne doive pas désigner seulement une mesure indispensable ou de nécessité absolue, ou encore l’inexistence d’une mesure qui serait moins restrictive au commerce, il est intéressant que le Mercosur prenne modèle sur les exemples multilatéraux, régionaux sans renoncer pour autant à définir ses

---

<sup>64</sup> OMC. Organe d’appel, Corée- Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée, (WT/DS169/AB/R), 10 janvier 2001, para. 157. Voir aussi OMC. Organe d’appel, *États-Unis - Normes concernant l’essence nouvelle et ancienne formules* (WT/DS2/AB/R) du 29 avril 1996, page 25.

<sup>65</sup> OMC. Organe d’appel, Corée- Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée, (WT/DS169/AB/R), 10 janvier 2001, para. 159.

<sup>66</sup> Selon l’Organe d’appel « une mesure ‘nécessaire’ se situe beaucoup plus près du pôle ‘indispensable’ que du pôle opposé: ‘favoriser’ simplement » (Ibidem, para. 161).

<sup>67</sup> MALJEAN-DUBOIS, Sandrine. La conformité aux textes de l’OMC de l’interdiction de l’amiante par la France (OMC, Organe d’appel, 12 mars 2001), *Petites affiches*, 30 avril 2002 n° 86.

<sup>68</sup> OMC. Organe d’appel, Corée- Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée, (WT/DS169/AB/R), 10 janvier 2001, para. 162.

<sup>69</sup> TAHM. Sentence arbitrale du 25 octobre 2005, affaire relative à l’Interdiction d’importation de pneumatiques rechapés, Uruguay c. Argentine, para. 63.

propres critères adaptés à la réalité juridique, politique et économique de ses membres.<sup>70</sup>

## 5.2 Ni un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable, ni une restriction déguisée

Rappelons que l'article 50 du TM a énuméré les motifs admis au titre des entraves au libre commerce dans le Mercosur. De ce point de vue, cet article ressemble au texte des paragraphes de l'article XX du GATT et de l'article 36 du TFUE, comme nous l'avons vu auparavant. Le point clé pour la distinction entre ces dispositifs repose sur la deuxième partie de son exégèse, le « chapeau » des articles XX et 50 et la fin de l'article 36. Contrairement aux textes de l'OMC et de l'UE, le texte de l'article 50 du TM n'interdit pas aux États membres d'appliquer une mesure « de façon à » ce que celle-ci constitue soit « une discrimination arbitraire ou injustifiable », soit « une restriction déguisée au commerce international ».

Il convient de préciser que dans l'affaire États-Unis – Essence, l'Organe d'appel a reconnu que le but des mesures introduites par l'article XX était de prévenir l'abus.<sup>71</sup> En prohibant de façon générale les discriminations arbitraires et injustifiables, ainsi que les restrictions déguisées au commerce, les États membres de l'OMC ont voulu établir une barrière contre leur usage excessif, veiller à ce que l'exception n'excède pas certaines limites.<sup>72</sup>

Pendant, dès lors que le libellé de l'article 50 du TM<sup>73</sup> ne stipule pas d'exigences minimales en vue de l'utilisation des mesures exceptionnelles, il accorde aux États-parties une ample marge de manœuvre pour poursuivre une des politiques non commerciales reconnues dans le dispositif. En effet, l'omission de critères conduit à la conclusion qu'il suffirait qu'un État allègue une des hypothèses contenues dans les alinéas de l'article 50 pour que la mesure restrictive soit légitime. Une telle marge de manœuvre peut autant aider positivement à la protection des intérêts en jeu, dans la mesure où elle facilite l'adoption d'autres politiques fondamentales, que mener à une utilisation immodérée.

---

<sup>70</sup> OMC. Organe d'appel, Corée- Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée, (WT/DS169/AB/R), 10 janvier 2001, para. 162 et para. 161-164.

<sup>71</sup> OMC. Organe d'appel, États-Unis - Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules (WT/DS2/AB/R) du 29 avril 1996, page 25

<sup>72</sup> PAYE, Olivier. *L'OMC et la protection de l'environnement*, Bruxelles, CRISP, 1996, p. 31. CARREAU, Dominique ; JULLIARD, Patrick. *Droit international économique*, 3ème éd. Paris, Dalloz, 2007, p. 265.

<sup>73</sup> L'article 50 se lit donc comme suit: « No provision of this Treaty shall be construed as an impediment to the adoption and execution of measures relating to: [...] » (Traité de Montevideo).

Il convient de rappeler que les dispositifs d'un traité doivent être exécutés de bonne foi.<sup>74</sup> L'exégèse de l'article 50 doit être analysée à la lumière de l'article 1 du TA et de son Annexe I qui fait de l'élimination des droits de douane et des restrictions l'une des finalités du bloc permettant la consécration du marché commun. Il s'agit de ce que Panayotis Soldatos désignait comme un continuum intégratif, dans lequel les divers éléments se réunissent pour composer une vision d'ensemble, une réalité ordonnée en fonction d'un processus d'intégration.<sup>75</sup> En conséquence, le chapeau de l'article 50 doit être interprété comme une dérogation à la règle générale, tout en considérant cependant l'objectif et le but du Mercosur.<sup>76</sup>

Face aux difficultés d'interprétation de l'article 50, la délégation de l'Argentine a d'ailleurs proposé au CCM un projet de réglementation fondé sur les expériences de l'OMC. Ladite réglementation définirait quelles sont les exigences pour que soient validées les normes nationales visant à restreindre la libre circulation des marchandises dans le Mercosur. Selon cette proposition, la lecture de l'article 50 devrait tenir compte des exigences multilatérales, et les mesures ne devraient pas constituer une discrimination arbitraire ou injustifiée, ni des restrictions déguisées au commerce. Le Tribunal Arbitral, contribuant ainsi à résoudre cette impasse, allègue que «les exceptions à la libre circulation doivent résulter de textes formels et que, même les exceptions admises comme, par exemple, les mesures non-commerciales de l'article 50 du TM 80, doivent être destinées effectivement à leur finalité spécifique et dûment déclarée, afin de ne pas représenter une forme déguisée de restriction commerciale qui serait alors inadmissible »<sup>77</sup>.

Il convient d'ajouter que l'Accord cadre visant à la protection de l'environnement dans le Mercosur (2001) contribue lui aussi à remplir cette lacune lorsqu'il détermine que les États doivent éviter l'adoption de mesures environnementales qui discriminent de manière arbitraire ou injustifiée le libre commerce des biens et des services<sup>78</sup>. Prenant en compte l'exégèse de toutes les règles du Mercosur citées ci-dessus, nous arrivons à la conclusion que, même dans le cas où une mesure sert l'objectif environnemental reconnu comme légitime aux termes de l'article 50, elle ne peut être

---

<sup>74</sup> Article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des Traités.

<sup>75</sup> TAHM. Sentence arbitrale du 28 avril 1999, affaire relative aux Comunicados n° 37 du 17 décembre 1999 et n° 7 du 20 février 1998 du Département des Opérations du commerce extérieur (DECEX) et du Secrétariat du commerce extérieur (SECEX). Application de mesures restrictives au commerce réciproque, Argentine c. Brésil, para. 50.

<sup>76</sup> BASSO, Maristela. « Livre circulação de mercadorias e proteção ambiental no Mercosur », in BASSO, Maristela. *Mercosur*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 400.

<sup>77</sup> TAHM. Sentence arbitrale du 21 mai 2001, affaire relative à l'application de droits antidumping à l'exportation de poulets entiers en provenance du Brésil, Argentine c. Brésil, para. 145, Notre traduction

<sup>78</sup> Article 3 de l'Accord-cadre visant à la protection de l'environnement dans le Mercosur.

appliquée de manière à constituer une discrimination arbitraire ou injustifiable, ou encore une restriction déguisée au commerce entre les Membres du bloc. Nonobstant, une lacune subsiste au niveau des conditions d'application de l'article 50, vu que les expressions utilisées n'ont pas été définies. Ainsi, au regard de la similitude entre l'article 50, l'article XX du GATT et l'article 36 du TFUE, la jurisprudence de la CJUE peut nous aider à mieux comprendre le sens de chaque limitation imposée, même si le TAHM et le TPR du Mercosur pourraient, dans le futur, arriver à une interprétation distincte de celle qui a été produite par les organes de règlement des différends actuels.

## 6. REMARQUES FINALES

Bien que la protection de l'environnement ne soit pas explicitement citée dans les dispositions portant exceptions générales, celles-ci font référence à l'adoption de mesures nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux, de même qu'à la préservation des végétaux, ou encore, se rapportant à la conservation des ressources naturelles, pour appliquer des règles de protection de l'environnement. Pour qu'une politique environnementale, incompatible avec les dispositions du TA, se trouve justifiée en vertu de l'article 50, deux conditions doivent être remplies et ce, de manière cumulative.

La classification en tant qu'exception à une mesure environnementale est très complexe. Dans les grandes lignes, l'adoption de normes directement liées à la protection de la santé et de la vie serait considérée comme légitime. Toutefois, les mesures environnementales visant à la réglementation de la pollution de l'eau et de l'air, à la réduction de la pollution sonore, à l'accumulation des déchets, entre autres, et qui ont trait, de manière secondaire, à la protection de la santé et de la vie des personnes, des animaux et des végétaux, ne sont pas incluses dans les situations prévues à l'article .

Néanmoins, les États membres sont soumis au principe de proportionnalité, c'est-à-dire qu'ils ne peuvent recourir à des mesures de protection drastiques qui seraient excessives par rapport à l'objectif poursuivi. Ainsi, les mesures de préservation de l'environnement qui restreignent le commerce ne sont autorisées que lorsqu'elles sont raisonnables.

## RÉFÉRENCES

BASSO, Maristela. «Livro circulação de mercadorias e proteção ambiental no Mercosur», in BASSO, Maristela. Mercosur, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997.

BÉGUIN Jacques ; MENJUCQ, Michael (dir.). Droit du commerce international, Paris, Litec, 2005.

BLAC, Henry Campbell. Black's Law Dictionary, 6ème ed., 1991.

BLUMANN, Claude. « Objectifs et principes en droit communautaire », in Le droit de l'Union européenne en principes, Paris, Apogée, 2006.

CJCE. 10 janvier 1985, Association des Centres Distributeurs Édouard Leclerc c. Sté. Thouars distribution, Affaire 229/83, Rec. p.1. CJCE, 19 mars 1991, Commission c Grèce, aff. C-205 – 89, Rec. 1991, p. I-1361, pt.9.

CJCE. 13 juil. 1994, Commission c/ RFA, aff., C-131/93: Rec. CJCE 1994, I, p. 3303, pt 17.

CJCE. Arrêt du 12 octobre 2000, Snellers Auto's BV, Aff. 314/98, Europe, décembre 2000, comm. n° 381.

CJCE. Arrêt du 17 juin 1981, Commission c. Irlande (Souvenirs d'Irlande), Aff. 113/80, Rec. p. 1625.

CJCE. Arrêt du 7 février 1985, Procureur de la République c. Association de défense de brûleurs d'huiles usagées (ADBHU), aff. 240/83, Rec. 1985, p. 531, 549, n° 15.

CJCE. Arrêt du 7 février 1985, Procureur de la République c. Association de défense de brûleurs d'huiles usagées (ADBHU), aff. 240/83, Rec. 1985, p. 4607, 4632, n° 20-22 .

FLORY, Thiebaut. L'OMC, droit institutionnel et substantiel, Bruxelles, Bruylant, 1999.

GATT. Groupe spécial, Rapport, États-Unis - L'article 337 de la Loi douanière de 1930 (L/6439) du 7 novembre 1989.

KAZEKI, Jun. « Les restrictions à l'exportation in OCDE » (org.), Au-delà des tarifs : le rôle des obstacles non tarifaires dans le commerce mondial, OCDE, 2005, p.226- 254, p. 231.

KLABBERS, Jan. «Jurisprudence in International Trade Law: Article XX of GATT», Journal of World Trade, 1992, vol. 26, n° 2.

KRAMER, Ludwig. «Environmental protection and article 30 EEC Treaty», Common Market Law Review, n° 30, 1993, pp 111-143.

LAVRYSEN, Luc. «The European Court of Justice and the implementation of environmental law», in MACRORY, Richard (ed.) Reflections on 30 years of EU environment law : a high level of protection?, 2006.

MALJEAN-DUBOIS, Sandrine. « L'OMC et la protection de l'environnement international », in MICHELOT, Agnès. (coord) Environnement et commerce, Suisse, UNITAR, 2006.

MALJEAN-DUBOIS, Sandrine. La conformité aux textes de l'OMC de l'interdiction de l'amiante par la France (OMC, Organe d'appel, 12 mars 2001), Petites affiches, 30 avril 2002 n° 86.

MERCOSUR/CMC/Dec. N° 58/00.

MERCOSUR/CMC/Dec. N° 57/00.

MERCOSUR/CMC/Dec. n° 50/2007.

MOLINIER, Joel; GROVE-VELDEYRON, Nathalie de. Droit du marché intérieur européen, 2ème éd., Paris, LGDJ, 2008.

NEUMAYRER, Eric. « Greening the WTO agreements can the treaty establishing the European Community be of guidance ? », Journal of world trade, vol. 35, p.145-166, 2001.

OCDE. L'environnement et les accords commerciaux régionaux, OCDE, 2007.

OMC. Affaire États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules, WT/DS2/AB/R, Rapport de l'Organe d'Appel du 26 avril 1996, p. 34.

OMC. Groupe spécial, Affaire Thaïlande – restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes, adopté le 7 novembre 1990.

OMC. Groupe spécial, Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant (WT/DS135/R) du 18 septembre 2000.

OMC. Organe d'appel, Corée- Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée, (WT/DS169/AB/R), 10 janvier 2001.

OMC. Organe d'appel, Corée- Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée, (WT/DS169/AB/R), 10 janvier 2001.

OMC. Organe d'appel, États-Unis - Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules (WT/DS2/AB/R) du 29 avril 1996, page 25

OMC. Organe d'appel, Rapport. États-Unis – Prohibitions à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (WT / DS58 / AB / R) du 12 octobre 1998.

OMC. Rapport États Unis – L'article 337 de la loi douanière de 1930, para. 81. Cf. « Division du commerce et de l'environnement », OMC, Le commerce et l'environnement, OMC.

PAYE, Olivier. L'OMC et la protection de l'environnement, Bruxelles, CRISP, 1996, p. 31. CARREAU, Dominique ; JUILLARD, Patrick. Droit international économique, 3ème éd. Paris, Dalloz, 2007, p. 265.

PICOD, Fabrice. « Protection de l'environnement et libre circulation des marchandises », in La Communauté européenne et l'environnement, Travaux du Colloque d'Angers de la CEDECE, 1997, p. 405-423.

TAHM. Sentence arbitrale du 28 avril 1999, affaire relative aux Comunicados n° 37 du 17 décembre 1999 et n° 7 du 20 février 1998 du Département des Opérations du commerce extérieur (DECEX) et du Secrétariat du commerce extérieur (SECEX). Application de mesures restrictives au commerce réciproque, Argentine c. Brésil.

VIAL, Claire. Protection de l'environnement et libre circulation des marchandises, Bruxelles, Bruylant, 2006.

TAHM. Sentence arbitrale du 21 mai 2001, affaire relative à l'application de droits antidumping à l'exportation de poulets entiers en provenance du Brésil, Argentine c. Brésil.

TAHM. Sentence arbitrale du 19 avril 2002, affaire relative aux Obstacles à l'entrée de produits phytosanitaires argentins dans le marché brésilien, Argentine c. Brésil.

TAHM. Sentence arbitrale du 25 octobre 2005, affaire relative à l'Interdiction d'importation de pneumatiques rechapés, Uruguay c. Argentine.

TPR. Sentence arbitrale (révision) du 20 décembre 2005 relative à la sentence en révision présentée par la République de l'Uruguay contre la sentence du TAHM du 25 octobre 2005 dans le différend relatif à la Prohibition d'importation de pneumatiques rechapés en provenance de l'Uruguay, Uruguay c. Argentine.





# ¿TIENEN DERECHO LOS OBLIGADOS TRIBUTARIOS A SER INFORMADOS DEL INTERCAMBIO DE DATOS FISCALES ENTRE ADMINISTRACIONES TRIBUTARIAS DE DIVERSOS ESTADOS?

---

*María José López Sánchez\**  
*Pedro M. Herrera Molina\*\**

## **Resumen**

Este estudio procuró evaluar si el sistema jurídico de la Unión Europea obliga o no al Estado a informar a los interesados del intercambio de información tributaria con administraciones de otros Estados miembros. Se realizó búsqueda bibliográfica y documental sobre las polémicas en torno al tema. Se concluyó que el sistema jurídico de la Unión Europea no obliga a los Estados a informar al interesado sobre el intercambio de información con otros Estados miembros. Además, no hay mención en los convenios internacionales. Se propone regular la materia, debido a la urgencia y la importancia del tema.

## **Palabras clave**

Unión Europea. Derecho a la información. Intercambio de datos fiscales.

## **Resumo**

Este estudo teve como objetivo avaliar se o ordenamento jurídico da União Europeia obriga ou não o Estado a informar às partes interessadas sobre a troca de informações fiscais com as autoridades de outros Estados-Membros. Realizou-se pesquisa bibliográfica e documental sobre as controvérsias em torno do assunto. Concluiu-se que o sistema legal da União Europeia não obriga os Estados a informar ao interessado sobre a troca de informações com outros Estados-Membros. Além disso, não há nenhuma menção nas convenções internacionais. Propõe-se a regulação da matéria, devido à urgência e à importância do tema.

## **Palavras-chave**

União Europeia. Direito à informação. Troca de informações fiscais.

---

\* Profesora Titular EU de Derecho Financiero y Tributario, UNED.

\*\* Catedrático de Derecho Financiero y Tributario, UNED.

## 1. PLANTEAMIENTO

Un órgano jurisdiccional de la República Checa ha planteado al Tribunal de Justicia de la UE diversas cuestiones prejudiciales sobre la compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea de una normativa nacional que no contempla el derecho del contribuyente a ser informado del requerimiento dirigido a una Administración de otro Estado miembro con arreglo a la Directiva de asistencia mutua (Asunto C-276/12, *Sabou*).

El planteamiento de estas cuestiones causa cierta sorpresa y parece predecible que el Tribunal rechace la existencia de un derecho del contribuyente –derivado de las normas de la Unión Europea– a ser informado del citado requerimiento. Consideramos, sin embargo, que este incidente constituye una magnífica ocasión para analizar a fondo la materia y no sólo desde el punto de vista comunitario (utilizaremos este adjetivo para referirnos concisamente al Derecho de la Unión Europea) sino también desde la perspectiva de la Fiscalidad internacional y del Derecho español.

Podemos sintetizar las cuestiones planteadas por el tribunal nacional, en el eventual reconocimiento de una serie de derechos al contribuyente con ocasión de una solicitud de información, en el contexto de la asistencia mutua y al amparo de la normativa internacional, comunitaria y nacional, así como en la existencia de ciertas obligaciones tanto para el Estado requirente de la información como para el Estado requerido y obligado a transmitir esa información, en relación con ese mismo contribuyente.

A nuestro juicio, en lo que se refiere al *Estado requirente*, no existe obligación de informar, ni en el ámbito internacional ni en el comunitario. Tampoco existe un deber de contar con la participación del contribuyente cuando se realiza una solicitud de información a otro Estado miembro. Por tanto, lo habitual será que el Estado que solicita la información no comunique al obligado tributario afectado este procedimiento, salvo que así lo prevea su normativa interna.

En cuanto al *Estado requerido*, podemos analizar el tema desde las cuatro vertientes complementarias: el plano internacional, el comunitario, el Derecho comparado y el ordenamiento español.

## 2. PERSPECTIVA DE DERECHO TRIBUTARIO INTERNACIONAL

En primer lugar, vamos a pasar revista a los instrumentos más importantes que otorgan respaldo jurídico al intercambio de información y analizaremos la protección o los derechos reconocidos en los mismos a los contribuyentes o a los obligados tributarios, a efectos de notificación o de participación.

## 2.1. Tratamiento del deber de información en el MC-OCDE

El artículo 26 del Modelo de Convenio de Doble Imposición de la OCDE proporciona la base más extendida para el intercambio bilateral de información con fines fiscales y la cooperación administrativa en el plano internacional.

Desde la primera versión del artículo 26 de 1963, hasta la última modificación del mismo en Julio de 2012, el precepto ha sufrido diversas vicisitudes casi todas ellas tendentes a suprimir limitaciones y a hacer más efectivo el intercambio de información. Muy sucintamente, las podemos sintetizar en cuanto a su contenido afecte a las siguientes materias:

a) *Ámbito objetivo*: se trata de cuestiones referidas al tipo de información que están obligadas a transmitirse las partes, a la consideración de la información objeto de intercambio como *necesaria* para el estado requirente o simplemente *relevante*; a si la información transmisible debe consistir en meros datos, si o abarcar también copias autenticadas de documentos originales, registros o testimonios. También se prevé si el intercambio de información puede ir referido únicamente a los impuestos previstos o cubiertos en el Convenio o bien puede afectar *a todos los impuestos integrantes del sistema tributario de los Estados contratantes*. Incluso, como prevé el *update* de la OECD al artículo 26 de 2012, cabe prever de que la información transmitida pueda usarse también con finalidades no tributarias (*non-tax purposes*) si la legislación de los Estados contratantes así lo permite.

b) *Ámbito subjetivo*, en cuanto a que la información solicitada al Estado requerido deba referirse exclusivamente a un contribuyente residente en dicho Estado o pueda afectar incluso a los no residentes.

c) *Ámbito temporal*, en el sentido de determinar si el intercambio de información se debe referir a hechos ocurridos con posterioridad a la firma del Convenio solamente, o si es posible la retroactividad, en cuanto pueda afectar a hechos acaecidos con anterioridad a la vigencia del CDI. Y también tendentes a mejorar la velocidad y fijar unos tiempos máximos deseables en los que se debe transmitir la información (*update* 2012).

En la actualidad, el artículo 26 consta de cinco apartados en los que podemos ver recogidas las cuestiones referentes a los tres ámbitos descritos con anterioridad. Pues bien, en ninguna de sus sucesivas redacciones se hace referencia a la posición de los obligados tributarios afectados por el intercambio de información. Aunque el artículo presenta un contenido mínimo y no impide que los Estados miembros regulen bilateralmente con mayor detalle, llama la atención que no se regulen expresamente los derechos de los afectados.

Sin embargo, como apunta Calderón Carrero el Comité Fiscal de la OCDE clarificó a través de los comentarios al MC-OCDE 2000 que el art. 26 no excluye la revelación de la información intercambiada al contribuyente afectado. Avanzando en esta línea, los comentarios al art. 26 del MC-OCDE 2005-2008, reflejan una posición más flexible respecto al otorgamiento por parte de los Estados de “derechos de participación” a los obligados tributarios afectados por requerimientos de información. Así, se admite que tales derechos pueden evitar errores en los intercambios de información, así como facilitar el suministro de datos permitiendo a los contribuyentes cooperar voluntariamente con las autoridades del Estado requirente. Aunque eso sí, se insiste en que estos derechos de participación no deben en ningún caso frustrar los esfuerzos de los Estados requirentes, ni provocar demoras o dilaciones injustificadas en el procedimiento.

## 2.2. Genérica referencia a los “derechos de participación” de los obligados en el Modelo de Acuerdo sobre Intercambio de Información de la OCDE

El *Modelo de Acuerdo OCDE sobre intercambio de información en materia tributaria y sus Comentarios* fue aprobado el 18 de abril de 2002. En él sólo se contempla el intercambio de información *previo requerimiento*. Dicho modelo reconocen implícitamente los denominados “derechos de participación” de los obligados tributarios, en cuanto dispone que “los derechos y garantías reconocidos a las personas por la legislación o la práctica administrativa de la Parte requerida, seguirán siendo aplicables siempre que no impidan o retrasen indebidamente el intercambio efectivo de información” (art. 1 *in fine*).

En el Informe del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE *Tax Information Exchange between OECD countries*, se detallan los distintos tipos de derechos de participación que pueden conceder los países miembros a los obligados tributarios. Estos son los siguientes: derechos de notificación, derechos de consulta o audiencia y derechos de intervención o impugnación de las medidas adoptadas por el Estado requerido, para recabar la información.

Según el Comité, los *derechos de notificación* sirven para que el obligado tributario afectado por un intercambio de información tenga conocimiento de los datos que van a ser transmitidos, del país que los ha requerido, los impuestos afectados y los eventuales recursos que permiten oponerse a la transmisión de los datos. Los *derechos de consulta* otorgan al obligado tributario la posibilidad de que el Estado que tiene la intención de transmitir los datos le otorgue audiencia antes de la transmisión de los mismos; y por último los *derechos de intervención* permiten al obligado tributario conocer los detalles del intercambio y someterlo a un control administrativo y jurisdiccional previo.

Por otra parte, el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE ha aprobado un *Manual para la aplicación de las disposiciones relativas al intercambio de información con fines tributarios*, con el fin de “proporcionar a los funcionarios encargados de realizar el intercambio de información con fines tributarios, una visión general del funcionamiento de las disposiciones sobre el intercambio de información e indicaciones de carácter técnico y práctico para mejorar tales intercambios”.

En él se describen las cinco etapas a través de las cuales deben aplicarse las disposiciones sobre intercambio de información: 1. Preparación y envío de una petición.- 2. Recepción y verificación de una petición.- 3. Recopilación de la información solicitada.- 4. Respuesta a la petición.- 5. Información de retorno.

Nos centraremos en el examen de aquellos puntos que resultan relevantes para nuestro estudio:

En cuanto al contenido de la petición, se ha de identificar claramente no solo a la persona sujeta a comprobación o investigación sino también a cualquier entidad o contribuyente extranjero que sea pertinente a estos fines y, en la medida que sea conocida, su relación con las personas sometidas a comprobación o investigación. Además, se recomienda que se especifique “si hay razones para evitar la notificación al contribuyente sujeto a comprobación o investigación (por ejemplo, si la notificación pudiera poner en peligro la investigación)”.

También se recomienda que el país requirente indique si el envío de la petición de información sobre un caso objeto de comprobación tributaria, interrumpe la prescripción.

Una vez que se ha verificado que la petición cumple con las condiciones establecidas en la disposición aplicable, que ha sido firmada por la autoridad competente, e incluye toda la información necesaria para ser procesada, se procederá a la recopilación de la información, a estos efectos se especifica que la información debe recopilarse como si fuera requerida para fines tributarios nacionales. Esta información requerida puede que se encuentre a disposición de la Administración tributaria o bien deba ser obtenida por la autoridad competente través de diversos medios (entrevistando a un contribuyente, obteniendo la información de terceras personas...). En cualquier caso se le debe dar una elevada prioridad, ya que el intercambio de información es obligatorio y una completa y pronta respuesta puede ser de vital importancia para los resultados de la investigación o comprobación de la parte requirente.

A continuación y antes de enviar la respuesta, si la legislación nacional así lo prevé y siempre que no haya excepciones aplicables, la autoridad noti-

ficará al contribuyente de que se va a efectuar la transmisión de datos que le conciernen.

En relación con los extremos que se deberían contener en la respuesta, se indica que ésta debería mencionar *si el contribuyente o una tercera persona ha sido notificado acerca del intercambio*; así como si existe alguna objeción para que se notifique al contribuyente la recepción de la información.

A la luz del estudio de los instrumentos internacionales que fundamentan el intercambio de información, se puede concluir que está en manos de la legislación interna de cada Estado la protección jurídica que se dé a los afectados por estos procedimientos. Como se reconoce en el Informe OCDE mencionado anteriormente, “los *derechos de intervención* (es decir los que otorgan mayores garantías a los administrados), únicamente se reconocen en la legislación interna de un reducido número de Estados; en la mayoría de los países no se ha regulado de forma específica la participación de los obligados tributarios en el procedimiento de intercambio de información que les afecta”.

### 2.3. Mera referencia a la posibilidad de informar en el Convenio Multilateral del Consejo de Europa-OCDE sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal

El *Convenio Multilateral del Consejo de Europa-OCDE de 1988 sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal*, firmado por España el 12 de noviembre de 2009 y ratificado el 22 de julio de 2010, cuya última modificación ha entrado en vigor el 1 de junio de 2011, contiene una previsión expresa sobre la materia que analizamos. Según su artículo 4.3 “cualquier parte puede, mediante declaración dirigida a uno de los depositarios, indicar que, de conformidad con su legislación interna, sus autoridades podrán informar a sus residentes o nacionales antes de transmitir información relacionada con ellos, de conformidad con los artículos 5 y 7” (referidos respectivamente al intercambio de información por solicitud previa y al intercambio de información espontáneo).

## 3. PERSPECTIVA DE LA UNIÓN EUROPEA: INEXISTENCIA DE UN DEBER DE INFORMACIÓN EN LAS DIRECTIVAS

La primera norma que regula de forma sistemática en el ámbito comunitario el intercambio de información es la Directiva 77/799/ CEE, relativa a la asistencia mutua entre las autoridades competentes de los Estados miembros en el ámbito de los impuestos directos.

Como afirma Cruz Amorós, “el procedimiento de intercambio de información en la Unión Europea ahonda sus raíces en las disposiciones inter-

nacionales del art. 26 MC OCDE, pese a existir diferencias significativas entre ambas prácticas, como es la relativa a las restricciones al uso de la información intercambiada”.

La Directiva da cobertura al suministro de información en relación con todo tipo de obligados tributarios, sin importar el título de sujeción fiscal en el Estado requirente ni en el Estado requerido, ni tampoco su cualidad de residente o no residente comunitario, ni siquiera su condición de nacional o no en alguno de los Estados miembros.

Ni en la redacción original de esta norma, ni en ninguna de sus modificaciones se regulan mínimamente los derechos de los contribuyentes afectados por un procedimiento de intercambio de información entre dos Estados. En palabras de Martínez Giner “una de las carencias de la Directiva, que sigue siendo una cuestión pendiente no resuelta satisfactoriamente [por la reforma de 2011], es la falta de respuesta a la protección del contribuyente afectado por el intercambio de información”.

#### 4. PERSPECTIVA COMPARADA: ESTABLECIMIENTO DEL DEBER EN ALGUNAS LEGISLACIONES NACIONALES

Como señala Calderón Carrero, “conscientes de esta problemática, un reducido número de países, entre los que destacan Alemania, Países Bajos, Portugal y Suiza han introducido en su ordenamiento jurídico un conjunto de normas tendentes a garantizar “derechos de participación” a los obligados tributarios afectados por los intercambios de información”.

Alemania garantiza los derechos de notificación y audiencia, y sólo permite impugnar el intercambio allí donde se requiere la colaboración del obligado tributario a los efectos de obtener la información solicitada; se considera que en el resto de los casos no hay posibilidad de interponer recurso por cuanto la transmisión de la información en poder de la Administración fiscal no constituye un acto administrativo.

En los Países Bajos, cuando la Administración recibe una solicitud de información fiscal de una autoridad extranjera, y decide comunicar la información al otro Estado, tiene la obligación de notificar previamente por escrito al obligado tributario; la notificación debe especificar la información solicitada, y el país que la ha solicitado. El obligado tributario tiene entonces 30 días para apelar tal decisión ante el Tribunal del Estado y durante este tiempo la información no puede ser transmitida. Para que se acepte esta apelación el obligado tributario tiene que demostrar que la información que se va a transmitir podría estar entre una de las previstas en la Ley como motivos de denegación a facilitar la información. En este momento, si la información es

urgente la Administración extranjera será informada de que se va a sufrir un retraso en la contestación. Sólo hay un motivo en la legislación neerlandesa para anular esta obligación de notificación previa al obligado tributario, y es que existan fundados indicios de fraude.

Los convenios celebrados por Portugal no contemplan el derecho de notificación al obligado tributario afectado por el intercambio de información ni antes ni después de la transmisión de la información. Sin embargo, de acuerdo con la Constitución portuguesa toda persona afectada por un procedimiento en curso tiene el derecho de ser informada de las resoluciones que se tomen en el mismo. Es más, también tiene derecho a la consulta de los documentos o archivos en poder de la Administración que les conciernan. De manera que aunque los convenios internacionales no reconozcan expresamente estos derechos de notificación las leyes internas protegen ampliamente la situación jurídica de los obligados tributarios.

En Suiza, además de existir derechos de notificación y consulta, el afectado por un intercambio de información puede recurrirlo ante los tribunales en el plazo de 30 días, desde que se le notifica, a los efectos de controlar su legalidad. En este caso, la transmisión de la información requerida queda paralizada hasta que exista una decisión jurisdiccional firme. La Corte Suprema reconoció en una decisión tomada el 23 Diciembre de 1970, también derechos de apelación incluso a los no residentes, siempre que nombren a un representante en el país.

## 5. RECAPITULACIÓN Y VALORACIÓN CRÍTICA

La situación de la que partimos es la existencia de Estados miembros cuya normativa a efectos de notificación al contribuyente es distinta en función de que la petición de información venga de otro Estado miembro o de un organismo del propio Estado. En el primer caso existiría la obligación de informar al contribuyente y en el segundo no.

En cuanto a la conveniencia o no de informar o notificar por el Estado requerido al obligado tributario, con carácter previo a la transmisión de la información, la mayoría de la doctrina está a claramente a favor de proteger los derechos de los afectados. Tal protección redundaría en la mayor eficacia de los procedimientos y reforzaría la fiabilidad de la información transmitida. En efecto, como señalan Merino y Nocete, los derechos de participación permiten “que la persona afectada pueda invocar [...] la ilegalidad de pruebas ante los tribunales del Estado receptor de los datos transmitidos cuando la información se destine a otros fines distintos de los fiscales, reclamar la responsabilidad penal o administrativa del agente que hubiese revelado indebidamente los datos que le conciernen y exigir la responsabilidad patrimonial del Estado cuando hubiese sufrido un perjuicio o daño antijurídico, si

bien se excepcionarán dichos derechos en caso de existir indicios suficientes de fraude fiscal.”

No falta en la doctrina algún autor que señala que por la falta de esta notificación “los derechos de los interesados no van a sufrir disminución de las garantías si la Administración actúa de forma correcta” , y sin embargo sí que puede afectar negativamente a la efectividad del intercambio, ya que “puede suponer como mínimo un retraso en el tiempo”.

En general se critica la exigencia de notificación únicamente en los casos en que haya indicios claros de fraude o evasión fiscal y también cuando se puedan producir retrasos que pongan en peligro la eficacia del procedimiento en curso.

Debido a esta situación, el grupo ad hoc *Fraude Fiscal* de la Comisión Europea elaboró en el año 2003 un *Informe* en el que se incluía la recomendación de que los Estados miembros suprimiesen la previa notificación del procedimiento de intercambio de información al contribuyente, ante el temor a una merma de eficacia del intercambio de información, debido principalmente a los retrasos en el proceso de recopilación de la información en el Estado requerido.

Esto en la práctica se ha traducido en la modificación de la Directiva comunitaria de cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad, en el sentido de incluir expresamente en el artículo 6.3 (relativo a las investigaciones administrativas en los procedimientos de intercambio de información previa solicitud) la necesidad de que los Estados apliquen los mismos procedimientos que si actuasen por propia iniciativa.

Señala Calderón Carrero que, en el ámbito internacional “los Modelos de convenio OCDE 2002 de intercambio de información y el Modelo de Convenio de Doble Imposición 2005-2008 adoptan una posición más garantista que la UE en relación con el reconocimiento y la protección de los derechos de los obligados tributarios”.

Pues bien, la Comisión Europea, en la Comunicación *Política Fiscal en la Unión Europea: Prioridades para los próximos años* (mayo de 2001) destaca “la necesidad de poner más énfasis en las preocupaciones de los contribuyentes comunitarios”. Y ésta, que duda cabe, es una de ellas, a la luz de la escasa protección de que gozan los contribuyentes u obligados tributarios en estos procedimientos, en contraste con la mayor relevancia que cada año esta adquiriendo los procedimientos de asistencia mutua entre las Administraciones de los Estados miembros de la UE.

En esta línea de atender a las preocupaciones de los contribuyentes comunitarios podemos enmarcar la Comunicación de la Comisión de fecha

27 de junio de 2012, en la que se adoptaron una serie de medidas para reforzar la lucha contra el fraude y la evasión fiscal. Una de las 34 medidas que se acordaron fue la elaboración de un *European Taxpayer's Code* o "Código para los obligados tributarios europeos".

Para ello el primer paso que se ha dado es la reciente consulta pública (entre el 25/02/2013 y el 17/05/2013) dirigida a todos los ciudadanos comunitarios, y a todo tipo de organizaciones, solicitando que envíen sus propuestas con el fin de hacer una recopilación de buenas prácticas administrativas de los Estados miembros, con el objetivo último de facilitar la cooperación y la confianza entre las Administraciones de Impuestos y los obligados tributarios, asegurar una mejor transparencia en los derechos y obligaciones de los mismos y mejorar y fomentar de este modo el cumplimiento de los deberes tributarios, entre los que se encuentran como no, el que es objeto de nuestro estudio, el deber de información.

En nuestra modesta opinión, hay que buscar el equilibrio entre los dos intereses en juego, equilibrio que solo se puede encontrar valorando cada situación y ponderando uno por uno los procedimientos en curso al objeto de dilucidar si en él debe primar la rapidez -por haber claros indicios de evasión fiscal- o si, por el contrario, es preferible dar cuenta del mismo al afectado tributario, con el fin de que la información se contraste en el país de origen antes de su transmisión y se eviten impugnaciones ulteriores. De todos modos, esta solución presenta el riesgo de atribuir a las autoridades de cada Estado miembro la tarea de ponderar el peso que deba atribuirse a los derechos de participación.

Esperemos que la propuesta de Código de derechos y obligaciones tributarios de los ciudadanos europeos llegue a buen puerto e incluya la debida referencia a los derechos de participación de los obligados tributarios en los procedimientos de intercambio de información, con las cautelas necesarias, al objeto de no menoscabar la eficacia de estos procedimientos.

## 6. PERSPECTIVA INTERNA

### 6.1. Ausencia de regulación expresa sobre el derecho a ser informado

Como hemos visto, el Derecho Internacional y de la Unión Europea deja en manos de cada Estado la decisión de informar o no al obligado cuando se utiliza un procedimiento de intercambio de información para investigar o comprobar su situación tributaria.

Por tanto, resulta relevante examinar la respuesta del ordenamiento español. Comenzaremos exponiendo la literalidad de la regulación legal y reglamentaria, para examinar en seguida su correcta interpretación.

Por un lado, los artículos 93 a 95 LGT (reguladores de la potestad de obtención de información sobre terceros) no establecen ningún deber de comunicación a la persona para quien es relevante la información. Por el contrario, señalan expresamente que “la cesión de datos de carácter personal que se deba efectuar a la Administración tributaria conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, en los apartados anteriores de este artículo o en otra norma de rango legal, no requerirá el consentimiento del afectado. En este ámbito no será de aplicación lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 21 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal” (art. 94.5 LGT). El art. 51.1 del Reglamento General de Aplicación de los Tributos advierte que es posible realizar requerimientos de información “directamente a las entidades bancarias o crediticias con las que operen sin que sea necesario notificar dicho requerimiento al obligado tributario al que se refiere la información requerida”.

Además, los artículos 117 bis y ss. LGT relativos a la asistencia mutua y el intercambio de información, no establecen ningún deber de comunicación a la persona a que se refiere la información en el caso de que los datos se soliciten a otro Estado ni en el supuesto de que se suministre a otro Estado tal información. El nuevo título VI del Reglamento General de Aplicación, destinado a regular las “actuaciones derivadas de la normativa sobre asistencia mutua” tampoco establece previsión alguna al respecto.

De estos preceptos parece deducirse que la normativa española no establece obligación alguna de informar a la persona a quien se refieren los datos en las actuaciones puramente nacionales ni en los procedimientos de asistencia mutua internacional. En la práctica, tales requerimientos se notifican o no a discreción del actuuario.

Además, según el tenor literal del art. 99.4 LGT, el único momento en que el obligado tiene *derecho* de acceso al expediente en el procedimiento inspector es en el trámite de audiencia previo a la firma del acta.

## 6.2. Incidencia sobre los plazos del procedimiento inspector

Ahora bien, el artículo 104 LGT dispone que los “períodos de interrupción justificada que se especifiquen reglamentariamente y las dilaciones en el procedimiento por causa no imputable a la Administración tributaria no se incluirán en el cómputo del plazo de resolución”. Este precepto ha de ponerse en relación con el párrafo primero del artículo 150.1 LGT, según el cuál “Las actuaciones del procedimiento de inspección deberán concluir en el plazo de 12 meses contado desde la fecha de notificación al obligado tributario del inicio del mismo” y con el párrafo segundo del mismo precepto, a cuyo tenor “La interrupción injustificada del procedimiento inspector por no

realizar actuación alguna durante más de seis meses por causas no imputables al obligado tributario o el incumplimiento del plazo de duración del procedimiento al que se refiere el apartado 1 de este artículo no determinará la caducidad del procedimiento, que continuará hasta su terminación, pero producirá los siguientes efectos respecto a las obligaciones tributarias pendientes de liquidar:

a) No se considerará interrumpida la prescripción como consecuencia de las actuaciones inspectoras desarrolladas hasta la interrupción injustificada o durante el plazo señalado en el apartado 1 de este artículo.

b) Los ingresos realizados desde el inicio del procedimiento hasta la reanudación de las actuaciones que hayan sido imputados por el obligado tributario al tributo y período objeto de las actuaciones inspectoras tendrán el carácter de espontáneos a los efectos del artículo 27 de esta Ley”.

Además, con arreglo al art. 103 del Reglamento General de Aplicación de los Tributos “a efectos de lo dispuesto en el artículo 104.2 [LGT], se considerarán períodos de interrupción justificada los originados en los siguientes supuestos: a) Cuando, por cualquier medio, se pidan datos, informes, dictámenes, valoraciones o documentos a otros órganos o unidades administrativas de la misma o de otras Administraciones, por el tiempo que transcurra desde la remisión de la petición hasta la recepción de aquellos por el órgano competente para continuar el procedimiento, sin que la interrupción por este concepto pueda exceder, para todas las peticiones de datos, informes, dictámenes, valoraciones o documentos que pudieran efectuarse, de seis meses. Cuando se trate de solicitudes formuladas a otros Estados, este plazo será de 12 meses”.

En otras palabras: la interrupción injustificada del procedimiento inspector por un plazo superior a seis meses o su prolongación por un plazo superior a un año *permiten al contribuyente acogerse a una regularización voluntaria si la deuda no ha prescrito*. Tal regularización ha de ser “espontánea” en el sentido de que se produzca antes de que se notifique al obligado un nuevo acto del procedimiento (continuación o reiniciación, según los casos). Es esencial, por tanto, que el obligado pueda conocer si se han cumplido o no los citados plazos. Sin embargo, los plazos se habrán interrumpido “justificadamente” durante un máximo de seis meses en el caso de que se haya pedido información a otros órganos o administraciones nacionales y durante un máximo de doce meses en el supuesto de que la información se haya solicitado a otros Estados.

### 6.3. Ilegalidad o interpretación correctiva de los preceptos reglamentarios

Dado que estos trámites no se comunican *necesariamente* al obligado, y que el acceso al expediente no se concede con anterioridad al trámite de au-

diciencia previo a la firma del acta, el interesado no tiene posibilidad de conocer si puede proceder a practicar una regularización voluntaria sin sanciones. Al menos esta es la interpretación que parece deducirse literalmente de las normas aplicables, aunque, a nuestro juicio, tal postura no puede aceptarse. En efecto, la mencionada interpretación tiene su apoyo fundamental en el art. 103 del Reglamento, pero privaría de eficacia al artículo 150.1 de la Ley General Tributaria: éste otorga al obligado la facultad de regularizar sin sanciones cuando la Administración haya incumplido ciertos plazos. Pues bien, para que tal mandato no quede vacío de contenido es necesario que el contribuyente pueda conocer “en tiempo real” (y no sólo en el momento de la propuesta de liquidación) cuándo se han cumplido tales plazos.

Por tanto, a nuestro entender, sólo caben dos soluciones:

a) Considerar que el artículo 103 del Reglamento es ilegal, en cuanto priva de eficacia real al artículo 150.1 de la Ley General Tributaria.

b) Proceder a una interpretación correctiva, en el sentido de que la interrupción del procedimiento sólo podrá considerarse “justificada” (solo procederán los efectos de la interrupción justificada) cuando la petición de datos se haya comunicado al sujeto sometido al procedimiento inspector. Desde luego, no es necesario que se indique al obligado el *contenido* del requerimiento de información a otras Administraciones. Basta con indicarle que tal requerimiento se ha producido y que su destinatario es –respectivamente– una Administración nacional o extranjera.

Como solución alternativa, *de lege ferenda*, podría pensarse en una modificación del art. 99.4 LGT permitiendo el acceso al expediente en cualquier momento anterior al trámite de alegaciones, de modo que el contribuyente pueda comprobar si existe o no una diligencia solicitando información a las Administraciones de otros Estados. Sin embargo, esta posibilidad no soluciona el problema, pues la solicitud del contribuyente –que sólo tendría sentido cuando existiera una apariencia de que la Administración había incumplido el plazo o había suspendido indebidamente el procedimiento– permitiría a la Administración reaccionar evitando la regularización espontánea que permite la ley.

Además, desde una perspectiva constitucional, debe mencionarse el *principio de coherencia* (ampliamente desarrollado por la jurisprudencia constitucional alemana y reconocido también por nuestro Tribunal Constitucional en Sentencia 19/2012, de 15 de febrero. Con arreglo a las exigencias de este principio, *una vez que el legislador ha optado por permitir la regularización voluntaria cuando la Administración no ha respetado los plazos del procedimiento*, debe desarrollar este mandato coherentemente, sin poder desvirtuarlo a través de una norma reglamentaria. Además, el principio de seguridad jurídica exige

que el cómputo de los plazos no sea “secreto” (en el sentido de que sólo pueda conocerlo la Administración hasta el momento en que propone la liquidación), sino que pueda conocerlo también el contribuyente y actuar en consecuencia si el transcurso de dichos plazos le permite acogerse a una regularización voluntaria.

## 7. RECAPITULACIÓN, PROPUESTAS DE REFORMA Y CONCLUSIONES

Nuestro análisis nos permite concluir que el Derecho de la Unión Europea no obliga a informar al interesado del intercambio de información tributaria con administraciones de otros Estados miembros. Los convenios internacionales tampoco establecen dicha obligación, aunque algunos de ellos prevén que las partes contratantes regulen de modo unilateral los “derechos de participación” de los interesados.

A diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos nacionales, el Derecho español no reconoce tales derechos de participación. Esto resulta especialmente grave, puesto que el cómputo del plazo del procedimiento inspector –con incidencia sobre una posible regularización voluntaria en caso de incumplimiento- queda suspendido, *sin conocimiento del interesado*, cuando se solicitan datos a otras Administraciones. A nuestro juicio la norma presenta problemas de constitucionalidad por lesionar el principio de coherencia, al dejar vacía de contenido la norma sobre regularizaciones espontáneas en relación con la eficacia de los plazos del procedimiento inspector.

Sin duda, la mejor solución –mientras no se dicten normas de armonización fiscal- estaría en regular los *derechos de participación* en la legislación española siguiendo los mejores modelos que ofrece el Derecho comparado.